

LA LEY



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



**AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

Decana

Mónica Pinto

Vicedecano

Alberto J. Bueres

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares Profesores

Atilio A. Alterini / Beatriz S. Krom / Jorge L. Kielmanovich

Mario E. Ackerman / Marcelo Gebhardt / Mary A. Beloff

Luís M. Genovesi / Darío F. Richarte

Consejeros Suplentes

Alberto Bueres / Enrique N. Zuleta Puceiro / Esteban Centanaro

Alfredo E. Soto / Diego E. Chami / Eduardo Barbarosch

Marcelo E. Haissiner / Jorge Berbere Delgado

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares

Alejo Monner Sanz / Lilian Lapadula

Jorge Del Azar / Javier Petrantonio

Consejeros Suplentes

Mariano Mugnolo / Fernando Barrera

Gabriela Castillo / Julio Aren

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares

Nicolás de la Cruz García / Luciana Gallardo / Maitén García Lavalle

Consejeros Suplentes

Daniel Alvarez Vera / Lucila Gómez Ares

Luís Sánchez / Manuel L. Quinteros

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Hacienda y Administración General: Alejandro Gómez

Secretario de Investigación: Marcelo Alegre

Secretario de Extensión Universitaria: Carlos A. Bedini

Subsecretario Académico: Sergio Brodsky

Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales: Isabel Sábato

Subsecretario de Vinculación Ciudadana: Hernán Arce

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Sebastián Picasso

Secretario: Andrés Heim

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



DIRECTOR

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

AUTORES

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



LA LEY

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

ISBN 978-987-03-2415-7

1. Derecho Público. I. Título
CDD 340.9

Copyright © 2013 by Facultad de Derecho U.B.A.
Av. Pte. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) Buenos Aires

Copyright © 2013 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

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

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher

Tirada: 400 ejemplares

ISBN: 978-987-03-2415-7
SAP: 41439545

ARGENTINA

PRESENTACIÓN

Esta obra es el resultado de una necesidad. Corría el año 2008 cuando, en una reunión en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho de la UBA, se tomó la decisión.

Esa noche merodeaban las intrigas jurídicas y curiosidades de la práctica profesional: el protagonismo que han tomado los Derechos Humanos en el día a día, la relevancia de los Pactos y Convenciones para la solución de casos concretos en todas las ramas del Derecho, la dificultad de utilizarlos como herramientas eficaces, el engorroso acceso a la vasta jurisprudencia internacional, la importancia que la Corte Suprema le ha dado en las últimas décadas y la posibilidad de lograr un argumento efectivo y una cita certera; sobre todas las cosas, esto último.

Encontrar el caso análogo, el precedente justo, puede resolver un problema jurídico, inclinándolo irremediabilmente la balanza para uno de los lados.

La necesidad estaba en el aire y la idea la tuvo uno de los autores, Diego Freedman, quien dijo:

“Lo que se necesita es algo que pueda ser consultado con facilidad. Una obra en donde encontrar la jurisprudencia internacional sistematizada y analizada. Con argumentos concretos que puedan usarse en casos reales. Una especie de ley comentada”.

Agradezco a Diego la simpleza y la genialidad de su idea, así como a las obligaciones profesionales que impidieron que fuera él quien la llevara a la realidad. Esa misma noche se decidió convocar a especialistas de las distintas ramas del Derecho y llevar a cabo una “Convención comentada”.

¿Por qué la Convención Americana de Derechos Humanos?

Pues, nada menos que por el respeto que provoca en los Magistrados y Funcionarios el arduo trabajo que lleva a cabo la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos precedentes no sólo han sido citados en reiteradas oportunidades, sino que han servido como argumento principal para dirimir cuestiones ventiladas ante la Corte Suprema y los Tribunales inferiores.

Ahora que hemos finalizado nuestra tarea, quisiera aprovechar esta oportunidad para agradecer a cada uno de los autores. Primero por el esfuerzo y

compromiso con el que han logrado plasmar un estado de situación de la jurisprudencia interamericana respecto de cada uno de los artículos comentados y su incidencia en los fallos de la Corte Suprema. Pero principalmente por la humildad con la que se sometieron a las críticas y propuestas de sus colegas en el Seminario de la CADH, que se desarrolló durante el año 2009 en el marco de la Facultad de Derecho de la UBA, con el objetivo de profundizar el análisis de los capítulos de esta obra.

Este agradecimiento debe extenderse a Tobías Acuña, quien se ha desempeñado como Corrector de Estilo de la obra y a Lucrecia Vacca, Myriam Darcy Regueira y Ornella Flavia Vanzillotta, ya que la colaboración de todos ellos ha sido crucial y determinante en distintos momentos del proceso creativo y de redacción.

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

LOS AUTORES

CRISTINA ADÉN, arts. 10 y 23.

Abogada (UBA, con orientación en Derecho Público). Maestría en Estudios Internacionales de la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT)— en curso. Docente del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Ex Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Jurídica Lecciones y Ensayos. Miembro adherente del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (C.A.R.I.). Miembro del Centro para la Democracia, el Desarrollo y la Justicia (CEDDyJ).

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA, art. 30.

Abogado (UBA), Candidato a Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Docente en Derecho Administrativo en las Universidades de Buenos Aires y de Lomas de Zamora. Secretario Federal, Poder Judicial de la Nación. Miembro de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Ex Tutor de la Revista Jurídica Lecciones y Ensayos.

JORGE AMOR AMEAL, art. 26.

Abogado (Universidad Austral), Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo), LL.M. in International Human Rights Law —Máster en Derecho— (University of Essex, United Kingdom-Becario ALBA de la Unión Europea), ex abogado de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU, abogado de la Oficina de Asuntos Internacionales de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

CAROLINA S. ANELLO, art. 5.

Abogada (UBA), candidata a doctorado en Derecho (UBA), Máster en Estudios Internacionales (Universidad de Barcelona), Diploma de Estudios Avanzados del Programa de Doctorado en Derecho (DEA) (Universidad de Barcelona), docente de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Profesora en la Maestría de Derecho Penal del Mercosur de la Universidad de Buenos Aires. Prosecretaria letrada de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

MARÍA ELEONORA CANO, art. 19.

Abogada (USAL). Especialista en Derecho de Familia (USAL). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (USAL). Docente de la Universidad del Salvador y de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de ADEI —Asociación de Estudios Interdisciplinarios—.

AYELEN ARGELIA CASELLA, art. 18.

Abogada (UBA). Cursando Especialidad de Derecho Administrativo y Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Docente Auxiliar de la Materia de Elementos de Derecho Administrativo de la UBA.

JOSEFINA COMUNE, art. 29.

Abogada (UBA). Docente de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de la Matanza y en la UBA. Profesora invitada en la UCA. Asesora jurídica de la Dirección de Asuntos Internacionales en materia de Derechos Humanos en la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Becaria de la OEA en el Diplomado en Derecho Internacional Humanitario de la Universidad del Rosario en Bogotá (Colombia).

SANTIAGO EYHERABIDE, art. 28.

Abogado (UBA).

DIEGO FREEDMAN, arts. 24 y 25.

Abogado (UBA), docente del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, del Departamento de Derecho Económico y del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la UBA, docente de la Maestría de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Becario del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Asesor del Consejo de la Magistratura de la Nación y del Congreso Nacional y Consultor de UNICEF.

AGUSTINA FREIJO, arts. 31 y 32.

Abogada (UBA), auxiliar en la Fiscalía de Distrito de los Barrios de Nueva Pompeya y Parque de los Patricios.

SANTIAGO JULIÁN GARCÍA MELE, art. 17.

Abogado (UBA, Diploma de honor). Candidato a Magíster en Derecho y Economía (UBA). Docente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Asociado de la Universidad de Palermo. Ex Secretario de la Asociación de Docentes (UBA).

LUCAS GUARDIA, art. 15.

Abogado (UBA). Docente del Departamento de Filosofía del Derecho (UBA). Docente de Ética y Legislación de Prensa (UNSAM)

SONIA SOLEDAD JAIMEZ, art. 3.

Abogada (UBA), Magíster en Derecho Empresarial Económico (Pontificia Universidad Católica Argentina) y docente del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la UBA.

JÉSSICA MOIRA KAWON, art. 19.

Abogada (Universidad del Salvador). Magíster en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina). Oficial del Poder Judicial de la Nación.

FEDERICO LAVOPA, art. 20.

Abogado (UBA), M.Sc. in Global Politics (London School of Economics) y Postgrado en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales (Universidad de Barcelona). Licenciado en Ciencia Política y Abogado (Universidad de Buenos Aires). Asesor de la Dirección de Política Comercial Externa del Ministerio de la Industria de la Argentina y Coordinador de la Maestría en Relaciones y Negociaciones Internacionales de FLACSO-San Andrés.

PABLO LEPERE, art. 16.

Abogado (UBA). Docente del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UBA. Docente del Departamento de Derecho Privado I, Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Abogado de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Ex Coordinador de la Oficina de Comunicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

DANIEL LEVI, art. 27.

Abogado (UBA). Magíster en Finanzas (Universidad del CEMA). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo.

NATALIA M. LUTERSTEIN, art. 29.

Abogada, Diploma de Honor (UBA); LL.M en Derecho Internacional Público, (The London School of Economics and Political Science), 2004. Profesora de la Maestría de Relaciones Internacionales de la UBA; Jefe de Trabajos Prácticos de "Derecho Internacional Público" de la Facultad de Derecho de la UBA. Asesora Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

ANGELINA GUILLERMINA MEZA, art. 3.

Abogada Universidad Nacional de Córdoba (UNC) – Cursó la Maestría en Relaciones Internacionales con especialización en Derecho Internacional Público en la Universidad de Buenos Aires (UBA) – Candidato a Doctor en Derecho Internacional Público en la Universidad Católica Argentina (UCA) – Docente Auxiliar en Derecho Internacional Público – Becaria de Doctorado (CONICET 2010-2012) – Miembro Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" desde el año 2010 – Asistente de investigación en el Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Austral (UA).

MARIÁngeLES MISURACA, art. 7.

Abogada (UNLP, 2000). Abogada de la Dirección Nacional de Asuntos Internacionales en materia de Derechos Humanos, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Abogada del Programa Nacional Anti-Impunidad. Consultora del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Abogada de Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires.

DIEGO M. PAPAYANNIS, art. 12.

Abogado (UBA), Magíster en Derecho y Economía (UBA), Doctor en Derecho (Universidad de Pompeu Fabra), Investigador "Juan de la Cierva" del grupo de filosofía del Derecho y de Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Ex Profesor Adjunto interino de la Facultad de Derecho (UBA). Ex becario del Programa Alban.

NICOLÁS M. PERRONE, art. 21.

Abogado (UBA) Magíster en Relaciones Internacionales (San Andrés, Di Tella, Universidad de Barcelona), LL.M. with distinction (LSE), PhD candidate (LSE), investigador del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Derecho Industrial y Económico (UBA), PhD award 2009 (LSE), becario Chevening (FCO - British Council), fellow de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

ROMINA VERÓNICA PETRINO, art. 11.

Abogada (UBA), colaboradora en el Estudio Weigel Muñoz & Uthurralt, consultores de abogados. Desempeño en el CELS y en APDH.

MARÍA LUISA PIQUÉ, arts. 4 y 9.

Abogada (UBA), Master in Laws de Georgetown University Law Center. Fue becaria de la Fundación Carolina y de la Fundación Fulbright. Actualmente se desempeña como Fiscal ad-hoc en la Unidad de Asistencia para Causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado, de la Procuración General de la Nación y es miembro del Forum for International Criminal and Humanitarian Law.

LUCIANA T. RICART, art. 22.

Abogada (UBA). LL.M. International Legal Studies, New York University School of Law. LL.B. candidate, University of London. Becaria del Master Comisión Fulbright. Becaria Grotius, NYU School of Law. Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ex docente en la materia "Derecho Internacional Público", Facultad de Derecho, UBA. Ex funcionaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

VANESA FLAVIA RODRÍGUEZ, art. 6.

Abogada (UBA), Maestranda en la Especialización en Derecho Administrativo y Económico (UCA), Funcionaria de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

SHUNKO ROJAS, art. 25.

Abogado (UBA). Candidato a doctorado (S.J.D.), Harvard Law School; LL.M., Harvard Law School; M.Sc. in Global Politics, London School of Economics (LSE). Becario Fulbright y Chevening. Profesor visitante, Universidad

de los Andes (Colombia). Investigador visitante, Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior (Brasil).

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI, arts. 13 y 14.

Abogado (UBA), Magíster en Derecho y Economía (UBA). Docente en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador Adscripto del Instituto Ambrosio L. Gioja (UBA). Investigador Becario CONICET. Becario Doctorando DAAD (Alemania) - Ministerio de Educación Nacional.

FEDERICO THEA, art. 8.

Abogado (UBA). Posgrado en Derecho Administrativo y Administración Pública —tesis en elaboración— (UBA). Docente de Derecho Administrativo y Derecho Internacional Público (UBA). Secretario Privado del Juzgado de Primera Instancia N° 8 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Becario Chevening (British Council Argentina) para realizar un LL.M. in Public Law and Human Rights en la University College London (UCL).

LEONARDO TOIA, art. 18.

Abogado (UBA), Docente de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la UBA. Funcionario de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A.

ALEJANDRO TURYN, arts. 1 y 2.

Abogado (UBA). Especialista en Derecho Internacional Público. Profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades de Buenos Aires y Palermo (Argentina). Profesor Adjunto de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Candidato a doctorado en Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (cursos y plan aprobados, tesis pendiente). Abogado Asesor de la Dirección de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación.

INDICE GENERAL

| | Pág. |
|--------------------|------|
| PRESENTACIÓN | VII |
| LOS AUTORES | IX |

PARTE I

DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

Alejandro Turyn

| | |
|--|---|
| <i>Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos</i> | 1 |
| I.— Preliminar | 1 |
| II.— Comentario sobre el Artículo 1..... | 6 |

Alejandro Turyn

| | |
|--|----|
| <i>Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno</i> | 19 |
|--|----|

CAPÍTULO II

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Sonia Soledad Jaimez y Angelina Guillermina Meza

| | |
|--|----|
| <i>Artículo 3. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica</i> | 25 |
| a. Cuestiones Preliminares..... | 25 |
| b. Derecho a la personalidad jurídica | 28 |
| c. Obligación de reconocimiento de la personalidad jurídica..... | 32 |
| d. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 33 |
| e. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..... | 36 |
| f. Conclusiones..... | 38 |

| | Pág. |
|---|------|
| <i>María Luisa Piqué</i> | |
| <i>Artículo 4. Derecho a la vida</i> | 39 |
| I.— El derecho a la vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos | 39 |
| Art. 4.1 Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley..... | 39 |
| ... y, en general, a partir del momento de la concepción..... | 42 |
| ... Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente..... | 44 |
| 1) El empleo de la fuerza por parte de agentes estatales | 44 |
| 2) El deber del Estado de velar por la vida de las personas privadas de su libertad. | 46 |
| 3) Desaparición forzada de persona como atentado contra el derecho a la vida..... | 47 |
| La pena de muerte. | 48 |
| II.— Repercusiones locales de la CADH en relación con el derecho a la vida..... | 50 |
| 1.— Situación previa a la reforma constitucional de 1994..... | 50 |
| 2.— Regulación legislativa del derecho a la vida..... | 51 |
| 3.— Repercusiones de la reforma constitucional de 1994 en la protección de la vida..... | 52 |
| 1) La positivización y efectividad del derecho a la vida | 52 |
| 2) El debate sobre el momento en que comienza la protección jurídica de la vida en el derecho constitucional argentino. . | 53 |
| 3) Deber del Estado de velar por la vida de las personas privadas de su libertad | 58 |
| 4) El derecho a la vida y el uso de la fuerza por parte de agentes estatales..... | 60 |
| 5) Deber de investigar la desaparición forzada de persona.. | 62 |
| 6) La pena de muerte..... | 62 |
| <i>Carolina S. Anello</i> | |
| <i>Artículo 5. El derecho a la integridad física, psíquica y moral</i> | 63 |
| Introducción | 63 |
| I. Consideraciones generales sobre el derecho a la integridad personal..... | 64 |
| II. La prohibición de cometer tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes..... | 69 |
| III. Derecho de las personas privadas de la libertad..... | 74 |
| <i>Vanesa Rodríguez</i> | |
| <i>Artículo 6. Prohibición de esclavitud y servidumbre</i> | 81 |
| La nueva esclavitud..... | 83 |
| La situación en nuestro país. Reducción a servidumbre. Explotación laboral..... | 84 |

| | Pág. |
|--|------|
| La interpretación jurisprudencial a nivel internacional..... | 87 |
| Conclusiones..... | 88 |
| <i>Mariángeles Misuraca</i> | |
| <i>Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal</i> | 91 |
| Regulación general. Artículo 7.1. | 92 |
| Prohibición de ser privado de la libertad ilegalmente. Artículo 7.2 | 93 |
| Prohibición de ser privado de la libertad arbitrariamente (art. 7.3) | 94 |
| Derecho a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido sin demora (art. 7.4) | 96 |
| Derecho a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6)..... | 96 |
| Derecho a no ser detenido por deudas (art. 7.7) | 98 |
| Derecho al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5)..... | 98 |
| Control Judicial | 99 |
| Razonabilidad de la prisión preventiva..... | 100 |
| Diferencias entre el plazo razonable mencionado en el 7.5 y el plazo razonable del 8.2..... | 101 |
| Alcances de la prisión preventiva según la Corte IDH | 102 |
| La referencia del Caso Bayarri contra Argentina | 103 |
| Breve comentario acerca de la influencia de las decisiones provenientes por organismos interamericanos y su influencia en tribunales internos | 105 |
| Informes de Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la razonabilidad del plazo previsto en el artículo 7.5. | 106 |
| Conducción diligente del procedimiento por parte de las autoridades judiciales..... | 111 |
| Derecho a la presunción de inocencia..... | 111 |
| Repercusiones en el ámbito judicial interno | 113 |
| El leading case en la materia. El Caso Verbitsky..... | 116 |
| Breve comentarios de las consecuencias del fallo Verbitsky | 119 |
| Reciente reforma procesal en la Provincia de Buenos Aires..... | 121 |
| Algunas consideraciones finales..... | 124 |
| <i>Federico G. Thea</i> | |
| <i>Artículo 8. Garantías Judiciales</i> | 127 |
| Parte General: Principios del debido proceso legal. Pautas para su interpretación. | 129 |
| Parte Especial: Garantías procesales del debido proceso legal | 138 |
| 1. Toda persona, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter tiene derecho a:..... | 138 |

| | Pág. |
|--|------|
| 2 (i). Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad | 146 |
| 2 (ii). Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: | 148 |
| a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal..... | 148 |
| b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada..... | 149 |
| c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa..... | 150 |
| d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor | 151 |
| e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.... | 154 |
| f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. | 155 |
| g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable..... | 157 |
| h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior..... | 159 |
| 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza..... | 160 |
| 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos | 162 |
| 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. | 164 |

María Luisa Piqué

| | |
|---|-----|
| <i>Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.....</i> | 167 |
| I.— El mandato de ley previa, cierta, estricta y escrita y la retroactividad de la ley penal posterior más favorable..... | 167 |
| II.— El principio de legalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos..... | 168 |
| a.— Las obligaciones que genera en los tres poderes del Estado | 168 |
| b.— Principio de retroactividad de la ley penal posterior más favorable | 171 |
| c.— Principio de legalidad penal y derecho administrativo..... | 172 |

| | Pág. |
|--|------|
| III.— Repercusión de la Convención en el orden jurídico argentino en relación con el principio de legalidad | 173 |
| a.— Sobre el mandato de ley previa, formal, estricta y escrita .. | 173 |
| b.— Sobre el principio de retroactividad de la ley penal posterior más favorable | 175 |
| c) Leyes penales en blanco, normas transitorias y de emergencia y normas de regulación económica | 176 |
| c.— Modificaciones de normas de procedimiento y de los plazos de prescripción..... | 178 |
| VI. Principio de legalidad y la obligación internacional de perseguir y sancionar los crímenes contra la humanidad | 181 |

Cristina Adén

| | |
|--|-----|
| <i>Artículo 10. Derecho a Indemnización.....</i> | 185 |
| Algunas precisiones sobre la responsabilidad del Estado por error judicial | 187 |
| El error judicial en la jurisprudencia de la CSJN..... | 189 |
| La responsabilidad del Estado por daños producidos durante el proceso | 196 |
| El caso de la prisión preventiva. | 197 |
| Algunas cuestiones finales | 199 |

Romina Petrino

| | |
|--|-----|
| <i>Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad.....</i> | 203 |
| 1.— Derecho a la dignidad..... | 203 |
| Casos de violación al derecho a la dignidad: | 204 |
| Otras manifestaciones del derecho a la Dignidad..... | 205 |
| a) El Derecho a la Identidad. | 205 |
| b) Bioética..... | 206 |
| 2.— Derecho a la honra..... | 207 |
| Casos y criterios atinentes al derecho al honor: | 207 |
| 3.— Derecho a la privacidad..... | 209 |
| 4.— Derecho a la intimidad..... | 212 |
| 4.1 — Debido Proceso Penal | 213 |
| 4.2.— Recopilación de información en registros o bancos de datos | 214 |

Diego M. Papayannis

| | |
|--|-----|
| <i>Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión</i> | 219 |
| Una justificación política de la objeción de conciencia | 219 |
| 1— El Liberalismo Político..... | 221 |
| 2— La objeción de conciencia y el liberalismo político..... | 223 |
| 3— La invalidez y la objeción de conciencia..... | 227 |
| 4— ¿La objeción de conciencia viola la reciprocidad? | 228 |
| 5— Los límites de la objeción de conciencia | 231 |

| | Pág. |
|---|------|
| <i>Sebastián Scioscioli</i> | |
| <i>Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión</i> | 237 |
| Importancia y fundamentos de la libertad de expresión en el sistema democrático | 238 |
| Sujetos comprendidos en el derecho..... | 239 |
| Contenido y alcances del derecho | 240 |
| Modos y medios | 240 |
| Limitaciones y restricciones..... | 241 |
| <i>Sebastián Scioscioli</i> | |
| <i>Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta</i> | 251 |
| <i>Lucas Guardia</i> | |
| <i>Artículo 15. Derecho de reunión</i> | 255 |
| I. La libertad de reunión como libertad individual | 256 |
| II. El derecho de reunión y el templo de Sarastro | 259 |
| III. Criminalización de la protesta y la CADH..... | 262 |
| IV. Algunas consideraciones finales..... | 264 |
| <i>Pablo Lepere</i> | |
| <i>Artículo 16. Libertad de Asociación</i> | 267 |
| I. Palabras Preliminares | 267 |
| II. Los fallos CHA y ALITT | 270 |
| III. El derecho constitucional de asociación | 272 |
| IV. Bien común y derecho de asociación..... | 275 |
| V. Acerca de las diferencias en torno a la tolerancia en los casos CHA y ALLIT | 278 |
| VI. Libertad sindical y derecho de asociación..... | 279 |
| VII. Conclusión | 281 |
| <i>Santiago Julián García Mele</i> | |
| <i>Artículo 17. Protección a la Familia</i> | 283 |
| I. El concepto de familia | 284 |
| II. La Constitución Nacional y la familia..... | 286 |
| III. Protección de la familia por parte de la sociedad y el Estado.... | 288 |
| El derecho a recibir el beneficio de pensión | 290 |
| IV. El derecho a contraer matrimonio | 293 |
| La edad legal..... | 293 |
| Enfermedad venérea en período de contagio. El caso del Sida.. | 296 |
| El matrimonio entre contrayentes del mismo sexo | 298 |
| V. El consentimiento matrimonial | 298 |
| VI. Igualdad de los cónyuges durante el matrimonio | 299 |

| | Pág. |
|---|------|
| El caso de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial | 300 |
| VII. Igualdad de los cónyuges una vez disuelto el matrimonio. Protección de los hijos | 302 |
| El caso de la nuera viuda sin hijos..... | 303 |
| La prioridad legal de la madre sobre la tenencia del hijo menor de cinco años..... | 303 |
| VIII. Igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales ... | 305 |
| <i>Ayelen Casella y Leonardo Toia</i> | |
| <i>Artículo 18. Derecho al nombre</i> | 307 |
| I.— Alcances del derecho..... | 307 |
| II.— Irrazonabilidad de los límites a la elección de nombres extranjeros..... | 309 |
| a.— Desde la sanción del Decreto Ley 18.248..... | 310 |
| b.— La norma criticada ante el nuevo contexto nacional e internacional | 313 |
| III.— Algunas otras cuestiones sobre el derecho al nombre | 316 |
| a.— El caso de los nombres aborígenes | 316 |
| b.— El seudónimo | 316 |
| c.— Nombres supuestos | 316 |
| d.— Modificación del nombre | 317 |
| e.— Cambio de nombre e identidad de género..... | 318 |
| <i>Eleonora Cano y Jéssica Kawon</i> | |
| <i>Artículo 19. Derecho del niño</i> | 319 |
| I.— Introducción:..... | 319 |
| II.— Análisis Dogmático del art. 19..... | 320 |
| II.1 Sujeto Protegido (el niño). Referencia y concordancia con otros instrumentos internacionales | 320 |
| II.2. Derechos amparados..... | 322 |
| II.3 Sujetos responsables de la protección: la familia, la sociedad, el Estado | 323 |
| III. Análisis Sistemático | 324 |
| III.1 Las medidas de protección | 324 |
| La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes | 326 |
| III.2 El rol de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Operatividad de la CADH | 329 |
| III.-3 El interés superior del niño como presupuesto fundamental en las medidas de protección | 329 |
| <i>Federico Lavopa</i> | |
| <i>Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad</i> | 333 |

| | Pág. |
|---|------|
| <i>Nicolás M. Perrone</i> | |
| <i>Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada</i> | 355 |
| 1. El derecho de propiedad como un derecho humano:..... | 355 |
| 2. El derecho de propiedad y la situación política y social: | 357 |
| 3. Recepción del derecho de la propiedad en las distintas cartas de derechos humanos: | 358 |
| 4. La interpretación de la Corte IDH..... | 359 |
| 1. El concepto de bienes: | 359 |
| 2. El concepto de interés social..... | 360 |
| 3. La relación de propiedad..... | 363 |
| 5. La expropiación | 364 |
| 6. La usura y la explotación del hombre | 366 |
| A. La usura | 366 |
| B. La explotación del hombre por el hombre | 367 |
| 7. El acceso al sistema de protección interamericano de derechos humanos en casos del artículo 21..... | 368 |
| 8. La afectación del derecho de propiedad, la doctrina de emergencia y la Convención..... | 369 |
| <i>Luciana T. Ricart</i> | |
| <i>Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia</i> | 371 |
| Delimitación del objeto de este comentario..... | 372 |
| Libertad de movimiento: derecho a circular libremente, residir, salir del propio país. | 373 |
| Admisión y expulsión de extranjeros | 375 |
| Prohibición de expulsiones masivas (art. 22.9 CADH)..... | 379 |
| Relación entre las medidas de control migratorio y el principio de <i>non-refoulement</i> | 380 |
| Derecho a buscar y recibir asilo | 382 |
| Un breve comentario sobre la jurisprudencia interna argentina.... | 386 |
| <i>Cristina Adén</i> | |
| <i>Artículo 23. Derechos Políticos</i> | 389 |
| I. Introducción | 389 |
| II. De los derechos políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos..... | 390 |
| III. De la Democracia y los Derechos Humanos..... | 392 |
| IV. De los Derechos Políticos y la Discriminación | 394 |
| V. Del Derecho al Sufragio | 395 |
| VI. Del derecho a formar partidos políticos | 397 |
| VII. Del derecho a elegir y ser elegido | 401 |
| VIII. De las Restricciones al ejercicio de los Derechos políticos en los pronunciamientos de la CSJN | 403 |

| | Pág. |
|---|------|
| <i>Diego Freedman</i> | |
| <i>Artículo 24. Igualdad ante la ley</i> | 413 |
| Breve introito | 413 |
| El derecho a la igualdad en los textos de las normas jurídicas | 414 |
| El derecho a la igualdad: ¿derecho a igualar, derecho a desigualar o derecho a emparejar? | 417 |
| Caso 1: Derecho a igualar | 418 |
| Caso 2: Derecho a desigualar | 418 |
| Caso 3: Derecho a emparejar | 418 |
| Derecho a la igualdad y sus modalidades de afectación | 420 |
| La doctrina judicial en materia de derecho de igualdad | 425 |
| Consideraciones generales | 425 |
| Casuística | 429 |
| Escrutinio estricto | 433 |
| Conclusiones preliminares | 436 |
| Los problemas para igualar | 438 |
| <i>Diego Freedman y Shunko Rojas</i> | |
| <i>Artículo 25. Protección Judicial</i> | 443 |
| Introducción | 444 |
| Análisis del artículo | 447 |
| “Toda persona” | 447 |
| “Recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo” | 447 |
| “Ante los jueces o tribunales competentes” | 448 |
| “Ampare contra actos” | 449 |
| “Violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención” | 449 |
| “Aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” | 449 |
| Derecho relacional o autónomo | 451 |
| Jurisprudencia de la Comisión IDH y de la Corte IDH | 452 |
| Caso de las amnistías | 452 |
| Derecho a la jurisdicción en la Jurisprudencia argentina | 454 |
| Obstáculos para acceder a la Justicia | 456 |
| Mediación | 462 |
| <i>Jorge Amor Ameal</i> | |
| <i>Artículo 26. Desarrollo Progresivo</i> | 463 |
| 1. Introducción | 463 |
| 2. Naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 26 de la Convención | 466 |
| 3. Derechos Económicos, Sociales y Culturales implícitos en el artículo 26 | 472 |
| 4. Jurisprudencia | 475 |

| | Pág. |
|--|------|
| <i>Daniel Levi</i> | |
| Art. 27. <i>Suspensión de garantías</i> | 479 |
| a) La medida en sí..... | 480 |
| b) El hecho motivador..... | 483 |
| c) Legalidad de la medida..... | 487 |
| d) Razonabilidad de la medida..... | 490 |
| e) La temporalidad de la medida..... | 494 |
| f) Compatibilidad con las demás normas de derecho internacio- nal..... | 496 |
| g) El principio de no-discriminación..... | 498 |
| h) Derechos y garantías que pueden suspenderse y los no suscep- tibles de suspensión..... | 499 |
| i) Las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos..... | 502 |
| El amparo..... | 504 |
| El hábeas corpus..... | 504 |
| El hábeas data..... | 505 |
| j) El deber de información..... | 506 |
| <i>Santiago Eyherabide</i> | |
| Artículo 28. <i>Cláusula Federal</i> | 509 |
| a) Los párrafos 1 y 2 del artículo 28..... | 509 |
| b) El tercer párrafo del artículo 28..... | 515 |
| <i>Josefina Comune y Natalia Luterstein</i> | |
| Artículo 29. <i>Normas de Interpretación</i> | 519 |
| Introducción..... | 519 |
| El artículo comentado..... | 521 |
| El efecto útil de la Convención Americana de Derechos Humanos. | |
| Interpretación del objeto y fin de un tratado..... | 526 |
| Interpretación dinámica de la Convención Americana de Derechos Humanos..... | 527 |
| Sistema integral de protección de los derechos humanos..... | 528 |
| Alcance de los derechos reconocidos en la Convención Americana | 531 |
| Sistema democrático..... | 532 |
| <i>Enrique M. Alonso Regueira</i> | |
| Artículo 30. <i>Alcance de las Restricciones</i> | 535 |
| I.— Las restricciones permitidas..... | 535 |
| 1.— Restricción del Goce y ejercicio de derechos y libertades... i) El análisis de razonabilidad. El criterio de estricta necesi- dad..... | 536 |
| ii) Otros casos que pueden ser sometidos al examen de ne- cesidad estricta..... | 539 |

| | Pág. |
|---|------------|
| 2.— De las restricciones y las leyes | 540 |
| II.— El principio de legalidad..... | 541 |
| 1.— Principio de reserva de ley en materia penal y tributaria ... | 542 |
| 2.— Otras materias amparadas por el principio de reserva de ley..... | 544 |
| III.— Las competencias reglamentarias y legislativas del Poder Ejecutivo | 544 |
| 1.— Decretos Reglamentarios. | 544 |
| 2.— Decretos Delegados | 546 |
| 3.— Los decretos de necesidad y urgencia. Su validez y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos..... | 547 |
| <i>Agustina Freijo</i> | |
| <i>Artículo 31. Reconocimiento de otros derechos</i> | <i>551</i> |
| <i>Agustina Freijo</i> | |
| <i>Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos</i> | <i>555</i> |
| Introducción | 555 |
| Punto de partida..... | 556 |
| El principio pro homine..... | 556 |
| La reserva legal | 557 |
| La vaguedad de los términos..... | 559 |
| La primera parte del artículo | 564 |

PARTE I

DEBERES DE LOS ESTADOS
Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

ARTÍCULO 1. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Concordancias: arts. 2 y 3 PIDESC; 2 y 3 PIDCP; 2 CEDR;
2 CDN.

ALEJANDRO TURYN(1)

I.— Preliminar

Efectuar un comentario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos junto con su impacto y aplicación en el derecho argentino implica detenernos primero a reflexionar sobre la relación que existe entre dicho Tratado y el resto de nuestro ordenamiento jurídico, claro está, que ello sólo se puede efectuar desde el punto de vista de este último. El primer análisis que

(1) Agradezco la colaboración de Brian Frenkel para la elaboración del presente. Las opiniones vertidas en el presente son responsabilidad exclusiva del autor y no implican necesariamente la opinión de las instituciones con las que está afiliado.

se debe efectuar es de carácter formal pero posee, en realidad, consecuencias sustantivas. En efecto, debe siempre tenerse presente que estamos ante un Tratado Internacional celebrado entre Estados(2). El silogismo de esta afirmación hace a la aplicación normativa específica que el campo del derecho internacional tiene reservado para ellos, codificada en gran parte por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Es decir que al analizar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también se tendrá que echar mano a este otro Tratado internacional, ya que aun, subsidiariamente, muchas serán las situaciones en las que su aplicación será determinante. Se expresa “subsidiariamente” porque también debe considerarse que la misma Convención Americana tiene cánones de interpretación y aplicación particulares que priman sobre las reglas generales que regula el derecho internacional general y/o convencional(3). Además, debe tenerse presente que se está frente un tratado sobre derechos humanos los cuales consagran, mayormente, derechos para las personas y obligaciones para los Estados. Una segunda aclaración que debe formularse se refiere a su aplicación en el ámbito interno de nuestro país. Ello reviste características especiales no sólo en razón de la relación entre derecho interno y derecho internacional, que estipula por un lado el Derecho Internacional *per se*, sino también por la configuración

(2) Ver a este respecto arts. 1 y 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

(3) Sobre este tema, en especial relación con el instituto de la responsabilidad internacional, ver Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, del 15-09-05, párr. 107. Allí se dijo que: “Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención. [...] En efecto, el origen mismo de dicha responsabilidad surge de la inobservancia de las obligaciones recogidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. [citas internas omitidas]”. En efecto, la Corte no hizo más que aplicar lo que resulta un axioma del derecho internacional. Esto es, que las partes, al crear un tratado (al igual que los sujetos que celebran un contrato en un ordenamiento jurídico interno) puedan establecer por sí normas especiales —*lex specialis*— que regularán su relación legal. Este canon del derecho se encuentra expresado en la máxima en *latín generalia specialibus non derogant*. Ver al respecto, HUGO GROCIO, *De Jure Belli Ac Pacis*, bk. II, ch. XXIX. Este principio normativo fue aplicado ya por la Corte Permanente de Justicia Internacional (órgano de la Sociedad de Naciones) en el caso “*Payment of Various Serbian Loans Issued in France*” (1929 PCIJ (ser. A) Nos. 20/21, en 30) y por su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, desde el caso sobre la admisión de Estados a la Organización de las Naciones Unidas (Admission of a State to Membership in the United Nations, 1948 ICJ REP. 57, 64 (Advisory Opinion of May 28)). Una de las más importantes consecuencias de la especialidad de la CADH es la utilización del principio *pro-homine* para su interpretación y aplicación.

que de esa relación hace nuestra propia Constitución (4). Puesto que, luego de la reforma de 1994, nuestra Constitución estipula que dicha Convención posee jerarquía constitucional, aunque no deroga artículo alguno de su primera parte y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Asimismo, todas estas consideraciones deben complementarse, para el derecho constitucional argentino al menos, con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Nacional que dispone que los Tratados celebrados por la Argentina deben encontrarse de conformidad con los principios de derecho público contenidos en la Constitución. En este sentido, resulta justo referenciar que no hay claridad ni consenso respecto de cuáles son estos principios de derecho público contenidos en la Constitución (5). En definitiva, lo que verdaderamente fundamenta esta suerte de proemio es una frase que el constituyente incluyó en el mencionado artículo 75, inciso 22, de la CN, la cual dispone que los instrumentos sobre derechos humanos allí enumerados (entre los que se encuentra la Convención Americana) detentan jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”.

Cuál es el significado de estas palabras y su importancia para este comentario son interrogantes que intentaremos dilucidar seguidamente.

El origen “material” (6) de la frase se halla en la intención explícita del constituyente de incorporar así —como mandato constitucional— a la declaración interpretativa que el Estado argentino efectuó al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (7). De esta forma se buscó que lo que se erigiera como norma suprema fuera lo que la Argentina entendiera por tal.

No obstante ello, y más allá de exceder o no la intención del constituyente, es evidente que la frase mencionada se aplica a todos los instru-

(4) En efecto, los arts. 27, 31, 75 inc. 22, 118 y concordantes de la Constitución Argentina (según reforma de 1994 definen esta relación del derecho interno con el derecho internacional).

(5) Puede verse, en este sentido, CSJN *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa N° 259—*, 2004, Fallos 327:3312, disidencia del Señor Ministro Doctor Don Carlos S. Fayt, Punto 15; *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768*, 2005, Fallos 328:2056; *Espósito, Miguel Angel s/incidente de la prescripción penal*, 2004, Fallos 3257:5668.

(6) Como distinción al origen formal, que es la norma jurídica en sí o el proceso de creación normativizado.

(7) El Profesor Dr. Pablo Luis Manili señala ésta como la razón de la inclusión de esta frase con cita de la versión taquigráfica de la sesión del 27 de julio de 1994 y del artículo publicado por Juan Pablo Cafiero y Marisa Graham: “Tratados sobre Derechos Humanos” en MANILI, PABLO LUIS “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales” dirigida por Juan Carlos Vega en *El Bloque de Constitucionalidad: La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley 2003, págs. 180-181.

mentos allí enumerados, razón por la cual resulta cardinal establecer su alcance.

La primera precisión que podemos efectuar es que la frase “*en las condiciones de su vigencia*” determina que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos —en este caso la CADH— deben aplicarse en el ámbito interno siempre y cuando estén vigentes en el ámbito internacional, es decir que se han emplear cuando se encuentren en vigor para la República Argentina (8), porque sólo así configuran obligaciones exigibles internacionalmente para el Estado. Para ello (que un tratado sea obligatorio para un Estado), deberá primero estarse a lo dispuesto por el derecho internacional sobre la entrada en vigor de éstos (9).

Un segundo aspecto es la especial, pero pocas veces mencionada, precaución que ha de tenerse de las posibles reservas —o declaraciones interpretativas (10)— que la Argentina haya efectuado al manifestar su consentimiento en obligarse por el Tratado, ya que “*no se jerarquiza al tratado en cuanto tal, sino solamente en cuanto obliga a nuestro país y con ese alcance. No se jerarquiza el continente sino aquella parte del contenido que resulte obligatorio para la Argentina*” (11).

Un tercer aspecto a destacar, no surge expresamente del texto bajo análisis, aunque sí implícitamente, y es el reconocido por nuestro Máximo Tribunal en el fallo del caso “Girolodi Horacio” donde la CSJN determinó que la frase “en las condiciones de su vigencia” implica “*tal como la Convención*”

(8) MANILI, *op. cit.*, pág. 180.

(9) Los tratados internacionales generalmente disponen los mecanismos o la forma en que entran en vigor u obligan a los Estados partes del mismo, caso contrario, rige supletoriamente lo establecido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que codificó las reglas y principios de la costumbre internacional a este respecto. Vale la aclaración de que no cabe igual afirmación para el resto de los instrumentos internacionales ya que se rigen por otros institutos distintos del derecho internacional.

(10) Resulta controversial en derecho internacional el efecto de las llamadas *Declaraciones Interpretativas* debido a que no se encuentran reguladas por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En efecto, las declaraciones interpretativas son adjuntadas por los Estados a los tratados al momento de su firma, ratificación o aceptación y son en carácter de tipo explicativo. Se refiere a cómo un Estado entiende sus obligaciones convencionales al expresar su consentimiento en obligarse por el Tratado. Sin embargo, estas disposiciones deben ser puestas bajo un severo escrutinio ya que, si cambian la esfera de aplicación de la disposición, pasan a ser reservas. Ver M. FIRZMAURICE, *The Practical Working of the Law of Treaties*, pág. 208, en “*International Law*” Edited by Malcolm D. Evans (Oxford University Press, 2da. edición, Nueva York, 2006). Puede profundizarse sobre el alcance de las *declaraciones interpretativas* y sus diferencias con las *reservas* en el comentario elaborado por María Luisa Piqué al artículo 4 de la presente obra, sobre el derecho a la vida, ver en particular el punto III.2., sobre la declaración interpretativa efectuada respecto del art. 1 de la CDN.

(11) MANILI, *op. cit.*, pág. 183.

[Americana] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (12).

Es esta última postura la que permitiría ingresar a nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que es éste el único órgano jurisdiccional con competencia para aplicar e interpretar la Convención Americana. Debe aclararse que ello no sólo incluiría a las sentencias de casos en los que la Argentina fue parte del procedimiento, sino también a la totalidad de los pronunciamientos emitidos por el órgano interamericano. Este punto resulta cardinal al momento de pretender invocar la CADH en el ámbito interno, máxime cuando nos abocamos a su interpretación, ya que, entonces, debemos tener muy en cuenta no sólo cómo nuestros órganos han aplicado las cláusulas convencionales sino también —y hasta casi primordialmente— aquella práctica de la Corte Interamericana, aun aquella anterior a la reforma constitucional.

En un sentido similar que en “Giroldi”, nuestra Corte Suprema expandió esta postura en el caso “Bramajo”, al incluir como guía interpretativa de la Convención a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (13), lo cual parecía indicar, en ese entonces, que también las recomendaciones de la Comisión (14) eran pauta obligatoria para interpretar los artículos convencionales.

No obstante ello, posteriormente, en los fallos “Acosta” (15) y “Felicetti Roberto” (16) la Corte Suprema rechazó esta posible hermenéutica indicando que los informes de la Comisión no son vinculantes para la República Argentina, aun cuando sean una inestimable guía al momento de interpretar la Convención (17).

(12) CSJN, *Giroldi, Horacio y otro s/ recurso de casación - causa N° 32/93*, 1995, Fallos 318:514, Consid. 11 del voto mayoritario. Ver asimismo, CSJN, *Reinoso, Luis Alberto s/ causa N° 2043/2184*, 2006, Fallos 329:518, “La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22º, párrafo 2º, de la Constitución Nacional), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.”

(13) CSJN, *Bramajo, Hernán Javier s/incidente de excarcelación - causa N° 44.891*, 1996, Fallos 319:1840.

(14) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington D.C. (EE.UU.) puede emitir resoluciones pero éstas no son vinculantes para los Estados miembros de la OEA en virtud de lo dispuesto por los artículos 106 de la Carta de la OEA y los artículos 41, inciso b) e inciso f) de la Convención Americana.

(15) CSJN, *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus*, 1998, Fallos 321:3555, considerando 13.

(16) CSJN, *Felicetti, Roberto y otros s/ revisión*, 2000, Fallos 323:4130.

(17) Ver también CSJN, voto de la mayoría en Fallos: 319:1840; 321:3555; ver también Fallos: 318:1877, considerando 8º; voto de la mayoría en el precedente de

Se parecería excluir así, en principio, a las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana como fuente interpretativa obligatoria para la República Argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (18).

En resumen, según lo expuesto por nuestra Corte Suprema, la jurisprudencia de la Corte Interamericana posee un doble carácter: como norma internacional, y como derecho interno de carácter constitucional (19), al integrarla al texto supremo en virtud de la cláusula según la cual los tratados se han de aplicar “en las condiciones de su vigencia” (20).

II.— Comentario sobre el Artículo 1

Ahora bien, como fuera indicado, los tratados de derechos humanos consagran, mayormente, derechos para las personas y obligaciones para los Estados. Todos estos derechos y obligaciones pueden ser protegidos y supervisados, respectivamente, en el orden internacional, dada la transcendencia que la comunidad internacional les otorga para la consecución de la paz y la seguridad internacionales, ya que hacen a la constitución de un sistema ba-

Fallos: 318:2611; voto del juez Bossert en Fallos: 320:2105; voto de los jueces Petracchi y Fayt en Fallos: 321:494; entre otros.

(18) Ver la interesante postura respecto de este punto en MANILI, *op. cit.*, págs. 180-186.

(19) Cf. GORDILLO, AGUSTÍN. “La Creciente Internacionalización Del Derecho” en *Derechos Humanos*, 5ta. Ed., Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo, Capítulo II, pág. I-19.

(20) Cf. AGUSTÍN GORDILLO, “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales” *Revista de la Administración Pública*, volumen 215 pág. 151; y también en *Derechos Humanos, op. cit.*, Capítulo II, pág. I-26. Esta postura parece coincidir con la opinión del Profesor Cançado Trindade, que expresó hace un tiempo ya que: “Es indudable que una sentencia de la Corte es ‘cosa juzgada’, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es ‘cosa interpretada’, válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados partes en la Convención, en su deber de prevención. sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos”, en Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, Ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, en el marco del Diálogo sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Washington D.C., 19 de abril de 2002), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/01cancado_19_04_02.pdf (01-01-2010). Ver también la exposición sobre este tema en Germán González Campaña, “La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿sigue siendo suprema?), *Revista Jurídica La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo* (a cargo de AGUSTÍN GORDILLO) del 19 de abril de 2005, pág. 23 y ss.

sado en la premisa de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos (21).

En este comentario y en el siguiente se examinarán las obligaciones de los Estados partes de la CADH que son exigibles por las personas, efectivos titulares de los derechos humanos. Asimismo, debe tenerse presente que los tratados de derechos humanos, y en especial la CADH, no sólo establecen derechos para los individuos y obligaciones para los Estados partes, sino que, además, consagran un sistema de protección (22). Es su existencia, junto con otro preceptos, lo que debe guiar el análisis e interpretación de las obligaciones de los Estados dentro de la CADH.

Es primordial para el efectivo goce y ejercicio de los derechos humanos una interpretación correcta de las normas que los consagran y establecen las obligaciones de los Estados a su respecto. Como se dijo, para esta función interpretativa, es necesario utilizar las reglas del derecho internacional teniendo en cuenta la constante interacción entre ellas. En efecto, no es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento de otras fuentes de derecho internacional relacionadas, ya sea porque lo aclaran, o porque lo preceden o complementan. Este principio de integralidad en la interpretación del derecho internacional público (o interpretación sistémica) (23), que es propio de este sistema, tiene particular importancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que —aún más que el previamente citado— está en perpetuo desarrollo, al estar formuladas sus normas de una manera que permiten su progreso constante y su

(21) MEDINA QUIROGA, CECILIA, “Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en AA.VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pág. 209.

(22) MEDINA QUIROGA, *op. cit.* pág. 210. Debe recordarse que ya la Declaración Universal de los Derechos Humanos sostuvo que “[t]oda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. En el ámbito de la CADH el preámbulo y el articulado de la Convención permiten reconocer la existencia de un orden público regional. En el preámbulo se establece el propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Ver MEDINA QUIROGA, *op. cit.* pág. 214.

(23) Ver Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, 1155 U.N.T.S. 331 (1969). Ver, también, CAMPBELL MCLACHLAN, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, 54 *Int’l & Comp. L.Q.* 279, 280 (2005). Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a las Plataformas Petrolíferas confirmó la relevancia de este principio de interpretación al utilizar las reglas del derecho internacional sobre uso de la fuerza en su interpretación del Tratado bilateral de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares entre los EE.UU. e Irán. Ver *Case Concerning the Oil Platforms (Islamic Republic of Iran vs. United States of America)*, November 6th 2003, 2003 ICJ Reports 41.

adaptación a las circunstancias históricas (24). En este mismo sentido, la Corte IDH ha expresado que “[e]l *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) [...] Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo” (25). Entonces, resulta claro que el juez nacional, al interpretar una norma de derechos humanos nacional, debe tener en consideración las normas internacionales y la jurisprudencia internacional en la materia (26).

En el ámbito específico de la CADH, el principio de interpretación integral o sistémica está reflejado —y tal vez ampliado— en los incisos c) y d) del artículo 29 de la Convención. El primer inciso no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. Por su parte, el inciso d) establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza” (27).

Teniendo esto en cuenta, resulta importante comenzar estableciendo que la regla de interpretación de los Tratados es aquella codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969, que en su primer inciso establece que: “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El contexto de un

(24) PEDRO NIKKEN, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su Desarrollo Progresivo*, IIDH Madrid, Cívitas, 1987.

(25) 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 del 1-10-99, párr. 115.

(26) MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, pág. 217. Es asimismo importante para la interpretación el conocimiento de “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, puesto que, junto con las decisiones de los órganos de control internacional, son medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho internacional, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

(27) Según la Jueza MEDINA QUIROGA, esta norma “apoya, además de la integridad, la posición según la cual las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y en principio no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar (MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, pág. 217-218, nota al pie 18; ver asimismo, Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14-7-89, párr. 36).

tratado comprende (i) el texto, incluyendo el preámbulo y los anexos; (ii) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado y (iii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado (arts. 31.2 a y b de la Convención de Viena). En cuanto a los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*), la Convención de Viena no considera el recurso a ellos como una regla de interpretación sino que lo nomina como medio complementario de interpretación, al que podrá recurrirse cuando la utilización de la regla de interpretación necesite confirmación o cuando se produzca un resultado absurdo e irrazonable (28).

Ahora bien, los tratados sobre derechos humanos, dentro de los cuales se enmarca la CADH, no son los típicos tratados entre Estados de tipo sinálgámico en donde existe una concesión recíproca de derechos y obligaciones entre los Estados parte, sino más bien, existen derechos reconocidos a las personas frente a los Estados y obligaciones a cargo de éstos para con los individuos. En efecto, “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (29). En función de ello, algunos cánones de interpretación y normas de interpretación clásicas de los tratados no pueden aplicarse a la CADH en particular y a los Tratados sobre derechos humanos en general —salvo disposición en contrario claro esta— en función de la propia aplicación de estos mismos principios, ya que el propio objeto y fin de la CADH radica en la protección de los derechos de todos los seres humanos en América, independientemente de su nacionalidad (30).

Entonces, teniendo en cuenta que uno de los elementos para interpretar la norma internacional es la consideración del objeto y fin del tratado, la interpretación debe ser siempre a favor del individuo (interpretación pro persona o *pro homine*). En efecto, la propia Corte IDH ha expresado que “... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema” (31).

(28) No hay, entre los elementos de interpretación, jerarquía alguna debiendo utilizarse todos completariamente.

(29) 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 24-9-82, párr. 29.

(30) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 *ya cit.*, párr. 27.

(31) Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, del 15-7-81, párr. 16.

Ahora bien, pasando al análisis e interpretación del artículo primero de la CADH, éste se ubica en la parte I del Tratado, bajo la nomenclatura “Deberes de los Estados y Derechos protegidos”. En el primer capítulo, se enuncian entonces los Deberes de los Estados partes de la Convención.

Esta es una cláusula usual en varios tratados sobre derechos humanos que, juntamente con el deber estipulado para los Estados en el artículo 2º de la Convención, configura la clásica tríada de obligaciones para con los individuos titulares de derechos humanos, esto es: a) respetar los derechos protegidos; b) garantizar el libre y pleno goce y ejercicio de los derechos protegidos a las personas sujetas a su jurisdicción; y c) adoptar las medidas internas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos (32).

A partir de una lectura armónica de los artículos 1.1 y 2 de la Convención (33) se derivan estos tres tipos de obligaciones de carácter general cuya violación estará siempre relacionada con la violación de un derecho humano específico (34).

Este acápite hace referencia solamente a las dos primeras obligaciones mencionadas, dejando el análisis de la tercera para el comentario del siguiente artículo de la Convención. No obstante es de señalar que muchas veces ambos preceptos se encuentran estrechamente vinculados ya que las disposiciones normativas (*lato sensu*) son una de las formas más comunes de la actuación estatal (35).

Como primer punto, podemos señalar que las obligaciones de respetar los derechos humanos y de garantizar el pleno goce y ejercicio de ellos constituyen el fundamento genérico de la protección internacional de los dere-

(32) MÓNICA PINTO, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997, pág. 47. Cf. Saavedra Alessandri, Pablo, “La Respuesta de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana a las Diversas Formas de Impunidad en casos Graves de Violaciones de Derechos Humanos”, en AA.VV., *La Corte Interamericana... op. cit.*, pág. 389.

(33) Cf. Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 29-1-97, voto disidente Cançado Trindade, párr. 9.

(34) Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, del 29-7-88, párr. 162; Cf. *Caso Neira Alegria y otros*, del 19-1-95, párr. 85 y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19-1-84, párr. 53.

(35) Y a través de las cuales se imputan la responsabilidad internacional al Estado. Ver Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. U.N. Doc. AG Res. 56/83.

chos humanos, ya que es el Estado el principal sujeto pasivo de la relación jurídica (36) y responsable por sus violaciones (37).

Así, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos difieren de otros compromisos internacionales porque se entiende que los Estados se someten a un orden jurídico dentro del cual asumen diversas obligaciones, no en relación con otros Estados partes, sino para con las personas dentro su jurisdicción. En consecuencia, los instrumentos de derechos humanos deben interpretarse a la luz de un objeto y propósito coherente con su carácter fundamental, a saber, que la protección de los derechos básicos del ser humano, más allá de la nacionalidad de aquél (38).

“Este precepto esencial” está basado a su vez en la premisa de que las protecciones de los derechos humanos derivan de los atributos de la personalidad individual y en virtud del hecho de que se trata de un ser humano (39),

(36) No obstante lo cual, la Corte IDH señaló que “[...] se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*)” (Ver Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia del 15-09-05, párr. 112). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 140).

(37) Ver *supra* nota 3; ver también Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, *ya cit.*, párr. 163. Ver asimismo, algunas consideraciones respecto del carácter *erga omnes* de las obligaciones relativas a derechos humanos en varias sentencias de la Corte IDH, entre ellas, ver Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, *ya cit.*, párr. 111.

(38) La Corte Interamericana ha establecido que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), 24-9-82, párr. 29).

(39) La Convención aclara que *persona es todo ser humano* dejando afuera de su ámbito de protección a las personas jurídicas. No obstante, conforme indica la jueza MEDINA QUIROGA: “Si bien la Convención es clara en esta materia, la Comisión Interamericana ha acogido a tramitación una causa en que la víctima es una persona jurídica. Así ocurrió en un caso seguido en contra de Paraguay, en el cual la Comisión determinó que había una violación a la libertad de expresión en perjuicio de Radio Ñandutí, toda vez que, al sufrir diversos actos de interferencia, dicha estación de radio debió cerrar al no ser sustentable económicamente, con el consecuente perjuicio económico para la empresa y sus empleados (CIDH,

no porque sea ciudadano de algún determinado Estado (40). Entonces, las obligaciones de los Estados en esta materia, son de exigibilidad inmediata en el plano internacional (41) y no dependen de la nacionalidad de la persona o de su presencia dentro de una zona geográfica determinada, sino que más bien se extienden a todas las personas sujetas a la autoridad y el control de ese Estado (42). De este modo, cuando optaron por delimitar el ámbito espacial de la Convención a aquello que cae dentro de su jurisdicción, escogieron un criterio amplio que incluya no sólo los actos u omisiones imputables como violación de obligaciones realizadas dentro del territorio, sino que incluye aquellos ejecutados o realizados, eventualmente, fuera del territorio, pero dentro del campo de jurisdicción, como podrían ser las actuaciones de un ejército de ocupación (43).

caso Radio Ñandutí, N° 9642, resolución 14/87 de 28 de marzo de 1987, publicado en Informe Anual 1986-1987, párr. 2). La reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana, sin embargo, ha dejado claro que, tratándose de personas jurídicas, la protección del sistema establecido por la Convención se dirige sobre los seres humanos integrantes de la misma (Corte I.D.H., Caso Cantos. Excepciones Preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C N° 85, párrs. 26-29)". MEDINA QUIROGA, *op. cit.* pág. 243, nota al pie 86. A fin de profundizar este tema, puede acudir al comentario elaborado por Sonia Soledad Jaimez y A. Guillermina Meza al art. 3 de la presente obra, respecto del Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

(40) Este principio se encuentra implícitamente reconocido en los preámbulos de la Declaración Americana y de la Convención Americana; así como en los arts. 1(1), 3 y 24 CADH. Ver Declaración Americana, Preámbulo "En repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido 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"; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana..."

(41) MEDINA QUIROGA, *op.cit.*, pág. 230.

(42) Véase, por ejemplo, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, *ya cit.*, párr. 29; CIDH: Caso 9903, Informe N° 51/01, *Ferrer-Mazorra y otros (Estados Unidos)*, Informe Anual de la CIDH 2000, párr. 178; Informe N° 38/99, *Caso Saldaño (Argentina)*, Informe Anual de la CIDH 1998, párrs. 15-20; *Caso Coard y otros*, nota 73, párr. 37, donde se cita, entre otros, el Informe de la CIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 17, 1985, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Suriname, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 21, rev. 1, 1985]. Véase, análogamente, Comisión Europea de Derechos Humanos, *Chipre c. Turquía*, 18 Y.B. Eur. Conv. Hum. Rgts. 83 (1975), 118; Corte Europea de Derechos Humanos, *Loizidou c. Turquía, Excepciones Preliminares*, 23-3-85, párrs. 59-64.

(43) CECILIA MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Santiago, Universidad de Chile, 2003, pág. 12 y 13. Esta es la postura de la Corte Europea de Derechos Humanos desde el caso *Cyprus vs. Turkey*, App. 25781/94, Sentencia del 10 de mayo de 2001 y el reciente caso de *Al-Saadoon and Mufdhi vs. United Kingdom*, App. 61498/08, Decisión sobre admisibilidad del 30 de junio de 2009. Ver también en el ámbito del sistema universal CDH, *Caso López-Burgos vs. Uruguay*, Comunicación 52/1979, dictamen del 29-7-81, párr. 12.3. En el ámbito inte-

La primera obligación que surge para los Estados es la de *respetar* los derechos humanos, siendo por lo tanto una obligación de abstención, de “no hacer”. Pero la obligación del Estado no termina aquí, puesto que debe emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos. Como indica la Jueza Medina Quiroga, “En materia de derechos humanos, (...) el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de tales derechos, sino que, además, debe emprender acciones positivas, que serán todas las necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar sus derechos humanos. Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado, y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella” (44).

La obligación de *garantizar*, por su parte, implica, al decir de la Corte Interamericana, “el deber para los Estados partes 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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.” (45) Tal ha sido también el criterio seguido por nuestra propia Corte, (46) tomado de la fuente anteriormente indicada.

Ahora bien, dicha obligación no se agota con la existencia de un orden normativo que tienda a hacer posible el cumplimiento de la obligación, sino que se erige como la necesidad de que el Estado adopte una conducta que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (47).

americano *ver* CIDH, Caso 10.573, del 14-10-93 de octubre de 1993, publicado en CIDH, Informe Anual de 1993.

(44) CECILIA MEDINA QUIROGA, *La Corte...*, *op. cit.*, pág. 248.

(45) Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez*, *ya cit.*, párr. 166 y 167; *Cf. Caso Juan Humberto Sánchez*, del 7-7-03, párrs. 110 y 111, y *Caso Maritza Urrutia*, del 27-11-03, párr. 32.

(46) *Ver, inter alia*, CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*, 2002, Fallos 325:524, “La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados partes 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 jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos.”

(47) *Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, ya cit.*, párr. 167.

De este modo, se exige que los Estados efectúen actividades concretas para que las personas bajo su jurisdicción puedan disfrutar de sus derechos, aunque no estipula los medios, siendo este *garantizar* una obligación de resultado, por cuanto si no existe en el Estado una norma que lo provea, es deber de las autoridades (cualesquiera que fueran) proveer lo necesario para la consecución de lo dispuesto en la Convención (48).

Nuestra Corte Suprema expresó que los Estados partes de la CADH deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino “además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, concepto que implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.” (49) Se incluye dentro de dichos obstáculos el dictado o existencia de leyes (o de cualquier otra disposición) que impida, *inter alia*, la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos.

Entonces, la obligación de garantizar es amplia y alcanza la promoción de los derechos, la eliminación de los obstáculos gubernamentales o privados y también las medidas especiales para igualar —en lo que hace a las oportunidades— a un grupo que se encuentre en una situación desventajosa respecto del resto de la comunidad (50).

Prevenir, por el contrario, sí importa para el Estado una obligación de medios, es decir, de intentar todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural —a su alcance— que promuevan la salvaguarda de los derechos y aseguren que las posibles violaciones sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que acarree sanciones para quien las cometa así como la obligación de indemnizar a las víctimas por las consecuencias perjudiciales (51).

Por su parte, la obligación de *investigar* es también una obligación de medios o de comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio, no obstante lo cual, ésta debe encararse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener también un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico de buscar efectivamente la verdad y no ser dejada a la sola iniciativa de los particu-

(48) Cf. MÓNICA PINTO, *op. cit.*, págs. 49-50.

(49) CSJN, Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, *ya cit.*

(50) Thomas Buergenthal, “To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations” en Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, págs. 72 y 77-78.

(51) Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, *ya cit.*, párr. 175.

lares. Así, cuando se ha violado un derecho protegido, el Estado está obligado a responder *sua sponte* con determinadas medidas de investigación encaminadas a sancionar y castigar a los perpetradores (52), por lo que si los hechos no son investigados con esta seriedad resultaría que el Estado auxiliaría a quienes cometieron el acto, y en tal caso, aun si estos últimos fueran particulares, se comprometería la responsabilidad internacional del Estado (53).

Más recientemente nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, en el caso “Simón”, en relación con el último aspecto del deber de garantía, es decir, la obligación de *sancionar* a los responsables, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención, debiendo estarse al deber de garantía de los Estados partes puesto de relieve por la Corte Interamericana en el *leading case Velázquez Rodríguez* y a las derivaciones concretas de dicho deber que se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial hasta llegar en el momento actual a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos (54). Por ende, sostuvo el Alto Tribunal, que las leyes en cuestión (que declaraban en los hechos una especie de amnistía por los hechos cometidos durante la última dictadura militar argentina), en la medida en que obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino y resultan inadmisibles. De este modo, con el objeto de dar cumplimiento a los tratados en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes ha de producirse de forma tal que no pueda derivarse de ellas

(52) Corte IDH., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 26-05-01, párr. 199.

(53) Corte IDH., *Caso Velásquez Rodríguez, ya cit.*, párr. 177.

(54) *Cf.*, Informe de la CIDH 28/92, *Consuelo Herrera vs. Argentina*, en el que se entendió que el hecho de que las leyes 23.492 y 23.521 y el Decreto 1002/89 hayan cancelado o impedido los juicios es incompatible con los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana y se recomendó la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables y, especialmente, el fallo de la Corte Interamericana en el caso “*Barrios Altos*”, *Chumbipuma Aguirre vs. Perú*, del 14-03-01, en el que se consideró responsable internacionalmente a Perú, no sólo por la violación del derecho a la vida y a la integridad personal, sino también por el dictado de dos leyes de amnistía, considerando que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos...las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos”.

obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituían el objeto de la causa (55).

En otro fallo reciente (56), la Corte Suprema señaló que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo cual, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal. A la luz de lo reseñado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación llegó a la conclusión de que la confirmación de la decisión por la cual se declaró extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial y daría origen nuevamente a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esta perspectiva, a juicio de la Corte, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos había quedado considerablemente limitado, por lo que correspondía declarar inaplicables las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción. Sin perjuicio de ello, la Corte dejó asentado que no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional ya que, conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, la defensa sólo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En el caso, la restricción de los derechos del imputado que deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlo. En consecuencia, concluyó la Corte, en la especie se plantea que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional restringiendo fuertemente los derechos de defensa. La CSJN continuó expresando que dado que tales restricciones fueron dispuestas por el propio tribunal internacional, a pesar de las reservas señaladas, es su deber, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional por lo que declaró procedente el recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y ordenó devolver los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento de conformidad con su decisión.

(55) En el mismo sentido ver CSJN, *Menéndez, Luciano Benjamín y otro s/recurso de casación y de inconstitucionalidad*, 2008, Fallos 331:1432; Ver también pronunciamiento del 29/04/2008 de nuestra Corte en autos *Sr. Fiscal general solicita desarchivo de causas que tramitaron por art. 10, ley 23.049*, 2008, Fallos 331:916.

(56) CSJN, *Espósito, Miguel Angel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, ya cit.* Se sostuvo que si bien en principio el alcance del concepto de “secuela de juicio” interruptora de la prescripción de la acción penal es ajeno al ámbito del recurso extraordinario, en la especie no puede soslayarse la circunstancia de que el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte IDH en su sentencia del 18-9-03 en el caso *Bulacio vs. Argentina*; en el que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino —entre otros puntos— por la deficiente tramitación de este expediente.

Sin embargo, y sobre este mismo tema, la Corte Suprema consideró que “lo vedado a los Estados por el deber de garantía (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento” (57).

Finalmente, considerando la clara desigualdad que existe entre el Estado y los individuos sometidos a su jurisdicción, es el primero el que se encuentra en una mejor posición para asegurarles que puedan usar y gozar de los derechos que le han sido reconocidos. Dentro del sistema interamericano de promoción y protección de los Derechos Humanos, el Estado puede garantizar esto de manera inmediata, puesto que la supervisión internacional a través de los órganos creados con estos objetivos, es siempre tardía y generalmente posterior (58).

(57) CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*, 2007, Fallos 330:3074, dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. La Mayoría estuvo compuesta por el voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, con la abstención del Dr. Fayt y la disidencia de la Dra. Argibay.

(58) Cf. MEDINA QUIROGA, “Las obligaciones de los Estados...”, *op. cit.*, pág. 250.

ARTÍCULO 2. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Concordancias: art. 2 PIDCP.

ALEJANDRO TURYN

La Convención consagra en su artículo 2 la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención (59). La fuente directa de esta regla es el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya redacción es casi idéntica (60).

Si no existe en el Estado una norma que proteja alguno de los derechos humanos enumerados en la Convención, es deber del Estado (en cualesquiera de sus funciones) proveer lo necesario para la efectiva garantía de los

(59) Conforme explica la Jueza MEDINA QUIROGA, tal disposición “causó, en el momento en que se discutía su incorporación a la Convención, una aguda controversia sobre la relación que existiría entre ella y las obligaciones de respetar y garantizar examinadas anteriormente.” Ver MEDINA QUIROGA, CECILIA, “Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos” en AA.VV., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pág. 251, refiriendo también a C. MEDINA, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1988, capítulo V.

(60) Dice Juan Carlos Hitters que ello se debe a una propuesta de la delegación chilena en la Conferencia, y que configura una de las notas características de la Convención Americana ya que no existe disposición similar en la Convención Europea, en JUAN CARLOS HITTERS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo II: Sistema Interamericano, El Pacto de San José de Costa Rica, Buenos Aires, Ediar, 1993, pág. 90.

derechos (61). Es decir, tal obligación puede ser cumplida por cualesquiera de los órganos (legislativo, ejecutivo y/o judicial) (62) de manera indistinta o conjuntamente y puede aun versar en la derogación de disposiciones incompatibles con la Convención e imponer también la obligación de no dictar medidas cuando ello conduzca, directa o indirectamente, a violar los derechos y libertades enumerados en la CADH, especialmente cuando sean de aplicación inmediata (63).

Esto implica que los Estados deben revisar no sólo las normas que dictarán luego de la entrada en vigor de la Convención, sino también la legislación vigente en ese momento para adecuarla al compromiso internacional asumido, todo ello, dentro de un plazo razonable contado a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado (64).

A decir del voto separado del Juez Piza en la Opinión Consultiva N° 4, ello implica la obligación estatal de ir garantizando, cada vez mejor y con más eficacia, aquellos derechos y libertades que están obligados a respetar (65).

Al momento de celebrarse las conferencias que llevaron a la adopción de la Convención Americana, la disposición bajo examen, fue una de las que más controversias provocó, por la relación que existiría entre ésta y las del artículo anterior. Así, surgieron dos posturas opuestas, encarnadas principalmente por uno de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por un lado, y por el representante de la República de Chile, por el otro. El primero sostenía que su adopción podía llevar a que se interpretara que los Estados no estarían obligados a respetar y garantizar los derechos humanos que se consagran, a menos que se dictaran leyes especiales. El delegado chileno, sostenía en cambio, que el fin de esta norma era crear una obligación clara para que los Estados partes dictaran normas legales cuando

(61) Cf. MÓNICA PINTO, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997, págs. 49-50.

(62) CSJN, *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y Otros. s/ Recurso de Hecho*, 1992, Fallos 3115:1492, considerando 22 in fine de la mayoría. En particular, estableció que: "Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto"

(63) Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9-12-94, párr. 36, 42 y 43; ver además Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva, OC-6/86, del 9-05-86, párr. 37; ver en el mismo sentido JUAN CARLOS WLASIC (dir.), MARÍA ESTELA FERNÁNDEZ PUENTES y DANIEL ALEJANDRO LANZA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, anotada y concordada con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rosario, Juris, 2000, págs. 23-25.

(64) MÓNICA PINTO, *op. cit.*, págs. 51-52.

(65) Corte I.D.H., OC-4 del 19-01-84, voto separado del juez Piza, párr. 4.

ello fuera necesario debido a la falta de especificidad de las disposiciones de la Convención. Finalmente, primó la opinión del segundo y se aprobó su inclusión aunque con cambios (66).

De esta forma, se sostiene el carácter complementario del artículo bajo análisis en relación con el artículo primero de la Convención, lo que no implica que las obligaciones que asume el Estado en virtud de este último estén condicionadas o supeditadas a las que derivan del primero. Otra interpretación conduciría al resultado de que el artículo 1 sería inaplicable si no se dictaran las medidas a que se refiere el artículo 2. Tal conclusión no parece compatible con la CADH porque tendería a paralizar el sistema de protección y aplicación de la Convención removiendo en los hechos la esencial obligación del artículo 1 (67).

En dicho sentido, en uno de sus últimos pronunciamientos consultivos, la CorteIDH sostuvo que “el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.” (68)

Por otro lado, vale aclarar, que el cumplimiento por parte de órganos del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce la responsabilidad internacional del Estado, aun cuando también pueda constituir un ilícito particular (crimen) de los agentes o funcionarios que lo ejecutaron (69).

En este punto se aclara que si bien se desprende de la jurisprudencia (*lato sensu*) de la Corte que aun el dictado de una ley viola *per se* la Convención (más allá de que los Estados estén obligados a revisar y adecuar la legislación existente) por ser esto contrario al artículo 2, es su aplicación efectiva la que genera la responsabilidad internacional en virtud del artículo 1, todo ello conforme a las reglas del derecho internacional general o convencional aplicables a un caso determinado. Más allá de estas indicaciones es de resaltar que la Corte siempre ha determinado la responsabilidad cuando ha existido aplicación concreta de la norma lesiva, corolario lógico del sistema interamericano de protección por la necesidad de que exista un sujeto legitimado (lesionado) para formular la correspondiente denuncia.

Una vez desarrollado el régimen de obligaciones generales que establecen ambos artículos, es necesario detenerse a fin de plantear uno de los in-

(66) MEDINA QUIROGA, “Las obligaciones de los Estados ...”, *op. cit.*, pág. 252-253.

(67) Corte IDH, OC-7 del 29-08-86, opinión separada del juez Gros Espiell, párr. 6.

(68) Corte IDH, OC-18/03 de 17-09-03.

(69) Corte IDH, OC-14/94, del 9-12-94, párr. 57.

terrogantes que aún hoy se discute en el ámbito interamericano. Esencialmente, la discusión sobre a qué grupo de derechos se aplica este régimen, de existir alguna diferencia, entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales.

Antes de avanzar en este punto, hay que dejar sentado que hoy día existe unanimidad en la Comunidad Internacional sobre que la división entre ambos grupos es meramente doctrinaria e incluso anticuada puesto que no existen mayores diferencias entre ellos, y se ha sostenido en reiteradas oportunidades que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global (...) dándoles a todos el mismo peso” (70).

Así, parte de la doctrina considera que tal como existen dos regímenes diferenciados en el sistema universal, la propia Convención Americana diferencia entre las obligaciones referidas a los derechos civiles y políticos, que serían aquellas exigidas por los artículos 1 y 2; y aquella que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26.

Una de las más fervientes defensoras de lo que podemos denominar regímenes diferenciados, es la Jueza Medina Quiroga, que ha sostenido a lo largo de distintas obras que “en la sección correspondiente a los derechos civiles y políticos, los artículos enuncian los derechos y el marco dentro del cual los Estados pueden restringirlos, sin establecer obligaciones generales. Ellas se encuentran, sin lugar a dudas, en los artículos 1 y 2 del capítulo anterior, que obligan a los Estados a respetar y garantizar los derechos de la Convención. El artículo 26, por el contrario, contiene en efecto una norma relativa a las obligaciones, al disponer que los Estados se comprometen a adoptar providencias para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que de allí emergerían. Es necesario dilucidar, entonces, si ésta es la única obligación que corresponde a los Estados en relación con estos derechos, o si ella se adiciona a las de los artículos 1 y 2” (71). Si bien reconoce las argumentaciones contrarias, considera que al establecer esta idea de progresividad, se establece un régimen diferenciado para los derechos económicos, sociales

(70) Acta Final de la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia de Viena, A/Conf. 157/23, 12-07-93, párr. I.5; Proclamación de Teherán, párrafo 13; AG/RES.1213 (XXIII-0/93); C.I.D.H., *Informe Anual de 1993, La realización de los derechos económicos, sociales y culturales en la región*, 11-02-94; Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 22-26 de enero de 1997, directriz 4; Cf. Corte I.D.H., *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, del 24-11-06, voto razonado juez Cançado Trindade, párr. 7; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, voto razonado concurrente juez García Ramírez, párr. 27 y Convención Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, preámbulo.

(71) CECILIA MEDINA QUIROGA, *La Corte*, pág. 230; *Ver también*, de la misma autora, “La Convención Americana...”, *op. cit.* págs. 38 y 39.

y culturales, que no permitiría en relación con éstos, el cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas. Pero concluye que, dado que la Corte, si bien se vio enfrentada a la aplicación del artículo 26 en un caso contencioso (72), no se expidió al respecto, por lo que “todavía hay motivos para seguir debatiendo sobre el contenido de las obligaciones de los Estados que surgen del artículo 26 de la Convención Americana” (73).

En vereda opuesta, se encuentran aquellos que sostienen, que se aplican íntegramente a todos los derechos, ya que los dos artículos discutidos son la cabeza de la Convención, haciendo referencia el primero a “los derechos y libertades” de la Convención, sin diferenciar, por lo que podría argumentarse que cuando la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir, no debiendo limitarse a los derechos del Capítulo II. Agregan como fundamento a esta postura que cada vez que corresponda realizar interpretación de normas que consagran derechos humanos, ésta debe guiarse siempre por el principio *pro-homine*.

Finalmente, podemos reconocer una postura intermedia, tal como podemos encontrar en una de las más recientes publicaciones del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, donde, al referirse a la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, sostienen que “en el texto de los tratados de DESC existen diferencias respecto de lo consagrado como obligaciones en pactos de derechos civiles y políticos. La interpretación autorizada de estos instrumentos ha precisado el sentido y alcance de estas diferencias y ha dejado claro que a partir de ellas no es posible establecer jerarquías entre estas categorías de derechos. Pese a las diferencias de redacción de los distintos textos legales, y tal como ya fue señalado, el régimen jurídico que rige las obligaciones en materia de derechos civiles y políticos y de DESC es sustantivamente el mismo. Es cierto que mientras la “satisfacción” de los derechos civiles y políticos no está condicionada, la de los DESC está supeditada a un “desarrollo progresivo”. Pero ello, por supuesto, es pertinente para el grado de satisfacción de los derechos aun no logrado. Respecto del ya conseguido, o de los contenidos mínimos esenciales de los derechos, el régimen legal se asimila al existente respecto de los derechos civiles y políticos (74).

Hasta aquí el desarrollo de las obligaciones de los Estados respecto de los artículos 1 y 2 de la CADH, los cuales, es deber aclarar, no agotan el cúmulo de deberes estatales contenidos en dicho instrumento respecto de los sujetos bajo su jurisdicción.

(72) Corte I.D.H., *Caso “Cinco Pensionistas”*, del 28-02-03.

(73) Para profundizar sobre esta cuestión, debe acudir al comentario efectuado por Jorge A. Ameal en esta obra al artículo 26 sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.

(74) Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano. IIDH, 2008. págs. 130/132.

CAPÍTULO II

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

ARTÍCULO 3. DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Concordancias: arts. 1, 2, 16, 18, 20, 24, 25, 27.2 y 29 CADH; 16, 19, 20, 27, 28, 31, 43 y 75.22 CN; 1, 2, 6 DUDH; 16 PIDCP, 6 DADDH.

SONIA SOLEDAD JAIMEZ Y ANGELINA GUILLERMINA MEZA

“En el derecho político una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que en principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto.”

Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 7, 1131 b.

a. Cuestiones Preliminares

Ante todo es necesario definir algunos conceptos y establecer el significado de algunas palabras para poder inducir al lector a una opinión crítica.

En primer lugar, el concepto de persona es un concepto abstracto de pura construcción del ser humano y, en consecuencia, dicho concepto está en constante modificación. Esto implica que el significado de la palabra persona responde a las decisiones del ser humano basadas en sus necesidades y utilidades, las que a lo largo de los años van cambiando. En tal sentido, cabe recordar que algunos autores definen a la persona como entes dotados de racionalidad, entes con alma y también con signos de humanidad. Estas definiciones, al igual que cualquier definición, son acuerdos de palabras sobre

cosas, en nuestro caso, hablamos de acuerdos de palabra sobre el concepto de persona.

Es por eso y en segundo lugar, que el concepto de persona es una decisión del ser humano, es decir, es un acuerdo de palabras. Creemos que la prueba de ello, es la definición del artículo 1 de la CADH al establecer que "*persona es todo ser humano*". Esta definición es vacía y vaga, ello así puesto que nos remite a otro concepto abstracto que es el ser humano. La definición parece referirse a un ente dotado de signos característicos de humanidad, lo cual nos llevaría a definir cuáles son esos signos. Así, un sinnúmero de definiciones, nos permite estipular lo que nos convenga o queramos según nuestros intereses o utilidades.

Por tales motivos, consideramos que el ser humano no es definido en el art. 1 de la CADH. Es decir, no se establecen cuáles son las características definitorias para que algo o un bicho sea llamado ser humano. Con la definición de persona de la CADH, no estamos en condiciones de establecer qué entes encajan en el concepto ser humano o cuáles son las características principales para definirlo. Lo cual, destacamos, deja un margen amplio para determinar qué entes podrían tener derechos y cuáles no.

Por tanto partiendo del hecho de que la persona es un ser único, singular, irreplicable, dotado de dignidad; consideramos que las personas son "alguien" y no algo. Al hablar de persona, ya indicamos dignidad y dignidad denota excelencia, algo valioso en sí mismo.

La persona es un sujeto racional. La condición de sujeto racional, y por tanto de persona, es propia de todo ser humano, y no se pierde aunque no se ejercite la racionalidad. Persona es todo ser humano desde la concepción hasta la muerte.

El dato inicial del que vamos a partir es el hecho de que el hombre es un ser orgánico: un determinado tipo de animal. El hombre no es un cuerpo más un alma, ni un animal más una subjetividad espiritual: el hombre es un animal racional, es decir, un organismo vivo intelectual.

Hay una igualdad esencial entre todos los hombres por su común naturaleza humana y su dignidad de personas.

La dignidad humana alcanza por igual a todos los seres humanos, sin distinción de raza, etnia, creencia o condición.

Esta igualdad fundamental entre todos los hombres no se opone a la diferencia que continuamente experimentamos entre todas y cada una de las personas. Cada persona es singular, única irreplicable. Sin embargo, como seres humanos todos somos iguales.

Estrechamente relacionados con la dignidad humana surgen unos derechos que son propios de toda persona humana, es decir, los Derechos Humanos. Todos los hombres tienen los mismos derechos fundamentales, inde-

pendientes, anteriores a su reconocimiento y promulgación por parte de la sociedad y éstos se imponen a ella.

No es la sociedad quién concede los derechos humanos, sino que éstos pertenecen a las personas como algo propio. Sin embargo es muy conveniente que los derechos sean reconocidos y defendidos por las instituciones en sí (sean políticas, educativas, sociales, etc.) ya que a través de los derechos humanos la dignidad de la persona tiene eficacia operativa en la sociedad.

La definición de derechos humanos, como “humanos”, apunta a su universalidad. Los derechos humanos son impensables si no se parte del principio de que su atribución al hombre es universal; por encima de cualquier diferencia de nacionalidad (75).

En estricto sentido los derechos humanos (76) refieren a “derechos”, esto es situaciones jurídicas tuteladas como tales. Ello implica que deben estar reconocidos o creados por un cierto ordenamiento jurídico. Debe tratarse de normas y ser jurídicamente exigibles o reclamables por los titulares.

Por tratarse de derechos “humanos”, sus titulares sólo pueden ser grupos humanos no estatales. Deben además, ser individualizables en cada ser humano que se coloca en las circunstancias definidas por ellos, para ser sus titulares. Refieren a todos los hombres en pie de igualdad y sin posible discriminación.

Por tratarse de derechos del hombre, definen los derechos esenciales e imprescindibles a la dignidad humana.

Por ello el ámbito material de los derechos humanos incluye a todos los derechos reconocidos como tales, como derechos humanos y como fundamentales por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; esto es el conjunto de normas y principios jurídicamente internacionales relativos a la promoción y protección de los mismos.

Bajo estas circunstancias, la competencia contenciosa de la CADH (77) se aplica a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado Parte. En su Preámbulo el “Pacto de San José de Costa Rica” expresa “... *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...*” (78).

(75) RODOLFO E. PIZAR, GERARDO TREJOS, Derecho Internacional de los Derechos Humanos: La Convención Americana, Juricentro, San José Costa Rica, 1989, 25.

(76) PIZAR, 173.

(77) PIZAR, 285.

(78) Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, Preámbulo, 1º párr. La presente Convención entró en vigor el 18/07/78. En virtud de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, posee jerarquía constitucional. Fue ratificada y entró en vigor para nuestro país el 5/09/84.

b. Derecho a la personalidad jurídica

El derecho a la personalidad jurídica establecido en el art. 3 de la CADH, tiene su fuente (79) inmediata en los artículos 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y art. 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Esta regla manifiesta que los sujetos de derecho son las personas. Los atributos, que generalmente se le reconocen a éstas, son el nombre, el domicilio, el estado civil, la capacidad, la nacionalidad, etc.

El artículo 3 destaca que no debe haber un ser humano a quien no se le reconozca su personalidad jurídica, esto es que el hombre es sujeto de derecho. La palabra persona en sentido amplio refiere al hombre; y desde la perspectiva jurídica, alude a todo ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En conclusión la persona es el sujeto de derecho.

El concepto de personalidad no refiere a la capacidad, sino que manifiesta la aptitud para ser titular activo o pasivo de las relaciones intersubjetivas. Se es "persona" y por ende se goza de "personalidad". La "capacidad" y la "personalidad" integran el concepto de sujeto de derecho; pero se trata de conceptos diferenciados, ya que puede haber personalidad sin capacidad, en el caso de un disminuido mental, por ejemplo. Pero la capacidad de derecho supone la personalidad.

El artículo 3 de la CADH admite, como primer derecho civil (80), el reconocimiento de la personalidad jurídica, lo cual implica conferirle normativamente al ser humano la calidad de persona.

En consonancia con el artículo 3, el artículo 27.2 de la Convención (81) establece que los derechos allí enumerados no pueden suspenderse. El artículo citado contiene los derechos que constituyen el núcleo central e inalterable de la CADH, y por ende en ningún caso pueden quedar en situación de interinidad. Se trata de derecho absoluto y no puede sufrir ningún tipo de menoscabo.

En consecuencia, el hombre es esencialmente el titular (82) de los derechos humanos. Por tanto el Estado como tal no es titular de ninguno de los

(79) JUAN CARLOS HITTERS, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Sistema Interamericano, El Pacto de San José de Costa Rica*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, II, 109.

(80) HITTERS, 282.

(81) Art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la integridad personal); 6 (Prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (Principio de legalidad y de retroactividad); 12 (Libertad de conciencia y de religión); 17 (Protección a la familia); 18 (Derecho al nombre); 19 (Derechos del niño); 20 (Derecho a la nacionalidad); 23 (Derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

(82) AGUSTÍN GORDILLO, *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, V-12.

derechos contenidos en la CADH, sino la persona humana a quien la Convención reconoce los derechos y libertades fundamentales.

Los sujetos del derecho sólo pueden ser las personas, todas las personas, en sentido ontológico y jurídico (83); es decir, reconocer a la persona como sustancia individual de naturaleza racional. Pero también en la definición de persona se encuentra implicada la dimensión jurídica de ella como ser en relación. La persona es el sujeto de la relación jurídica, como titular de derechos y de obligaciones.

El Código Civil argentino, en el Título II - De la persona de existencia visible, establece, en el artículo 51 que todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible. Lo fundamental en la génesis de este artículo es la vida humana (84).

En el régimen legal argentino la capacidad es la regla general. Por tanto todas las personas físicas son reputadas capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones; salvo expresa disposiciones de la ley en sentido contrario. La capacidad constituye la regla general fundamentada en el respeto, la libertad y la dignidad humanas; en tanto que las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la voluntad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico como excepciones a la capacidad.

La capacidad jurídica refiere a la aptitud de la persona para ser titular de derecho o deberes jurídicos y para efectuar las potestades que dimanen de esos derechos o cumplir las obligaciones que derivan de los mencionados deberes.

La capacidad de derecho es el grado de aptitud de las personas para adquirir derechos o ejercer actos por sí, o por otros, que no le sean prohibidos. Supone la idoneidad del sujeto para ser titular de derechos o para realizarlos por sí o por otros los actos que no le sean prohibidos. En el derecho civil, la capacidad es la regla; y la incapacidad constituye la excepción.

Retomando la consideración sobre la personalidad jurídica, destacamos que el primer elemento que despierta cosas en nuestra mente, cuando hacemos referencia a la personalidad jurídica, es el vínculo asociativo entre personas cuyo objeto es establecer derechos y contraer obligaciones. Esta es la primera aproximación al tema, sin embargo, nos preguntamos si será el vínculo asociativo entre las personas lo que determine a la personalidad jurídica o habrá un vínculo asociativo entre las personas y la ley.

(83) MAURICIO BEUCHOT, JAVIER SALDAÑA, *Derechos Humanos y naturaleza humana*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, 144.

(84) ALBERTO J. BUERES, ELENA I. HIGHTON, Coordinadores, *Código Civil y Normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª arts. 1/158 Parte General, 2ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 487.

Con la intención de responder a estos interrogantes, creemos conveniente reflexionar a partir de algunos ejemplos. Un primer ejemplo es el vínculo asociativo que puede establecerse entre personas, como sería el caso de un grupo de niños o niñas que se encuentran jugando en la puerta de sus casas, en cuyo caso, creemos que no nos atreveríamos a estipular o significar que dicha asociación tenga por referencia a la personalidad jurídica. Pero, seguidamente y aquí aparece el segundo ejemplo, si dichos niños o niñas no tuvieran su identidad (entendida como el derecho a un nombre, sexo, fecha de nacimiento/ defunción, nacionalidad, entre otros elementos) jurídicamente reconocida por el Estado, es decir, si no se les reconociera su existencia, nos preguntaríamos también si estamos hablando del derecho a la personalidad jurídica. Creemos que la respuesta sería que sí estamos hablando de personalidad jurídica. A tal efecto, comencemos a ver cuáles son nuestros argumentos.

Consideramos que la vinculación asociativa entre la/s persona/s y la ley es lo que da origen a la personalidad jurídica o mejor dicho el derecho a la personalidad jurídica. Algunas de sus características relevantes es que éste derecho es un derecho inherente e inalienable que tiene toda persona, es decir, todo ser humano. Este derecho consiste que se le reconozca a la persona como un sujeto de derechos y obligaciones en el ordenamiento de un Estado como así también en el ordenamiento internacional. El significado de ser sujeto de derechos y obligaciones implica que *“toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes”* (85).

La titularidad de derechos, aspecto propio de la declamación de derechos humanos en instrumentos internacionales, trae consigo la capacidad de ejercicio del derecho, es decir, la personalidad jurídica. En esta cuestión queremos enfatizar que si bien el artículo 3 de la CADH afirma el derecho a la personalidad jurídica, se trata no sólo de afirmarlo o declamarlo sino también tornarlo operativo a través del ejercicio, el cual es un aspecto que la propia Convención no trata.

Ahora bien, continuemos con el desarrollo del contenido de la personalidad jurídica, que tal como se desprende de las líneas anteriores tiene dos dimensiones.

Una de ellas es la material y otra la formal, ambas dimensiones son necesarias para la materialización del derecho. En cuanto a la dimensión material, ésta tiene que ver con la condición primaria de la persona de derecho, es decir, con la titularidad de los derechos que posee el ser humano. Al respecto, la Corte sostuvo *“...el derecho a la personalidad implica el reconocimiento de*

(85) Corte I.D.H., Sentencia Las Niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana, del 8 de septiembre de 2005, Serie C, N° 130, párrafo 176.

que el ser humano, miembro de una comunidad políticamente organizada y jurídicamente regulada, es necesariamente titular de derechos y obligaciones; que es indispensable acoger ese estatuto, con sus múltiples consecuencias, en el ordenamiento jurídico y en la aplicación de éste; que no es posible extraer a nadie de aquella condición primaria de 'persona de derecho', dejándole al margen del orden jurídico y excluyéndole de derechos, libertades, facultades, garantías, etcétera, que son las manifestaciones, implicaciones o consecuencias del reconocimiento de la personalidad por parte del Estado, sin perjuicio, por supuesto, de las restricciones o condiciones lícitas que pudieran asignarse a aquéllas. Esta perspectiva ilustra sobre la personalidad jurídica en una de sus vertientes o dimensiones: la de carácter material o sustantivo" (86).

Mientras que la dimensión formal de la personalidad jurídica es el ejercicio del derecho que la persona tiene a ser reconocida como tal ante la ley. Al respecto, *"...el reconocimiento material de la personalidad jurídica resultaría inoperante o ilusorio si el titular de este derecho careciera del medio o instrumento para acreditarlo, y por tal motivo se viera privado —de jure o de facto— de personalidad ante el orden jurídico, o por lo menos de legitimación para asumir las consecuencias de la personalidad, particularmente en la medida en la que éstas implican derechos de los que dependen su desarrollo, su bienestar y acaso su vida misma. Es así que la disposición de dicho medio o instrumento es una conditio implícita para la efectividad del reconocimiento explícito que enuncia el artículo 3 del Pacto acerca del derecho a la personalidad. Se trata, entonces, de la dimensión formal o instrumental de este derecho" (87).*

Esta dimensión formal se efectúa mediante el registro de las personas a través del nombre, la fecha de nacimiento/defunción, el sexo, el documento de identidad o cualquier elemento de identificación oficial que acredite la existencia del ser humano. Esta dimensión formal tiene el objeto de afirmar la inclusión de la persona a un orden jurídico e institucional de un Estado. Es a partir de allí, cuando la persona mediante el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica, puede realizar otros derechos como ser el derecho a la vida, educación, políticos, entre otros. Los cuales, en definitiva, son consecuencias del uso de la personalidad jurídica y repercutirán en el desarrollo, bienestar y vida de la persona.

Si bien dicho uso implica realizar un número importante de derechos. Desafortunadamente, el ejercicio del derecho sufre menoscabos o violaciones. La violación *per se* del derecho a la personalidad jurídica, en otras palabras, la omisión del reconocimiento es el caso típico. Esta violación produce diversas consecuencias pero la más grave para nuestro entender es el estado de vulnerabilidad de la/s persona/s frente a la no observancia de sus derechos por parte del Estado o los particulares. Esta omisión sitúa a la persona en un estado

(86) Corte I.D.H., Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c/ Paraguay, del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, voto razonado de Sergio García Ramírez, párrafo 26.

(87) *Ibid.*, párrafo 27.

de indefensión frente a cualquier estructura estatal como así también de los particulares. Ello resulta así no sólo porque la/s persona/s no pueden acceder, por ejemplo, a un préstamo de dinero por parte de una entidad bancaria sino porque no podrán trabajar debidamente registrados. La persona no sólo es privada del reconocimiento de su existencia como ser humano sino también de todos los derechos que le incumben por su sola existencia. El estado de indefensión no sólo es legal sino también personal. La persona no tiene pertenencia a una comunidad, organización, grupo que la identifique como miembro, en nuestro caso, el Estado y también los particulares que son quienes forman la sociedad.

En consecuencia, concluimos que el derecho a la personalidad jurídica es un derecho básico que tiene toda/s persona/s, y como tal no puede ser denegado. Así, este derecho no puede ser objeto de limitaciones ni suspensiones por parte del Estado o de particulares ello así teniendo en cuenta el art. 27 de la Convención. Este artículo prohíbe suspender el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Los motivos, razones y/o justificaciones que pudieren alegarse no son válidos ya que negar la existencia del ser humano es negar uno de los elementos que configuran al Estado, es decir, la población.

En resumidas palabras, el derecho a la personalidad jurídica es el vínculo establecido entre la persona y la ley. Este vínculo permanece cuando las personas deciden agruparse, es decir, que cualquier tipo de formación entre las personas tiene el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. La negación de este último tiene el efecto de negar la existencia del ser humano, quien efectivamente, forma parte de uno de los elementos que configuran al Estado.

c. Obligación de reconocimiento de la personalidad jurídica

Conforme a lo manifestado, el art. 3 de la CADH refiere a la actividad del Estado que reconoce (88); es decir, es el Estado que acepta con anterioridad al acto de reconocimiento una realidad. Reconocer significa volver a conocer, y conocer significa aceptar la existencia del objeto conocido como algo independiente al sujeto que conoce. Si el Estado reconoce es porque admite que él no crea ni le otorga existencia a aquello que está reconociendo. Es decir que antes del mismo Estado hay una realidad anterior, respecto de la cual el Estado no puede menos que aceptar, admitir y reconocer.

Se trata del reconocimiento por parte del Estado de la primacía de la persona y de los derechos que le son inherentes.

En este apartado se analizará el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas físicas, como derecho humano fundamental de toda persona, por parte del Estado, haciendo una breve mención a la jurisprudencia

(88) MIRIAM CASTAÑEDA, "El respeto a la dignidad de la persona y los Derechos Humanos en la Constitución política de Colombia", documento de Pdf <http://biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/view/453/875> (disponible el 31-III-2008), 16.

cia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la CS).

El sentido del art. 3 es aceptar que todo hombre es jurídicamente persona, es decir, tiene personalidad jurídica propia, la de ser titular de derechos y de deberes. Es el derecho a ser tratado jurídicamente (89) con la dignidad que le es propia. Todo ser humano tiene una personalidad jurídica inherente ante el derecho.

d. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En primer lugar nos referimos al asunto de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay (90), sentencia de la Corte IDH del 29 de marzo de 2006, en que se hace una referencia explícita. En el asunto de fondo se debatía la existencia de una comunidad indígena (los Sawhoyamaxa) y por consiguiente las múltiples manifestaciones que se derivan de tal reconocimiento por parte del Estado demandado.

El caso planteaba una situación de reivindicación territorial; y las implicancias de tal hecho para los miembros de acceder a la propiedad y posesión de sus tierras. No obstante, la Corte IDH hizo alusión a la posible violación del artículo 3 de la Convención Americana, ya que de los hechos allegados a la causa surgía la falta de registro y documentación oficial acerca de la existencia de varios miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa. Circunstancia que suscitó en dicha comunidad una violación a su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

En consecuencia, retomando los argumentos ya desarrollados, cabe destacar que el reconocimiento por parte de la autoridad competente constituye un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer.

De esta manera, si este reconocimiento no se verifica, nos encontramos ante una situación que supone el desconocimiento en términos absolutos de la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones. Lo cual torna al individuo vulnerable frente a la no observancia de los mismos por parte del Estado o de los particulares.

Por ende siguiendo el razonamiento de la Corte IDH en el fallo mencionado, constituye un deber primordial de todo Estado el disponer los medios y las condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. Este deber proviene de la obligación fundamental de todo Estado de garantizar a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, marginalización y

(89) *Ibíd.*, 20.

(90) Corte I.D.H., Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c/ Paraguay, del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146.

discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.

Cabe mencionar que el no reconocimiento por parte del Estado coloca a las personas según palabras utilizadas por la Corte IDH, en un *“limbo legal”*, ya que podemos encontrarnos con personas que nacen viven y mueren en un Estado, pero que en contraposición a dicha situación ontológica, su existencia e identidad nunca han sido reconocidas jurídicamente, como consecuencia de carecer de personalidad jurídica.

Esto refiere nuevamente al deber de todo Estado de implementar los mecanismos que permitan a toda persona obtener los registros de su nacimiento, documentos de identificación, etc. que hacen al aspecto instrumental de su personalidad jurídica. Ya que dichos mecanismo constituyen el modo de hacer efectivo el derecho mencionado.

Para una mejor apreciación de lo aquí sostenido cabe hacer alusión a otro fallo de la Corte IDH. El Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana (91) (sentencia del 8 de septiembre de 2005) en que se explicita que toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. Este derecho es consecuencia directa del reconocimiento de la personalidad jurídica; ya que implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes. Por ende la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes (92).

En este asunto se planteó la situación en la que se encontraban dos niñas que carecían del acta de nacimiento (documento oficial como prueba del nombre e identidad) durante más de cuatro años, circunstancia que les impidió el reconocimiento a la personalidad jurídica y el derecho a la identidad. Así como también contribuyó a que se les impidiera el acceso a todas aquellas manifestaciones que resultan del hecho del reconocimiento de la personalidad jurídica.

Estas circunstancias generan en las personas una situación de indefensión respecto del contexto social en que se desenvuelven, ya que si la existencia misma de una persona no está reconocida implica la carencia de personalidad jurídica.

La Corte IDH agregó que *“la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”* (93). Otro caso útil de mencionar es el caso del Pueblo Saramaka (94) en donde la Corte IDH

(91) Corte I.D.H., Sentencia Las Niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana, del 8 de septiembre de 2005, Serie C, N° 130.

(92) *Ibíd.*, considerando 176.

(93) Corte I.D.H., Sentencia Las Niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana, del 8 de septiembre de 2005, Serie C, N° 130, considerando 179.

(94) Corte IDH, Sentencia Pueblo Saramaka c/ Suriman, del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172, párrafos 171 y 172.

afirmó que no sólo se violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica sino también que este derecho es un modo para ejercer plenamente el derecho de propiedad y la protección judicial.

Es importante este fallo ya que guarda relación con el artículo 21 inciso 1° de la CADH que tutela el derecho a la propiedad privada al establecer *“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes (..)”*

De esta manera, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas por parte del Estado, tiene la garantía del respeto al uso, goce y ejercicio del derecho de propiedad privada. El Estado, en su rol de *pater familias*, debe proteger la propiedad privada de las personas y no puede desconocer dicho derecho a través de la negación de otros, en este caso, mediante la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Claramente, en este caso pareciera ser la puerta por la cual la violación al derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica trae la revisión y planteo de posibles violaciones del resto de la CADH que pueden suscitarse cuando se discuta el artículo 3.

Antes de finalizar cabe mencionar un documento preparado por la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral, dependiente del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos) titulado *“Reflexiones preliminares sobre la universalidad del Registro Civil y el Derecho a la Identidad”* (95), en el que se expone que 18% de los niños menores de 5 años en América Latina y el Caribe no han sido registrados.

El documento pone de manifiesto que la falta de registro deja a millones de personas sin acceso a servicios básicos; por ende no pueden participar de los aspectos económicos, políticos y legales de una sociedad democrática (96). Y agrega que el registro civil le otorga al Estado la información para el control de la legalidad, el desarrollo de programas y mejores políticas de seguridad.

Con especial referencia al reconocimiento de la personalidad jurídica destaca que este derecho refiere a la capacidad de ejercer acciones dentro de las leyes de un país (97). *“El derecho a la personalidad jurídica permite que cada individuo tenga plena capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. El hecho de que al sujeto se le reconozca esta capacidad para exigir que se respete y garantice sus derechos, tiene una clara vinculación con el derecho a la identidad personal; pues la persona actúa en nombre propio y con el carácter de única en la sociedad y para el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el derecho a la personalidad jurídica implicará el reconocimiento a la capacidad o habilidad jurídica de las personas y/o entidades para que puedan actuar en su calidad de tales, ante los órganos del Estado. Este derecho es interdependiente de los que antes han sido revisados, debido a que no es posible el reco-*

(95) OEA/Ser.G, CP/CAJP-2482/07 corr.1, 17 abril 2007,

(96) *Ibid.*, 2.

(97) *Ibid.*, 6.

nocimiento de la personalidad jurídica de una persona, es decir, no puede ser titular de derechos y obligaciones si carece de las condiciones que el derecho al nombre, a su calidad de registrado y de nacionalidad, plantea” (98).

El informe concluye afirmando que el derecho a la identidad sería la aplicación efectiva de derechos civiles y políticos reconocidos por los Estados de la región por medio de su derecho interno, y por la adopción de instrumentos internacionales, tales como el derecho a la nacionalidad, al nombre, a ser registrado al nacer y a la personalidad jurídica. Destaca que se trata de derechos inherentes al ser humano, que involucran aspectos de su identidad y de su desenvolvimiento como ciudadano, permitiéndole el ejercicio de derechos y ser sujeto de obligaciones.

e. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

“Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Art. 6 Ley 24.411 (Resol. 409/01)” (99).

En el caso mencionado se plantea el reclamo de la actora respecto de la indemnización prevista por la ley 24.411 (100). La Sra. Sánchez se presenta en su calidad de legitimada activa a título de abuela de una persona por nacer que resultó ultimada en la época del proceso militar. Ella era madre de una mujer que fue víctima de homicidio por parte de las fuerzas de seguridad con anterioridad al 10 de octubre de 1983. La mujer al momento de la muerte se hallaba embarazada, de entre nueve y diez meses.

La CS señaló que, conforme a los informes de los peritos en Antropología Forense (101), en el cuerpo de la mujer (la hija de Sra. Sánchez) fueron hallados restos óseos de un nonato asociado en la zona pelviana de los restos exhumados, e individualizados como pertenecientes a María del Carmen Pérez. Al momento de la muerte el nonato contaba con una edad comprendida entre nueve y diez meses.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos denegó el beneficio previsto por la ley 24.411, aduciendo que no habiendo nacido con vida el nonato, no tuvo existencia visible, y conforme a lo dispuesto en los arts. 54 inc. 1º, 63, 70, 74 y concordantes del Código Civil, se trataba de un nonato que no podía adquirir derechos.

(98) Corte I.D.H., Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización (arts. 17, 20,24), Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4.

(99) C.S.J.N., “Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Art. 6 Ley 24.411 (Resol. 409/01)”. Fallos: S. 1091. XLI (2007).

(100) IGNACIO A. BOULIN VICTORIA, *A buen puerto por mal rumbo. El fallo de la Corte en el reciente caso “Sánchez”, La Ley, 2007, 1.*

(101) C.S.J.N., “Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Art. 6, Ley 24.411 (Resol. 409/01)”. Fallos: S. 1091. XLI (2007), considerando 2º.

Con el mismo fundamento normativo fue denegada la acción intentada por la abuela del nonato ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV). Allí, se argumentó que no resultaba posible reconocer derechos en el nonato que fueran transmisibles, dado que la persona que no nació con vida se considera como si nunca hubiera existido, en consecuencia carece de causahabientes legitimados a reclamar derechos patrimoniales.

Sánchez interpuso el recurso federal ante la CS por hallarse en tela de juicio la interpretación y alcance de una norma que reviste carácter federal (Ley 24.411 (102)), y la decisión definitiva del tribunal superior de la causa concedió primacía a la normativa establecida en el Código Civil.

La CS, luego de un análisis de la normativa de la ley 24.411, sostuvo que el artículo 2(103), de la norma citada, indica que también tienen derecho a recibir el beneficio estipulado en la ley los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10 de diciembre de 1983.

Y estimó que en este caso, el beneficio no le es otorgado al fallecido, ni que el mismo lo percibe por medio de sus causahabientes. Sino que por el contrario, los causahabientes resultan beneficiarios "*iure proprio*" de la indemnización prevista en la normativa indicada; dado que toda acción o derecho sólo puede nacer en cabeza de personas vivas. Amén de que carecería de asidero legal que el Estado fijara una reparación pecuniaria o indemnización a favor de una persona ya fallecida (cfr. Arts. 30, 31 y 103 del Código Civil).

Por ende la CS concluyó que la Señora Elvira Berta Sánchez resultó ser "*causahabiente*" del nonato fallecido, que estaba a punto de nacer, con independencia de la hija de la actora fallecida, quien se hallaba con el embarazo a término.

La CS sustentó su decisión con fundamento en el artículo 30(104) del Código Civil que define a las personas como todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Y el artículo 63 señala como especie del género persona a las "*personas por nacer*", que son aquellas que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Y concluyó que tratándose en el caso del fallecimiento de una persona "*por nacer*" (105), vale decir, una de las especies jurídicas del género persona según el artículo 63 del Código Civil; y aplicando la máxima latina "*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*", la CS estimó que no existía fundamento para negar a la señora Sánchez su pretensión.

(102) Ley 24.411- ADLA 1995-A, 7.

(103) Ley 24.411, art. 2 "Tendrán derecho a percibir igual beneficio que el establecido en el art. 1º los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las Fuerzas Armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10/12/83".

(104) C.S.J.N., "Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Art. 6, Ley 24.411 (Resol. 409/01)". Fallos: S. 1091. XLI (2007), considerando 9, 3º párr.

(105) *Ibíd.*, considerando 11, 2º párr.

Y finalizó afirmando que el carácter de “*bien propio*” (106) atribuido a la indemnización en la norma bajo análisis, sólo tiene el propósito de señalar los posibles beneficiarios legitimados para acceder a la indemnización y, eventualmente, su modo de distribución; pero no instaurar una acción *iure hereditatis*.

Por todo ello, dejó sin efecto el fallo apelado y ordenó la devolución de los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en el caso en cuestión.

f. Conclusiones

Retomando las implicancias legales que se derivan del reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica, podemos esbozar las siguientes conclusiones:

(i) El individuo es sujeto de derecho tanto a nivel interno como internacional dotado en ambos ordenamientos jurídicos de personalidad jurídica, y de la correspondiente capacidad jurídico-procesal para solicitar los derechos que le son inherentes.

(ii) El derecho a la personalidad jurídica es un derecho básico que tiene toda persona y en consecuencia, no puede ser denegado por el mismo sistema jurídico que le confiere su existencia.

(iii) El derecho a la personalidad jurídica implica el reconocimiento a la persona —miembro de una comunidad políticamente organizada y jurídicamente regulada— de la titularidad de los derechos y obligaciones que le confiere el ordenamiento jurídico.

(iv) El reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del ordenamiento jurídico hace referencia a la dimensión material o sustantiva de la personalidad jurídica. Por tanto en la aplicación del ordenamiento jurídico no es posible excluir a nadie de la condición primaria de persona de derecho, dejándole al margen del orden jurídico y quitándole derechos, libertades, facultades, garantías, etc., las que constituyen las manifestaciones o consecuencias del reconocimiento de la personalidad por parte del Estado.

(v) El reconocimiento material de la personalidad jurídica resulta inoperante si el titular de este derecho carece de medios o instrumentos para acreditarlo, y por tal motivo se ve privado —de jure o de facto— de personalidad ante el orden jurídico, o de legitimación para asumir las consecuencias de la personalidad, en la medida en la que éstas implican derechos de los que dependen su desarrollo, su bienestar y su vida misma. La disposición de dichos medios o instrumentos resulta una condición imprescindible para la efectividad del reconocimiento explícito que enuncia el artículo 3 de la CADH acerca del derecho a la personalidad jurídica y constituye la dimensión formal o instrumental de este derecho.

(106) *Ibíd.*, considerando 12, 2º párr.

ARTÍCULO 4. DERECHO A LA VIDA

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Concordancias: Arts. 29 y 33 CN; Art. 1 DADDH; Art. 3 DUDH; Art. 12 PIDESC; Art. 6 PIDCP; Arts. 6 y 24 CDN.

MARÍA LUISA PIQUÉ

I.— El derecho a la vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Art. 4.1 Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley...

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para disfrutar del resto de los derechos humanos. De no ser

respetado, todos los derechos carecen de sentido. Debido a ese carácter, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son inadmisibles los enfoques restrictivos sobre ese derecho (107).

El derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.

La CIDH ha sostenido que el derecho a la vida es “el fundamento y sustento de todos los demás derechos” dado que jamás puede suspenderse. Esto trae aparejado, entre otras cosas, que los gobiernos no pueden, bajo ningún tipo de circunstancias, practicar ejecuciones ilegales o arbitrarias (108). Además afirmó que el derecho a la vida tiene status *ius cogens* (109), es “el derecho supremo del ser humano” y una “*conditio sine qua non*” para el goce de todos los demás derechos (110).

Para la Comisión, la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida es una obligación *erga omnes*, es decir, debe ser asumida por el Estado frente a la comunidad interamericana como un todo y frente a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por la Convención (111).

Con el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el alcance del derecho a la vida ha ido ampliándose. Y esto se percibe en diferentes aspectos:

En primer lugar, se considera que el bien jurídico *vida*, no sólo puede ser avasallado a través de un atentado directo contra él, sino también a través de una puesta en peligro. Y estos actos también podrían configurar una violación de las obligaciones del Estado —tanto negativas, abstenerse de privar ilegítimamente de su vida a los individuos (obligación de *respetar*), como positivas —adoptar las medidas necesarias para resolver aquellos problemas que podrían llegar a poner en peligro la vida de las personas (obligación de *garantizar*) (112). En consecuencia, la protección activa de ese derecho involucra tanto a sus legisladores como a toda institución estatal, y especialmente

(107) Corte IDH, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4-7-06, párr. 124 y todas sus citas.

(108) CIDH, *Diez Años de Actividades 1971-1981*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1982, pág. 332 —citado por la Comisión en el Informe N° 11.589, párr. 38—.

(109) CIDH, *Informe N° 47/96*, del 16-10-96.

(110) CIDH, *Informe N° 48/01*, del 4-4-01; *Informe N° 24/99*, del 07-3-00; *Informe N° 25/99*, del 7-3-00; *Informe N° 123/99*, del 4-4-01, párr. 109.

(111) CIDH, *Informe N° 52/97*, del 18-02-98, párr. 143.

(112) Corte IDH, Caso *Baldeón García, ya cit.*, párr. 81, 83 y 85 y sus citas; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, del 29-3-06, párr. 153 y sus citas; Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25-11-03, párr. 153 y citas.

a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas (113).

En segundo lugar, se ha afirmado también que en el caso de niños y niñas, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida presenta modalidades especiales a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, dado que los Estados han asumido obligaciones adicionales en cuanto a la protección de sus vidas. Por una parte, deben asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad; y por otra parte, deben tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño (114). Lo mismo sucede en el caso de las personas afectadas por alguna enfermedad mental, como se verá más adelante (115).

Las obligaciones creadas por el derecho a la vida no terminan ahí.

En tercer lugar, una de las condiciones que el Estado debe crear para garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio del derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, respecto de las afectaciones a ese derecho, especialmente cuando están involucrados agentes estatales. Este deber de investigar deriva de la obligación general que tienen los Estados partes en la Convención de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en ella (art. 1 de la CADH) en conjunto con el derecho sustantivo que debió ser amparado y protegido (116). De no ser así, se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida.

Otra medida que los Estados partes deben realizar para cumplir con esa obligación, es la revisión de la legalidad del uso de la fuerza letal por parte de las autoridades (117) dado que muchas veces la violencia institucional puede dar lugar a privaciones arbitrarias de la vida.

En cuarto lugar, la protección de la vida por parte del Estado abarca también el respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos reconocidos por diferentes tratados y convenciones internacionales. Estos engloban,

(113) Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang*, *ya cit.*, párr. 153 y su cita.

(114) Corte IDH, Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, del 08-7-04, párr. 124 y sus citas, 163, 164, y 171. En el mismo sentido, Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28-8-02, párr. 56 y 60.

(115) Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *ya cit.*

(116) Corte IDH, Caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*, del 27-11-08, párr. 97 a 100 y sus citas; *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *ya cit.*, párrafo 147 y todas sus citas; Caso *Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, del 02-9-04, párr. 156.

(117) Corte IDH, Caso *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, *ya cit.*, párr. 131 y sus citas.

además de otros derechos fundamentales básicos, el derecho a la vida y a la supervivencia, que implica: prevención y reducción de las causas de mortalidad materna debida a la falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; prevención de la mortalidad infantil; el acceso a la atención durante el embarazo, el parto y la lactancia. Este derecho incluye también la eliminación de toda forma de violencia de género (118).

... y, en general, a partir del momento de la concepción...

El principio general es que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos otorga una amplia protección a la vida humana desde la concepción.

El carácter absoluto o relativo de la protección de la vida a partir del momento de la concepción es una cuestión que ha generado mucha controversia, tanto en el plano moral, como respecto de cómo deben interpretarse las normas de derecho positivo. Teniendo en cuenta el objeto de este comentario, dejaremos de lado el primer tipo de consideraciones y nos concentraremos en interpretar el artículo 4.1 conforme está redactado. Para eso, es preciso hacer una breve reseña sobre su origen y sobre su antecesor, el artículo I de la Declaración Americana.

El Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (119). El proyecto que elaboró ese comité establecía, en su artículo I, que la vida estaba protegida desde el momento de la concepción. Sin embargo, ese principio fue eliminado por el grupo de trabajo que se formó para que estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados. Finalmente, el artículo I de la Declaración fue aprobado con la siguiente redacción: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

En el caso *Baby Boy*, la CIDH sostuvo que no era posible interpretar que el artículo 1 de la Declaración haya incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción (120). Destacó que si bien la Conferencia había enfrentado esta cuestión, lo cierto es que decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.

(118) LILIA RODRÍGUEZ, *Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos*. UNFPA, Naciones Unidas, citado en KOHEN, BEATRIZ; ALONSO, EMELINA; AISENSTEIN, MARIELA; FINOLI, MICAELA y SEGARRA, ALEJANDRO, *La exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos. Documento elaborado por la Asociación por los Derechos Civiles*, 1ª. Ed. Buenos Aires, Consorcio Nacional de Monitoreo de Derechos Sexuales y Reproductivos, 2008, accesible en formato digital: http://www.adc.org.ar/sw_seccion.php?id_categoria=8&id=51 (1-1-10) .

(119) Resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, México, 1945.

(120) Resolución N° 23/81, del 6-3-81, párr. 19.

Por su parte, según el proyecto de Convención elaborado por la CIDH a pedido del Consejo de Organización, en 1968, el derecho a la vida estaría protegido por ley “y, en general, a partir del momento de la concepción”. Este proyecto fue sometido a la Conferencia Especializada convocada para noviembre de 1969 en San José, Costa Rica. Algunos países sugirieron que se eliminara la frase completa (“Y, en general, a partir del momento de la concepción”), mientras que otros, por el contrario, sugerían que se eliminara solamente “y, en general”. Ninguna de las posturas logró imponerse, por lo que la redacción del inciso 1º del primer párrafo quedó tal como estaba en el proyecto.

En el caso *Baby Boy*, la CIDH afirmó que la adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana —que consagra el derecho a la vida con una fórmula genérica—. Agregó la Comisión que las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”. Sin embargo, la Comisión no fue más allá —es decir, no especificó cuáles eran las implicaciones jurídicas de una y otra fórmula—. (121).

Por lo tanto, puede sostenerse que la redacción definitivamente aprobada por la Conferencia fue una fórmula de transacción que, si bien protege la vida, el famoso y, “en general, a partir del momento de la concepción”, reenvía la protección a la legislación interna y deja, en consecuencia, a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comienza y merece protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento.

Aun así, aquellos Estados que optaran por proteger la vida a partir de la concepción con muy pocas o sin excepciones, o que interpretaran esas excepciones restrictivamente, deben tener en cuenta que ello puede entrar en conflicto con los derechos de la mujer, sobre todo los derechos sexuales y reproductivos.

Para el caso de los países cuyos ordenamientos jurídicos admiten la interrupción del embarazo —ya sea en cualquier caso, o bien aquellos que admiten excepciones a una prohibición general— la CIDH ha enfatizado que los Estados están obligados a adoptar medidas de tipo penal, civil o administrativa a fin de evitar que una mujer con derecho a practicarse un aborto

(121) Una de las razones por las cuales la Comisión no siguió analizando las consecuencias jurídicas de la introducción del circunstancial “y, en general” en la redacción del artículo 4.1 de la CADH fue que, como Estados Unidos no había ni ratificado ni aceptado la CADH, se consideró imposible, por medio de una “interpretación”, imponerle una obligación internacional basada en un tratado que dicho Estado no había aceptado ni ratificado.

legal sea privada del ejercicio de ese derecho por falta de recursos idóneos y efectivos (122).

... Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...

Como se ve, a pesar de su supremacía, el derecho a la vida no es absoluto: la Convención Americana no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo la privación de este bien es lícita. De la redacción del artículo podemos inferir que la privación de la vida será lícita en la medida en que no sea *arbitraria*.

El término *arbitrariedad* ha sido interpretado, a la luz del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (123), como calificativo de “una acción o decisión que se basa en una selección u opción aleatoria o conveniente y no en la razón o la naturaleza” (124).

Distintas situaciones imputables al Estado pueden configurar una privación arbitraria de la vida:

1) El empleo de la fuerza por parte de agentes estatales

La Corte IDH ha reconocido el derecho del Estado a usar la fuerza, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden. Más aún, sostuvo que en esos casos, la muerte de individuos no genera para el Estado ni sus oficiales responsabilidad alguna (125). Claro está, esta facultad estatal está sujeta a estrictas limitaciones.

Para empezar, el uso indiscriminado de la fuerza, y particularmente el uso de armas de fuego, para la CIDH, atenta contra el derecho a la vida y la integridad personal (126) e incluso permitirá concluir la existencia de motivos impropios para su uso (127).

Otro parámetro para medir la legitimidad del uso de la fuerza está en su proporcionalidad o razonabilidad, aun cuando según las circunstancias del caso se infiriese que la finalidad del uso de la fuerza pudo haber sido legítima.

(122) CIDH, *Informe N° 21/07*, del 9-3-07.

(123) Como es bien sabido, ese artículo dispone que los tratados deben ser interpretados “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

(124) *Webster’s Third International Dictionary*, citado por la CIDH en el *Informe N° 48/01*, ya cit.; *Informe N° 24/99*, ya cit.; *Informe N° 25/99*, ya cit.; *Informe N° 123/99*, ya cit.

(125) Corte IDH, *Caso Neira Alegría vs. Perú*, del 19-01-95, párr. 174.

(126) CIDH, *Informe N° 86/99*, del 29-9-99.

(127) Corte IDH, *Casos Neira Alegría vs. Perú*, ya cit., y *Durand Ugarte vs. Perú*, del 16-8-00, párr. 68.

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no regula específicamente el uso de fuerza por parte de agentes estatales, ni otorga criterios concretos para evaluar su legitimidad, existen otros instrumentos internacionales no contractuales que se encargan de eso, que son:

1) “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (128);

2) “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” (129);

3) “Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias” (130).

Estos principios son considerados como una codificación de normas ya reconocidas y aplicadas desde hace muchos años por la Comunidad Internacional y deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de sus respectivas legislaciones y prácticas nacionales. También deben ser inculcados entre los agentes públicos encargados de hacer cumplir la ley, así como a otras personas como jueces, fiscales, abogados y a miembros del Poder Ejecutivo y Legislativo y al público en general. La CIDH ha citado en varias ocasiones estos instrumentos para evaluar la utilización de armas de fuego por parte de agentes estatales (131).

En el último de los informes citados la CIDH destacó que, independientemente de que los “Principios básicos...” fueran posteriores a los hechos del caso, serían considerados de todas maneras, dado que eran principios generales del derecho internacional en la época, pues eran ya generalmente aceptados (132).

De estos principios básicos, puede inferirse cómo debe interpretarse el *principio de proporcionalidad* del uso de la fuerza por parte de los agentes estatales y en qué casos y en qué medida esa fuerza está, o no, justificada.

El “Código de conducta...” consagra como principio general la excepcionalidad y la proporcionalidad en el uso de la fuerza por parte de funcionarios. En el comentario a este Código se describe en qué situaciones está autorizado el uso de la fuerza: cuando sea para la prevención de un delito, para efectuar

(128) Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 34/169, del 17-12-79.

(129) Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27-08 al 7-9-90.

(130) Recomendada por el Consejo Económico y Social a la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 1989/65.

(131) CIDH, *Informe N° 43/08*, del 23-7-08, párr. 54 y sus citas; *Informe N° 23/02*, del 28-02-02; *Informe N° 55/01*, del 16-4-01.

(132) Párr. 138, nota al pie N° 6.

la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla. No deberá emplearse excepto cuando el delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro la vida de otras personas y no pueda ser reducido o detenido mediante medidas menos extremas.

Los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego” consagran como principios generales la subsidiaridad, la excepcionalidad, la proporcionalidad en relación con el objetivo legítimo perseguido y la moderación. Las situaciones que ameritan acudir legítimamente al uso de armas de fuego por parte de agentes estatales son la defensa propia o de otras personas, el peligro inminente de muerte o lesiones graves, el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida y para lograr la detención de una persona que represente un peligro para la vida de otra persona y oponga resistencia a su autoridad o para impedir su fuga.

A su vez, para que el uso de la fuerza por parte de los agentes estatales se adecue a los Principios, los Estados deberán regular y controlar las autorizaciones extendidas a sus agentes para portar armas de fuego como su distribución y almacenamiento, el tipo de advertencia que deberá darse cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego, el pedido de informes para el caso de que sean empleadas y asegurarse de que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de la forma menos lesiva posible. También deberán controlar estrictamente la selección de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y procurarán un examen periódico y una capacitación en el empleo racional de la fuerza.

Finalmente, los “Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias” instan a los Estados a tipificar como delito las ejecuciones arbitrarias y a proteger a las personas que corran peligro de ser víctima de tales hechos. Los Estados no pueden regresar ni extraditar a una persona a un país donde haya motivos fundados para creer que puede ser víctima de una ejecución. También se regulan cuestiones relativas a los lugares de detención de las personas privadas de su libertad, al contacto de esas personas con sus familiares y abogados y al suministro de información cierta y precisa relativa a los traslados de los detenidos.

Para la Comisión Interamericana, éstas son reglas mínimas que el Estado y sus funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben respetar para salvaguardar el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención (133).

2) El deber del Estado de velar por la vida de las personas privadas de su libertad.

Los Estados partes tienen la obligación de velar por el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de su libertad, dado que

(133) CIDH, *Informe N° 23/02, ya cit.*

éstas tienen derecho de vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal (134).

Esta obligación también se funda en que las autoridades estatales ejercen un control total sobre la vida y la integridad de la persona que se encuentra sujeta a su custodia. Por tal razón, al Estado le corresponde observar un apropiado ejercicio del deber de custodia. De no ser así, estarían violando su deber de garantizar la salud y la vida del detenido.

El trato proporcionado por los Estados a los detenidos será evaluado con un escrutinio estricto —y más estricto aún en caso de tratarse de personas menores de edad— por lo cual, si la víctima fue detenida en buen estado de salud y posteriormente, murió o fue lesionada, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos (135).

En relación con la salvaguarda de la vida de las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, o que están privadas de su libertad, ya sea en establecimientos carcelarios u hospitalarios, públicos o privados, se debe tomar en consideración su especial vulnerabilidad al maltrato físico. Por lo tanto, los Estados deben ejercer una estricta vigilancia sobre toda institución carcelaria y psiquiátrica, pública o privada, para asegurarse de que el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional sea preservado y para protegerlos contra los maltratos (136). Los estándares para determinar si el Estado ha cumplido con sus obligaciones convencionales de velar por la vida e integridad física de las personas discapacitadas son más exigentes (137) y han sido plasmados en el documento “Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental” de Naciones Unidas (138).

3) Desaparición forzada de persona como atentado contra el derecho a la vida

La desaparición forzada de persona, en palabras de la Corte IDH, tiene carácter *pluriofensivo*, ya que atenta contra muchos derechos humanos básicos de las personas, entre ellos, el derecho a la vida (139). Esto es así debi-

(134) Corte IDH, Caso *Bulacio vs. Argentina*, del 18-9-03, párr. 126 y sus citas; *Neira Alegría vs. Perú*, *ya cit.*, párr. 60; CIDH, *Informe N° 63/99*, del 13-4-99 párr. 47 y 48 y sus citas.

(135) Corte IDH, Caso *Bulacio vs. Argentina*, *ya cit.*, párr. 138 y citas.

(136) Corte IDH, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *ya cit.*

(137) CIDH, *Informe N° 63/99*, *ya cit.*

(138) G.A. Res. 119, U.N. GAOR, 46o Sesión, Supp No. 49, Anexo, U.N. Doc. A/46/49 (1991) págs. 188-192.

(139) Corte IDH, *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*, del 27-11-08, párr. 54 y sus citas.

do a que, por la naturaleza misma de la desaparición forzada, la víctima se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad. Esta situación se ve acentuada cuando se está frente a un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos.

Por tal razón, los Estados partes están obligados a prevenir los casos de desaparición forzada y si incumplen esa obligación deberán investigar lo ocurrido. De lo contrario, se estaría violando el artículo 1.1 en relación con el artículo 4.1, CADH, es decir, la inviolabilidad de la vida y el derecho de no ser privado de ella arbitrariamente (140).

La pena de muerte.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

La CADH expresamente limita la imposición y aplicación de la pena capital, en miras de su desaparición. Por esa razón, se consagra un criterio *incremental*, en el sentido de que, sin abolir la pena de muerte, pretende reducir su aplicación y lograr su eliminación a través de un proceso gradual e irreversible (141). Tal es así que los países que la hayan abolido, no podrán reinstaurarla, y aquellos que todavía la mantienen, no pueden extender su uso hacia delitos para los que no estaba prevista.

La aplicación e imposición de la pena capital está limitada en términos absolutos por el principio según el cual “nadie podrá ser privado de la vida

(140) Id. párr. 60 y citas.

(141) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte*, del 08-9-83, párr. 52.

arbitrariamente". Si los Estados violan alguna de las disposiciones en relación con la ejecución de una pena capital, ésta no será un *castigo* legítimo sino una privación arbitraria de la vida en los términos del artículo 4 de la CADH. Lo mismo sucederá si esa pena es impuesta como resultado de un proceso en el que no se hayan cumplido estrictamente los derechos y garantías del acusado (142).

Las disposiciones sobre la pena de muerte de los instrumentos internacionales de derechos humanos han sido interpretadas restrictivamente por los organismos correspondientes. Además, estos últimos están habilitados para realizar un escrutinio más estricto en relación con la legitimidad de una ejecución de una pena capital. Este escrutinio, por cierto, no está impedido por la *fórmula de la cuarta instancia*, según la cual, la CIDH en principio no examinará las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen dentro de sus competencias y con las debidas garantías judiciales (143).

Las limitaciones a la pena de muerte se fundan en que constituye la forma de castigo más absoluta, y sus efectos son irrevocables. Es por esto que, entre los Estados partes que todavía la admiten, su imposición debe ser excepcional —para delitos extremadamente graves— y producto de un análisis minucioso acerca de si esa forma de castigo es la más apropiada en cada caso en particular. Incluso se ha sugerido que algunas circunstancias del delito y del delincuente en particular pueden prohibir la imposición o aplicación de la pena de muerte y, por tanto, deben tenerse en cuenta al sentenciar a una persona a muerte.

Por todo esto, la imposición de la pena de muerte a personas por delitos que no sean de gravedad excepcional, la violación de garantías judiciales del imputado y la falta de consideración sobre la pertinencia de esa forma de castigo teniendo en cuenta las circunstancias particulares del autor y del hecho, configuran una privación arbitraria de la vida en los términos del artículo 4.

De lo anterior se deriva la ilegitimidad de la *sentencia de muerte obligatoria* es decir, de aquellas que la ley obliga a imponer únicamente sobre la base de la categoría del delito del que se considera responsable al acusado. Además, este tipo de disposición, en razón de la aplicación compulsiva y automática del castigo capital, produce que la sentencia no pueda estar sujeta a una revisión efectiva en una instancia superior, dado que sólo son revisables las cuestiones de hecho y prueba, mas no la adecuación de la pena impuesta (144).

(142) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, del 1-10-99, párrs. 134 y 135.

(143) CIDH, *Informe N° 23/02*, del 28-2-02, párr. 53 y sus citas; *Informe N° 48/01, ya cit.*, párr. 111; *Informe N° 57/96*, del 6-12-96, párr. 170.

(144) CIDH, *Informe N° 38/00*, del 03-4-00; *Informe N° 41/00*, del 13-4-00 y sus citas.

II.— Repercusiones locales de la CADH en relación con el derecho a la vida

1.— Situación previa a la reforma constitucional de 1994

El derecho a la vida no está expresamente contemplado en la Constitución Nacional histórica. Ante esa ausencia, la jurisprudencia y la doctrina elaboraron una serie de pautas interpretativas para explicar el silencio del constituyente y considerar, de todas formas, que el derecho a la vida formaba parte del derecho positivo constitucional.

Para empezar, se ha sostenido que la vida sí estaba consagrada como derecho de manera explícita en el texto constitucional, dado que según el artículo 29 “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna...” (énfasis agregado).

Por otra parte, se ha considerado al derecho a la vida como uno de aquellos derechos implícitos o no enumerados, consagrados por el artículo 33 de la Constitución Nacional un *derecho implícito*, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. Este argumento, sin embargo, no ha estado indemne de críticas. En efecto, el artículo 33 de la CN dispone que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (énfasis agregado). De la propia redacción del texto constitucional podría interpretarse al derecho a la vida como una derivación de un sistema político, lo que hace el argumento un tanto endeble (145).

La CSJN tradicionalmente ha considerado a la vida como derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resultaba reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (146). Ha afirmado además que si bien el derecho a la vida es de la misma naturaleza que la integridad corporal, en caso de una eventual colisión prima el primero por sobre el segundo (147).

(145) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “El derecho a la vida en el constitucionalismo argentino”, en *La reforma de la Constitución argentina en perspectiva comparada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 128.

(146) CSJN, *Saguir y Dib*, 1980, Fallos, 302:1284; *Cisilotto, María del Carmen Baricalla*, 1987, Fallos, 310:112; *Asociación Benghalensis*, 2000, Fallos, 323:1339.

(147) CSJN, *Saguir y Dib*, ya cit. Cabe destacar que los ministros que acompañaron la decisión de la mayoría pero con otros fundamentos omitieron caracterizar a estos derechos como *naturales* aunque sí los consideraron como derechos de la personalidad que preexisten a cualquier reconocimiento estatal.

En sintonía con la Corte IDH, para la CSJN la violación del derecho a la vida no se configura exclusivamente con un atentado contra ella. En reiteradas ocasiones, antes de 1994, ha sostenido que el derecho a la vida es comprensivo de la salud. Por lo tanto el primero puede ser violado, a través de atentados contra el segundo (148).

Esta fuerte protección de la vida y de la integridad corporal como comprensiva de ésta, empero, para la CSJN no priva a los individuos de poder disponer de su propio cuerpo y de su vida, ya que se trata de ámbitos protegidos por el art. 19 de la Constitución Nacional (149).

2.— *Regulación legislativa del derecho a la vida*

Si bien hasta 1994 la Constitución Nacional no decía nada explícitamente acerca de los contornos del derecho a la vida, éstos se fueron delineando legislativamente.

Así, el Código Civil define a las personas como “todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones” (art. 30, Código Civil). Prescribe también que “todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible” (art. 51, CC) y que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre” (art. 70, CC).

Por su parte, la ley penal también contribuye a definir los alcances de la protección jurídica de la vida. En efecto, los *delitos contra la vida* son los primeros que enumera el Código Penal y los más graves (por ejemplo, la pena del homicidio agravado es la prisión perpetua).

El derecho penal castiga también el aborto voluntario doloso y culposo (arts. 85 hasta 88, CPN), aunque exceptúa el castigo si se da alguno de los siguientes casos (art. 86, CPN): 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

La operatividad del artículo 86, CPN, sin embargo, se ha visto frustrada en muchos casos debido a su *judicialización*, ya sea porque muchas mujeres se han visto obligadas a solicitar autorización judicial para interrumpir un embarazo lo cual suele consumir mucho tiempo —exigencia que, por cierto, no

(148) CSJN, *María del Carmen Baricalla de Cisilotto, ya cit.*

(149) CSJN, *Bahamóndez*, 1993, Fallos, 316:479 (votos disidentes).

está prevista en la letra de la ley— o porque la justicia se ha valido de medidas cautelares para impedir o demorar esa intervención.

La *judicialización* responde a muchos factores. Es claro que la redacción de la ley penal no ayuda, sobre todo del inc. 2 del artículo 86 que, al utilizar la disyunción “o” (si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente) ha dado lugar a una interpretación restrictiva. Según esta última, para que pueda hacerse lugar a una interrupción legal del embarazo, éste debe provenir de una agresión sexual y, además, la mujer tiene que ser idiota o demente. Es claro que una interpretación de esta naturaleza es inadmisibles a la luz de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, dado que impediría que una mujer pueda ponerle fin legalmente a un embarazo producto de una violación.

A su vez, la intervención de la justicia a través de medidas cautelares solicitadas por terceras personas u organizaciones no gubernamentales *pro vida* ha generado en los profesionales de la salud ciertos reparos y temores a la hora de practicar abortos legales, por temor a posibles represalias o persecuciones penales. Estos reparos muchas veces se traslucen en la imposición de requisitos o exigencias hacia la mujer que desea interrumpir su embarazo.

Finalmente, en los casos en los que las mujeres solicitan una interrupción legal del embarazo por ser fruto de una violación, puede suceder que las pruebas que pueden presentar las mujeres para acreditar la agresión sexual sean, a la luz de los estándares judiciales tradicionales, insuficientes. Esto también provoca reticencia en los profesionales de la salud para practicar un aborto legal en esos casos.

3.— *Repercusiones de la reforma constitucional de 1994 en la protección de la vida*

1) **La positivización y efectividad del derecho a la vida**

En cuanto al reconocimiento de la vida como derecho, el principal impacto de la jerarquía constitucional otorgada a la CADH ha sido que ahora, para fundar la vigencia de ese derecho, no es necesario acudir a los *derechos implícitos* o al derecho natural, sino que es posible aludir al derecho positivo constitucional.

De hecho, salvando casos excepcionales en los que se siguió aludiendo a otras fuentes (150), la CS, a partir de la reforma, empezó a fundarse en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional para afirmar el carácter de *primer derecho* del derecho a la vida (151). En “Asociación Benghalensis”, ya citado, la CSJN reiteró que el derecho a la

(150) CSJN, *Asociación Benghalensis*, ya cit.

(151) CSJN, *Ana Carina Campodónico de Beviacqua*, 2000, Fallos, 232:3229.

vida era comprensivo de la salud y que el Estado estaba obligado a garantizarlos con acciones positivas. Este criterio fue reafirmado en varios fallos, entre ellos *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta* (152), donde además la CS agregó que la vía del amparo era el procedimiento judicial más simple y breve para tutelar real y verdaderamente el derecho fundamental de la vida y de la salud.

La CSJN también ha sostenido que es al Poder Judicial al que le corresponde buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego “el derecho a la vida y a la integridad física de las personas” (153).

2) El debate sobre el momento en que comienza la protección jurídica de la vida en el derecho constitucional argentino.

Para determinar a partir de cuándo está protegida la vida en nuestro sistema jurídico, es necesario acudir a diferentes instrumentos. Sin embargo, no es una tarea fácil, dado que muchos de ellos se caracterizan por su vaguedad y ambigüedad —que responde, en parte, a la dificultad para llegar a un consenso en la materia—.

Nuestra CN aborda la cuestión en tres disposiciones:

En primer lugar, el artículo 75, inc. 23, de la CN, incorporado en la reforma de 1994, faculta al Congreso a dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo “desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental”. Se trata claramente de una fórmula consenso que de ninguna manera aporta elementos para resolver la cuestión. Incluso, si nos atuviéramos a su desafortunada literalidad, llegaríamos a la conclusión de que el objeto de protección es *el niño embarazado*.

En segundo lugar, el artículo 4.1 de la CADH (en función del 75, inc. 22), según el cual la vida está protegida *en general* desde el momento de la concepción. Como hemos visto, si bien esta cláusula autoriza la práctica de abortos no punibles, lo cierto es que reenvía la decisión a los Estados partes.

En tercer lugar, es preciso tener en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22). Este tratado, que rige en las “condiciones de su vigencia”, al ser aprobado por el Congreso de la Nación (ley N° 23.849 del 27 de septiembre de 1990) fue objeto de una *declaración interpretativa* en

(152) CSJN, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*, 2003, Fallos, 326:4931.

(153) CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y Provincia del Chaco*, 2007, Fallos, 330:4134; *Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza*, 2007, Fallos, 330:111; *Verbitsky*, 2005, Fallos, 328:1146.

relación con su artículo 1, según la cual “la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” ¿Qué valor tiene esta *declaración interpretativa*?

Para empezar es necesario establecer si esas declaraciones pueden ser equiparadas a las *reservas* a las que alude el artículo 2.1.d de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o si por el contrario se trata de dos institutos diferentes y, una vez resuelto, si ambas producen los mismos efectos y obligan al Estado de la misma manera (154).

Según la Convención aludida, se entiende por *reserva*, “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Por su parte, las *declaraciones interpretativas* han sido definidas como manifestaciones hechas por un Estado al momento de ratificar un tratado internacional, relativas a “su entendimiento de alguna cuestión abarcada por el tratado o su interpretación de una disposición particular” (155).

Históricamente, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, con cita de la Corte Internacional de Justicia, ha diferenciado ambos institutos, como así también los efectos a los que respectivamente dan lugar. Ha sostenido que las declaraciones interpretativas difieren de las reservas en dos aspectos: a) el elemento temporal, es decir, el momento en que esa declaración unilateral puede ser realizada; b) el factor teleológico, es decir, el propósito del Estado que hace la declaración. Las declaraciones interpretativas buscan clarificar el sentido o el alcance de un tratado o de una de sus previsiones (156).

En el ámbito local, abona esta postura el hecho de que la República Argentina haya ratificado la Convención Americana con una reserva y dos declaraciones interpretativas (ley N° 23.054, del 01-3-84 y promulgada el 19 de ese mismo mes y año). Esto demuestra que en nuestra esfera la diferencia entre ambos institutos no ha sido desconocida.

De acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas (157), una declaración interpretativa puede ser de-

(154) Lamentablemente, no es posible abordar profundamente esta cuestión dado los límites de este trabajo, con lo cual los interesados deberán acudir a bibliografía más especializada en ese tema.

(155) *Glosario de Tratados Internacionales*, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria.

(156) Ver: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1998_v2_p2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1998_v2_p2_e.pdf) <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/english/chp8.pdf>

(157) Conforme con los lineamientos adoptados provisoriamente en la Sesión N° 55, 1999, A/CN.4/508/Add.1 a 4. Ver <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/english/chp8.pdf>

jada sin efecto en cualquier momento, a través del mismo procedimiento que se haya empleado para su formulación llevada a cabo por las autoridades competentes, salvo que el tratado del que se trate disponga lo contrario.

La consecuencia de esto, pues, no sería otra que considerar que la declaración interpretativa efectuada por el Estado argentino, respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño, no tiene jerarquía constitucional, sino legal y puede ser dejada sin efecto a través de un acto legislativo.

Finalmente, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por la Argentina, que contienen disposiciones que consagran los derechos sexuales y reproductivos, repercuten de manera directa en la cuestión a dilucidar. Entre ellos, específicamente abordan esta temática la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) (véanse arts. 1, 2, 3, 5, 10, 12 y 14), aprobada en 1985 (ley N° 23.179) y con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22) cuyo protocolo fue recientemente aprobado (ley N° 26.171) y la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (Convención de Belem do Pará, ley N° 24.632, sancionada el 13/03/96, promulgada el 01/04/96 y publicada en el BO del 09/04/96).

En este tema, empero, la CS, en los casos que tuvo que resolver ha sido fiel a su jurisprudencia tradicional que afirma el derecho a la vida y su protección absoluta desde el momento de la concepción.

La CS dio luz verde para que una mujer que se había enterado que su hijo era anancefálico se practicara un aborto legal, pero dejó en claro que no se trataba de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida, sino la inducción de nacimiento de un niño que no iba a poder vivir más que unas pocas horas (158).

Incluso uno de los ministros que disintieron con el voto de la mayoría sostuvo que el constituyente había conferido al niño el status jurídico de persona desde la concepción en el seno materno protegiendo su vida sin efectuar distingo alguno. Invocó la declaración unilateral de la República Argentina —sin siquiera abordar la discusión sobre las diferencias entre *reservas* y *declaraciones interpretativas*—.

Por otra parte, la CS dio luz roja a circulación de un fármaco que actuaba como *anticoncepción de emergencia*, en razón de que ciertas opiniones médicas *plausibles* le atribuían efectos abortivos. Para resolver de esa manera, y

(158) CSJN, T., S. c/GCBA, 2001, Fallos, 324:5; criterio reiterado en *B., A. s/autorización*, 2001, Fallos, 324:4061. La CSJN, sin embargo, eludió señalar el hecho de que éste era un claro ejemplo de los problemas que trae aparejados la judicialización: ambas mujeres tuvieron que pedir autorización y recién la obtuvieron en la instancia extraordinaria.

abordando cuestiones científicas y eventualmente creencias ajenas a la competencia de los tribunales de justicia, decidió que la concepción se produce con la fecundación y desechó la postura que afirma que se produce con la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno (159). Por lo tanto, para la Corte todo método que impidiera el anidamiento es abortivo y debe estar prohibido ya que a su juicio el artículo 4 de la CADH resguarda la vida de la persona humana “desde el momento de la concepción”. Sin embargo, obvió aclarar que la propia CADH dice que esa protección es *en general* —es decir, admite excepciones—.

Respecto de los arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75 inc. 22 de la Concepción Nacional, trató a las declaraciones interpretativas como si fueran reservas, sin referir a las discusiones sobre esta cuestión ni a los argumentos por los cuales optaba por una postura (contraria a la de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y a la demostrada por la República Argentina al ratificar la CADH) por sobre la otra.

Como ya se ha dicho, cuando se trata de casos en los que sí está permitida la interrupción del embarazo (artículo 86, CPN), algunas mujeres se ven privadas de ejercer ese derecho debido a varios factores, como la falta de medios, de información, la imposición de requisitos burocráticos en las mujeres, los reparos de los médicos y básicamente por la judicialización de estos casos (160).

La persistencia de esta situación contradice el criterio adoptado por la Comisión IDH en el Informe N° 21/07, ya citado, y fue advertida tanto por el Comité de la CEDAW como por el Comité de Derechos Humanos, los cuales han instado al Estado argentino a revisar la legislación referente al aborto, de manera de evitar la judicialización de los casos en que el aborto está permitido, para evitar la penalización de las mujeres que se han practicado abortos y para contemplar los casos de embarazos surgidos de una violación (161).

La CS todavía no ha abordado de manera directa esta cuestión, dado que en los casos de anencefalia no dijo nada sobre la exigencia de autorización judicial. A pesar de eso, se reconoció que un embarazo de esa naturaleza podía afectar a la mujer. En ese caso, estaríamos ante uno de los supuestos previstos por el artículo 86, CPN —peligro grave para la salud de la mujer, entendida no sólo en sentido físico sino también psicológico—. Por lo tanto, no se advierte la necesidad de obtener autorización judicial. De cualquier manera,

(159) CSJN, *Portal de Belén*, 2002, Fallos, 325:292.

(160) Para una reseña sobre casos recientes de mujeres que a pesar de encuadrar en alguno de los supuestos del artículo 86 del CPN tuvieron que solicitar autorización judicial e incluso acudir a los tribunales superiores de sus jurisdicciones, véase KOHEN, BEATRIZ; ALONSO, EMELINA; AISENSTEIN, MARIELA; FINOLI, MICAELA y SEGARRA, ALEJANDRO, *op. cit.*

(161) Comité de Derechos Humanos, respuesta al informe de la Argentina, 2000.

una reforma legislativa que aporte claridad a la cuestión sin dudas permitirá un ejercicio más pleno de este derecho de las mujeres.

La CS se ha pronunciado en un caso análogo en algunos aspectos a los que venimos mencionando. Concretamente, una mujer había solicitado a través de una acción de amparo la realización de una ligadura de trompas, solicitud que había sido denegada en todas las instancias. En remisión a los argumentos del Procurador (162) la CS hizo lugar a la acción, fundándose en que se encontraban comprometidas prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia, con citas de la Constitución Nacional y de Tratados internacionales de derechos humanos (163).

En este contexto, para la CSJN las decisiones de las instancias anteriores —que habían rechazado la acción por cuestiones formales— no eran ni razonables ni fundadas. En casos como éstos era necesario evitar que el rigor de las formas pudiera conducir a la frustración de derechos que cuentan con especial resguardo constitucional.

Teniendo en cuenta que la CS ha advertido sobre la obligación del Estado de garantizar los derechos de raigambre constitucional y la prohibición de frustrar o demorar su ejercicio por cuestiones formales, y que según el Informe 21/07 de la CIDH los Estados están obligados a adoptar medidas de tipo penal, civil o administrativo a fin de evitar que una mujer con derecho a practicarse un aborto legal sea privada de ese derecho por falta de recursos idóneos y efectivos, correspondería que tanto los profesionales de la salud como los tribunales se ajusten a estos criterios. De esa manera se evitaría la frustración del ejercicio de derechos constitucionales por trabas burocráticas, exigencia de autorización judicial cuando no corresponde y eventualmente demoras en esos trámites judiciales para obtener la autorización.

Pese al silencio de la CS en esta cuestión puntual, sí se han realizado medidas en el ámbito del PEN y en el ámbito regional. Los países miembros y asociados del Mercosur, a través del Acuerdo 06/07, *Recomendaciones para las políticas de salud sexual y reproductiva*, reiteraron su compromiso de cumplir con las *Metas de desarrollo del milenio*, especialmente la reducción de la mortalidad materna y establece el acuerdo de instrumentar y protocolizar el acceso a la interrupción del embarazo en los servicios de salud de sus países.

(162) Dictamen S.C.Y. 112, L. XL, 2006.

(163) CSJN, *Yapura, Gloria Catalina c/ Nuevo Hospital El Milagro y Provincia de Salta*, 2006, Fallos, 329:2179.

Por su parte, el Ministerio de Salud de la Nación elaboró una *Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles*(164), orientada a garantizar en los servicios públicos y obras sociales el acceso oportuno y en condiciones de igualdad a servicios de calidad para el aborto en los casos permitidos por la ley. Esta guía implica además el resguardo institucional de los profesionales de la salud. Además, aprobó la *Guía para el mejoramiento de la atención postaborto* (Res. 989/2005) que establece protocolos de actuación dirigidos a los profesionales de la salud para proteger la vida de las mujeres.

3) Deber del Estado de velar por la vida de las personas privadas de su libertad

El calamitoso estado de las cárceles argentinas, y su incompatibilidad con el sistema de derechos humanos y los tratados ratificados por nuestro país, no han pasado desapercibidos ni por la Comisión ni por la Corte IDH. El 3 de agosto de 2004, la CIDH en el caso *Penitenciarías de Mendoza* recomendó al Gobierno Nacional salvaguardar la vida e integridad de los detenidos en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle y garantizar medidas de higiene y salud en el lugar (art. 25 de su Reglamento). Como a pesar de las recomendaciones los hechos de violencia y muerte dentro del penal se repitieron, la Corte IDH, a pedido de la Comisión, dictó medidas provisionales (165) por las que, entre otras imposiciones, requirió al Estado que adoptara de forma inmediata las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas de las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como la de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas (166).

A partir de entonces, la Corte IDH continuó supervisando la ejecución de la medida provisional por parte de nuestro país, realizó audiencias, solicitó informes y, ante el registro de nuevos episodios de muerte y violencia en los establecimientos carcelarios mencionados, volvió a dictar resoluciones

(164) Publicado por el Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, dependiente de la Secretaría de Programas sanitarios del Ministerio de Salud de la Nación, octubre de 2007. El documento fue elaborado en base a cuatro fuentes principales: "Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud", Organización Mundial de la Salud (Ginebra, 2003); "Norma Técnica para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)", Ministerio de la Protección Social, (Bogotá, 2006); "Norma Técnica: Atençaõ Humanizada ao Abortamento", Ministerio da Saúde, (Brasilia, 2005); y "Aborto Legal: Regulaciones Sanitarias Comparadas", de Ana Cristina González Vélez, Giselle Carino y Juanita Durán. IPPF/WHO. Octubre 2007. Montevideo. Uruguay.

(165) En los términos de los arts. 63.2 de la CADH, 25 del Reglamento del Tribunal, y 74 del correspondiente a la Comisión peticionaria.

(166) Resolución del 22-11-04.

de la misma naturaleza dado que las medidas implementadas por el Estado Nacional y por el Gobierno de Mendoza demostraron ser insuficientes para garantizar la vida y la integridad física de los internos (167).

Las preocupaciones de la Corte IDH, respecto de la situación carcelaria en la Argentina, tuvo su debido eco en el ámbito local.

Nuestra CS ya tenía un precedente en la materia que se condice, en lo general, con el criterio de la CIDH. La CS había resuelto que en razón de los tratados internacionales de derechos humanos y el artículo 18 de la CN, el Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios, tiene la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (168).

Sobre la base de esas consideraciones, la CS en una demanda por daños y perjuicios consideró que el Estado debe responder por la muerte de un interno en un incendio, u otros estragos que puedan ocurrir en un establecimiento carcelario, pues importa la omisión de sus deberes primarios y constituye una irregular prestación del servicio a cargo de la autoridad penitenciaria. Y esto es así aun admitida la participación de los internos en la producción del siniestro, dado que ello constituiría una eventualidad previsible en el régimen del penal. Por otra parte, el Estado no puede invocar dificultades presupuestarias para eximirse de su responsabilidad por la vida y la integridad física de las personas privadas de su libertad.

Luego de la intervención tanto de la Comisión como de la Corte IDH a propósito de las violaciones a los derechos humanos hacia las personas privadas de su libertad en establecimientos carcelarios o policiales en la Argentina, la CS fue aun más lejos.

En efecto, meses después de las medidas provisionales dispuestas por la Corte IDH por la situación carcelaria en Mendoza, la CS, invocando el deber del Estado de velar por la vida y la integridad física de las personas privadas de su libertad, y especialmente en el caso de los menores de edad y de los enfermos, hizo lugar a un recurso de hábeas corpus colectivo interpuesto por una ONG a favor de las personas privadas de su libertad en comisarías de la PBA y ordenó al Poder Ejecutivo local a adecuar sus establecimientos carcelarios a los estándares internacionales, concretamente la *Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos* de Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, como así también a los emanados por documentos y resoluciones del Sistema Interamericano (169). Además, requirió al Estado nacional y a la pro-

(167) Véanse las resoluciones de la Corte IDH del 22-11-04; 18-6-05; 30-3-06; 22-8-07; 27-11-07 y 17-10-08.

(168) CSJN, *Badín, Rubén y otros*, 1997, Fallos 318:2002.

(169) CSJN, *Verbitsky, ya cit.*

vincia de Mendoza que cumplieran con las medidas provisionales dictadas por la Corte IDH en el caso *Penitenciaria de Mendoza* (170).

Como se ve, a raíz de la incorporación de la CADH de nuestra Constitución y de la jerarquía otorgada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte adoptó un papel activo en la salvaguarda de los derechos de las personas privadas de su libertad, no sólo imputándole responsabilidad al Estado en el marco de procesos de daños y perjuicios a causa de la muerte de un interno, sino también ordenándole realizar medidas positivas para prevenir sucesos de esa naturaleza y respetar la vida, la integridad física y la dignidad de todas las personas encarceladas.

En relación con el deber del Estado de proteger el derecho a la vida y la salud de las personas internadas por padecer trastornos psiquiátricos, la Corte Suprema recibió favorablemente la doctrina sentada por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe N° 12/97 (ya cit.)* y *Ximenes Lopes vs. Brasil, ya cit.* En esa línea, pues, reconoció que la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales, de por sí vulnerable a los abusos, crea verdaderos *grupos de riesgo* en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Y, en relación con esta última afirmó que los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental” eran los más completos en la materia (171).

4) El derecho a la vida y el uso de la fuerza por parte de agentes estatales

Como es sabido, la violencia ha sido una de las características del accionar de algunos miembros de las instituciones de seguridad en nuestro país, accionar que, por cierto, ha representado —y representa— una amenaza al derecho a la vida (172).

En el ámbito de la administración, hubo reformas normativas que demostraron el impacto de la jurisprudencia de la Corte IDH y de los informes de la Comisión IDH en relación con el deber del Estado de tomar medidas para evitar una privación arbitraria de la vida por parte de agentes de seguridad.

El Estado Nacional ha recogido los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cum-

(170) CSJN, *Lavado, Diego Jorge y otros c/Pcia. de Mendoza s/acción declarativa de certeza*, resoluciones del 06-9-06, Fallos, 330:1135; y del 13-02-07, *ya cit.*

(171) CSJN, *R., M. J. s/insania*, 2008, Fallos: 331:211; CSJN, *Tufano*, 2005, Fallos, 328:4832.

(172) Por *hechos de violencia* entendemos enfrentamientos armados entre civiles y miembros de las instituciones de seguridad, represión, muerte de personas detenidas, ejecuciones sumarias, abuso policial, casos de *gatillo fácil*, entre otros.

plir la ley”, que la CIDH ha utilizado para evaluar la legitimidad del uso de la fuerza por parte de dichos funcionarios de los Estados parte, mediante la resolución 1602/1999 del Ministerio del Interior de la Nación (B.O. del 06-8-99), cuyo artículo 1 instruye a la Policía Federal Argentina, a la Gendarmería Nacional y a la Prefectura Naval Argentina para que los apliquen. Y en igual sentido lo ha hecho la Policía Federal Argentina (véase Suplemento de la Orden del Día Interna Nº 117) (173).

La provincia de Buenos Aires, en esa misma línea, ha impuesto como principios básicos de actuación de su propia policía unos idénticos a los reconocidos por la CIDH (artículos 9 y 13 de la ley 13.482 de la provincia de Buenos Aires).

En el ámbito judicial, sin embargo, la situación no ha sido tan auspiciosa. Una buena parte de las investigaciones judiciales realizadas sobre casos de muerte por violencia institucional ha sido insatisfactoria. Esto puede explicarse, en parte, por la continuidad de ciertos patrones en las prácticas administrativas y judiciales, que justifican y explican la violencia policial y obstruyen el avance de las investigaciones (174).

Esta desidia no ha pasado inadvertida por la Corte IDH, quien calificó la actuación del Poder Judicial argentino como *tolerante y permisiva* respecto de los planteos de las defensas de agentes de seguridad imputados por abuso de la fuerza y homicidio e inefectiva a la hora de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad. De esta manera, se había frustrado la debida protección judicial de los derechos humanos (Caso *Bulacio vs. Argentino, ya cit.*). Esta decisión también repercutió en la jurisprudencia de la CS que, en una decisión polémica, resolvió reabrir una persecución penal en la que el imputado había sido sobreseído por prescripción de la acción penal, a fin de que se investigara y sancionara a los responsables de un caso de abuso policial (175).

Teniendo en cuenta que la falta de investigación de los atentados contra el derecho a la vida, o la investigación deficiente, y la consiguiente impunidad, configuran una violación al artículo 4 de la CADH, es de esperarse que todas las instancias de los poderes judiciales de todas las jurisdicciones y de las dependencias administrativas revean las prácticas que dan lugar a la impunidad de los casos de homicidios por abuso policial y actúen conforme los dictados del Sistema Interamericano, investigando profundamente los casos de violencia institucional, castigando a sus responsables, modificando aque-

(173) Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2008*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, Capítulo II.

(174) Para un detalle sobre las violaciones al derecho a la vida en razón de la violencia institucional, un análisis y crítica de las investigaciones judiciales y administrativas que se han efectuado y de algunas medidas que se fueron adoptando para lidiar con esta problemática, véase el Informe Anual 2008 del CELS, *op. cit.*

(175) CSJN, *Espósito*, 2004, Fallos, 327:5668.

llas normas que puedan dar lugar a hechos de esa naturaleza y controlando estrictamente el empleo de armas de fuego por parte de sus funcionarios.

5) Deber de investigar la desaparición forzada de persona

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal como ya hemos dicho, los Estados partes no sólo están obligados a respetar y garantizar la vida de las personas, sino también a investigar y castigar los atentados contra ella. Dado que la desaparición forzada de persona atenta contra el derecho a la vida, es evidente que el Estado tiene la obligación de investigar casos de esa naturaleza y sancionar a sus responsables.

La CS, siguiendo este camino trazado por la Comisión y la Corte IDH, y acompañando las iniciativas del Congreso de la Nación (concretamente, la sanción de la ley N° 25.779), ha ido removiendo los obstáculos para que se investigaran los casos de desaparición forzada de personas en nuestro país durante el terrorismo de Estado (176).

6) La pena de muerte

Esta forma de castigo ha sido abolida de nuestra legislación penal ordinaria —consecuencia de la derogación por el Congreso de la ley penal de facto N° 21.388. Por lo tanto, y conforme lo dispone el artículo 4, esta decisión es irreversible en la medida en que la CADH tenga jerarquía constitucional.

La prohibición que pesa sobre nuestro país en relación con la implementación de la pena de muerte, repercute también en los tratados de extradición que suscriba con países cuyos ordenamientos sí contemplen esa forma de castigo. Por ejemplo, en el tratado de extradición suscripto con los Estados Unidos de América, que fue aprobado por la ley 25.126 (sancionada el 04-8-99 y promulgada el 08-9 de ese año) se estableció que, cuando el delito por el cual se solicita la extradición es punible con la pena de muerte en virtud de la legislación del Estado requirente (Estados Unidos) la entrega de la persona reclamada podrá ser denegada, salvo que el Estado Requirente otorgue garantías de que la pena de muerte no será impuesta, o de ser impuesta, no será ejecutada.

(176) CSJN, *Mazzeo*, 2007, Fallos, 330:3248; *Simón*, 2005, Fallos, 328:2056; *Arancibia Clavel*, 2004, Fallos, 327:3294. Para un análisis sobre la compatibilidad del principio de legalidad con la investigación por casos de desaparición forzada de personas, véase el comentario al artículo 9 de la CADH.

ARTÍCULO 5. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

***Concordancias:** arts. 1.1 y 27 CADH; 18, 20, 33 y 75 inc. 22 CN; I, VII, IX, XXV.3 y XXVI.2 DADDH; 5 DUDH; 7 y 10 PIDCP; II.b y c Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; 5.b CEDR; 11.2.d y 12.2 CEDM; 1º y ss. Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 6.2, 27, 37 y 39 CDN; 4 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará); 6, 7 y 8 Estatuto de la Corte Penal Internacional.*

CAROLINA S. ANELLO

Introducción

El respeto por el derecho a la integridad personal se encuentra consagrado en forma expresa en el inc. 1 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “La Convención” o “Convención Americana”). Si bien este tratado internacional es el único que menciona el derecho

a la integridad física, psíquica y moral, en forma general, otros instrumentos internacionales consagrados en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional con jerarquía constitucional, también regulan su protección estableciendo la prohibición de la tortura y el derecho de toda persona privada de su libertad a un trato humano, entre otros.

De esta primera aproximación queda en evidencia que el derecho en estudio posee un contenido mayor y más amplio en la Convención que en aquellos otros instrumentos internacionales que regulan la prohibición de la tortura y los derechos de las personas privadas de su libertad. Resulta importante destacar que el derecho a la integridad personal, en todas sus formas, debe protegerse en todos los ámbitos de desarrollo del individuo dado que su vulneración ha sido señalada en reiteradas oportunidades tanto por la jurisprudencia nacional como internacional.

Por este motivo, la finalidad del presente trabajo será el de conocer el alcance y contenido de este derecho, sin que éste pueda abarcar todos los aspectos relativos a él. Para ello se analizará la jurisprudencia nacional e internacional en relación con el derecho a la integridad física, psíquica y moral; a la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y al derecho de las personas privadas de la libertad.

I. Consideraciones generales sobre el derecho a la integridad personal

El reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo a partir de la adopción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la Carta”), en 1945, se encuentra directamente vinculado con la internacionalización de los derechos humanos (177). En su preámbulo, los Estados decidieron reafirmar la fe en “los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”, y por ello, se incluyó como uno de los propósitos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (art. 1.3 Carta)”. Esto demuestra que estos derechos reflejan valores comunes de la humanidad y como tal, deben ser protegidos y desarrollados a los fines del mantenimiento de la paz, de conformidad con el primer propósito de la organización (178).

(177) PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, 1ª ed., pág. 15.

(178) GUTIERREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *Guía para el conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 1ª ed., pág. 261.

Sin embargo, en esa oportunidad no se definieron ni se mencionaron en forma específica cuáles eran esos derechos. Así, en el ámbito universal, luego de la tarea desarrollada por la Comisión de Derechos Humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 10 de diciembre de 1948, la resolución 217 (III) que contiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Entre los derechos y libertades allí contenidas se contemplan los principios referidos al derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la integridad física y psíquica, entre otros. Este último, se consagra a partir de la norma que prohíbe la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En 1966, con el carácter de tratado internacional, los Estados, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contiene concretos derechos y obligaciones, entre los que se establece la prohibición mencionada y estipulada por la declaración, además de haber incluido el derecho de las personas privadas de libertad a un trato humano con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

En el ámbito regional, la novena Conferencia Internacional Interamericana adoptó, en 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta al igual que la declaración universal contempla derechos civiles y políticos, como así también derechos económicos sociales y culturales. En cuanto al derecho aquí en estudio, la Declaración Americana resulta particular en cuanto establece que: “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad”, además de las disposiciones referidas al tratamiento humano de todo individuo privado de su libertad (179). Como se mencionara al principio, esta norma tampoco hace mención al derecho a la integridad, sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresó que la tortura no se justifica por ser contraria a la dignidad humana y violatoria de la integridad de la persona consagrada en el artículo 1 de la Declaración Americana. Así, entendió que el concepto de seguridad personal comprende la integridad personal (180). Con posterioridad, en el seno de la Organización de Estados Americanos, se adoptó en 1969 la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo en estudio recepta expresamente el derecho a la integridad personal.

En cuanto al contenido de este derecho, parte de la doctrina entendió que “el derecho a la integridad física y psíquica implica la preservación, sin detrimento alguno de la integridad del cuerpo y la mente, excluyéndose por tanto las penas, procedimientos y tratamientos que tengan por resultado la privación o inhabilitación intencional de alguna parte del cuerpo humano o de algunas de las facultades de la mente o del espíritu y cualquiera fuere el propósito con que tales actos se cumplan, excepto con fines medicinales

(179) DADDH, arts. I, XXV y XXVI.

(180) O'DONNELL, DANIEL, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, t. 1, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, 1ª ed., pág. 170.

como en las hipótesis de los trasplantes de órganos entre seres humanos". La tutela de esta libertad se extiende no sólo a la prohibición de conductas de las que se siga un deterioro permanente para la persona humana, sino también la de aquellas que, sea cual fuere su finalidad, constituyan tratamientos crueles, inhumanos o degradantes (181).

Así, puede entenderse que la integridad personal constituye el bien jurídico protegido por la norma que prohíbe la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes previstas en el art. 5 (182).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la infracción a este derecho implica una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta (183).

En este sentido, el tribunal internacional señaló en su jurisprudencia que los Estados partes en la Convención tienen una obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como de prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumano o degradante, en relación con las obligaciones emanadas de los arts. 1.1, 5.1 y 5.2 de ese instrumento jurídico (184).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que: "el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana" (185).

El reconocimiento del respeto a la integridad personal como así también las prohibiciones allí enumeradas buscan proteger la dignidad inherente al ser humano, y por este motivo, se ha reconocido que la amplitud de situaciones en que este derecho particular podría ser vulnerado va más allá de las prohibiciones establecidas en el art. 5 de la Convención Americana.

A modo de ejemplo, resulta interesante señalar una sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina en la que se reconoció la importancia del derecho a la integridad física y psíquica como uno de los fundamentos para declarar la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Riesgos del Tra-

(181) PADILLA, MIGUEL A., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. N° de edición

(182) O'Donnell, *op. cit.*, § 2, pág. 170.

(183) Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, del 17-09-97, párr. 57.

(184) Corte IDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, del 11-03-05.

(185) CSJN, *Verbitsky, Horacio*, 2005, Fallos, 328:1146.

bajo que disponía la eximición de responsabilidad civil del empleador por los daños derivados de un accidente o enfermedad laboral de su empleado (186). Esta norma resultaba incompatible con las disposiciones constitucionales que protegen los derechos de los trabajadores y al principio *alterum non laedere*, por el que no debe ser precisamente el trabajador, sujeto preferente de tutela constitucional, quien se vea privado de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales.

En este caso, la CSJN recordó que todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo, poseen el derecho al reconocimiento de su dignidad, toda vez que ella es intrínseca e inherente al ser humano, y no deriva de un reconocimiento de las autoridades o poderes. (Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional) (187).

En esta sentencia, además de mencionar los preceptos constitucionales consagrados en el art. 14 bis de la C.N., texto que se ha visto fortalecido con los renovadores impulsos del constitucionalismo social y muy enfáticamente por los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (188), la Corte mencionó las disposiciones de diversos tratados internacionales que regulan los derechos fundamentales estudiados en este caso.

En lo que a nuestro tema de estudio interesa, la Corte Suprema manifestó en esta sentencia que el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio *alterum non laedere* deban ser indemnizados sólo en los términos que han sido indicados en la norma en cuestión de la Ley de Riesgos de Trabajo, la vuelven contraria a la dignidad humana.

En este sentido, el Tribunal expresó que: “Que la exclusión y eximición *sub discussio* impuestas por la ley de 1995, también terminan mortificando el fundamento definitivo de los derechos humanos, enunciado desde hace más de medio siglo por la Declaración Universal de Derechos Humanos: la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de una gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta “intrínseca” o “in-

(186) CSJN, *Aquino, Isacio*, 2004, Fallos, 327:3753. A mayor abundamiento se puede consultar: Perotti, A., “El fallo ‘Aquino’ de la Corte Suprema: una introducción a la aplicación judicial de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 3, 2005, págs. 607 a 633.

(187) CSJN, *Aquino, ya cit.*

(188) DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, *Los Tribunales Supremos de los Estados partes del MERCOSUR ante la integración regional*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-2.

herente” a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo (Preámbulo, primer párrafo, y art. 1; asimismo, PIDESC, Preámbulo, primer párrafo; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ídem y art. 10.1, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párrafo segundo y arts. 5.2 y 11.1, entre otros instrumentos de jerarquía constitucional) (189).

Así, señaló que la Ley de Riesgos del Trabajo, mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, no ha tendido a la realización de la justicia social sino que ha actuado en sentido contrario al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formula una “preferencia legal” inválida por contraria a la justicia social.

Resulta interesante mencionar la relación del derecho a la integridad con otros derechos constitucionales. Así la Corte Suprema en determinados casos en que debió analizar la vulneración de esos derechos, tales como el derecho a la intimidad y el de la libre expresión, entre otros, mencionó la afectación o no del derecho a la integridad personal, aunque no se remitió a la Convención Americana. Como ejemplo de esto se puede observar el caso en que la Corte sostuvo que:

“la realización de la prueba de histocompatibilidad no afecta el derecho a la integridad corporal aun cuando está en juego la identidad de un menor, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen” (190)

Otro caso en el que el máximo tribunal debió determinar el alcance del derecho a la libre expresión, la CSJN, interpretó que:

“no se trata de un derecho absoluto y que su ejercicio debe guardar armonía con los restantes derechos constitucionales, como el derecho a la integridad moral y el honor de las personas. Es decir que el ejercicio de este derecho, no puede extenderse, en modo alguno, en detrimento del derecho a la integridad moral y el honor de las personas, de conformidad con los arts. 14 y 33 C.N.” (191).

(189) CSJN, *Aquino, Isacio*, 2004, Fallos, 327:3753, considerando 11.

(190) CSJN, *H, G y S. y otro s/ apelación de medidas probatorias*, 1995, Fallos, 318:2518; *Guarino, Mirta Liliana*, 1996, Fallos, 319:3370.

(191) CSJN, *Rudaz Bissón, Juan Carlos*, 1988, Fallos, 321:667; *Morales Solá, Joaquín Miguel*, 1996, Fallos, 319:2741; *Gesualdi, Dora Mariana*, 1996, Fallos, 319:3085; *Cancela, Omar Jesús*, 1998, Fallos, 321:2637; *Kimel, Eduardo G. y Singerman, Jacobo*, 1998, Fallos, 321:3596; *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A.*, 2001, Fallos, 324:2895; *Guazzoni, Carlos Alberto*, 2001, Fallos, 324:4433; *Spacarstel, Néstor A.*, 2002, Fallos, 325:50; *Menem, Amado Calixto*, 2003, Fallos, 326:2491.

II. La prohibición de cometer tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes

Además de la protección general a la integridad personal, la norma tutela la prohibición absoluta de someter a toda persona a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Tal como se mencionó, esta misma disposición se encuentra contemplada en la Declaración Universal de Derechos Humanos (192) y en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (193). Este último, profundiza esta prohibición disponiendo que “en particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas oportunidades recordó que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, afirmó la existencia de una prohibición universal, en ambos casos, independientemente de cualquier codificación o declaración, por ser todos éstos violatorios de normas perentorias de derecho internacional (194).

Por lo tanto, esta prohibición es absoluta e inderogable, aún en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas (195).

Ese tribunal internacional reconoció la existencia de un régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica, y que éste pertenece en la actualidad al dominio del *ius cogens* (196).

En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) (197) señaló que la prohibición de la tortura adquirió en el derecho internacional general el carácter de norma de *ius cogens* (198).

(192) Art. 5.

(193) Art. 7.

(194) Corte IDH, Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, del 8-07-04, párr. 112; *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, del 27-11-03, párr. 92 y *Cantoral Benavides vs. Perú*, del 18-08-00, párrs. 102 y 103.

(195) Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, del 25-11-04; *De la Cruz Flores*, del 18-11-04, párr. 125 y *Tibi vs. Ecuador*, del 7-09-04, párr. 143.

(196) Corte IDH, Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri, ya cit.*, párr. 112; *Maritza Urrutia, ya cit.*, párr. 92 y *Tibi, ya cit.*, párr. 143.

(197) *Resolución 808* (1993). Tribunal creado por el Consejo de Seguridad, bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como una medida que no implica uso de la fuerza, arts. 39 y 41 de la Carta de la ONU.

(198) TPIY, *The Prosecutor vs. Anto Furundzija*, Case N° IT-95.17/1-T, Judgment, 10-XII-1998.

En consecuencia, los actos ilícitos violatorios de normas imperativas o de *ius cogens*, por ejemplo el delito de tortura, en determinadas circunstancias, cuando estas constituyan violaciones graves al derecho internacional humanitario o al derecho internacional de los derechos humanos, podrán configurar un crimen internacional, a saber, crímenes de guerra (199), lesa humanidad (200) o genocidio (201), en la medida en que estas conductas contrarias a derecho, reúnan los elementos específicos de cada uno de ellos.

Para comenzar a establecer los alcances de la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, en primer lugar resulta necesario establecer qué se entiende por cada uno de los términos que abarca esta disposición. Así, la tortura se encuentra definida en el ámbito universal en el art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (202) al disponer que:

“... se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”

Por su parte, en el ámbito regional, la Convención Interamericana contra la Tortura (203) en su art. 2 establece que:

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de inves-

(199) Estatuto TPIY., arts. 2 b) y 3 (en vinculación con el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), art. 4 a) y Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), arts. 8.2 a) ii) y c) i).

(200) Estatuto TPIY., art. 5 f), Estatuto TPPIR., art. 3 f) y Estatuto CPI, art. 7.1 f).

(201) Estatuto TPIY., art. 4, Estatuto TPPIR., art. 2 y Estatuto CPI., art. 6.

(202) A.G. Res. 39/46, Anexo, 39 U.N.GAOR Supp. (No. 51) pág. 197, ONU Doc. A/39/51 (1984), entrada en vigor 26 de junio de 1987. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10-12-84, y aprobada por la República Argentina mediante la Ley 23.338 (sancionada el 30-07-86; promulgada el 19-08-1986 y publicada en el “B.O.” el 26-02-87).

(203) A-51, Serie Sobre Tratados, OEA, N° 67. Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9-12-1985 y en vigor desde el 28-03-87. La República Argentina depositó su instrumento de ratificación el 31-03-89.

tigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

De la lectura de ambos conceptos se puede concluir que la Convención Interamericana amplía de manera considerable el elemento subjetivo del tipo penal estipulado en ella, y a su vez, elimina el requisito de la identidad del sujeto activo.

Ahora bien, la dificultad surge en la distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La Declaración de Naciones Unidas contra la Tortura define el primero de ellos como “una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradantes” (204), mientras que en la Convención contra la Tortura, los Estados partes se comprometen en prohibir en el territorio bajo su jurisdicción “otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura”, con los mismos requisitos establecidos para esta última (205). Así, se trasluce la falta de definiciones concretas y de criterios objetivos para determinar el concepto de cada uno de estos términos, motivo por el cual, la jurisprudencia internacional se ha encargado, de alguna manera, de determinar el alcance de cada uno de ellos.

Para la Corte Europea de Derechos Humanos la diferencia se debe principalmente a la intensidad de los sufrimientos infligidos. En 1974 en el caso “*Irlanda contra Reino Unido*” el tribunal señaló la distinción entre la noción de tortura y la de tratos inhumanos o degradantes. En esta sentencia, la Corte Europea entendió que las técnicas de interrogación que se pretendían impugnar en este caso, llamadas “cinco técnicas”, a saber, la privación de líquidos, alimentación y sueño, la exposición continua a ruidos fuertes, el mantener al preso encapuchado y obligarlo a permanecer por largos ratos en posturas físicas extenuantes, se trataba de tratos inhumanos y degradantes, y no de torturas como lo manifestó la Comisión. Según palabras de la Corte, estas técnicas utilizadas conjuntamente, con

(204) Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, A.G. Res. 3452 (XXX), Anexo, 30 U.N. GAOR Supp. (Nº 34) pág. 91, ONU Doc. A/10034 (1975).

(205) Art. 16.

premeditación y durante muchas horas, causaron a los que las sufrieron si no verdaderas lesiones, por lo menos intensos sufrimientos físicos y morales; y, además trastornos psíquicos agudos durante los interrogatorios. También consideró que esas técnicas implicaban un carácter degradante por cuanto podían crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral. Sin embargo, entendió que si bien existían de una parte actos violentos, condenables según la moral, no incidían en el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y definió la noción de tortura asimilándola a aquellos “tratos inhumanos deliberados que provocan sufrimientos muy graves y crueles” (206).

Por su parte, la Corte Interamericana interpretó lo manifestado por la Corte Europea estableciendo que “aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos” (207), y más aún, señaló que esa situación se agravó por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida, citando otra sentencia del tribunal europeo, en el caso “*Ribitsch contra Austria*” (208).

En cuanto al concepto de tortura psicológica o moral, éste ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en diversos pronunciamientos.

Así, el tribunal internacional en el caso *Villagrán Morales y otros contra Guatemala*, conocido como el caso “de los Niños de la calle”, el tribunal realizó el siguiente razonamiento:

“Debe tenerse presente que los jóvenes fueron retenidos clandestinamente por sus captores entre 10 y 21 horas. Este lapso medió entre dos circunstancias de extrema violencia: la aprehensión forzada y la muerte por impactos de arma de fuego en estado de indefensión, que el Tribunal ya ha declarado probadas (...). Es razonable inferir, aunque no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que recibieron durante esas horas fue agresivo en extremo.

Durante el tiempo de su retención los cuatro jóvenes permanecieron aislados del mundo exterior y seguramente estaban conscientes de que sus vidas corrían grave peligro. Es razonable inferir que durante esas horas pa-

(206) Corte EDH, sentencia del 18-01-78, párr. 167, ver Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *25 años de jurisprudencia 1959-1983*, Cortes Generales, Madrid, 1981.

(207) Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo, ya cit.*, párr. 57; *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, del 30-05-99, párr. 197 y *Cantoral Benavides, ya cit.*, párr. 96.

(208) Corte EDH, *Ribitsch contra Austria*, del 4-12-95, párr. 36.

saron, por esa sola circunstancia, por una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral” (209).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana también reconoció, en diversas oportunidades, las consecuencias psicológicas de los familiares de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y declaró la violación del derecho a la integridad psíquica y moral (210), especialmente en el caso de los “familiares directos” (el tribunal aplicó una presunción *iuris tantum* respecto de madres y padres, hijas e hijos, esposos y esposas, compañeros y compañeras permanentes). En este último supuesto, corresponde al Estado desvirtuar esa presunción (211). Resulta interesante mencionar, que en uno de los últimos casos resueltos por la Corte, una vez constatada la forma y las circunstancias en que la víctima fue privada de la vida, destacó que “la falta de efectividad de las medidas adoptadas para esclarecer los hechos y sancionar a los responsables, provocaron en sus familiares directos sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos, afectando, por lo tanto, su integridad psíquica y moral”.

Otro aspecto sobre el que el tribunal internacional debió expedirse fue respecto de los castigos corporales. En su sentencia en el caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*, señaló que:

“En atención a la regulación y aplicación de las penas corporales de flagelación en Trinidad y Tobago, la Corte considera que la naturaleza misma de éstas refleja una institucionalización de la violencia que, pese a ser permitida por la ley, ordenada por las autoridades judiciales y ejecutada por las autoridades penitenciarias, constituye una sanción incompatible con la Convención. Como tales, las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación *per se* del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, la Ley de Penas Corporales debe ser considerada contraria a los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana” (212).

(209) Corte IDH, Caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (“Niños de la Calle”), del 19-11-99, párrs. 162 y 163.

(210) Corte IDH, Caso *Blake vs. Guatemala*, del 24-01-98, párr. 114; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, del 25-11-00; *Villagrán Morales y otros, ya cit.*; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, del 12-08-08, párr. 163 y *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, del 27-11-08, párr. 119.

(211) Corte IDH, Caso *Valle Jaramillo y otros, ya cit.*, párr. 119 y *Kawas Fernández vs. Honduras*, del 3-04-09, párr. 128.

(212) Corte IDH, Caso *Caesar, ya cit.*

III. Derecho de las personas privadas de la libertad

El artículo objeto de estudio establece, en la segunda parte del inciso 2, el derecho de las personas privadas de su libertad a ser tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano y, en los subsiguientes incisos, se enumeran una serie de disposiciones específicas relativas al trato de distintas categorías de reclusos, en particular la separación de reclusos según su condición jurídica, sexo y edad.

Además de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (213), se adoptaron en el seno de Naciones Unidas una serie de instrumentos internacionales específicos sobre la materia, a saber, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1955, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988, los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, ambos de 1990.

Según el Comité de Derechos Humanos, el alcance de la obligación de los Estados partes de tratar a las personas privadas de su libertad con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano comprende, no sólo a los presos, sino que esta protección se extiende a toda persona privada de libertad en virtud de las leyes y la autoridad del Estado, tales como hospitales psiquiátricos, instituciones para el diagnóstico y rehabilitación de menores infractores, entre otros (214).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró, en diversas oportunidades, la obligación del Estado como responsable de los establecimientos de detención, de garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos, entre ellos, el derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal (215). En cuanto al trato debido a la dignidad inherente a las personas privadas de libertad, la Corte Interamericana sostuvo que:

“Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades inne-

(213) Art. 10.

(214) Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 20 y 21. La Observación N° 20 reemplaza la Observación General N° 7 y la Observación General N° 21 que sustituye la Observación General N° 9.

(215) Corte IDH, Caso *Tibi, ya cit.*, párr. 150; *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, del 2-09-04, párrs. 151 y 152; *Bulacio vs. Argentina*, del 18-09-03 párr. 126; *De la Cruz Flores vs. Perú*, del 18-11-04, párr. 124.

gables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona” (216).

De esta manera, el tribunal internacional declaró como contrario a este postulado al aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que fueron sometidas las víctimas en algunos de los casos en que debió dictar sentencia. De esta manera, sostuvo que esas medidas constituían por sí mismas formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (217).

La Corte entendió a la incomunicación como la ausencia de contacto entre un recluso y personas que se encuentren fuera del lugar de reclusión, mientras que el aislamiento, lo asimiló a la ausencia de contacto entre un recluso y otros reclusos. La compatibilidad de estas medidas con los derechos de los reclusos dependerá de dos factores: de la legalidad de la medida y de las consecuencias para la integridad psicológica y moral del recluso, reconociendo que la incomunicación a pesar de los peligros que conlleva, puede ser justificada en determinadas circunstancias (218).

En palabras de la Corte Interamericana, en el caso *Suarez Rosero*, se puede decir que la incomunicación es:

“...una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva” (219).

Específicamente, como violación al art. 5 de la Convención Americana, la Corte señaló que:

“Una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psí-

(216) Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo*, ya cit. párr. 57; *Castillo Petruzzi y otros*, ya cit., párr. 197; *Cantoral Benavides*, ya cit., párr. 96.

(217) Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez*, ya cit., párr. 156; *Godínez Cruz vs. Honduras*, del 20-01-89; *Suarez Rosero vs. Ecuador*, del 12-11-97; *Villagrán Morales y otros*, ya cit.; *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, del 15-03-89; *Castillo Petruzzi*, ya cit. y *Cantoral Benavides*, ya cit.

(218) O'DONELL, *op. cit.*, § 2, pág. 205.

(219) Corte IDH, Caso *Suárez Rosero*, ya cit., párr. 51.

quicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.

La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permitió a la Corte concluir que el señor Suárez Rose-ro fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador. La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedido de la posibilidad de buscar un abogado y no poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante” (220).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado en numerosos fallos el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de libertad, como en el caso *Badin*, en relación con el incendio producido el 5 de mayo de 1990 en la unidad penitenciaria de Olmos, donde 35 personas murieron y otras tantas resultaron lesionadas. Con motivo de ese hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que: “El art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto prescribe toda medida ‘que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija’ tiene contenido operativo; impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva, la adecuada custodia que se manifieste también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral” Así agregó que: “la seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario” (221).

En cuanto a la carencia de recursos económicos planteada, el tribunal expresó que “Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

(220) *Ibidem*, párrs. 90 y 91.

(221) CSJN, *Badin Rubén y otros*, 1995, Fallos, 318:2002.

En ese reclamo por daños y perjuicios que los familiares habían iniciado contra la Provincia de Buenos Aires, el alto tribunal reconoció la responsabilidad del Estado, aun cuando fuese admitida la participación de los internos en la producción del siniestro, ya que “ello constituiría una eventualidad previsible en el régimen penal, que pudo evitarse si aquél se hubiera encontrado en las condiciones apropiadas para el cumplimiento de sus fines”, ya que esas condiciones inhumanas son las que en definitiva ocasionan los motines.

Así, el tribunal expuso que: “Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa, de nada sirven las políticas preventivas del delito, ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa”.

En este sentido, la Corte Suprema reiteró su posición en el caso *Romero Cacharane*, donde expresó que ningún habitante de la Nación puede ser privado a la defensa de su derecho a la dignidad humana, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo pena privativa de la libertad (222).

En otro fallo más reciente, en el caso *Gramajo*, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado, prevista en el artículo 52 del Código Penal. Sostuvo en esa oportunidad que “La idea de un Estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un Estado policial que elimine a las personas molestas no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, sino sancionar y siempre de acuerdo con su gravedad” (223).

En su voto concurrente, el Dr. Petracchi afirmó que: “...Para el logro de este objetivo, indudablemente, el principio de culpabilidad aparece como un obstáculo que puede ser sorteado por la vía de ulteriores necesidades de prevención, y con total prescindencia del mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reclama a los Estados miembros que la pena de privación de libertad se oriente hacia la reinserción social del condenado (art. 5, inc. 2º CADH) y no al puro aseguramiento. Dicha regla, así como el mandato de que toda privación de libertad —se trate de una pena o no— se ejecute con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano (art. 5, inc. 2º in fine CADH) no resulta compatible con una autorización general a tratar a quienes han sido previamente penados en las condiciones del artículo 52 del Código Penal, como sujetos que pueden ser mantenidos fuera de la

(222) CSJN, *Romero Cacharane*, 2004, Fallos, 327:388.

(223) CSJN, *Gramajo, Marcelo Eduardo*, 2006, Fallos, 329:3680.

sociedad a perpetuidad, sobre la base de la incierta presunción de que nunca habrán de corregirse y que a su respecto no cabe ya ninguna esperanza de mejoramiento”.

En otro caso, en cuanto al derecho en cuestión, la CSJN dejó sin efecto el pronunciamiento que rechazó el hábeas corpus deducido con motivo del agravamiento de las condiciones carcelarias. Así, la Corte sostuvo que: “mantener a un grupo de seres humanos en condiciones de hacinamiento como las descriptas, constituye por sí mismo un trato degradante contrario a la dignidad humana que se intensifica, todavía más, cuando se combina con las falencias en materia de luz, ventilación, higiene, lugares donde dormir, alimentación y atención médica (arts. 9 de la ley 24.660, 18 y 33 de la Constitución Nacional, 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (224).

Con posterioridad, se presentó un hábeas corpus correctivo y colectivo deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) respecto de las personas detenidas que se encontraban alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires (225).

Para resolver en este caso, la Corte consideró como no controvertidos ciertos hechos que fueron admitidos por el gobierno provincial que corresponden a una situación genérica, colectiva y estructural respecto de las personas detenidas en la Provincia de Buenos Aires. Entre ellas se mencionan las siguientes: a) la superpoblación de detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales provinciales; b) que se encuentran alojados en comisarías en calidad de detenidos adolescentes y personas enfermas; c) que, por los menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia, y d) que la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado desde 1990 y ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia.

En este sentido, el máximo tribunal expresó la importancia de evitar las consecuencias de los hechos aquí planteados, y que, sin ninguna duda, ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución Nacional, el derecho a la vida y a la integridad física de las personas.

(224) CSJN, *Defensor Oficial s/ interpone acción del art. 43 de la Constitución Nacional*, 2004, Fallos, 327:5658.

(225) CSJN, *Verbitsky, ya cit.*

Por ello expresó que: “Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, carencia de recursos humanos, insuficiencia de formación del personal o consecuentes excesivas poblaciones penales, ya que privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, re-ceptados en el texto actual de aquélla (art. 5º inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

En este caso la Corte Suprema analizó las fuentes nacionales e internacionales que amparan el derecho a la vida, seguridad e integridad física, así como otros instrumentos que definen los estándares internacionales respecto de las personas privadas de la libertad, y la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. A su vez, el tribunal tuvo en cuenta las conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura en su informe de 2004 (226).

Así, la Corte revocó la sentencia apelada y declaró que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención; dispuso que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires —a través de los jueces competentes— hiciera cesar en el término de 60 días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos; instruyó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal; ordenó que el Poder Ejecutivo Provincial presentara informes a los jueces respectivos en el plazo de 30 días respecto de las condiciones concretas en las que se cumple la detención a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención; ordenó informes al Poder Ejecutivo provincial respecto de las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia; exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Pcia. de Bs. As. a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales y, encomendó al Poder Ejecutivo provincial que organice una mesa de diálogo con las organizaciones de la sociedad civil y que informe a la Corte Suprema sobre los avances logrados.

En consecuencia, el derecho a la integridad personal amparado por el artículo 5 de la CADH, afianzado por las prohibiciones allí mencionadas, tiene

(226) CAT/C/CR/33/1, 10-11-04.

por objeto proteger la dignidad de los individuos en diversas situaciones. Tal como se encuentra receptado, este derecho puede ser entendido en forma amplia y, por este motivo, el estudio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos permite determinar su alcance y contenido.

ARTÍCULO 6. PROHIBICIÓN DE ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución normal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañía o personas jurídicas de carácter privado;

b) el servicio militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

***Concordancias:** arts. 5.1, 7.1 y 11.1 CADH; 15, 17, 19 y 75, inc. 22 CN; 1 y 4 DUDH; 8 PIDCP; 6, 7, 8 y 9 Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas.*

Como primera cuestión para abordar el comentario del artículo citado corresponde establecer que el mismo se encuentra dentro de lo que comúnmente se conoce con el término de derechos de carácter personal o personálísimos, según nuestra recepción civilista.

Resulta necesario recordar que la esclavitud es el status o condición de una persona sobre la cual se ejerce todo o alguno de los poderes asociados al derecho de propiedad (227); y la servidumbre es la sujeción de una persona bajo la autoridad de otra con subordinación a la voluntad y a los designios de otra sin que tenga opción a decidir, protestar o discrepar, con la total pérdida de la libertad y con la consecuente despersonalización y captación de voluntad.

Todos sabemos y conocemos que la esclavitud ha sido abolida —y se encuentra prohibida legalmente— en los países democráticos que son los que han suscripto los pactos acerca de derechos humanos— y han tenido recepción en su derecho interno como es el caso de nuestro país que luego de la reforma constitucional de 1994, se incorporaron a la ley suprema; pero a pesar de ello; existen nuevas maneras de esclavitud, ya no quizá como se las conocía en la antigüedad —que estaba permitida— sino como una nueva manera de explotación —término que se encuentra íntimamente ligado a la esclavitud—.

Por *trata de personas* se entiende la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al raptó, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (228). Se trata de un delito contra la libertad y es considerado como la esclavitud del nuevo siglo.

Este delito consiste en el traslado forzoso o por engaño de una o varias personas de su lugar de origen, la privación total o parcial de su libertad y la explotación laboral, sexual o similar. Es diferente del tráfico ilegal de migrantes. En la trata de personas es irrelevante el consentimiento dado por la víctima, lo cual significa que incluso cuando la persona accedió a ser llevada por los delincuentes, mantiene el status de víctima.

(227) Convención sobre la Esclavitud, Ginebra, 25-09-26.

(228) Definición según el *Protocolo de la Naciones Unidas para Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños*, Artículo 3.

La nueva esclavitud

Un ejemplo claro del tema abordado podría ser el hecho de que una persona forzara a otra a realizar tareas domésticas sin otorgarle remuneración alguna, suministrarle poco alimento, maltratarla de manera verbal y física y privarla de su derecho a salir del hogar, nos encontramos sin dudas frente a la figura de servidumbre (229).

Otra forma *nueva* de reducir a las personas a servidumbre ha sido mediante la explotación laboral; lamentablemente el sistema capitalista ha sentado las bases y el escenario para el desarrollo de este sistema de explotación. La alta competencia en el mercado y la necesidad de abaratar los costos, para lograr mayores ganancias en los negocios, ha llevado a aplicar prácticas esclavistas para la producción de sus bienes, abaratando la mano de obra, explotando a los menos favorecidos y someténdolos a condiciones contrarias a la dignidad humana, en muchos casos el *salario* ha sido un plato de comida y un lugar donde dormir.

Así nos introducimos en lo que se ha denominado *taller de trabajo esclavo*, connota una fábrica en la que los trabajadores están sometidos a un entorno duro, con ventilación inadecuada, sujetos ocasionalmente a abusos físicos, mentales o sexuales, a condiciones de trabajo peligrosas para la salud o a horarios de trabajo extraordinariamente largos.

Algunos de estos talleres de explotación laboral son propiedad de corporaciones multinacionales, y otros son compañías locales que producen bienes para corporaciones extranjeras. Estas corporaciones actúan a través de un proceso de subcontratos, con lo que no son propietarios directos del taller, pero emplean a la organización menor que es la propietaria y se encarga de la producción.

En nuestro país que no ha sido ajeno a la necesidad de encontrar mano de obra barata, son talleres que funcionan de manera clandestina, emplean trabajadores —en muchos casos extranjeros— sin permiso legal para trabajar, pagándoles un sueldo muy por debajo de los sueldos mínimos según las Convenciones Colectivas de Trabajo, omitiendo declarar su presencia ante las autoridades locales de trabajo y de seguridad social. En general se trata de trabajadores inmigrantes ilegales.

En relación con la trata de personas una característica común que la identifica es la limitación de la libertad personal de la persona; se les capta el documento y se las obliga a trabajar —en el caso de las mujeres y niños— de prostitutas en departamentos privados o prostíbulos. En muchas ocasiones son mujeres proveniente de otros países que arriban con la esperanza y la promesa de un mejor provenir. En otros casos son mujeres que provienen de

(229) Un caso análogo ha sido así determinado por la CNCiv. y CF, Sala II, 2-03-07, S.G.A s/ *proc. art. 139*.

otros puntos de nuestro país en busca de trabajo. Esto es denominado como *trata interna*.

La situación en nuestro país. Reducción a servidumbre. Explotación laboral

Los talleres ya mencionados tienen la siguiente modalidad operativa: contingentes de ciudadanos bolivianos son ingresados en el país —traídos de su lugar con promesas de buen empleo a cambio de un buen salario— y trasladados a los talleres en donde son *contratados* para realizar distintas actividades de costura para la confección de indumentaria para grandes fábricas.

Esta modalidad ha sido conocida a través de varios artículos en diarios de gran circulación masiva a partir del año 1999 y han existido denuncias por parte de alguno de los trabajadores ante la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Es durante el año 2004 la situación descripta vuelve a tomar estado público a partir de las investigaciones realizadas por la Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires en el expediente 1277/04, éste se inició con la denuncia de un obrero boliviano que manifestaba que se desempeñaba en un taller en el cual vivían 10 personas más. En dicho taller el dueño no pagaba ni aguinaldo ni vacaciones, la jornada laboral era desde las 6 u 8 de la mañana hasta las 0 ó 1 de la madrugada, con cuatro pequeños intervalos para desayunar, almorzar, merendar y cenar. El salario era de \$ 400 y dormían en pequeñas habitaciones no incluidas en el salario, sino que el *derecho* a dormir allí era descontado del sueldo.

En estos casos, las personas afectadas no tienen posibilidad de protestar y sí así lo hicieran son amenazados con llamar a la policía (que en muchos casos conocen estos talleres y cobran una suma de dinero a cambio de su silencio). Muchas veces son expulsados de los talleres sin su documentación y sin su paga.

Además de la violación al artículo de la Convención en comentario; existe una violación a diversas leyes de la República Argentina, por ejemplo la Ley de Migraciones N° 25.871 que establece penas de 1 a 6 años para las personas que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal y la permanencia de personas con destino a la República Argentina a fin de obtener algún beneficio (230).

Como consecuencia de la denuncia descripta (231), la Defensoría formuló la debida denuncia penal (232) por la presunta comisión del delito de

(230) Artículos 116 y 117.

(231) Actuación N° 1277/04 iniciada por el Sr. Mario Alberto Q. R. y la Sra. Simona U.C. 24-10-04. Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires.

(232) Resolución N° 3301/05.

reducción a servidumbre o condición análoga prevista en el artículo 140 del Código Penal (233).

La denuncia ha sido radicada en el Juzgado Criminal y Correccional Federal Nro. 5, en el que se ordenó que los denunciantes permanecieran en los talleres mientras proseguía la investigación penal; y como consecuencia de esto la mayoría de los obreros que trabajaban allí ilegalmente no declararon en contra de los dueños del taller —probablemente bajo presión no pudieron hacerlo—; por lo que a los dueños se les declaró la falta de mérito y el sobreseimiento por el delito que se les imputaba.

Trata de Mujeres

Este tipo de trata de personas se ha, sistemáticamente, desarrollado en gran escala en los últimos años en nuestro país, han crecido el número de mujeres que son capturadas para explotarlas sexualmente. La mayoría de éstas son —generalmente— de bajos niveles socioeconómicos.

La trata de mujeres crece en nuestro país de la mano de la connivencia policial y política y la escasez de acciones orientadas a investigar y perseguir este delito (234).

Los datos obtenidos muestran el funcionamiento de las redes de trata con fines de explotación sexual de mujeres y niñas en el país. Esta situación de explotación sexual se da en todo el territorio argentino ya que existen organizaciones que se dedican a la venta de mujeres.

“Por una mujer se paga entre 100 y 5000 pesos, dependiendo de la zona, de la edad y las características de la ‘mercadería’. La práctica más común de captación es el engaño, pero también está extendido el secuestro, particularmente en el noroeste. Misiones fue identificada como el área principal de reclutamiento. Las provincias de destino son Buenos Aires, Córdoba, La Pampa, Entre Ríos, Santa Cruz, Chubut y Tierra del Fuego. De Santa Fe, Mendoza y Entre Ríos provienen los proxenetas más importantes que operan en las redes de trata, algunos de los cuales regentean hasta 30 mujeres que alquilan a distintas whiskerías del país y las van rotando. La pesquisa determinó que puede pasar mucho tiempo hasta que una mujer puede liberarse del proxeneta que la explota y ‘hay casos en que nunca lo logra’” (235).

La práctica para lograr la explotación sexual es la siguiente: se utiliza el secuestro para la captación y ésta se realiza mediante el engaño y que una vez

(233) “Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella”.

(234) Conclusiones del Informe de la Organización Internacional para las Migraciones.

(235) CARVAJAL, MARIANA, “Trata de Mujeres en Argentina”, *Página 12*, 2-01-07.

alojadas en los prostíbulos las mujeres pierden todo contacto con el mundo exterior. Sólo circulan dentro del local y quedan encerradas bajo llave.

En algunos casos que llegan a la justicia sólo se logra condenar a los encargados —que son el último eslabón de la cadena— de los prostíbulos; pero nunca se logra condenar al que funciona como “entregador”.

En un caso en el que la Cámara de Casación Penal confirmó la condena de dos personas que facilitaron la prostitución de una menor en un departamento particular en el que vivía la menor, que la obligaban a prostituirse durante “extensas jornadas” situación que implicaba “una relación de sujeción de la menor a la voluntad de los explotadores de modo que respondía a sus órdenes sin suficiente autonomía de voluntad” (236).

El 9/04/2008 se sancionó la ley N° 26.364 (B.O. 29/04/2008) sobre “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas”.

Esta nueva ley divide la cuestión en dos hipótesis, la primera se refiere a la trata de personas mayores de edad (figura penal incorporada al Código Penal bajo el artículo 145 bis), y la segunda es la referida a la trata de personas menores de edad (art. 145 ter).

La ley establece penas de entre 3 a 6 años al captador, transportador, como así también al que reciba y acoja personas mayores de 18 años, mediante engaño a efectos de la explotación de las mismas a cambio de dinero.

Esta pena será elevada de 4 a 10 si existiere un vínculo (237) entre el autor del hecho y la persona explotada; como así también si se tratara de funcionarios públicos o ministros de algún culto. Esta pena también se encuentra prevista para el caso de que el hecho fuera cometido por 3 o más personas y las víctimas fueran tres 3 o más (238).

Por otro lado las penas para este tipo de delitos será de 4 a 10 años si se tratara de personas menores de 18 años; y de 6 a 15 años si se tratara de víctimas menores de 13 años; que en su caso se elevará —de entre 10 a 15 años— si existiera, además, violencia, engaño, fraude; tendrá un agravante ya sea por el vínculo (239) o por la cantidad de autores del hecho y/o de víctimas (240).

Esta ley no hace más que reproducir los mismos conceptos existentes en el Protocolo Para la Prevención y Represión de la Trata de Personas (artículo 3°).

(236) CN CP, 18-10-06, *García Norma; Torrez María Alejandra y Pereyra Osmar Osveldo s/ recurso de casación*, Causa N° 6620.

(237) Artículo 145 bis, inc. 1° del Código Penal.

(238) Artículo 145 bis del Código Penal.

(239) Artículo 145 ter, inc. 2° del Código Penal.

(240) Artículo 145 ter, incs. 3° y 4° del Código Penal.

Esta ley integra una nueva figura penal que se encuadra dentro de los ilícitos que tutelan el bien jurídico libertad individual y pretende proteger secundariamente la protección de otros bienes jurídicos como son la integridad sexual o la integridad física.

Como se encuentra bien descrito en doctrina (241): “El injusto se encuentra estructurado sobre la base de varias acciones alternativas entre sí, dando lugar a lo que se conoce como tipo penal complejo alternativo, siendo suficiente que el autor realice una sola de las conductas señaladas para que el delito quede perfectamente configurado, mientras que la producción de varias acciones típicas aquí contenidas no multiplican la delictuosidad, ni permiten considerarlo como un supuesto de reiteración delictiva.”

La interpretación jurisprudencial a nivel internacional

En el caso de las *Masacres de Ituango* (242), los hechos ocurrieron en junio de 1996 y a partir de octubre de 1997 en los corregimientos de La Granja y El Aro, respectivamente, ambos ubicados en el Municipio de Ituango, Departamento de Antioquia, Colombia. Los mismos se suscitaron debido a la responsabilidad del Estado derivada de los presuntos actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la Fuerza Pública apostados en el Municipio de Ituango con grupos paramilitares pertenecientes a las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) que presuntamente perpetraron sucesivas incursiones armadas en ese Municipio asesinando a su paso a civiles en estado de indefensión, despojando a otros de sus bienes y generando terror y desplazamiento.

Asimismo se solicitaba la responsabilidad del Estado colombiano por haber violado la Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre, ya que obligó a un centenar de personas a trabajos forzados.

La Corte consideró demostrado que durante la incursión ocurrida en El Aro los paramilitares, para facilitar la sustracción de entre 800 y 1200 cabezas de ganado, privaron de su libertad y obligaron, por medio de amenazas, a 17 campesinos a arrear los animales durante 17 días por la vía pública custodiada por miembros del Ejército; por lo que quedó demostrada la violación al artículo 6 de la Convención.

Otro caso en el que se ha considerado la violación al artículo que se comenta ha sido en relación con las condiciones de detención de los presos (243), en la cual los prisioneros permanecen presos por períodos demasiado extensos y que los detenidos en *Port of Spain* y condenados a muerte,

(241) TAZZA, ALEJANDRO O. y CARRERAS, EDUARDO RAÚL, “El delito de Trata de Personas”, LL, 2008-C, 1053.

(242) Corte IDH, Caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*, del 1-07-06.

(243) Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, del 21-06-02.

no cuentan con atención médica adecuada, son sometidos a tratamientos crueles en algunos casos, viven en condiciones degradantes y peligrosas para la salud y son privados del debido acceso al aire libre y al ejercicio.

El reclutar a un menor para las fuerzas armadas ha sido considerado como una manera de esclavitud, así lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa *Vargas Areco vs. Paraguay* del 26/09/2006, basándose en una recomendación general sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados (244). En dicha recomendación general, la Comisión señala que “pese a que la mayoría de los países miembros de la Organización de Estados Americanos establece en su legislación un mínimo de 18 años para el reclutamiento militar obligatorio, subsisten en este aspecto prácticas violatorias de los derechos humanos de los niños que la Comisión considera pura y simplemente situaciones similares a la esclavitud y de servidumbre forzada” (245).

En este orden de consideraciones, el artículo 3 del Convenio N° 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, establece que el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados es considerado como una forma de esclavitud o una práctica análoga a la esclavitud, la cual debería ser eliminada (246).

Por último, en un caso en que una mujer menor de edad —procedente de Togo— trabajó como empleada doméstica en una casa en la que le profesían malos tratos, no le pagaban salario y cumplía una jornada laboral de 7 a 22.30 hs sin días libres, una de las Salas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo consideró que la víctima había sido “mantenida en servidumbre —ésta entendida como la obligación de proveer un servicio a otro en forma coactiva y ligada a la esclavitud” y que “fue privada de su autonomía personal” (247).

Conclusiones

La nueva forma de esclavitud abarca una variedad de violaciones a los derechos humanos. En éstas se incluyen explotación sexual, comercio de personas, explotación laboral, prostitución.

(244) Corte IDH, Informe Anual 1999, Capítulo 6, *Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados*, del 13-04-00.

(245) Corte IDH, *Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados*, ya cit.

(246) OIT, *Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*, aprobado el 17-06-99 y ratificado por Paraguay el 7-03-01, Artículo 3.a.

(247) Corte EDH, *Siliadin c/ Francia*, del 27-07-05.

Estas prácticas son clandestinas, lo que hace difícil tomar conciencia de la dimensión acerca de la esclavitud en estos días. El principal problema se encuentra en la circunstancia de que las víctimas de este tipo de abusos provienen de grupos sociales más vulnerables. Al encontrarse amenazados por las personas que los explotan, sienten miedo, eso unido a la necesidad de supervivencia en la que se encuentran —como también el nivel de desprotección que poseen— no se sienten capacitados de resistir la explotación.

No quedan dudas que las nuevas formas de esclavitud y servidumbre atentan contra los derechos humanos y la dignidad de la persona. Por ahora no ha tenido una gran aplicación en nuestro derecho ya que en general, los casos que han llegado a la justicia se han analizado de conformidad con las leyes locales (sólo el artículo 140 del Código Penal) sin que se hiciera referencia alguna de la prohibición prevista en el artículo 6º que mediante el presente se comenta.

ARTÍCULO 7. DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.**
- 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.**
- 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.**
- 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.**
- 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.**
- 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.**
- 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.**

MARIÁNGELES MISURACA (248)

El derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos plantea un importante abanico de protección. Si bien ya se encuentra ampliamente superada la inicial clasificación o división de los derechos humanos —teniendo en cuenta la Conferen-

(248) Agradezco especialmente los aportes de: *Jorge Amor Ameal, Natalia Lusterstein, Sebastián Negri y Gonzalo Salama Rietti.*

cia de Viena de 93 (249)— es imposible negar la especial relevancia que tiene el derecho a la libertad y la que adquiere aun más cuando se pierde.

El artículo 7 protege este derecho desde las diferentes aristas con las cuales el mismo se puede vulnerar. Asimismo, recorre un amplio espectro de figuras o situaciones jurídicas, como la desaparición forzada, el hábeas corpus, la detención ilegal, la detención arbitraria, la prohibición de la detención por deudas —excepto las alimentarias—, el derecho a ser informado de los motivos de la detección, el control judicial de la misma por un juez y el ser juzgado dentro de un plazo razonable o ser puesto en libertad, entre otras.

El estudio de este derecho en el marco de la Convención Americana puede llevar a realizar distintos análisis de construcciones jurídicas trascendentes, que han realizado los organismos del sistema interamericano protección de derechos humanos (en adelante sistema interamericano) y que deben ser usados por nuestros tribunales nacionales.

Si bien se realizará un breve comentario jurisprudencial sobre cada inciso del artículo 7 de la Convención Americana, la intención del presente trabajo es profundizar un poco más sobre el alcance que le ha dado la jurisprudencia internacional —y también la de nuestra Corte Suprema— a la parte del inciso 7. 5 que se refiere al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable —y ante ese incumplimiento— o la obligación de ser puesto en libertad.

Regulación general. Artículo 7.1.

Para entender la regulación general de este artículo, se tomará en cuenta lo dicho por la Corte Interamericana en sus fallos más recientes como son los casos *Yvon Neptune contra Haití*; *Bayarri vs. Argentina*; y *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*. La Corte IDH, tomando jurisprudencia europea, señaló que el artículo 7 de la Convención protege “exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico” (250). En un muy interesante planteo, el Tribunal sostuvo que pretender regular el ejercicio de este derecho sería una tarea inacabable, por las múltiples formas en las que la libertad física puede expresarse,

(249) Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. 14-25 junio 1993, Viena, Austria. Artículo 5: Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

(250) Corte IDH, Caso *Yvon Neptune vs. Haití*, del 6-05-08, párr. 90.

entonces lo que sí es regulable son los límites o restricciones que el Estado puede legítimamente imponer (251).

Esta construcción va totalmente en consonancia con la obligación consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana, específicamente la *obligación de respetar los derechos*. Como fue desarrollado jurisprudencialmente, esta obligación está vinculada con ponerle un freno al Estado dentro de la esfera de los derechos y libertades a los cuales todos los individuos tenemos y el mismo no puede vulnerar o sólo puede penetrar limitadamente (252).

Resumidamente, el inciso 1, consagra los términos generales del derecho a la libertad y seguridad; y los otros incisos regulan las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. La Corte IDH opina que esos numerales regulan “la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Es así, por ello, que la libertad es siempre la regla y su limitación o restricción, la excepción” (253).

Asimismo, siempre que se vulnera algunas de las restricciones o limitaciones plasmadas en el resto de los incisos del artículo analizado se vulnerará el inciso 1 ya que es, como dijimos, el que consagra la regla de la libertad.

Prohibición de ser privado de la libertad ilegalmente. Artículo 7.2

Este inciso del artículo 7 reconoce la garantía fundamental del derecho a la libertad física: *la reserva de ley*, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal (254).

Es importante recordar que la Corte IDH considera como ley a la “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes” (255). Por ejemplo, mediante un decreto de necesidad y urgencia no se podría restringir la libertad, ya que carece de la característica de señaladas anteriormente, es decir, los requisitos de una ley formal.

(251) *Ibidem*.

(252) Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, del 29-07-88, párr. 165.

(253) Corte IDH, Caso *Neptune*, ya cit., del 6-05-08 y Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez. vs. Ecuador*, del 21-11-07, párr. 53.

(254) Corte IDH, Caso *Neptune i*, ya cit., párr. 96 y Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez, ya cit.*, párr. 56.

(255) Conf. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 6/86, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9-5-86, párr. 38.

El principio de reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, es decir, como señala el inciso “por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, de modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Es por eso, que si son incumplidos los requisitos establecidos en las leyes nacionales al privar a una persona de su libertad, haría que esa privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana (256).

En los Estados partes de la CADH, como así obviamente, en el nuestro país, una detención o un arresto debe provenir de una orden escrita de autoridad competente (257). Es decir, una detención tiene que ser fundada, motivada y ordenada por escrito por un juez o autoridad similar competente, salvo —como está legislado generalmente en los Estados— los casos especiales de flagrancia.

En consonancia, se manifestó la Corte IDH en el caso Bayarri (258) donde se determinó la responsabilidad internacional de nuestro país. Allí la Corte analizó la normativa vigente, al momento de los hechos, y concluyó que “ surge que toda detención, salvo aquella practicada por delito *in fraganti*, debía ser precedida de orden escrita de juez competente. Bajo este supuesto, la persona detenida debía ser puesta inmediatamente a disposición del juez competente, quien debía practicar las diligencias necesarias para decretar su prisión preventiva o su libertad” (259). En relación con las cuestiones fácticas de la detención del señor Bayarri verificó que no constaba en el expediente una orden de captura contra él librada por autoridad competente territorialmente con anterioridad a la detención, por lo que concluyó que se vulneró 7.1 y 7.2 de la Convención Americana.

Prohibición de ser privado de la libertad arbitrariamente (art. 7.3)

Como se señalara más arriba para que una persona sea detenida los motivos deben estar previstos por ley, pero ello no es suficiente, la prohibición no sólo alcanza a la privaciones ilegales de la libertad, sino también a las arbitrarias.

(256) Corte IDH, Caso *Neptune*, *ya cit.*, párr. 96.

(257) Artículo 18, Constitución Nacional.

(258) Corte IDH, Caso *Bayarri vs. Argentina*, del 30-10-08. Para orientar sobre la causa interna, podemos señalar, según los datos del mismo fallo de la Corte IDH, que la detención de Juan Carlos Bayarri tuvo lugar en el marco del sumario iniciado por la comisión de secuestros extorsivos reiterados en la causa N° 4227, caratulada *Macri, Mauricio. Privación Ilegal de la Libertad*, tramitada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 25 de la Capital de la República Argentina.

(259) Corte IDH, Caso *Bayarri vs. Argentina*, *ya cit.*

Como sostuvo la Corte IDH “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad (260).

Un ejemplo, quizás un poco burdo o absurdo, pero clarificador, podría ser que el Poder Legislativo de algún Estado, sancione una ley o modifique el Código Procesal Penal, cumpliendo con todos los procesos formales y materiales del proceso de sanción de una ley, pero que prescriba algo así como que: ... “todas las personas que a partir de la fecha de la sanción de la norma se tiñan el pelo de determinado color, o pertenezcan cierto cuadro de football serán privadas de su libertad por cierta cantidad de tiempo”. Ello podría ser una detención prevista en el ordenamiento interno, y por ello podría llegar a ser tildada de “legal”, pero sería un tipo de detención —además de grotesca— decididamente arbitraria e irrazonable, sin ningún fundamento, y vulneratoria de los principios de igualdad y no discriminación. (Artículos 24 igualdad ante la Ley, y 1.1 principio de no discriminación).

La Corte IDH recopiló —en el caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez (261), y después lo reiteró en el caso Neptune (262)—, los requisitos que ya venía señalando anteriormente (263) para que una detención no sea arbitraria, a saber:

i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. La Corte ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia;

ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido;

iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto del derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Es decir que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional;

(260) Corte IDH, Caso *Neptune*, ya cit., párr. 97; Caso *Gangaram Panday vs. Suriname*, del 21-01-94, párr. 47; Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, ya cit., párr. 90 y Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, del 25-11-05, párr. 105.

(261) Corte IDH, Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, ya cit., párr. 93.

(262) Corte IDH, Caso *Neptune*, ya cit., párr. 98.

(263) Corte IDH, Caso *Gangaram Panday*, ya cit., párr. 47; Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, ya cit.; Caso *García Asto y Ramírez Rojas*, ya cit., párr. 106 y Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* del 22-11-05, Conf. Corte IDH, Caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, del 2-09-04, párr. 228. Ver también Corte IDH, Caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, del 21-9-06, párr. 90.

iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención.

Derecho a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido sin demora (art. 7.4)

La Convención Americana consagra en el artículo 7.4 que “[t]oda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”. La Corte remarcó en el caso *Tibi contra Ecuador*, que este numeral del artículo 7 prevé un mecanismo para evitar conductas ilegales o arbitrarias desde el momento mismo de privación de libertad y, de esa forma, se garantiza la defensa del detenido (264).

Esta información es inexcusable tanto para la persona detenida como para quienes ejercen su representación o custodia legal. Deben ser informados de los motivos y razones de la detención, y de los derechos que tiene el detenido. El agente estatal que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple, libre de tecnicismos, los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa la detención. Incluso si la persona no conoce el idioma de procurársele un intérprete y si es extranjero se debe notificar al cónsul del país del origen del detenido y a éste que tiene esos derechos consulares que lo asisten (265). La única manera que la persona pueda ejercer su derecho a la defensa y ejercer sus garantías judiciales es saber claramente que se le imputa y porqué. Pues, sólo de esa manera puede cuestionar su ilegalidad haciendo uso de los mecanismos legales que todo Estado debe ofrecer, en los términos del artículo 7.6 de la Convención.

Derecho a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6)

Si bien en los próximos párrafos se analizará con detalle el inciso 5, puede afirmarse que la Corte ha realizado una clara y pedagógica diferenciación entre aquél y el inciso 6 del artículo 7. Respecto del derecho en el artículo 7.5 de la Convención, (que exige el control judicial de la detención, y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable) la Corte señala que

(264) Conf. Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, del 7-09-04, párr. 109; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, del 8-07-04, párr. 92.

(265) Para mayor análisis, ver Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 1-10-99.

el tratado impone al Estado “la obligación de respetarlo y garantizarlo *ex officio*”, mientras que “el artículo 7.6 protege el derecho de la persona privada de libertad a recurrir ante un juez, independientemente de la observancia de sus otros derechos y de la actividad judicial en su caso específico, lo cual implica que el detenido efectivamente ejerza este derecho, en el supuesto de que pueda hacerlo y que el Estado efectivamente provea este recurso y lo resuelva.” (266).

La Corte sostiene que el *hábeas corpus* representaría, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad de la persona como para controlar el respeto a la vida y proteger la integridad personal del individuo (267).

El fin de esa garantía es evitar la arbitrariedad y la ilegalidad de las detenciones practicadas por el Estado. Esta acción tiene que ver con la condición de garante que tiene un Estado, respecto de los derechos de los detenidos, en virtud de la cual el Estado “tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con lo que suceda al detenido” (268).

Por lo que el *hábeas corpus* —junto con el amparo— no puede suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, que tienen el carácter de indispensables para tutelar los derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión. Lo mismo sucede con los principios del debido proceso legal (269). Por supuesto que también esta acción se debe garantizar, aun cuando una persona se encuentre bajo condiciones excepcionales de incomunicación legalmente decretada.

Por otra parte, la acción de *hábeas corpus* —o como se denomine en cada Estado, en algunos se llama recurso de exhibición personal— tiene la necesidad de cumplir con todos los requisitos señalados en el artículo 25 de la CADH es decir, tiene que ser un recurso sencillo y rápido e idóneo para proteger la situación jurídica infringida, en este caso la verificación judicial de la legalidad de la privación de libertad.

(266) Corte IDH, Caso *Neptune*, *ya cit.*, párr. 114.

(267) Conf. *Ibidem*, párr. 115; Corte IDH, Caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, del 19-01-95, párr. 82; Caso *La Cantuta vs. Perú*, párr. 111 y Caso *de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, del 1-03-05, párr. 79. Ver también Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 8/87, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 30-1-87, párr. 35.

(268) Conf., Corte IDH, Caso *Tibi*, *ya cit.*, párr. 129; Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *ya cit.*, párr. 98 y Caso *Bulacio vs. Argentina*, del 18-09-03, párr. 138.

(269) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 9/87, *Garantías judiciales en Estados de Emergencia (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 27.2, 25 y 8)*, del 6-10-87, párr. 30.

Es por ello, que exige la presentación del detenido ante el juez o tribunal competente bajo cuya disposición queda la persona afectada. En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (270).

Derecho a no ser detenido por deudas (art. 7.7)

El derecho a no ser detenidos por deudas, consagrado en la CADH, también está consagrado en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prescribe: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.”

Como puede verse tiene una redacción más general ya que no hace excepciones como el inciso 7 de la CADH. Opina la Jueza Cecilia Medina Quiroga, que en principio, podría sostenerse —teniendo en cuenta que no distingue el origen de la deuda— cualquiera sea la fuente de la deuda, su incumplimiento no puede llevar la privación de libertad (271).

La Jueza Medina explica que durante la redacción de este inciso en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, se produjo un pequeño debate sobre el alcance del concepto “deudas”. Ello se generó en relación con la duda de si ello excluiría la posibilidad de la privación de libertad por no pagar las pensiones alimentarias para la cónyuge y los hijos. Hubo discusiones entre las delegaciones del Brasil y Colombia acerca del alcance. Finalmente, y si bien no se concluyó con “una interpretación común del concepto”, se adicionó una oración que dejaba fuera de la prohibición “los mandatos de autoridad judicial competente dictados por causas de incumplimiento de los deberes alimentarios” (272).

Hasta el momento no existiría jurisprudencia proveniente del sistema interamericano que desarrolle el punto.

Derecho al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5)

Como ya se había mencionado más arriba, este inciso se refiere a dos cuestiones fundamentales, por un lado el control judicial de la detención y

(270) Conf. Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, del 12-11-97 y OC 8/87, *ya cit.*, párr. 35.

(271) MEDINA QUIROGA, CECILIA, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005, pág. 254.

(272) *Ibidem*, pág. 255.

por el otro el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o, caso contrario, el deber de que la persona sea puesta en libertad.

Control Judicial

La primera parte del artículo 7.5 dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. La Corte ha determinado “que el control judicial sin demora es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia” (273).

El Tribunal Interamericano, recogió lo dicho por su par europeo que equiparó el término “sin dilación” con el término “inmediatamente” y estableció que la flexibilidad en la interpretación de este término debe ser limitada (274)

Es muy importante destacar que el hecho de que la persona detenida sea llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, no sólo es esencial para la protección del derecho a la libertad personal, sino también para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal (275).

Pues, toda persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad (276).

En el Caso Bayarri, según los hechos probados de la Corte, el mismo fue detenido el 18 de noviembre de 1991 por la Policía Federal Argentina. El 19 de noviembre de 1991, el Jefe de la División de Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina puso al señor Bayarri a disposición del Juzgado

(273) Corte IDH, Caso *Bayarri vs. Argentina*, ya cit., párr. 63; Caso *Neptune*, ya cit., párr 107; ver Caso *Bulacio vs. Argentina*, ya cit., párr. 129 y Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, ya cit., párr. 81.

(274) Corte IDH, Caso *Neptune*, ya cit., párr. 107, donde se cita a *la Corte Europea de Derechos Humanos* (CEDH), *Affaire Brogan c. Royaume-Unie*, Arrêt du 29-11-1988, Serie A N° 145 § 59.

(275) Corte IDH, Caso *Tibi*, ya cit., párr. 118. En el caso en cuestión el señor Daniel Tibi, de nacionalidad francesa, y detenido en Ecuador, fue detenido ilegalmente (un tercero que confesó bajo tortura mencionó su nombre en una “declaración”), no tuvo acceso a inmediato a la presencia de un juez, y fue sometido a sesiones de tortura en la penitenciaría, en una situación de total indefensión y vulnerabilidad

(276) Caso *Tibi*, ya cit.; Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, ya cit., párr. 108; Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, del 27-11-03, párr. 87 y Caso *Juan Humberto Sánchez*, del 7-6-03, párr. 96.

de Instrucción N° 25, y el Secretario de dicho Juzgado ordenó mantener su detención. Recién el 24 de noviembre de 1991 Juan Carlos Bayarri fue trasladado al Palacio de Justicia de la Capital Federal para rendir declaración indagatoria ante el Juzgado de Instrucción N° 25. La Corte sostuvo que dicha actuación, además de no ajustarse a lo establecido en la legislación argentina, —por lo tanto se vulnera así el artículo 7.2— fue realizada casi una semana después del acto de detención y por lo mismo no satisfizo la exigencia de presentación del detenido “sin demora” ante la autoridad judicial del artículo 7.5 de la Convención Americana (277).

La Corte señala que dentro de la función de garante del juez, y que aquí el mismo no dispuso un examen médico para determinar las causas del estado de salud de la presunta víctima, no obstante que presentaba signos de traumatismo severo. Asimismo, ordenó el traslado de Bayarri a un centro penitenciario sin haber decretado su prisión preventiva, sino tres meses después (278). Es evidente que, como sostiene la Corte, en este proceso el juez no cumplió con su rol de contralor.

Razonabilidad de la prisión preventiva

En los casos Bayarri y Neptune, la Corte IDH retomó lo dicho en caso Suárez Rosero, —el primer caso donde se realiza un análisis profundo de la prisión preventiva— en el sentido de que “la detención preventiva es la medida más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, por lo cual su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, pues es una medida cautelar, no punitiva” (279).

En consonancia con lo dicho por la Comisión Interamericana en los informes expuestos más adelante, la Corte Interamericana señaló que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia del mantenimiento de las medidas cautelares que dictan conforme a su propio ordenamiento. No obstante ello, corresponde a la Corte valorar si la actuación de tales autoridades se adecuó a los preceptos de la Convención Americana. Para ello, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, las decisiones que adopten los órganos internos que

(277) Corte IDH, Caso *Bayarri*, *ya cit.*, párr. 66.

(278) *Ibidem*, párr. 67.

(279) *Ibidem*, párr. 69; Caso *Neptune*, *ya cit.*, párr. 107; Caso *López Alvarez vs. Honduras*, del 1-02-06, párr. 69 y Caso *Suárez Rosero*, *ya cit.*, párr. 77.

puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias (280).

Además de ello, la Corte requiere que los jueces revisen sus propias resoluciones acerca de las medidas de coerción, en concreto señaló que los magistrados “no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad”, el estándar impuesto por la Corte exige valorar periódicamente si las causas y fines, que justificaron la privación de libertad, se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional (281).

Diferencias entre el plazo razonable mencionado en el 7.5 y el plazo razonable del 8.2

Los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana persiguen justamente el propósito de que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes (282).

Respecto de este tema es importante precisar que el concepto de “plazo razonable del proceso” (artículo 8.1) no es igual al de “plazo legal de la detención judicial” (artículo 7.5).

El concepto de plazo razonable contemplado en el artículo 7 y el artículo 8 difieren en que en el primer caso posibilita que un individuo sea liberado sin perjuicio de que continúe su proceso. El tiempo establecido para la detención es necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio (283). En el Informe Giménez, la Comisión sostuvo que “un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1. La especificidad del artículo 7.5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene el derecho a que su caso sea resuelto con prioridad y conducido con diligencia. La posibilidad que el Estado tiene de aplicar medidas coercitivas, como la prisión preventiva, es una de las razones decisivas que justifica el trato prioritario que debe darse a los procedimientos que privan de libertad a los acusados.

(280) Corte IDH, Caso *Neptune*, *ya cit.*, párr. 108; Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, *ya cit.*, párr. 107; Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, del 19-09-06, párr. 120 y Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23-06-05, párr. 152. Asimismo, la Corte Europea ha señalado que los jueces deben indicar con suficiente claridad las razones a partir de las cuales toman sus decisiones. Conf. Corte EDH, Caso *Hadjianastassiou c. Grèce*, 16-12-92, párrs. 22-23.

(281) Corte IDH, Caso *Neptune*, *ya cit.*, párr. 108, y Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez*, *ya cit.*, párr. 117.

(282) Corte IDH, Informe N° 12/96, (*Caso Giménez*) *Argentina*. Caso 11.245, del 1-03-1996, párr. 109.

(283) *Ibidem*, párr. 110.

La Corte y la CIDH, tomando jurisprudencia europea, han coincidido en que el tiempo razonable para la duración del proceso, según el artículo 8, debe medirse en relación con una serie de factores tales como: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (284).

A diferencia del derecho establecido en el artículo 7.5, las consideraciones envueltas en la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento (8.1) son más flexibles, por la razón obvia de que en el caso del artículo 7.5 el encarcelamiento del procesado afecta su derecho a la libertad personal.

Además, la razonabilidad del plazo al que se refiere el 8.1 se debe apreciar en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva. La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo (285). Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso (286).

Por su parte, la Presidente de la Corte IDH sostuvo que la finalidad del plazo del artículo 8.1 tiene como finalidad impedir que los imputados permanezcan largo tiempo bajo acusación, y que el 7.5 tiene como objetivo proteger la libertad personal del acusado.

Alcances de la prisión preventiva según la Corte IDH

Como ya fuera apuntado acerca de la prisión preventiva, ésta es una medida cautelar, no punitiva (287). Sin embargo, la prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un *castigo* cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida (288).

Por ello, en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que

(284) *Ibidem*, párr. 111; Corte IDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, del 29-01-97, párr. 77. En igual sentido, Caso *Suárez Rosero*, *ya cit.*, párr.72.

(285) Conf. Corte IDH, Caso *Suárez Rosero*, párr. 70 y en igual sentido, Corte EDH, Caso *Hennig vs. Austria*, N° 41444/98, párr. 32, ECHR 2003-I y Caso *Reinhardt and Slimane-Kaid vs. France*, 23043/93, párr. 93, ECHR 1998-II.

(286) Corte IDH, Caso *Tibi*, *ya cit.*, párr. 168.

(287) Conf. Corte IDH, Caso *Tibi*, *ya cit.*, párr. 180 y Caso *Suárez Rosero*, *ya cit.*, párr. 77.

(288) Corte IDH, Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*, del 24-6-05, párr. 75.

se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia (289).

No debe constituir la regla general, ya que se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos (290).

Por otra parte, y en el caso de privación de libertad de niños, la Corte es muy estricta afirmando que la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad. En este sentido, la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, por ejemplo, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (291). La aplicación de estas medidas alternativas tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción. Este precepto está regulado en diversos instrumentos y reglas internacionales, como Regla 13.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), que como ya se verá más adelante fueron utilizadas en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el conocido caso "*Verbitsky*"; la Regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, los artículos 37 y 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La referencia del Caso Bayarri contra Argentina

Como ya se indicara, a fines del año 2008 la Corte IDH tuvo la posibilidad de manifestarse concretamente sobre la situación argentina.

En este caso las autoridades judiciales argentinas impusieron a Juan Carlos Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, en diciembre de 1991, la cual fue confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992. Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 cuando fue ordenada su libertad al ser absuelto de culpa y de cargo. En total, el señor Bayarri permaneció aproximadamente 13 años en prisión preventiva.

(289) Corte IDH; Caso *Tibi*, *ya cit.*, párr. 114; Caso *de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *ya cit.*, párr. 96 y Caso *Maritza Urrutia*, *ya cit.*, párr. 66.

(290) Conf. Corte IDH, Caso *Acosta Calderón*, *ya cit.*, párr. 111; Caso *Tibi*, *ya cit.*, párr. 180 y Caso *Suárez Rosero*, *ya cit.*, párr. 77.

(291) Conf. Artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Caso *Instituto de Reeducación del menor contra Paraguay*, párr. 230.

Del expediente que tramitó en la Corte IDH surge que el peticionario formuló en tres oportunidades un pedido de excarcelación, con fundamento en la Ley N° 24.390, la cual —la misma Corte resalta— “se autocalifica” como reglamentaria del artículo 7.5 de la Convención Americana. En este caso las autoridades nacionales denegaron en todas las oportunidades el pedido de excarcelación argumentando que la Ley N° 24.390 “no ha derogado las normas rituales que rigen el instituto de la excarcelación” y que estas normas no garantizan un “sistema de libertad automática”. Las autoridades nacionales valoraron las “características del delito que se imputó a Bayarri, sus condiciones personales como Suboficial de la Policía Federal Argentina y las penas solicitadas para presumir fundadamente que de otorgarse su libertad [...] eludiría la acción de la justicia” (292).

Aquí también la Corte alertó que la prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar, y que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no de su permanencia conforme a su normativa interna, y que “al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad” (293), la cual, para que sea compatible la Convención Americana debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiría la acción de la justicia.

La Corte afirmó que “[l]as características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. No obstante lo anterior, aun cuando median razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable.” (el destacado es agregado).

En este caso el Tribunal interamericano entendió “que la Ley N° 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado”, con lo cual la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo.

Fue por ello que la Corte condenó a la Argentina no sólo porque consideró que la duración de la prisión preventiva impuesta al señor Bayarri sobrepasó el límite máximo legal establecido, “sino fue a todas luces excesiva”. Lógicamente, el Tribunal no encontró razonable que Bayarri “haya permanecido 13 años privado de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolvió de los car-

(292) Corte IDH, Caso *Bayarri*, ya cit., párr. 73.

(293) *Ibidem* párr. 74; Conf. Corte, IDH, Caso *Chaparro*, ya cit., párr. 107 y Caso *Neptune*, ya cit., párr. 108.

gos imputados". (294) Agregó que: "el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón (295). En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe." (296).

Breve comentario acerca de la influencia de las decisiones provenientes por organismos interamericanos y su influencia en tribunales internos (297)

No es éste el espacio para realizar un gran desarrollo sobre la cuestión, pero consideré importante realizar una breve referencia antes de comentar algunos informes de la CIDH.

Nuestro país está doblemente impuesto a responder a las obligaciones internacionales provenientes de los instrumentos de protección de derechos humanos. En primer lugar, teniendo en cuenta que el mismo Estado se ha comprometido a ello voluntariamente suscribiendo un instrumento internacional con lo cual una vez ratificado es totalmente obligatorio. No obstante ello, nuestro país se encuentra aún más comprometido teniendo en cuenta que hace más de 14 años se incorporaron dentro de texto constitucional una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (298). Por lo tanto, no hay ninguna duda, dichas normas son indiscutiblemente obligatorias.

Con el paso de los años y el cambio de su composición, la C.S.J.N ha tenido diferentes opiniones respecto de este tema (299), en particular, resulta relevante rescatar lo dicho por la CSJN en el caso Simón (300), donde "corrige algunas imprecisiones" que arrastraba en su jurisprudencia anterior, sobre el

(294) Corte IDH, Caso *Bayarri*, ya cit., párr. 75.

(295) Conf. ONU, *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquiera Forma de Detención o Prisión*, supra nota 47, principio 39.

(296) Corte IDH, Caso *Bayarri*, ya cit., párr. 76; Caso *Chaparro*, ya cit., párr. 107 y, Caso *Neptune*, ya cit., párr. 108.

(297) Para un análisis más profundo sobre el tema, véase lo desarrollado en oportunidad de comentar el artículo 1º de la CADH.

(298) Artículo 75, inciso 22, Constitución Argentina.

(299) Ver casos CSJN: *Giroldi*, 1995, Fallos 318:554., *Acosta*, 1998, Fallos 321:3555, *Arce*, 1997, Fallos, 320:2145, y *Chocobar*, 1996, Fallos 319:3241.

(300) CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros*, 2005, Fallos, 328: 2056.

valor que debe asignársele a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (301).

El considerando 17 de la fallo de la CSJN **afirma** que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (el subrayado es agregado).

Es decir, no sólo los tribunales deben atenerse a la jurisprudencia de la Corte sino también a los informes de la CIDH. Pero como se constatará más adelante ello no fue siempre así.

Informes de Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la razonabilidad del plazo previsto en el artículo 7.5.

La propia CIDH se exployó en diferentes informes sobre este tema, lo que significó una evolución cuya recepción en nuestro ámbito interno no puede pasar inadvertida.

En el caso Caso “Firmenich” (302), la CIDH sostuvo respecto del plazo razonable del 7.5: “que no es posible establecer un criterio *in abstracto* de este plazo”, y tomó en cuenta el punto de vista del Estado argentino, en ese momento, e indicó que “no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias”. Agregó, que la excarcelación de los detenidos en las condiciones como las que se encontraba Mario Eduardo Firmenich no puede ser concedida sobre el plano de una simple consideración cronológica de años, meses y días. La CIDH citó a la Corte Europea, señalando que el concepto de “plazo razonable” queda sujeto a la apreciación de “la gravedad de la infracción”, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable (303).

En este caso la CIDH concluyó que el “plazo razonable” se debía contar a partir de la fecha que correspondía la entrega del extraditado (Firmenich) a las autoridades nacionales argentinas, advirtiendo que no es atendible el punto de vista del reclamante en el sentido de que la responsabilidad procesal del inculpado no puede tenerse en cuenta durante el curso del procedimiento de extradición pues éste se lleva a cabo sin la intervención del afectado. Se dijo que el peticionante realizó “el uso de todos los recursos e instancias permitidos por la legislación del Estado requerido”, recursos e instancias que

(301) PÍZZOLO, CALÓGERO, *Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso Simón*, LL, 2005-D, 510.

(302) CIDH, *Resolución N°17/89, Informe Firmenich, Argentina, Caso 10.037*, del 13-04-89.

(303) *Ibidem*.

fueron efectivamente usados por el señor Firmenich para impedir o dilatar la extradición.

En el Caso “Giménez”, informe del 1 de marzo de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se avanzó muchísimo más sobre el análisis del tema.

Veamos, la CIDH señaló que ninguna persona puede ser objeto de sanción sin juicio previo que incluya la presentación de cargos, la oportunidad de defenderse y la sentencia. Todas estas etapas deben cumplirse dentro de un plazo razonable. Este límite de tiempo tiene como objetivo proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado (304).

Agrega que es el Estado quien debe probar la culpa dentro de un plazo razonable para asegurar e institucionalizar la confianza en la imparcialidad procesal del sistema. El principio de la legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. De conformidad con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, caso contrario el Estado parte se encontraría en flagrante violación además del artículo 8.2 de la Convención establece el derecho a que se presuma la inocencia de toda persona acusada (305).

Al mismo tiempo, aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia cuando la detención previa al juicio es de duración no razonable. La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados (306).

La Comisión reiteró un poco lo dicho en Firmenich, en el sentido de que no se puede establecer en forma abstracta el “plazo razonable” de prisión sin condena. No se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea “razonable” per se, solamente basándose en lo que prescribe la ley. Concretamente haciendo referencia al plazo que en su momento establecía nuestro Código Procesal Penal.

(304) CIDH, *Informe N° 12/96 Giménez, Argentina, Caso 11.245*, del 01-03-96, párr. 76.

(305) *Ibidem*, párr. 77.

(306) *Ibidem*, párr. 80.

La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada —inicialmente— ilegítima, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal (307).

No obstante ello, afirmó que cualquier detención preventiva que se prolongue más allá del plazo estipulado debe ser considerada ilegítima *prima facie*. Esto guarda relación con el razonamiento de que la interpretación de una norma que autoriza la excarcelación de un prisionero no puede conducir a una detención sin sentencia más prolongada que el plazo considerado razonable en el Código de Procedimientos para todo el proceso judicial.

Por último, en el Informe 2/97 (308) de la CIDH. Allí, se acumularon 23 casos (309) que tenían como denominador común la excesiva duración de la prisión preventiva para las personas sometidas a proceso criminal sin sentencia, y se tomó una decisión unificada sobre todos los casos.

La CIDH comenzó manifestando que, la situación jurídica de una persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad.

El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7.5. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del artículo 8.2 de la Convención Americana (310).

Cuando la CIDH se avocó a estos casos ya se encontraba en vigencia la ley 24.390 (311), aunque, casi la totalidad de los casos que tramitaban fueron iniciados antes de la promulgación de la ley.

El artículo 1º de esta Ley de Plazos de la Prisión Preventiva limitaba expresamente la prórroga del plazo de dos años, al establecer que la misma

(307) *Ibidem*, párr. 67.

(308) CIDH, *Informe 2/97 Argentina*, del 11-03-97.

(309) Casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499 y 11.504 de trámite ante la CIDH.

(310) CIDH, *Informe 2/97, ya cit.*, párr 12.

(311) Ver texto de la Ley 24.390. *Plazos de prisión preventiva*. Sancionada: 2-11-94, y su modificatoria Ley 25.430. Modificase la Ley Nº 24.390. Plazos de la prisión preventiva. Prórroga de la misma por resolución fundada. Facultades del Ministerio Público. Alcances. Sancionada: 09-05-01.

debe efectuarse por resolución fundada “...que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor”. Por otra parte, la misma ley otorga al Ministerio Público la facultad de oponerse a la libertad del imputado en caso de que la defensa hubiera realizado “articulaciones manifiestamente dilatorias”; esta cuestión debe ser resuelta por el tribunal dentro de cinco días (artículo 3º) (312).

La Comisión consideró que el plazo razonable para la prisión preventiva no podía ser establecido en abstracto, y por lo tanto el período de dos años establecido por el artículo 379.6 del Código de Procedimientos y en la Ley 24.390 no correspondía en forma literal a la garantía del artículo 7.5 de la Convención Americana. La duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley (313). La CIDH subrayó que la determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende en la causa. En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preventiva de un acusado no exceda un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado. La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva (314).

La Comisión desarrolló aquí dos aspectos para determinar si la prisión preventiva en un caso específico constituye una violación a la CADH. Primero, según la CIDH, las autoridades judiciales nacionales deben justificar la medida mencionada de acuerdo a *alguno* de los criterios establecidos por la Comisión, que fueron analizados en el informe —y enseguida se desarrollarán—. Segundo, cuando la Comisión decide que tal justificación existe, debe proceder a examinar si dichas autoridades han empleado la debida diligencia en las respectivas actuaciones, a fin de que la duración de la medida no resulte irrazonable (315).

Los criterios establecidos por la CIDH en el informe de las causas acumuladas, son los que se detallan a continuación.

a) Presunción de que el acusado ha cometido un delito (316)

Debe existir una razonable sospecha de la culpabilidad de una persona para que el juez ordene su prisión preventiva, ello es una condición “sine qua non” para continuar la medida restrictiva de la libertad.

(312) CIDH, *Informe 2/97, ya cit.*, párr. 17.

(313) *Ibidem*, párrs. 18 a 37.

(314) *Ibidem*, párr. 19.

(315) *Ibidem*, párr. 24.

(316) *Ibidem*, párr. 26.

b) Peligro de fuga

La seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son dos factores que deben tenerse en cuenta para evaluar la posibilidad de que el procesado intente fugarse para eludir la acción de la justicia. Sin embargo, tampoco resultan suficientes, luego de transcurrido cierto plazo para justificar la continuación de la prisión preventiva. Si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada.

c) Riesgo de comisión de nuevos delitos

Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado.

d) Necesidad de investigar y posibilidad de colusión

La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. Pero una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad.

e) Riesgo de presión sobre los testigos

El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

d) Preservación del orden público

La Comisión reconoce que, en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado.

Conducción diligente del procedimiento por parte de la autoridades judiciales.

Aquí la CIDH indica que en cada caso concreto hay que analizar si tales autoridades han empleado la debida diligencia en la sustanciación del procedimiento, a fin de que la duración de tal medida no sea irrazonable. En este informe tomo en cuenta lo expresado por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Wemhoff* (317), en el sentido que no podía concluir que se había verificado una violación del derecho a la libertad personal salvo que la duración de la detención provisional se hubiera debido a (a) la lentitud de la investigación...(b) el espacio de tiempo que transcurrió entre la clausura de la investigación y la acusación...o desde dicho momento hasta la apertura del juicio...o finalmente (c) a la duración del juicio. No puede dudarse que, aun cuando una persona acusada ha permanecido detenida razonablemente durante estos diversos períodos por motivos de interés público, puede registrarse una violación de ese derecho, por cualquier causa, el procedimiento continúa por un período considerable de tiempo.

Teniendo en cuenta lo establecido por los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana, el acusado que se encuentra privado de su libertad tiene el derecho a que su caso reciba la debida prioridad y sea tramitado en forma expeditiva por las autoridades judiciales. Esto no debe constituir obstáculo alguno para que dichas autoridades, la acusación y la defensa cumplan con sus tareas de manera adecuada.

Por lo tanto, a fin de determinar si se ha empleado la debida diligencia por parte de las autoridades que llevan adelante la investigación, deben ser tenidas en cuenta la complejidad e implicancias del caso, sumadas a la conducta del acusado. También debe notarse que un acusado que se rehúsa a cooperar con la investigación, o que utiliza los remedios procesales previstos en la ley, puede estar simplemente ejerciendo sus derechos.

Derecho a la presunción de inocencia (318)

Como ya lo venía señalando en informes anteriores, la CIDH afirmó que otra característica común a varios de los casos de prisión preventiva prolongada en la Argentina consiste en la violación del derecho de presunción de inocencia garantizado por el artículo 8.2 de la Convención Americana, reiterando que la duración excesiva de dicha medida origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia. Asimismo, alertó sobre algo tan real como altamente preocupante que puede suceder dentro de un proceso con la prisión preventiva excesivamente prolongada:

(317) Corte EDH, *Sentencia Wemhoff*, del 27-06-68, párr. 1, pág. 14.

(318) *Ibidem*, párrs. 47-51.

Por otra parte, existe en este tipo de casos una especie de presión sobre el magistrado que evalúa las pruebas y aplica la ley, en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad. Es decir, que aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes. (el destacado es agregado) (319).

La CIDH analizó puntualmente el principio de presunción de inocencia en el contexto de la Ley 24.390, mencionada al principio del presente informe. El artículo 10 de la misma dispone lo siguiente:

Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7º. de la ley 23.737 (320) y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley.

La CIDH explicó, y entendió, que la severa restricción introducida por la ley se refiere a los delitos de narcotráfico, y se fundó en el carácter reprochable y las consecuencias negativas de este tipo de delitos. No obstante, ello sostuvo que esta situación podría ser utilizada para menoscabar la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico son automáticamente excluidas de los beneficios de limitación de la prisión preventiva. El organismo internacional afirmó que incluso podría considerarse que se les impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley (321) (el destacado es agregado).

Por último, a la hora de concluir y realizar las recomendaciones pertinentes, la CIDH reconoció que el Gobierno argentino dio “una muestra inequívoca de buena voluntad al reglamentar el artículo 7.5 de la Convención Americana” y reconoció como resultado de la aplicación de la Ley 24.390, que las personas que han presentado denuncias contra el Estado argentino, fueron posteriormente excarceladas.

No obstante, ello señaló que la reforma legislativa no ha bastado para hacer plenamente efectivos los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana, para dar cumplimiento a la misma se requiere que en todos los casos, sin excepción alguna, las autoridades judiciales nacionales cumplan en justificar plenamente la orden de prisión preventiva, y en adop-

(319) *Ibidem*, párrs. 47, 48 y 49.

(320) La ley 23.737 se refiere al *Régimen Penal de Estupefacientes*. El artículo 7 se refiere a las personas que organicen o financien las actividades ilícitas vinculadas a la producción, comercio, entrega (entre otros) de estupefacientes.

(321) CIDH, *Informe 2/97*, ya cit, párr. 51.

tar la mayor diligencia para decidir sobre el fondo de la cuestión mientras dure dicha medida (322).

En ese informe la Comisión concluyó que el Estado argentino había violado el artículo 7.5 de la Convención Americana respecto del derecho a la libertad personal de los procesados que han sido retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, por no haber empleado la debida diligencia en los procedimientos respectivos. También señaló la violación respecto del artículo 8.1, que garantiza el derecho de dichas personas a ser oídas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, así como el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 8.2 (323).

Finalmente, reiteró su reconocimiento al Estado por el significativo avance logrado con la aprobación de la ley que establece límites a la duración de la prisión preventiva, no obstante ello recomendó la modificación de las disposiciones legislativas o de otro carácter, a fin de hacerlas consistentes en un todo con las normas de la Convención Americana que garantizan el derecho a la libertad personal.” Si bien no lo dice expresamente, se refiere a las excepciones de aplicación del artículo 1 de la ley 24.390 a los delitos agravados en materia de régimen penal de estupefacientes (324).

Y lo más interesante, y pragmático, recomendó “al Estado que en todos los casos de detención preventiva prolongada que no reúnen los requisitos establecidos en la Convención Americana y en la legislación interna argentina, se tomen las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esté pendiente la sentencia” (325).

Repercusiones en el ámbito judicial interno

Teniendo en cuenta entonces el informe 2/97 algunos de los peticionarios llevaron el caso a la Corte Suprema de la Nación. El primer caso fue el caso “Estévez” (326) y como señala Filippini la Corte Suprema de Justicia (CSJN) atemperó la situación del peticionario aunque no consideró el informe de la Comisión” (327). Allí, el voto mayoritario de la Corte sin hacer referencia al informe 2/97 sostuvo que la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que llevó el caso (no obstante admitir que la detención del procesado sin haber sido juzgado —más de cinco años— excedía las pautas del art. 1º

(322) *Ibidem.* párr. 58.

(323) *Ibidem.* párrs. 59 y 60

(324) *Ibidem.* párr. 61 punto 1.

(325) *Ibidem.* párr. 61, punto 2.

(326) CSJN, *Estévez, José Luis*, 1997, Fallos, 320:2105.

(327) FILIPPINI, LEONARDO G., “Los informes finales de la Comisión Interamericana en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina” en VÍCTOR ABRAMOVICH, ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS (comp.) *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

de la ley 24.390), “denegó el beneficio sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas”.

Agregó, en otras palabras, que no constituye un fundamento válido de una decisión judicial denegatoria del beneficio del cese de prisión, el solo hecho de hacer referencia a la pena establecida por el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que precise cuáles son las circunstancias concretas que permitieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará burlar la acción de la justicia. Fue por ello, que la Corte reenvió el caso para una nueva resolución acorde a su doctrina.

Aquí, se puede interpretar que la CSJN, sin referenciarlo, habría tenido en cuenta uno de los requisitos indicados por la CIDH en el informe en cuestión: la necesidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga, porque sino la prisión preventiva se vuelve injustificada.

Como afirma el autor ya mencionado (328), llama la atención que la única mención a la doctrina proveniente de la CIDH mencionada sea en el voto del Juez Bossert y no en toda la sentencia aun cuando el peticionario solicitó la aplicación del informe previo al 2/97, es decir, el 12/96 (informe Giménez).

En el caso Corbo (329) el peticionario solicitó la intervención directa de la CSJN con el fin de que avoque al conocimiento de la causa que se seguía en su contra, a fin de subsanar la dilación indebida que en ella se había consumado y de que se hagan efectivas las recomendaciones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos realizadas en el informe 2/97 (330).

Allí, la mayoría de la CSJN, directamente, desestimó de plano el recurso fundamentando que no habilitaba la competencia originaria de ese máximo tribunal.

Aquí lo interesante es justamente la disidencia de Petracchi y Boggiano. Los jueces consideraron que a pesar de estar fuera del ámbito de competencia de la Corte, y teniendo en cuenta la entidad de los derechos denunciados, se imponía un examen más amplio, que prescinda de obstáculos formales, a fin de hacer efectiva la protección garantizada por la Constitución Nacional. (331). Agregaron que “la permanencia en prisión preventiva durante casi doce años supera cualquier criterio de proporcionalidad, por flexible que éste sea. Más allá de que hayan existido razones para la prolongación del tiempo de duración del proceso como consecuencia de la implementación de una nueva instancia recursiva en el ordenamiento procesal de la Provincia de Buenos Aires, ello no puede tener como correlato una automática justifi-

(328) *Ibidem*.

(329) CSJN, *Corbo Fabián*, 2001, Fallos, 324:3788.

(330) *Ibidem*, Considerando primero del voto en disidencia de Petracchi y Boggiano en la sentencia mencionada.

(331) *Ibidem*, Considerando tercero, voto ya mencionado.

cación de la detención de los procesados sin condena firme por períodos de tiempo por sí mismos excesivos cualquiera haya sido la actividad procesal desarrollada por las partes” (332).

En este voto, los magistrados citan directamente el informe 2/97 señalando que, al igual que en el caso de José Luis Estévez, la situación de Corbo “motivó la censura de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe 2/97) como consecuencia de la duración excesiva del encarcelamiento preventivo”.

Teniendo en cuenta ello, los ministros señalaron que se imponía “dar cumplimiento inmediato a la recomendación de la Comisión Interamericana respecto de Carlos Fabián Corbo”, en tanto el informe establecía que “en todos los casos de detención preventiva prolongada que no reúnen los requisitos establecidos en la Convención y en la legislación interna argentina, se tomen las medidas necesarias para que los afectados sean puestos en libertad mientras esté pendiente la sentencia”, y por ello debería remitirse las actuaciones al Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos, a fin de que dé urgente cumplimiento a la recomendación de la CIDH.

En el caso “Alonso” (333) el peticionario —quien había sido condenado a 20 años de prisión por narcotráfico— solicitó la aplicación en todas las instancias del informe 2/97, con resultados negativos, del beneficio consagrado en el artículo 7 de la 24.390, es decir, el cómputo de “el dos por uno” (334), actualmente derogado por la Ley 25.430. En la Corte cuestionó la excepción del artículo 10 que excluye del —actualmente derogado— cómputo doble a las personas imputadas de los delitos provenientes de la ley de régimen de estupefacientes ya mencionada, señalando que el informe de la CIDH mencionado “aconsejaba legislar sin dichas excepciones.” (335).

Como bien llama la atención Filippini, el citado párrafo 52 del informe de la CIDH nombra expresamente a Alonso como uno de los 6 peticionarios afectados por la excepción del artículo 10 de la ley de régimen de estupefacientes (336).

Por otra parte, y como sostiene Mónica Pinto (337) en este caso entran nuevamente en juego el valor vinculante de las recomendaciones, donde en

(332) *Ibidem*, Considerando cuarto.

(333) CSJN, *Alonso, Jorge F.*, 2002, Fallos, 325: 2322.

(334) Dicho artículo 7, señalaba: “*Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión*”.

(335) Considerando 3º fallo citado.

(336) FILIPPINI, LEONARDO, *op. cit.*

(337) PINTO, MÓNICA, “Valor y eficacia de las decisiones de los órganos internacionales de protección” en VÍCTOR ABRAMOVICH, ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS (comp.), *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década, op. cit.*

el dictamen del Procurador General de ese momento, las considera con el rango de “sugerencias”. El mismo señaló, entre otros argumentos, que: ...”advierdo que del contenido del informe de la Comisión Interamericana no emana, directa o indirectamente, una sugerencia a favor de aplicar el beneficio previsto en la ley 24.390 a Jorge F. Alonso...” (el destacado es agregado).

El leading case en la materia. El Caso Verbitsky(338)

Por último, se realizará un breve comentario de un fallo novedoso, y reciente de la CSJN, con su nueva composición. Aquí se hace mención al derecho a libertad personal y específicamente a la excepcionalidad de la prisión preventiva.

El proceso se inició el 11 de noviembre de 2001, mediante la interposición por parte del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), representado por Horacio Verbitsky, de una acción de hábeas corpus colectivo presentada el 15/11/2001, a favor de la totalidad de los detenidos que se encontraban alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o en comisarías de la Provincia de Buenos Aires

Después de idas y venidas por diferentes tribunales provinciales (339), el 3 de mayo de 2005, finalmente la CSJN emitió un pronunciamiento al respecto. En el mismo se realizó un importante análisis sobre diferentes cuestiones, como la integridad personal, se acogió la acción de hábeas corpus correctivo colectivo, se declaró que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención, e incluso, manifestó “que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley...” (340).

Respecto de la libertad personal, en esta sentencia la Corte tomó trascendentes decisiones. En particular cuando se refirió a la situación de los “Adolescentes y enfermos en dependencias policiales”, señaló que ello sería una flagrante violación a los principios generales de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), y muy probablemente serían innegables casos de trato cruel, inhumanos o degradantes. La Corte, “en virtud del alto riesgo de responsabilidad internacional que de ello se deriva para el Estado Federal”, dispuso “ sin dilación, que en un plazo perentorio, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones.” (341).

(338) CSJN, *Verbitsky*, 2005, Fallos, 328: 1146.

(339) Por razones de brevedad no se desarrollará todo el trámite.

(340) CSJN, *Verbitsky, ya cit.*, considerando 55.

(341) *Ibidem*, considerando 42.

Respecto de los presos sin condena, la CSJN hizo suyo lo dicho por la Corte Interamericana, en el Caso de Instituto de Reeducción del Menor contra Paraguay (también conocido como Caso Panchito López), y recordó “que la prisión preventiva ‘es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática’ (parágrafo 190). Por tales razones consideró que la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el art. 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos (parágrafo 228)” (342).

Asimismo, tomó lo dicho por la Corte IDH en el sentido de que consideró que era preciso conocer las particularidades de la aplicación de la prisión preventiva a cada interno para poder analizar si se ha cumplido con cada uno de los extremos señalados por el mismo, descartando de tal manera declaraciones genéricas o abstractas, y precisando que no podía pronunciarse respecto de presuntas víctimas específicas por carecer de elementos.

Otra cuestión destacable en este caso, es el análisis que realiza en relación con la facultad reservada que tiene cada provincia de legislar procesalmente, pero advirtió que ello no debe afectar el principio de igualdad ante la ley que tienen los ciudadanos en razón de esa facultad reservada. Este análisis surge por la legislación específica que tenía la provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria y penitenciaria, que afectaría a su vez la superpoblación carcelaria.

Entonces, sostuvo que “[c]ualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía.” (destacado agregado) (343).

Destacó que “se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva —que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal— las provincias se hallan sometidas a un piso

(342) *Ibidem*, considerando 47.

(343) *Ibidem*, considerando 57.

mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respete un piso mínimo común para todo el territorio. Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal." (el destacado es agregado) (344).

Asimismo, manifestó su opinión acerca de la legislación vigente en materia excarcelatoria, diciendo que "parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional y que sigue la legislación nacional." La CSJN reconoció que no corresponde un pronunciamiento sobre este tema en la causa, es decir no se pronunció expresamente sobre la constitucionalidad de las normas provinciales que reglamentan la prisión preventiva, no obstante ello, "tampoco [] puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y, por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación (345).

Por otra parte, el tribunal se manifestó sobre el uso excesivo de la prisión preventiva, señalando que ya no existen controversias respecto de que el 75% de detenidos en la Provincia de Buenos Aires aún no tenían condena firme (346).

Para concluir, lo más innovador de esta sentencia es justamente su resolutorio, en el cual dispone importantes obligaciones de hacer a las autoridades provinciales.

En su resolutorio 3º dispuso que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires —a través de los jueces competentes—, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos (347).

(344) *Ibidem*, considerando 57.

(345) *Ibidem*, considerando 58.

(346) Explicando el motivo de ello, la CSJN reconoció que "*este fenómeno creció a partir de las reformas legislativas antes señaladas y cuya eventual inconstitucionalidad corresponderá analizar en caso de ser planteada y de verificarse que viola los estándares internacionales mínimos válidos para toda la Nación*" Enfatizó que, ese porcentaje, de presos sin condena, —en caso de no hallarse colapsado casi totalmente el sistema judicial— está indicando el uso de la prisión preventiva como pena corta privativa de la libertad, contra toda la opinión técnica mundial desde el siglo XIX a la fecha.

(347) CSJN, *Verbitsky, ya cit.*, resolutorio 3º.

En el 4º ordenó al Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, teniendo en cuenta la urgencia del caso, haga cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

Ordenó al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que remita a los jueces respectivos un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención. (348) Dispuso que el Poder Ejecutivo provincial informe a CSJN las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia (349). Exhortó a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires “a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales.” (350) (destacado agregado).

Finalmente, se integró a la sociedad civil para que participe en la cuestión (351).

Breve comentarios de las consecuencias del fallo Verbitsky

Esta jurisprudencia de la Corte trajo consecuencias trascendentales. En los tres poderes de la provincia de Buenos Aires, como dije más arriba, se impartieron instrucciones concretas para que los mismos pongan en marcha una serie de medidas de políticas públicas para atemperar la grave situación de hacinamiento y superpoblación que se vivía en la provincia de Buenos Aires.

En un fallo de 11 de mayo de 2005, la Suprema Corte de la Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante Corte Provincial o SCJBA) recogió el fallo del Tribunal federal, y ordenó medidas de acuerdo a sus puntos resolutorios, como: ordenar a los jueces y tribunales con competencia en materia penal y de menores de la provincia de que Buenos Aires, que hagan cesar —en un plazo no mayor a los sesenta (60) días— la detención en comisarías y demás dependencias policiales, de los menores y enfermos que se encuentren a su disposición, y que en lo sucesivo, no admitan ni dispongan la detención de dichas personas (352).

(348) *Ibidem*, resolutive 5º.

(349) *Ibidem*, resolutive 6º.

(350) *Ibidem*, resolutive 7º.

(351) En el Resolutive 8º, la CSJN encomendó al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que tendrían que ser invitados la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*.

(352) SC Buenos Aires, 11-05-05, V., H. —representante del C. de E. L. y S.— s/. *Hábeas corpus. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley*, resolutive 1º.

Asimismo, si bien señaló que el mejoramiento de la situación de las personas privadas de su libertad corresponde al Poder Ejecutivo, encomendó a cada juez o tribunal, que tengan a su disposición personas detenidas, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento, que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear la responsabilidad internacional del Estado. También, les solicitó a los jueces que extremen la vigilancia acerca de la observancia de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas. Finalmente, notificó a la Procuración General a fin de que, en su carácter de titular del Ministerio Público y en el ámbito de su competencia, adopte las medidas que estime pertinentes (353).

Después de esa resolución de la Corte, hubo otras de la Corte provincial o de su presidencia, remitiendo a la Corte Federal informes de la situación, recordando al Poder Ejecutivo que las falencias de infraestructura aun existen, etc. (354).

Por otra parte, en marzo de 2006, y como consecuencia del fallo Verbitsky, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires realizó una importante reforma al régimen de excarcelación del Código Procesal Penal, mediante la *Ley N° 13.449*. A partir de esta reforma ya no se considera que determinados delitos resultan per se no excarcelables (355). Teóricamente, la detención cautelar de una persona sólo procederá cuando fuera absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.

Respecto de ello, la Corte Provincial señaló que en la sanción de la nueva ley 13.449, de fecha 17/3/2006, había tenido acogida la adecuación de la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a la que tanto la Corte Suprema como la provincial habían exhortado. Allí, se había establecido la oralidad y publicidad del trámite para resolver el dictado de la prisión preventiva, su morigeración o la imposición de medidas alternativas o la caducidad o cese de cualquiera de ellas, así como también la revisión periódica de los presupuestos que se tuvieron en cuenta para el dictado de la medida cautelar. En ese sentido, deberían extremarse los recaudos para evitar encarcelamientos innecesarios, adoptando las medidas de cautela o ejecución menos lesivas que a tal efecto ofrece la legislación (356).

El 1° de noviembre de 2007 se mantuvo una audiencia pública convocada por la Corte Suprema de Justicia provincial, a esa audiencia estuvieron con-

(353) *Ibidem*, resolutivos 2°, 3°, 4° y 5°.

(354) SC Buenos Aires, 19-11-07, Resolución N° 250/07. Ver otras resoluciones allí citadas. Considerando 6°.

(355) CELS, *Derechos Humanos en Argentina - Informe Anual 2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2007, pág. 28.

(356) SC Buenos Aires, Resolución N° 250/07, ya cit.

vocados diferentes representantes de la Sociedad Civil (357), el Sr. Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal, el Ministro de Justicia de la Provincia, y la señora Procuradora General de la Corte. Allí las partes asistentes presentaron sus inquietudes sobre el estado carcelario y penitenciario en el ámbito provincial, y coincidieron en el diagnóstico respecto de la gravedad de la situación que atraviesan las personas privadas de su libertad en las cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires. Destacaron además, la necesidad de fortalecer un espacio de discusión común para la construcción de soluciones y la importancia de la convocatoria realizada por la Corte (358).

Posteriormente, con fecha 19 de diciembre de 2007, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (359) resolvió dar por concluido lo reglado en los apartados 3 (según el cual la SCJBA a través de los jueces competentes, debía hacer cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos) y 7 (en cuanto a la adecuación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación) de la sentencia dictada el 3 de mayo de 2005 por la CSJN; se le requirió al Poder Ejecutivo provincial la presentación de un plan operativo integral para la normalización de modo definitivo de las disfuncionalidades edilicias y la provisión de servicios elementales; se le reiteró a los Poderes Ejecutivo y Legislativo las exhortaciones formuladas para que se adecue la legislación; y por último se creó el Área de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad que tendrá a su cargo la elaboración de un plan para sistematizar y controlar el proceso de implementación y ejecución de las pautas establecidas en la sentencia de la CSJN de fecha 5 de mayo de 2005.

Asimismo, en el transcurso del año 2008, la Corte provincial, —y en función de lo decidido en la resolución 250/07 sobre la creación del Área de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad— dispuso la creación de dicha área con el nombre de “Subsecretaría de Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad”, dependiente de la Suprema Corte de Justicia provincial a través de su Presidente. Allí se estableció los cargos, funciones y atribuciones de la Subsecretaría, entre otras cumplir con el punto resolutivo 5º del fallo de la CSJN (360).

Reciente reforma procesal en la Provincia de Buenos Aires

Como un giro radical de todo lo que se viene desarrollando, debo aclarar, que después de la finalización de este trabajo en diciembre de 2008 y antes

(357) El representante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Presidente Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Director Ejecutivo de Human Rights Watch Americas (HRW), la señora Directora del Centro de Estudios de Ejecución Penal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales (INECIP).

(358) Fuente: www.cels.org.ar.

(359) SC Buenos Aires, Resolución N° 250/07, *ya cit.*

(360) SC Buenos Aires, 08-10-08, Acuerdo N° 3390.

de su final edición, se debatió dentro del seno de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, un proyecto de ley propuesto por el Ministerio de Justicia y el Gobernador de dicha provincia para modificar el Código Procesal Penal. La modificación fue aprobada bajo el número de ley 13.943, el 23 de diciembre de 2008, fue promulgada el 15 de enero de 2009, y publicada el 10 de febrero de 2009.

La norma genera un importante cambio al Código de Procedimiento Penal ya que modifica unos 50 artículos del mismo. En líneas generales, algunas de estas modificaciones incluyen además cambios en la estructura de los Tribunales Orales como la creación de tribunales unipersonales en los delitos que contemplan penas menor a 15 años (361), acortar los plazos de la instrucción, es decir, la Investigación Penal Preparatoria (IPP) que llevan adelante los fiscales no podrá exceder los dos años, salvo casos excepcionales (362), aparentemente se le darían más facultades a los particulares damnificados, y se crea una Secretaría de Gestión Administrativa (363), que tendrá diferentes funciones vinculadas a las audiencias orales y también llevará un registro actualizado de los detenidos privados de libertad por más de dos (2) años, sin que se les haya dictado veredicto en primera instancia, entre otras funciones.

En lo que interesa a este trabajo, se reforma —nuevamente— el régimen de morigeraciones y excarcelaciones. El objetivo fue limitar las excarcelaciones y todo tipo de alternativa a la prisión preventiva, la nueva redacción del artículo 158 restringe el uso de las medidas alternativas a imputados “mayores de 70 años”, a enfermos terminales y/o a mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años (364). Por su parte, el artículo 163 reza que “[...] [f]uera de los supuestos enumerados en el artículo 159, la morigeración podrá ser concedida excepcionalmente, previa vista al fiscal, cuando la objetiva valoración de las características del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras circunstancias que se consideren relevantes, permita presumir que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio puede evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado. [...]” (365) (el destacado es agregado).

Un día previo a su aprobación el Centro de Estudios Legales y Sociales —que fue quien impulsó el hábeas corpus colectivo mencionado ut su-

(361) Modificación del artículo 22 del CPPBA previsto por el artículo 1º de la ley 13.943.

(362) Modificación de los artículos 140 y 141 del CPPBA por el artículo 1º de la ley 13.943.

(363) Artículo 3º de la ley 13.943: Incorpórase a la Ley 5827 como Capítulo V del Título VI, artículo 127 bis.

(364) Modificación del artículo 159 del CPPBA previsto por el artículo 1º de la ley 13.943.

(365) Modificación del artículo 159 del CPPBA previsto por el artículo 1º de la ley 13.943.

pra— envió una carta (366) a la Presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner; con copia a otros funcionarios nacionales y al Gobernador de la provincia en la que advirtió: “sobre el gravísimo retroceso en términos de derechos humanos que implicaría la aprobación de la reforma del Código Procesal Penal impulsada por el Ejecutivo bonaerense”.

Para el CELS esta iniciativa tenía por objeto restringir la libertad personal durante el proceso penal, en contradicción con las normas constitucionales e internacionales que obligan al Estado argentino y la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales de derechos humanos.

Advirtió que de sancionarse ese proyecto —como de hecho ocurrió— “tendrá la grave consecuencia institucional de implicar un directo incumplimiento de las obligaciones internacionales a las que se comprometió el Estado argentino en materia de derechos humanos, así como representar una desobediencia a la decisión del máximo tribunal del país... [se refiere al caso Verbitsky]” (367).

Posteriormente, una vez aprobada la ley, dicha organización no gubernamental emitió un comunicado de prensa manifestando que la misma —que restringe el régimen de excarcelaciones e invierte la regla de la libertad personal durante el proceso penal— “representa un grave retroceso en la construcción de una agenda de derechos humanos consistente, a largo plazo, que genere políticas de seguridad y justicia que no se sostengan en la violación de derechos” (368). Y agregó, que con esta decisión las autoridades provinciales nuevamente responden a las legítimas demandas sociales de seguridad mediante la acumulación de presos sin condena en cárceles superpobladas de personas que viven en condiciones inhumanas.

Por otra parte, y pensando en las consecuencias jurídicas y judiciales que esta reforma puede generar, debe recordarse que unos párrafos más arriba fuera mencionado que la propia Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en diciembre de 2007, había resuelto dar por concluido la cuestión de la adecuación de las normas relativas a la prisión preventiva y excarcelación en razón de la sanción de la ley 13.449. Puede imaginarse que una vez que se comience a aplicar esta nueva legislación, la ley 13.943, en materia de excarcelación es muy probable que se planteen muchísimos recursos de inconstitucionalidad, y éstos tengan acogida.

(366) CELS: http://www.cels.org.ar/common/documentos/NotaPEN_reformaPBA.pdf (14-7-09).

(367) *Ibidem*.

(368) CELS, *Los derechos humanos como variable de ajuste de futuros escenarios electorales* (nota del 23-12-2008), en <http://www.cels.org.ar/agendatematica/?info=detalleDoc&ids=158&lang=es&ss=171&idc=1087> (14-7-09).

Algunas consideraciones finales

Para finalizar puede decirse que el transcurso del presente trabajo, se ha podido observar que los organismos de protección han desarrollado un detallado contenido sobre cómo debe interpretarse y aplicarse los alcances del artículo 7 que consagra el derecho a la libertad personal.

Ha puesto límites, requisitos y exigencias al accionar de los Estados partes a la hora de que los mismos reglamenten los derechos dentro de su ámbito interno, como así el accionar de las fuerzas de seguridad, como de los operadores de Justicia.

Los países miembros de la Organización de los Estados Americanos, que a su vez, la mayoría, son Estados partes de la Convención, y han declarado la aceptación de competencia de los organismos del sistema interamericano, están obligados al cumplimiento de los estándares que dichos órganos establecen.

Ello es así, pues si bien la aplicación del derecho internacional es subsidiaria, los Estados se han sometido voluntariamente a dicho sistema de protección y su incumplimiento trae aparejada la responsabilidad internacional del Estado.

Como ya mencioné nuestro país se encuentra aún más obligado ya que voluntariamente introdujo en nuestra Constitución Nacional un grandísimo catálogo de derechos, con la misma validez, obligatoriedad y fuerza que puede tener cualquiera de los otros que consagra nuestra Carta Magna.

El contenido de dichos derechos los brindan los órganos de protección del sistema interamericano, obviamente respecto de los tratados regionales, y en relación con los tratados de índole universal se tendrán en cuenta las opiniones de los comités u organismos que correspondan.

Vimos que las recomendaciones de la CIDH han tenido alguna resistencia para su aplicación, aún —y muchos antes del Caso Simón de nuestra CSJN— la Corte IDH ya había dicho que “si el Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “*promover la observancia y la defensa de los derechos humanos*” en el hemisferio” (369). En conclusión dichos informes deben ser tenidos en cuenta.

(369) Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo*, del 17-09-97, párr. 80.

Afortunadamente, la CSJN está recogiendo la jurisprudencia interamericana y la está siendo suya, ha resuelto casos como Simon, Arancibia Clavel, Mazzeo y Verbitsky entre otros. Sin embargo, sería importante, que exista una dinámica aplicación de estos estándares de protección provenientes de los organismos mencionados por parte de todas las instancias judiciales inferiores, tanto nacionales como provinciales, como así también del resto de los operadores de justicia, como los miembros de los Ministerios Públicos Fiscales, y Defensorías de todo nuestro país. Es muy importante, que los otros poderes del Estado, como los legislativos y ejecutivos nacionales y provinciales también sean versados en el tema, y actúen acorde sus funciones respetando los estándares internacionales a los que Argentina se encuentra sometida. Si bien la realidad demuestra que es dificultoso, debe existir coordinación de los todos los poderes del Estado para lograr el cumplimiento efectivo de los derechos.

Por último, debe recordarse que en materia de protección de derechos humanos tenemos que estar muy conscientes a los principios de progresividad o de no regresividad, ello significa que una vez adquirido cierto estándar de protección de derechos no se puede volver para atrás. A eso, deben prestar especial atención, todos aquellos que trabajamos en derechos humanos, para impedir la posible disminución de derechos y garantías ya consagrados para todos los seres humanos, que los poseen por el solo hecho de serlo.

ARTÍCULO 8. GARANTÍAS JUDICIALES

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Concordancias: Arts. 18 CN; 26 DADDH; 10 y 11 DUDH; 14 PIDCP.

FEDERICO G. THEA

El artículo 8 de la Convención Americana consagra, bajo la denominación de *Garantías Judiciales*, uno de los pilares fundamentales sobre los que se construye todo el sistema de protección de los derechos humanos, cuyos límites al abuso del poder estatal representan la garantía básica del respeto de los demás derechos reconocidos en la Convención: El derecho al debido proceso legal.

En rigor de verdad, más que un pilar del sistema de protección de los derechos humanos, parece más acertado afirmar que el artículo 8 de la Convención Americana contiene un conjunto de pilares, que sostienen la tutela de los demás derechos de las personas. Ellos son, entre otros y sin perjuicio de las particularidades de su ámbito de aplicación y de la extensión que le ha dado a cada uno la jurisprudencia nacional e internacional, las garantías de acceso a la jurisdicción, intervención de juez natural, independiente e imparcial, presunción de inocencia, igualdad de las partes y equidad de los procedimientos, inviolabilidad de la defensa en juicio y decisión justa, conforme a derecho, dictada dentro de un plazo razonable (370).

Las garantías procesales mencionadas en el artículo 8 son muchas, y muy diversas. Tal es su extensión y diversidad, que podría pensarse que la enumeración es taxativa, y que allí están previstas todas las posibilidades que

(370) El debido proceso legal presenta un aspecto adjetivo y otro sustantivo. Como enseña Linares, “[e]l ‘debido proceso legal’ (*lato sensu*) es un conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso)”. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, pág. 11. Teniendo en cuenta lo expuesto, cabe aclarar que en el presente trabajo, evidentes razones de espacio nos llevan a tener que limitar nuestro análisis principalmente a las garantías procesales que componen el aspecto *adjetivo* del debido proceso.

pueden presentarse en los distintos tipos de proceso. Sin embargo, resulta más apropiado considerar que el número de garantías es susceptible de ampliación, conforme a una interpretación teleológica, sistemática y dinámica del texto convencional, en función de las especificidades que se presenten en cada caso concreto, y a la luz de los nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos (371).

Así, no obstante la amplitud de su consagración en la Convención Americana (372), es posible identificar una parte medular de este artículo, que no sólo constituye una guía para la interpretación de las garantías procesales específicas que enumera, sino que además permite incluir, en los casos que sea necesario, otras garantías particulares no previstas.

Por ello, dada la diversidad de garantías procesales que conforman el debido proceso legal, corresponde analizar en primer lugar la parte esencial o medular de este derecho —lo que la Comisión IDH denomina el *valor o bien jurídico común* que da origen a las garantías procesales particulares— (373), para luego sí, adentrarse en el análisis y la interpretación de cada uno de los requisitos o condiciones que deben observarse para asegurar la adecuada defensa de las personas cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración de algún órgano del Estado (374).

Parte General: Principios del debido proceso legal. Pautas para su interpretación.

El derecho de defensa de la persona humana, asegurada mediante un debido proceso, no es objeto de discusión. No obstante, resulta un tanto difícil

(371) La Corte IDH ha dicho que “[e]l concepto del debido proceso en casos penales debe incluir, por lo menos, las garantías mínimas a que hace referencia el artículo 8 de la Convención. Al denominarlas mínimas ésta presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-11/90, *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 10-8-90, párr. 24; Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-17/02, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, del 28-8-02, párr. 115; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, del 25-11-04, párr. 176. Esta lectura no se restringe sólo a los procesos penales, sino que debe ser extendida a todos los tipos de proceso.

(372) Las garantías procesales del debido proceso legal consagradas por los artículos 8 de la CADH y 14 del PIDCP, son prácticamente similares, y poseen un grado de detalle bastante mayor que su previsión en los artículos 18 de la C.N., y 10 y 11 de la DUDH.

(373) “Este artículo comprende distintos derechos y garantías que provienen de un valor o bien jurídico común y que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo.” CIDH, *Informe N° 5/96*, del 1-3-96, con cita de la sentencia de la Corte EDH en el *Caso Golder* (1975).

(374) Sobre el ámbito de aplicación de la garantía del debido proceso legal, ver *infra* § II. c).

acordar qué significa un debido proceso, y es por ello que su interpretación puede dar lugar a numerosas y variadas discusiones (375). A título meramente ejemplificativo, cabe preguntarse: ¿Qué se entiende por *debidas garantías*? ¿Cuáles son? ¿Cuál es su ámbito de aplicación? ¿Cuánto tiempo es un *plazo razonable*? ¿Cómo se asegura la independencia e imparcialidad de los jueces? ¿Qué mínimo de elementos jurídicos se requieren para que exista un proceso que sea debido, o sea adecuado, apropiado, ajustado a sus fines?

A pesar de la variedad de respuestas que ofrecen éstas, y otras preguntas similares, cabe reconocer que la riqueza del artículo 8 de la Convención Americana facilita en gran medida la tarea interpretativa, ya que muchos de los interrogantes que podrían llegar a suscitarse a partir de una consagración abstracta o general del debido proceso legal, quedan saldados automáticamente por el propio texto de la Convención.

Ahora bien, el contenido y alcance de cada uno de esos pilares que conforman el debido proceso sí es objeto de debate y deliberación, y justamente por tal motivo, resulta más apropiado efectuar el correspondiente análisis en forma particularizada, luego de haber estudiado la parte medular del debido proceso legal.

En consecuencia, con el objetivo principal de establecer una guía clara para la futura interpretación de las distintas garantías procesales, cuadra responder de manera preliminar, qué se entiende por debido proceso legal; cuál es su finalidad e importancia en una sociedad democrática; y, finalmente, cuál es su ámbito de aplicación.

a) Definición

El debido proceso legal es una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, que al establecer límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos estatales frente a los individuos, representa la protección más fundamental para el respeto de sus derechos.

Para poder afirmar que un *proceso*, regulado por la *ley*, satisface plenamente la garantía del debido proceso legal, tiene que cumplir el requisito indispensable de otorgarle al individuo la oportunidad suficiente de participar con utilidad en dicho proceso (376).

Esto significa que el debido proceso legal no queda satisfecho por el cumplimiento de meros formalismos exigidos por el derecho de defensa, sino que su utilidad, es decir, la satisfacción de la finalidad para la cual ha sido contemplada la garantía, reviste la misma importancia que aquél.

(375) COUTURE, EDUARDO, "El debido proceso como tutela de los Derechos Humanos", *LL*, 1953-72, 802.

(376) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, Buenos Aires, Ediar, 1996, pág. 327.

Obviamente, esta utilidad requerida al proceso no implica que las pretensiones de las personas, cuyos derechos u obligaciones están sujetos a la determinación de una autoridad pública, deban conducir necesariamente a una decisión favorable. Se exige, básicamente, que dichas decisiones estén debidamente fundadas (377), y ajustadas a ciertos parámetros mínimos de razonabilidad (378).

Así, podría delimitarse el concepto de debido proceso legal a partir de sus dos aspectos esenciales, definiéndolo como aquella garantía que asegura el ejercicio del derecho de defensa en un proceso que debe culminar en una decisión fundada, justa y razonable.

b) Finalidad y relevancia en una sociedad democrática

El objetivo del debido proceso legal es que las personas puedan proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos. Es decir, el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los derechos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías procesales que lo integran, ya que el cumplimiento de dichas formalidades no es un fin en sí mismo, sino que representa un instrumento fundamental para garantizar los demás derechos de las personas.

Por ello cabe hacer tanto hincapié en la necesidad de superar la visión simple y estanca de esta garantía —concebida a veces como un mero cumplimiento de formalidades para asegurar el derecho de defensa— y efectuar una interpretación que vaya más allá, demandando que el Estado no se limite, simplemente, a ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que se asegure que las autoridades públicas también presten atención al fondo de los asuntos a ellas sometidos y al contenido de los derechos y obligaciones en juego, exigiéndoles que no sólo cumplan las formalidades, sino que las decisiones que ellas adopten —además de ser fundadas, justas y razonables— sean útiles y efectivas (379).

(377) Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23-6-05, párr. 149; Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, del 22-11-05, párr. 216; Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, del 19-9-06, párrs. 120 y 122.

(378) Como enseña GORDILLO, el debido proceso *sustantivo*, como garantía de razonabilidad, se aplica de igual forma a las decisiones —tanto generales como particulares— provenientes de cualquier órgano del Estado. Para que una decisión esté ajustada a un criterio básico de razonabilidad, debe tener como mínimo: a) sustento fáctico suficiente; b) proporcionalidad del fin perseguido a los hechos que lo sustentan; y, c) congruencia y proporcionalidad de los medios empleados tanto con el fin razonablemente perseguido como con el sustento fáctico suficiente que los fundamentan. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Buenos Aires, FDA, 2003, 8ª ed., cap. VI, § 11, págs. 34-35. Para un examen de las pautas de razonabilidad elaboradas por la CS, cabe remitirse a Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed., págs. 328-336.

(379) En palabras de la Corte IDH, “*el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia*”. Corte IDH, Opinión

Como puede apreciarse, la garantía del debido proceso legal tiene especial importancia en una sociedad democrática porque, junto con el derecho a un recurso (consagrado en el artículo 25 de la Convención), tutela todos los demás derechos de las personas, constituyéndose así en un requisito *sine qua non* para la existencia de un verdadero Estado de Derecho (380).

c) Ambito de aplicación

Una lectura desprevenida del artículo 8 de la Convención podría conducir a dos conclusiones respecto de su ámbito material y personal de aplicación que, bueno es aclararlo desde el principio, son incorrectas. El primer error consistiría en hacer una distinción rígida entre los procedimientos penales y el resto (381). El segundo, en considerar que la garantía del debido proceso legal sólo debe ser respetada por un *juez* o *tribunal*, con exclusión de los otros órganos del Estado.

Respecto del primer asunto mencionado —el ámbito material—, es cierto que de una lectura literal del artículo 8 podemos distinguir que, mientras en una primera parte *medular*, encontramos ciertas garantías procesales establecidas de modo general, destinadas a un ámbito de aplicación amplio (inciso 1), en el resto encontramos garantías consagradas de forma más específica que las anteriores, y dirigidas expresa y principalmente a los procesos penales (incisos 2 a 5). Esta interpretación es incorrecta ya que, como lo ha confirmado en forma constante y reiterada la jurisprudencia de la Corte IDH, todo el elenco de garantías procesales establecido en el artículo 8 de la Convención es aplicable, en cuanto sea compatible, a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (382).

Consultiva, OC-16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 1-10-99, párr. 117.

(380) Esta garantía es tan básica y fundamental, que la Corte IDH tiene dicho que “los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”. Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 6-10-87, párr. 30.

(381) Esta interpretación es la que parece proponer MEDINA QUIROGA, al opinar que obligar a los Estados a establecer todas las garantías mínimas para todo tipo de procedimiento, en ocasiones aparecerá como excesivo. La autora agrega que a su juicio “la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha sido clara en hacer esta distinción...y ha ampliado innecesariamente el ámbito de aplicación del artículo 8.2.” MEDINA QUIROGA, CECILIA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Costa Rica, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005, pág. 285.

(382) Corte IDH, OC-11/90, *ya cit.*, párr. 28; Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, del 8-3-98, párr. 149; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, del 31-1-01, párr. 70; Corte IDH, *Caso Baena Ri-*

En relación con la segunda cuestión, la Corte IDH ha establecido con claridad, en el *Caso del Tribunal Constitucional*, que “cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos,’ esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.” (383).

Sin embargo, tanto en éste, como en otros casos en que la Corte IDH tuvo que referirse al deber de los distintos órganos del Estado de respetar la garantía del debido proceso, se hallaba frente a supuestos de ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales —o asimiladas como tales— (384). Cabe entonces preguntarse si los tres órganos del Estado tienen que respetar esta garantía en el ejercicio de funciones materialmente no jurisdiccionales, o sea, en el ejercicio de la función administrativa (no sancionatoria) (385) y de la función legislativa (386), y, en caso afirmativo, con qué alcance rige el debido proceso legal para el ejercicio de tales funciones.

Como lo ha señalado recientemente la Corte IDH en el *Caso Claude Reyes*, la respuesta es afirmativa, es decir, todos los órganos del Estado, tanto en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, administrativas o legislativas, deben cumplir con el debido proceso legal (387).

cardo y otros vs. Panamá, del 2-2-01, párr. 125; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01, párr. 103; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *ya cit.*, párr. 149.

(383) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, *ya cit.*, párr. 71.

(384) Así, en el *Caso del Tribunal Constitucional*, *ya cit.*, se examinaba la aplicación de una sanción de destitución de las tres víctimas por parte del Poder Legislativo a través del procedimiento de juicio político (ver párr. 71); en el *Caso Baena*, *ya cit.*, se analizó la sanción administrativa del despido de 270 trabajadores estatales a través de un proceso no debido (ver párr. 124); en el *Caso Ivcher Bronstein*, *ya cit.*, se planteó el problema del procedimiento seguido por la dirección general de migraciones y naturalizaciones para dejar sin efecto el título de nacionalidad peruana adquirido por la víctima (ver párr. 104); en el *Caso Yatama*, *ya cit.*, la Corte IDH concluyó que las decisiones adoptadas por el Consejo Supremo Electoral que afectaron la participación política de ciertos candidatos no se encontraban debidamente fundamentadas ni se ajustaron a los parámetros consagrados en el artículo 8.1 de la CADH (ver párrs. 149 y 164).

(385) En el *Caso Baena*, *ya cit.*, la Corte IDH hizo expresa extensión del debido proceso legal al proceso administrativo sancionatorio (ver párr. 124).

(386) Como enseña Linares “[c]ada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas sin que ello obste a la acumulación (en forma entremezclada) de funciones materialmente distintas”. Linares, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 84. Para un análisis detallado de las distintas funciones que constitucionalmente pueden ejercer cada uno de los poderes del Estado en Argentina, ver BALBÍN, CARLOS, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, págs. 29-52.

(387) Si bien este caso versaba específicamente sobre un procedimiento administrativo, la Corte IDH dejó claramente sentada su postura a favor de una interpretación amplia del ámbito de aplicación de esta garantía. En dicho precedente, la Corte IDH decidió que la autoridad estatal administrativa encargada de resolver

Ahora bien, establecido que el debido proceso legal debe ser respetado por todos los órganos del Estado en el ejercicio de las diversas funciones estatales, cabe interrogar si existe alguna diferencia en su aplicación a los distintos procesos y, en caso afirmativo, cuáles.

Ya se ha señalado en la introducción que, mientras el *debido proceso sustantivo*, como garantía de razonabilidad, se aplica de igual forma a las decisiones provenientes de cualquier órgano del Estado, por el contrario, la determinación de qué garantías procesales del *debido proceso adjetivo* —y con qué alcance— son aplicables en el ejercicio de las distintas funciones estatales, dependerá de las particularidades que se presenten en cada caso y proceso concreto.

En consecuencia, debido a que las garantías procesales contempladas en el artículo 8 de la Convención se aplican directamente, y sin necesidad de mayores adaptaciones, a los procesos judiciales (388), resulta necesario, en forma previa, hacer algunas referencias generales sobre las características más salientes de la garantía del *debido proceso adjetivo* en el procedimiento administrativo y en el legislativo de sanción de las leyes, ya que serán de utilidad para la aplicación y adaptación de cada garantía procesal en dichos ámbitos.

Respecto del procedimiento administrativo (389), cabe señalar, en primer lugar, que aun cuando siempre debe exigirse un control judicial sustantivo posterior de las decisiones administrativas (390), esta circunstancia no releva

una solicitud de información, al no adoptar una decisión escrita debidamente fundamentada, no cumplió con la garantía protegida en el artículo 8.1 de la CADH, expresando que: “*El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas [...]*”. Corte IDH, Caso *Claude Reyes y otros, ya cit.*, párrs. 118-119. El voto en disidencia firmado por los jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga, deja expuesta la posición contraria, al expresar que “*el artículo 8 se aplica cuando un órgano del Estado está ejerciendo facultades jurisdiccionales, lo que no parece posible argüir respecto de la negativa de un funcionario de proveer información a un particular*”.

(388) Y con adaptaciones menores para el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales de los otros órganos del Estado.

(389) No está de más aclarar que cuando se habla de *procedimiento administrativo* se hace referencia a aquél radicado en sede administrativa, distinto del *proceso administrativo*, que es un verdadero proceso judicial en el que se juzga o controla la actividad administrativa. También parece conveniente distinguirlo de los procedimientos seguidos por los tribunales administrativos, ya que aun cuando dichos *procedimientos* siguen siendo *administrativos*, en ellos se aplicarán, incluso con mayor rigor, todas y cada una de las exigencias del debido proceso legal. GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, 8ª ed., cap. IX, págs. 1-3.

(390) Aun de las dictadas por tribunales administrativos y/o entes reguladores. CSJN, *Fernández Arias*, 1960, Fallos, 247: 646; CSJN, *Angel Estrada*, 2005, Fallos, 328: 651.

a los órganos de la administración del cumplimiento de las reglas adjetivas del debido proceso, cuya violación no es susceptible de saneamiento posterior (391).

Asimismo, es necesario aclarar que aun cuando el decreto ley 19.549/72 reconoce expresamente el debido proceso adjetivo como comprensivo de la posibilidad de ser oído, ofrecer y producir pruebas, y obtener una decisión fundada (392), sus particularidades requieren adicionalmente que, por un lado, se dé estricto y riguroso cumplimiento a los requisitos esenciales del acto administrativo —previstos en los artículos 7º y 8º de la norma citada—, en tanto constituyen verdaderas garantías del debido proceso adjetivo; y, además, que esta garantía sea complementada por otros grandes principios formadores, como lo son el principio de oficialidad, verdad material, informalismo en favor del administrado, y el principio de contradicción (393).

Por su parte, el ejercicio de la función legislativa también debe respetar, además del *debido proceso sustantivo*, las garantías procesales del *debido proceso adjetivo*. El procedimiento de formación y sanción de las leyes está previsto en los artículos 77 a 84 de la Constitución Nacional y en normas reglamentarias (394), cuyo estricto cumplimiento y control judicial (395), hacen justamente a la garantía del debido proceso.

(391) Es preciso aclarar sobre este punto que la CS, verificado el cumplimiento de la revisión judicial posterior, no ha prestado demasiada atención al debido proceso administrativo, como señalan MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA A.; y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1991, pág. 505. La Cámara Federal, por su parte, tiene criterios dispares. En sentido concordante a la interpretación aquí expuesta, se ha pronunciado la Sala I de la CN CAF, en *Nazzeta, Diego Andrés c/ CNRT - Resol. 2233/04 s/ medida cautelar autónoma* (18/11/05). El criterio opuesto ha sido sostenido por la Sala III de la CN CAF, en *La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A.C.C.F. c/ Comisión Nacional de Regulación del Transporte* (28/02/06).

(392) Decreto Ley 19.549/72, artículo 1º inc. f).

(393) Si bien el administrado no es una *contraparte*, sino más bien un *colaborador* de la administración en el procedimiento administrativo, a veces hay intereses contrapuestos entre distintos administrados en un mismo procedimiento. En esos casos, la administración debe asegurar la participación igualitaria de los interesados, ajustando el procedimiento para asegurar el principio de contradicción. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. IX.

(394) Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación, aprobado por Resolución DR - 1388/02; y Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobado por Resolución 2019/96.

(395) La jurisprudencia de la CS ha evolucionado hacia un mayor control de estas cuestiones que, originalmente, fueron consideradas como “políticas” o “no judiciales”. Por la lucidez del razonamiento, así como por haber sido emitido en el primer fallo en que la CS acogió la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales, cabe citar un fragmento del voto en disidencia del Juez Varela en el caso *Cullen*. Dijo Varela en su voto disidente: “Si se pretende la invalidez constitucional de una ley de intervención federal por inexistente, por no haber sido sancionada con los requisitos constitucionales, la Corte no puede rechazar de plano la acción fundada en que se trata de una cuestión política, pues resolver si tal acto tiene o no el carácter de ley es una

Algunos supuestos burdos —aunque no imposibles—, de violación del debido proceso legal en el ejercicio de la función legislativa serían, por ejemplo, la sanción de una ley con vicios en el origen de la voluntad de alguno de los votantes —ya sea por usurpación del lugar de un legislador por una persona que no lo es, o incluso por un legislador que pretenda representar o suplir en su ausencia temporal a otro en la votación (396)—; el tratamiento de un proyecto de ley, ya desechado totalmente por una de las Cámaras en las sesiones del mismo año (397); la sanción de una ley sin contar con las mayorías especiales necesarias (398); la existencia de leyes secretas (399); etc.

La jurisprudencia de la CS ha venido avanzando saludablemente hacia un mayor y más estricto control del debido proceso legal en el ejercicio de las funciones del Congreso, pudiéndose citar como ejemplos recientes el caso “*Nobleza Piccardo*” (400), en el que dada la falta de coincidencia entre ambas Cámaras respecto de un punto sustancial (el plazo de vigencia de la norma), se decidió que no que se habían observado los requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley; el caso “*Binotti*”, que declaró la nulidad de una votación de la Cámara de Senadores de la Nación por un error en la forma de computar el mínimo de votos requeridos (401); y el caso “*Bussi*”, en que se decidió que la Cámara de Diputados de la Nación actuó fuera de su competencia al negar la incorporación a un candidato electo, basándose en valoraciones materiales como la falta de idoneidad o la inhabilidad moral (402).

Como puede verse, aun con las limitaciones propias de su ámbito de aplicación, las garantías del debido proceso adjetivo se han ido exigiendo cada vez con mayor rigor al ejercicio de la labor legislativa, lo que sin dudas colabora a fortalecer las instituciones democráticas. Por tal motivo, parece conveniente promover la extensión de su ámbito de aplicación, llevándola a comprender, por ejemplo, el requisito de audiencia pública previo a la sanción de normas legislativas de carácter general (403), o incluso, la exigencia

atribución eminentemente judicial y no política y, por tanto, ella corresponde a los tribunales federales”. CSJN, *Cullen*, 1893, Fallos, 53: 420. (Enfasis agregado).

(396) “Hoy se cumplen 15 años del episodio del ‘diputrucho’”, *Clarín*, 26-III-07; “Tras el escándalo, los legisladores votarán con sus huellas digitales”, *Crítica de la Argentina*, 15-XII-08.

(397) CSJN, *Cullen*, 1893, Fallos, 53: 420.

(398) “Cuestionan la votación del blanqueo de capitales en Diputados y la oposición amenaza con ir a la Corte”, *Perfil*, 12-XII-08.

(399) Como recuerda GELLI, “*en la República Argentina se ha mantenido la práctica de sancionar algunas leyes secretas, tan inconstitucional como contradictoria con los principios de la república y de la democracia participativa*”. GELLI, *op. cit.*, pág. 759. Archivo histórico de leyes secretas: <http://www.archivodiputados.gov.ar/secretas.htm>. (fecha de visita)

(400) CSJN, *Nobleza Piccardo*, 1998, Fallos, 321: 3487.

(401) CSJN, *Binotti*, 2007, Fallos, 330: 2222.

(402) CSJN, *Bussi*, 2007, Fallos, 330: 3160.

(403) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, pág. 2. Ver por ejemplo el procedimiento de doble lectura para la sanción de las

de una verdadera deliberación, previa a la adopción de decisiones a través de la regla de la mayoría (404).

Para concluir, resta mencionar, brevemente, quiénes tienen, en un proceso, derecho al debido proceso legal; en qué etapas del proceso es aplicable; y, por último, su ámbito temporal de aplicación.

Primero: Todas las personas, sin discriminación alguna, tienen el derecho humano a que se respete el debido proceso legal, en la determinación de sus derechos y obligaciones (405). En los juicios penales, ello significa no sólo que el acusado tiene derecho a un debido proceso legal, sino que también lo tienen la víctima y sus familiares. Así lo ha reconocido sostenidamente la jurisprudencia de la Corte IDH (406), y también la Corte Suprema Argentina (407).

Segundo: Las garantías procesales del debido proceso legal se aplican a todos los tipos de proceso (408), y a todas sus etapas, ya sea en los procedimientos o actuaciones previas o concomitantes a los procesos judiciales (409), en las instancias de revisión (410), así como en la etapa de ejecución de una sentencia (411).

Por último, en relación con el ámbito temporal de aplicación, cabe citar la concluyente opinión de la Corte IDH, indicando que *“los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales”* (412).

leyes, previsto por los artículos 89 y 90 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(404) NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996.

(405) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17-9-03, punto resolutivo N° 7.

(406) Corte IDH, Caso *Blake vs. Guatemala*, del 24-1-1998, párr. 97; Corte IDH, Caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, del 19-11-99, párr. 227; Corte IDH, Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, del 16-8-00, párrs. 128-130; Corte IDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, del 14-3-01, párr. 42; Corte IDH, Caso *Las Palmeras vs. Colombia*, del 6-12-01, párr. 54; Corte IDH, Caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, del 7-6-03, párr. 186; Corte IDH, Caso *Bulacio vs. Argentina*, del 18-9-03, párr. 121; Corte IDH, Caso *19 Comerciantes vs. Colombia*, del 5-7-04, párrs. 185-188.

(407) CSJN, *Santillán*, 1998, Fallos, 321: 2021; CSJN, *Sabio*, 2007, Fallos, 330: 3092.

(408) La Corte IDH ha señalado expresamente que se aplica tanto a los recursos de hábeas corpus como de amparo. Corte IDH, OC-9/87, *ya cit.*, párr. 30.

(409) Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, del 17-09-97; Corte IDH, Caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, del 27-11-03, párr. 120.

(410) CSJN, *Dieser*, 2006, Fallos, 329: 3034; CSJN, *Olmos*, 2006, Fallos, 329: 1447.

(411) CSJN, *Romero Cacharane*, 2004, Fallos, 327: 388.

(412) Corte IDH, OC-9/87, *ya cit.*, párr. 30.

Ahora sí, habiendo delimitado el concepto del debido proceso legal; determinado cuál es su finalidad e importancia en una sociedad democrática; y cuál es su ámbito de aplicación, corresponde abocarse al examen de las garantías procesales en particular, siguiendo las pautas interpretativas elaboradas precedentemente.

Parte Especial: Garantías procesales del debido proceso legal

1. Toda persona, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter tiene derecho a:

a) Ser oída con las debidas garantías

El derecho a *ser oído* implica, en términos generales, la posibilidad cierta de recurrir ante los órganos del Estado que resulten competentes para adoptar una decisión que pueda afectar derechos o intereses, a los fines de hacer valer una o más pretensiones, y explicar sus razones.

En el procedimiento administrativo el derecho a ser oído implica que, antes de la emisión de un acto de alcance particular, se otorgue al individuo la posibilidad de tener acceso y ser tenido por parte en el expediente. Con anterioridad a la emisión de normas jurídicas administrativas o incluso legislativas de carácter general, este derecho adquiere la modalidad del procedimiento de audiencia pública.

Sin perjuicio de la importancia que reviste en los procedimientos mencionados precedentemente, son sin duda los tribunales judiciales quienes deben erigirse como los garantes por excelencia de esta garantía.

En este sentido, el *derecho a ser oído* es sinónimo de *tutela judicial efectiva*, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal para que éste pueda pronunciarse. Por ello, toda forma de obstaculizar el acceso a la justicia (413), así como aquellas limitaciones —políticas, jurídicas (414) o

(413) En el Caso *Cantos*, la Corte IDH decidió que la suma fijada por concepto de tasa de justicia y la correspondiente multa (por no pagarla en plazo) previstas por la legislación argentina constituyen “una obstrucción al acceso a la justicia, pues no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda”, declarando en consecuencia que el Estado argentino violó el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la CADH. Corte IDH, Caso *Cantos vs. Argentina*, del 28-11-02, párr. 54.

(414) El más claro ejemplo en la Argentina lo representan las leyes de obediencia debida y punto final, declaradas inconstitucionales por el Máximo Tribunal. CSJN, *Simón*, 2005, Fallos 328: 2056. En sentido concordante, la Corte IDH en el Caso *Barríos Altos*, entendió que resultan incompatibles con la CADH las leyes de amnistía del Estado demandado del Perú ya que impidieron que los familiares de

de cualquier otro tipo (415)—, que impidan la posibilidad real de los jueces de ejercer sus funciones y dictar una sentencia útil, resulta contraria al derecho a ser oído.

Asimismo, la tutela judicial efectiva comprende la posibilidad del interesado de tener contacto directo con el órgano decisor (principio de inmediación/inmediatividad); derecho que adquiere aún mayor fuerza frente a situaciones de especial vulnerabilidad o fragilidad del individuo—, como por ejemplo, en los procesos de incapacidad, inhabilitación o internación (416).

Por último, no puede concluirse este punto sin recordar que las *debidas garantías* no se limitan a las enumeradas en el artículo 8 de la Convención, sino que a partir de una interpretación de las particularidades de cada caso concreto, los órganos estatales competentes deberán contemplar incluso garantías no previstas expresamente, a los fines de asegurar en forma cierta y eficaz el cumplimiento de la finalidad del debido proceso legal (417).

b) Dentro de un plazo razonable

La adopción de decisiones a destiempo carece de toda utilidad, y por ello afecta gravemente la satisfacción de la garantía del debido proceso legal.

Así, la razonabilidad del plazo reviste una importancia superlativa para el efectivo cumplimiento de la finalidad del debido proceso legal, y comprende tanto plazos máximos (418) —para evitar atrasos injustificados—; como mí-

las víctimas y las víctimas sobrevivientes fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el art. 8.1 de la CADH. Corte IDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, ya cit., párr. 42.

(415) En el Caso *Genie Lacayo*, la Corte IDH encontró violatorio del artículo 8.1 de la CADH el hecho de que “*las autoridades militares de Nicaragua obstaculizaron o no colaboraron de manera adecuada con las investigaciones [...]*”. Corte IDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, del 29-1-97, párrs. 64 y 76.

(416) CSJN, *T., R. A.*, 2005, Fallos, 328: 4832, con nota de Nicolás Diana, “La garantía del debido proceso no se agota en una ilusión o ficción formal de la legalidad”, *LL*, 2006-C, 230. CSJN, *R., M. J.*, 2008, Fallos, 331: 211, con nota de Luciana T. Ricart y Carolina Wnuczko, “Personas con sufrimiento mental: La Corte Suprema reitera la importancia de su protección”, *LL*, 2008-B, 407.

(417) Así, la Corte IDH ha sostenido en el Caso *Blake* que: “*el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno*”. Corte IDH, Caso *Blake*, ya cit., párr. 96.

(418) En el reciente Caso *Kimel*, la Corte IDH decidió que la duración de casi nueve años del proceso penal en contra de la víctima por un alegado delito contra el honor, excedió los límites de lo razonable. Corte IDH, Caso *Kimel vs. Argentina*, del 2-5-08, párr. 97. En el Caso *Bulacio*, la Corte IDH señaló que “*El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando*

nimos (419) —que den a los individuos la posibilidad de ejercer eficazmente su derecho de defensa—.

Sin perjuicio de la mayor relevancia que adquiere en procesos penales —y sobre todo en los supuestos de prisión preventiva— (420), la garantía de un plazo razonable se aplica a todo tipo de proceso, y así surge de la jurisprudencia de la CS (421).

Los criterios para analizar la razonabilidad del plazo, en cada caso concreto (422), han sido reiteradamente sostenidos por la jurisprudencia de la Corte IDH. Ellos son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado, y iii) conducta de las autoridades judiciales (423).

c) Por un juez o tribunal

Ya se ha analizado con bastante extensión el ámbito de aplicación del debido proceso legal y, siguiendo una interpretación amplia del artículo 8 de la Convención (424), se ha explicado que las garantías procesales allí previstas son aplicables, en cuanto sean compatibles, a todos los tipos de proceso, independientemente de cuál sea el órgano estatal interviniente o el tipo de función ejercida, siempre que sus potestades decisorias pudieran afectar los derechos de las personas.

así la debida protección judicial de los derechos humanos". Corte IDH, Caso *Bulacio, ya cit.*, párr. 115.

(419) Corte IDH, Caso *Las Palmeras, ya cit.*, párr. 49.

(420) Corte IDH, Caso *Bayarri vs. Argentina*, del 30-10-08, párr. 69. Para un análisis de la abundante jurisprudencia, tanto de la CS como de la Corte IDH, sobre este tema, cabe remitirse al comentario del artículo 7.5 de la CADH.

(421) CSJN, *Izcovich*, 2005, Fallos, 328: 566 (Considerando 10° del voto del Juez Ricardo L. Lorenzetti). CSJN, *Zacarías*, 1998, Fallos, 321: 1124.

(422) Este criterio seguido por tribunales internacionales y nacionales, de analizar "caso por caso" la razonabilidad de los plazos procesales, sin exigir su establecimiento en abstracto y en forma previa por vía legislativa, ha sido denominado —y criticado— por Daniel R. Pastor como la "doctrina del *no plazo*". Para el citado autor, en un Estado Democrático, la fijación de un plazo razonable debe ser establecido legislativamente y, por ello, la jurisprudencia según la cual "*el plazo razonable dentro del cual el imputado debe ser juzgado no es, llamativamente, un plazo en sentido procesal penal, esto es, una condición temporal de validez de un acto procesal o de un conjunto de ellos (todo el proceso), sino una categoría indeterminada que permite, a quien ex post processus deba juzgar la razonabilidad de su duración, establecerla según criterios obvios pero imprecisos, de modo que faciliten la discrecionalidad en la decisión, según predilecciones y preferencias...no brinda una opinión aceptable, desde el punto de vista de los derechos fundamentales del acusado, sobre el significado del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable*". PASTOR, DANIEL R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pág. 221.

(423) Corte IDH, Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua, ya cit.*, párr. 77; Corte IDH, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26-09-06, párr. 102, Corte IDH, Caso *Escué Zapata vs. Colombia*, del 4-7-07, párr. 102, Corte IDH, Caso *Kimel, ya cit.*, párr. 97.

(424) Conf. Corte IDH, Caso *Blake, ya cit.*, párr. 96.

Continuando esta línea interpretativa, resulta evidente que de ningún modo la referencia al “*juez o tribunal*” efectuada en el primer párrafo del artículo 8 puede restringir exclusivamente a tal órgano del Estado, la exigencia de respetar los requisitos del debido proceso legal.

Así, la expresión bajo análisis consagra el *derecho a la jurisdicción* o a la *tutela judicial efectiva*, que implica no sólo que toda persona tiene derecho a acudir ante un tribunal judicial para la resolución de los conflictos que afectan sus derechos, sino además, que todos los actos de los órganos del Estado —sin privilegios por su carácter gubernamental, político, institucional o como sea que se los denomine— (425), son susceptibles de control o revisión plena de la autoridad de un magistrado judicial y en un proceso judicial (426).

d) Competente

La competencia, entendida como el conjunto de facultades y atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico a un órgano estatal para el ejercicio de sus funciones, constituye un requisito esencial de toda decisión —siendo una garantía del debido proceso cuando ella puede afectar los derechos de las personas—, y es exigible no sólo respecto de aquellas emitidas por jueces o tribunales, sino también a las decisiones de los órganos administrativos (427) y legislativos (428).

En términos más específicos, la noción de competencia, consagrada en el artículo 8 de la Convención, ha sido asimilada al concepto de *juez natural*, que exige no sólo el establecimiento del tribunal por ley previa, sino también que se respeten determinados principios de atribución de la competencia.

La garantía del juez natural, prevista también expresamente en el artículo 18 de la Constitución Nacional (429), contiene dos prohibiciones, que deben ser analizadas por separado.

(425) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1996, pág. 451; THEA, FEDERICO G., “Los transplantes de derecho al servicio del poder”, *LL*, 2009-A, 778.

(426) Esta garantía del control judicial posterior, adquiere especial importancia en la revisión de las decisiones materialmente jurisdiccionales de órganos administrativos, como lo ha reconocido la CS al establecer los parámetros del control judicial suficiente en los ya citados casos *Fernández Arias* respecto de los tribunales administrativos, y *Angel Estrada*, en relación con las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores. CSJN, *Fernández Arias*, 1960, Fallos, 247: 646. CSJN, *Angel Estrada*, 2005, Fallos, 328: 651.

(427) Decreto Ley 19.549/72, artículo 7º, inc. a).

(428) CSJN, *Bussi, ya cit.*

(429) Hay otras disposiciones de la Constitución Nacional, como los artículos 5, 16, 23, 29 y 116, que de alguna manera también se refieren a esta garantía, siendo por lo tanto de gran utilidad para su interpretación. BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2006, 2ª ed., pág. 1141.

Por un lado, esta garantía impide la creación de fueros personales. Ello no obstaculiza el establecimiento de fueros reales o de causa, como por ejemplo el fuero militar —aunque cabe aclarar que su compatibilidad con los términos de la Convención Americana es discutida— (430). Sin embargo, tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como la de la CS (431), son coincidentes en que, en general, en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional; y en particular, en que el procesamiento de graves violaciones de derechos humanos corresponde a la justicia ordinaria.

En segundo lugar, la garantía del juez natural prohíbe que se cambie o altere la competencia del tribunal (432) que al momento de ocurrir los hechos debían entender en la causa judicial de acuerdo a la ley anterior, para transferirla a otro tribunal que reciba esa competencia después del hecho. Cabe aclarar, no obstante, que la CS ha interpretado esta exigencia en términos más laxos, considerando que sólo se produce una violación a esta prohibición cuando la sustracción arbitraria de una causa constituya, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada (433). Por su parte, cabe agregar que la arrogación de tribunales superiores de las decisiones que son

(430) CSJN, *López*, 2007, Fallos, 330: 399. En la Argentina, el Congreso Nacional sancionó recientemente la ley 26.394 de justicia militar, que deroga el código de justicia militar (ley 14.029). La nueva ley suprime los consejos de guerra permanente y dispone que los delitos cometidos por los militares, en actos del servicio, sean juzgados por los tribunales nacionales o federales según corresponda.

(431) Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, del 30-5-99, párr. 128; Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, ya cit.*, párr. 165; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne, ya cit.*, párr. 143; Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte, ya cit.*, párr. 117; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15-09-05, párr. 202; Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26-09-06, párr. 131; Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, del 29-11-06, párr. 142; Corte IDH, *Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, del 11-5-07, párr. 200; Corte IDH, *Caso Escué Zapata, ya cit.*, párr. 105; Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, del 4-7-07, párr. 66; Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, del 26-11-08, párr. 118. CSJN, *Mazzeo*, 2007, Fallos, 330: 3248; CSJN, *Videla, Jorge R.*, 1984, Fallos, 306: 2101. En el caso *López*, si bien la mayoría de los Ministros de la CS —siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH— entendieron que la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional, el voto concurrente de los Jueces Lorenzetti y Zaffaroni fue un paso más adelante, declarando la inconstitucionalidad de los tribunales militares (actualmente derogados por la ley 26.394). Los Ministros señalaron que los tribunales militares “no pueden considerarse jurisdicción en sentido constitucional ni internacional, sino tribunales administrativos incompetentes para aplicar penas, ya que no hay argumento alguno que permita que funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo y sometidos a sus órdenes, apliquen leyes penales, por lo cual sólo pueden actuar en estado de necesidad y en los estrictos límites que para éste marca el propio Código Penal”. CSJN, *López*, 2007, Fallos, 330: 399.

(432) Cabe aclarar que, con la expresión *tribunal* o *juez*, se hace referencia al órgano judicial y no a las personas físicas que lo integran. Por lo tanto, su reemplazo no comporta una violación de la garantía del juez natural. CSJN, *Juárez*, 2004, Fallos, 327: 4272.

(433) CSJN, *Grisolia*, 1956, Fallos, 234: 482.

competencia *natural* de los inferiores también constituye una violación a la prohibición explicada precedentemente (434).

Por último, resta señalar brevemente que, aun cuando diversas cláusulas constitucionales hacen alusión a los juicios por jurados (435), la doctrina mayoritaria ha entendido que su inexistencia actual no implica una omisión legislativa inconstitucional, ni comporta un agravio concreto al supuesto derecho del enjuiciado a contar con la garantía de un jurado en el proceso penal que se tramita en su contra (436).

e) Independiente

La garantía de *independencia* de los órganos del Estado implica tanto la autonomía que debe regir sus relaciones mutuas (437) —exigida por el principio de división poderes—, como también la inexistencia de intereses privados —ya sean propios de las personas que integran los órganos estatales, o ajenos— que puedan tener tal incidencia en sus decisiones, que conduzcan a una desnaturalización de la defensa de los intereses públicos por los que deben velar.

La independencia respecto de intereses privados trata de asegurarse, entre otras formas, estableciendo condiciones o requisitos de elegibilidad para los cargos, previendo ciertas inmunidades para los funcionarios (438), y prescribiendo inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de las respectivas funciones (439).

Sin embargo, la custodia de la independencia como garantía del debido proceso legal parece requerir mayores cuidados en los órganos judiciales debido a las constantes y fuertes presiones provenientes del poder político, tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo. Así, la independencia de los jueces exige, por mandato constitucional, condiciones especiales para su

(434) En el mismo sentido: CSJN, *Caballero*, 2005, Fallos, 328: 3946. Considerando 9º del voto de la Jueza Carmen M. Argibay. La práctica del *per saltum* sin ley que lo autorice —efectuado por la CS en los resonantes casos *Dromi* (Fallos, 313:630) y *Rodríguez* (Fallos, 320:2851)— constituye asimismo, para nosotros, una violación de la garantía de juez natural.

(435) Artículos 24, 75 inc. 12, y 118 C.N.

(436) BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, *op. cit.*, pág. 302; Badeni, *op. cit.*, pág. 1144; CN PEF, Sala II, *F., J.I., ED*, 130-602, en especial el voto del Dr. Hendler. (Citado en MILLER, GELLI y CAYUSO, *op. cit.*, pág. 341).

(437) Es decir, la *no interferencia* de un órgano en los asuntos del otro. Cabe aclarar que, obviamente, esta autonomía se ve necesariamente condicionada por el mecanismo de frenos y contrapesos que presupone el principio de división de poderes en todo sistema democrático.

(438) Ver los artículos 68, 69 y 70 C.N y la Ley N° 25.320 de Régimen de Inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados.

(439) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 26.097); Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 24.759); Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública.

nombramiento (440); límites para las sanciones disciplinarias y/o la destitución (441); intangibilidad de sus remuneraciones (442); e incluso inamovilidad por traslado (443).

Asimismo, la plena independencia de los jueces requiere, con carácter primordial, que el financiamiento del aparato judicial esté en sus propias manos —o que exista al menos cierto grado de participación del Poder Judicial en su elaboración— (444) y que esta tarea no dependa exclusivamente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

(440) Luego de la reforma constitucional de 1994, el órgano encargado de llevar adelante los procesos de selección de los magistrados es el Consejo de la Magistratura (art. 114). El nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia es efectuado por el PEN con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes (Art. 99, inc. 4º —primer párrafo— C.N., reglamentado por Decreto N° 222/03). Los demás jueces de los tribunales federales inferiores son nombrados por el PEN en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. (Art. 99, inc. 4º —segundo párrafo— C.N.). La incorporación del Consejo de la Magistratura en la reforma constitucional de 1994 pretendía sanear y dotar de mayor transparencia el proceso de selección de los jueces. Sin embargo, la incompleta e imprevisora redacción del texto constitucional, deja la puerta abierta para que ocasionales mayorías parlamentarias creen condiciones incompatibles con la independencia del Poder Judicial. (Sobre este tema, ver: Thea, Federico G., “Los trasplantes de derecho al servicio del poder”, *op. cit.*). En relación con el nombramiento y la destitución de los jueces, la Corte IDH ha señalado que deben establecerse procedimientos estrictos que, siguiendo el principio de la separación de los poderes, garantice la independencia de los jueces. Corte IDH, Caso *del Tribunal Constitucional vs. Perú*, *ya cit.*, párrs. 73-75.

(441) El art. 110 C.N. consagra la inamovilidad de los jueces mientras dure su *buena conducta*. Las facultades disciplinarias están a cargo del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento (arts. 114 y 115 C.N.).

(442) El art. 110 C.N. establece asimismo que los jueces recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permanezcan en sus funciones. La CS ha interpretado que la finalidad de esta cláusula constitucional “*es prevenir ataques financieros de los otros poderes sobre la independencia del judicial, pero no protege a la compensación de las disminuciones que indirectamente pudieran proceder de circunstancias como la inflación u otras derivadas de la situación económica general, en tanto no importen un asalto a la independencia de la justicia por ser generales e indiscriminadamente toleradas por el público*”. CSJN, *Chiara Díaz*, 2006, Fallos, 329: 385. Voto de los jueces Enrique S. Petracchi y Juan C. Maqueda; CSJN, *Mill de Pereyra*, 2001, Fallos, 324: 3219. En relación con el pago de tributos, la CS tiene dicho que “*el Impuesto a las Ganancias aplicado a las remuneraciones judiciales contradice la garantía de intangibilidad consagrada en el art. 110 de la Constitución Nacional*”. CSJN, 2006, Fallos, 329: 1092, manteniendo la jurisprudencia del precedente CSJN, *Rodolfo Medina*, 1923, Fallos, 176: 73.

(443) CSJN, *Acordada sobre traslado de Jueces Federales*, 1945, Fallos, 201: 245.

(444) Por ejemplo, el artículo 116 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé entre las funciones reservadas al Tribunal Superior de Justicia “*Proyectar el presupuesto y administrar los recursos que la ley le asigne al Poder Judicial*” (inciso 6º).

f) Imparcial

La *imparcialidad* supone que las personas integrantes de los órganos estatales con competencia para adoptar decisiones públicas, no tengan prejuicios o intereses personales de ningún tipo en relación con las partes en un proceso, que puedan afectar la rectitud de su pronunciamiento. Los mecanismos más usuales para resolver estas cuestiones son la recusación y la inhibitoria.

La garantía de imparcialidad es exigible tanto en el proceso judicial como en el procedimiento administrativo, y en el proceso de sanción de leyes constituye, por su parte, un presupuesto indispensable para concederle un valor epistémico a la democracia deliberativa, en particular, a la regla de la mayoría que ella supone (445).

Por ello, considerando el amplio ámbito en que debe exigirse esta garantía, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública establece que *todas las personas que se desempeñen en la función pública* (art. 1º) *deben abstenerse de intervenir en todo asunto respecto del cual se encuentren comprendidos en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil* (art. 2º, inc. i) (446).

La CS tiene dicho, siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH (447), que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos y que, por lo tanto, *la justicia no sólo debe ser hecha, sino que también debe verse que se hace* (448).

En los procesos penales, la imparcialidad está íntimamente relacionada con otra garantía que se analizará más adelante: La presunción de inocencia (449). Así, en concordancia con los estándares internacionales, (450) la CS tiene dicho que en los procesos penales no podrá formar parte del tribu-

(445) Nino, *op. cit.*, págs. 166-187.

(446) El ámbito de aplicación de la Ley 25.188 es muy amplio. Así, el artículo 1º establece que sus disposiciones se aplican "[...] *sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado*".

(447) Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, del 2-7-04, párr. 170.

(448) La CS citó el adagio "*justice must not only be done: it must also be seen to be done*" en: CSJN, *Dieser*, 2006, Fallos, 329: 3034 (haciendo suyo el dictamen del Procurador Fiscal de la Nación).

(449) CIDH, *Informe N° 5/96, ya cit.*

(450) El dictamen del Procurador Fiscal de la Nación, que la CS hace suyo, cita entre otros: El Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en Materia Penal; el Caso *Herrera Ulloa* de la Corte IDH, *ya cit.*; el *Informe N° 5/96* de la CIDH, *ya cit.*; y los casos *Delcourt vs. Bélgica* y *De Cubber vs. Bélgica* de la Corte EDH.

nal quien haya intervenido anteriormente, en cualquier función o instancia, en la misma causa (451).

g) Establecido con anterioridad por la ley

El establecimiento de los jueces o tribunales por ley previa es una garantía procesal que está íntimamente vinculada con la competencia, y que tiene por objetivo impedir la creación de tribunales *ad hoc*. Es por ello que, generalmente, suelen encuadrarse ambos requisitos dentro del concepto de juez natural (452).

Esta garantía implica, además, el requisito de que los jueces sean nombrados de acuerdo a los procedimientos establecidos previamente por cada ordenamiento jurídico. Así, en nuestro país, como se ha apuntado, el único procedimiento que contempla la Constitución Nacional para nombrar a los jueces inferiores es el establecido en el artículo 99, inc. 4°. Por tal motivo, puede considerarse que las subrogancias judiciales que no respeten los procedimientos establecidos previamente por cada ordenamiento jurídico para el nombramiento de los jueces —declaradas inconstitucionales por la CS (453), con otros argumentos y con efecto diferido (454), en el caso “Rosza” (455) —, resultan contrarias al artículo 8.1 de la Convención Americana (456).

2 (i). Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad

La *presunción de inocencia*, al igual que todo el elenco de garantías procesales previsto en los incisos 2° a 5° del artículo 8 de la Convención —que se analizan a continuación—, está dirigida expresa y principalmente a los procesos penales. No obstante, la interpretación amplia sobre el ámbito material de aplicación del debido proceso legal que surge de la jurisprudencia de la Corte IDH, permite concluir que todas estas garantías procesales, en cuanto sean compatibles, son exigibles no sólo en los procesos penales, sino tam-

(451) CSJN, *Llerena*, 2005, Fallos, 328: 1491. CSJN, *Dieser*, 2006, Fallos, 329: 3034. En especial el considerando 2° del voto de la Jueza Carmen M. Argibay.

(452) Por ejemplo, la Corte IDH decidió en el Caso *Ivcher Bronstein* que la creación de Salas y Juzgados Transitorios Especializados, y la designación de jueces que integraran los mismos, en el momento en que ocurrían los hechos del caso, no garantizó el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos “con anterioridad por la ley”, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein*, *ya cit.*, párr. 117.

(453) CSJN, *Rosza*, 2007, Fallos: 330: 2361.

(454) Maraniello, Patricio A., “Declaración de inconstitucionalidad con efecto diferido (Caso “Rosza”)”, *LL*, 2007-D, 67.

(455) *Ibidem*.

(456) En sentido concordante, y con críticas al fallo citado, se pronuncia Edwards, Carlos E. “La inconstitucionalidad de la designación de los jueces subrogantes en el proceso penal”, *LL*, 2007-C, 580. Un análisis detallado del tema en: Badeni, *op. cit.*, págs. 1799-1817.

bién en todo tipo de proceso en que esté en discusión la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, ya sean de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (457).

Así, siguiendo esta pauta interpretativa, puede afirmarse que la presunción de inocencia es una garantía procesal aplicable —con distintos matices— a todos los tipos de proceso. Esta garantía supone, en términos generales, que es la parte demandante o acusadora la que tiene la carga de probar la responsabilidad del acusado o demandado —ya sea la existencia del hecho ilícito o dañoso, la autoría del hecho, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, o el dolo o culpa del acusado—.

En materia civil, se aplica de manera bastante atenuada, aceptándose, por ejemplo, el principio de la carga dinámica de la prueba, la responsabilidad objetiva, las presunciones para acreditar el dolo o la culpa, etc.

En materia penal, en cambio, la garantía de presunción de inocencia es mucho más fuerte, y exige que se pruebe fuera de toda duda razonable la culpabilidad del acusado, quien debe gozar en todo momento del beneficio de la duda, y debe ser tratado como si fuera inocente hasta el momento en que sea declarado culpable de los hechos que se le imputan, por sentencia judicial firme (458).

La Corte IDH ha señalado que en la presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada (459). En igual sentido, se ha dicho que esta garantía exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal, debiendo ser absuelta en caso de que la prueba sea incompleta o insuficiente (460).

Para concluir, es importante resaltar que la presunción de inocencia obliga a todas las autoridades públicas a garantizar que las personas —en especial las acusadas de un delito— sean tratadas como si fueran inocentes hasta que se demuestre lo contrario, fuera de toda duda razonable y mediante una

(457) Ver por ejemplo la aplicación de este principio en materia de migraciones, en CSJN, *Zhang, Hang*, 2007, Fallos, 330: 4554. Sobre el ámbito material de aplicación del artículo 8 de la CADH, ver *supra*, § II. c).

(458) UN Human Rights Committee, 21st Session, 13/04/84, *General Comment N° 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law* (Art. 14 CCPR), párr. 7.

(459) Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, del 12-11-97, párr. 77.

(460) Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, del 18-8-00, párr. 120. En igual sentido: CSJN, *Miguel, Jorge*, 2006, Fallos, 329: 5629, indicando que “[l]a sentencia condenatoria que se basa en el reconocimiento impropio practicado en virtud de la aparición televisiva del imputado, afecta el principio in dubio pro reo que deriva de la presunción de inocencia [...]”.

sentencia firme (461). Por ello, la prisión preventiva (462), así como otras formas de afectación de la libertad personal de personas no condenadas por sentencia firme (463), deben reputarse, en principio, y sin perjuicio de ciertas excepciones (464), incompatibles con el respeto de la garantía de presunción de inocencia.

2 (ii). *Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal

Evidentemente, si una persona no comprende el idioma utilizado en un proceso del que es parte, no podrá de ninguna manera participar de forma útil en él, todas las garantías del debido proceso resultarán obsoletas, y se verá totalmente obstaculizado su derecho de defensa (465). Así, el derecho de las personas a comprender los procesos en que sus derechos u obligaciones están en juego es tan básico y elemental, que el Estado tiene la obligación de garantizarlo en forma totalmente gratuita, y desde el comienzo mismo del proceso.

El propósito de este derecho es asegurar que las personas cuyos derechos u obligaciones estén siendo discutidos en el marco de un proceso, conozcan y entiendan las actuaciones que se están llevando adelante, la situación en que se encuentran, y que puedan ser oídos y entendidos por los órganos estatales correspondientes.

Si bien la referencia al *inculpado* en el inciso bajo análisis pareciera limitar este derecho a las personas con cargos penales en su contra, cabe recordar que las garantías enumeradas en el segundo párrafo del artículo 8 de la Convención también deben ser aplicadas, en cuanto sean compatibles, a los

(461) Así, la Corte IDH consideró contraria a la presunción de inocencia la exhibición de una persona ante los medios de comunicación vestido con un traje infamante, a rayas, como los que usan los presos, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado. Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, ya cit., párr. 46 d); Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, ya cit., párr. 119.

(462) Según la jurisprudencia de la Corte IDH, la desproporcionada duración de la detención preventiva no sólo lesiona el derecho a la libertad personal, sino que también viola la presunción de inocencia. Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, ya cit., párrs. 77-78.

(463) En el Caso *Bulacio*, la Corte IDH decidió que las *razzias* eran incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales, entre otros, de la presunción de inocencia. Corte IDH, Caso *Bulacio*, ya cit., párr. 137.

(464) Para ampliar sobre la afectación a la libertad personal en general, y acerca de la prisión preventiva en particular, ver el comentario del artículo 7.5 de la Convención.

(465) UN Human Rights Committee, *General Comment N° 13*, ya cit., párr. 13.

demás procesos, y por todos los órganos del Estado. No resulta ocioso insistir en este punto porque, en la práctica, puede advertirse cómo los órganos administrativos y legislativos omiten dar cabal cumplimiento a todas las garantías procesales del debido proceso; y el derecho de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete no es una excepción a esta lamentable regla de incumplimiento.

Este derecho se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales, y en el caso particular de la República Argentina, reviste aun mayor relevancia respecto de los pueblos originarios, cuya *participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten* deviene imperativa por mandato constitucional (466).

b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada

El derecho del inculpado de recibir una comunicación *previa y detallada* de la acusación formulada en su contra guarda íntima relación con el derecho a que se le conceda el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, que se analiza en el apartado siguiente (artículo 8.2.c de la Convención Americana).

La jurisprudencia de la Corte IDH ha seguido, para la aplicación e interpretación de este derecho, la ya citada Observación General N° 13 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que indica en la parte pertinente que “*el derecho a ser informado ‘sin demora’ de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. [...] este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 (del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa*” (467).

(466) Constitución Nacional, artículo 75, inc. 17. El derecho de los pueblos originarios a la traducción de los procesos en que se debaten cuestiones que pueden afectar sus intereses, ha sido recientemente reconocido por la SC de Salta, en el fallo *Comunidad Eben Ezer c/ Everest S.A.; Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Salta s/ Amparo - Recurso de apelación*, LLNOA, 2007 (noviembre), pág. 1011. En este caso, se hizo lugar a la acción de amparo deducida por una comunidad indígena a fin de que se declare la nulidad del procedimiento administrativo referido a una iniciativa privada para el desmonte de miles de hectáreas, entre otros motivos, por encontrarse viciada la audiencia pública realizada, que fue llevada a cabo sin la traducción a la lengua Wichi y sin la presencia de los amparistas.

(467) UN Human Rights Committee, *General Comment N° 13, ya cit.*, párr. 8.

Así, la Corte IDH ha dicho, en forma reiterada, que “*el artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa.*” (468) Asimismo, ha señalado que “*es preciso considerar particularmente la aplicación de esta garantía cuando se adoptan medidas que restringen el derecho a la libertad personal*” (469).

El derecho a recibir una comunicación previa y detallada, no es exclusiva de los acusados en procesos penales, sino que es un requisito inexcusable, en todo tipo de proceso, que los litigantes tengan noticia o conocimiento tanto de su promoción como de cada una de sus etapas, en las cuales el ejercicio de alguno de sus derechos pueda ser afectado. Así, esta garantía procesal exige establecer formalidades de notificación de los actos procesales, que, lógicamente, difieren con diversos matices en los distintos tipos de proceso.

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa

Con el propósito de garantizar que las personas puedan preparar en forma apropiada la defensa de sus derechos, este inciso contempla en forma conjunta dos exigencias: Por un lado, que se otorgue *tiempo suficiente* para el ejercicio del derecho de defensa; y por el otro, que se concedan los *medios adecuados* para hacerlo.

La determinación de cuánto tiempo es adecuado o suficiente, dependerá de las circunstancias de cada caso (470). Si bien la jurisprudencia no ha establecido en forma expresa ningún estándar para evaluar la adecuación del tiempo para la preparación de la defensa, parecen perfectamente aplicables a este punto los criterios sentados por la Corte IDH para analizar la razonabilidad del plazo de duración del proceso, es decir, i) la complejidad del asunto, ii) la actividad procesal del interesado y iii) la conducta de las autoridades judiciales. Esta parece haber sido la solución seguida por la Corte IDH en el *Caso del Tribunal Constitucional*, para decidir que el plazo (inicialmente de 48 horas, y luego extendido a una semana) otorgado para ejercer la defensa de los acusados, fue extremadamente corto, considerando la necesidad del

(468) Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, del 7-9-04, párr. 187; Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, del 24-6-05, párr. 118; Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne, ya cit.*, párr. 225; Corte IDH, *Caso López Alvarez vs. Honduras*, del 1-2-06, párr. 149.

(469) Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne, ya cit.*, párr. 225; Corte IDH, *Caso López Alvarez vs. Honduras, ya cit.*, párr. 149.

(470) UN Human Rights Committee, *General Comment N° 13, ya cit.*, párr. 9.

examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado (471).

El tiempo adecuado para la preparación de la defensa se aplica a todas las etapas del proceso, exigiéndose por lo tanto, la notificación —con tiempo razonable de anticipación— de todos los actos procesales que puedan afectar el derecho de defensa del acusado. Este criterio ha sido aplicado por la Corte IDH en el *Caso Chaparro Alvarez*, al decidir que la notificación de la realización de una pericia con dos horas y cincuenta y cinco minutos de antelación, que hizo imposible la presencia de los abogados defensores, resultó violatoria del derecho consagrado en el artículo 8.2.c) de la Convención Americana (472).

Por su parte, los medios adecuados para la preparación de la defensa incluyen, además del derecho a ofrecer y producir prueba que veremos al analizar el inciso f), el conocimiento completo de los cargos (473), la realización de todas las diligencias probatorias conducentes para ejercer el derecho de defensa (474), así como el acceso a todos los documentos (475) y testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa (476).

d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor

En primer lugar, este inciso consagra el derecho de toda persona a elegir si desea defenderse personalmente o si prefiere contar con un abogado defensor, y, en este último caso, a escogerlo sin restricciones (477). Esta garantía

(471) Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, ya cit., párrs. 80-83. En el *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, ya cit., párrs. 141-142, la Corte IDH declaró que Perú había violado el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención, en tanto los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían.

(472) Corte IDH, *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez. vs. Ecuador*, del 21-11-07, párrs. 151-154.

(473) Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, ya cit., párr. 141; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, ya cit., párr. 83.

(474) Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, ya cit., párr. 127.

(475) Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, del 25-11-05, párr. 155. En este caso, la Corte IDH decidió que la falta de notificación fehaciente de la sentencia que absolvió a la presunta víctima (que fue simplemente leída en acto público), violó la garantía consagrada en el artículo 8.2.c) de la Convención Americana, en tanto impidió a los representantes de la víctima hacer referencia a dicho documento al momento de presentar sus alegatos ante la Corte Suprema, en relación con el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público contra dicha sentencia absolutoria. En sentido concordante: CSJN, *Scilingo*, 1997, Fallos, 320: 854.

(476) UN Human Rights Committee, *General Comment N° 13*, ya cit., párr. 9.

(477) En el mismo sentido, ver el voto razonado de la Jueza Carmen M. Argibay, en: CSJN, *López, Ramón Angel*, 2007, Fallos, 330: 399. Sin embargo, según la Corte IDH, en opinión que no nos parece del todo afortunada, “la disposición que niega la

procesal se ve complementada, a su vez, por el inciso siguiente del artículo 8.2 —cuyos alcances se estudian a continuación—, según el cual, cuando una persona no ha optado por ninguna de las dos opciones señaladas precedentemente, el Estado debe proporcionarle al acusado, un defensor que lo asista.

El ámbito de aplicación del derecho a contar con un abogado defensor se extiende a todo tipo de proceso (478), y a todas sus etapas —desde el momento de la detención (479), hasta el final del proceso y sus instancias de revisión— (480); ya sea que la persona se encuentre actuando en calidad de querellante o acusado, actor o demandado (481), o como parte en un procedimiento administrativo (482).

Ahora bien, cabe indagar, asimismo, cuál es el alcance del derecho de la persona a defenderse personalmente, porque, evidentemente, la posibilidad real de defenderse a sí mismo de una persona que cuenta con todas las herramientas técnicas para hacerlo, no es igual que la de alguien sin esa versación en el ejercicio de la abogacía.

En el ámbito de los procedimientos administrativos, la jurisprudencia de la Cámara Federal Argentina no ha hecho diferencia entre ambos supuestos (483), aun cuando podría pensarse que el patrocinio letrado debe ser obligatorio cuando se debaten cuestiones jurídicas (484).

En cambio, en los procesos penales, la CS sí ha efectuado esta distinción, señalando que “[t]oda vez que el objeto de la defensa es la tutela de la libertad y de los derechos individuales, y su ejercicio se refiere tanto a la defensa material, en cabeza del propio imputado, como a la defensa técnica, a cargo de quien se encuentra habilitado legalmente para ello, la posibilidad de autodefenderse sólo puede tener lugar cuando el juez reconozca en el encausado la aptitud que le permita hacer valer eficazmente sus derechos en el juicio.” (485).

posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculcado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d de la Convención”. Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, ya cit., párr. 147.

(478) En los casos *Moyano y Sueldo*, la CS trató la situación de personas procesadas por faltas o contravenciones. CSJN, *Sueldo, Julio César*, 1984, Fallos, 306: 821; CSJN, *Moyano, Marcelina*, 1976, Fallos, 296: 65. (Citados en MILLER, GELLI Y CAYUSO, *op. cit.*, pág. 457).

(479) Corte IDH, *Caso López Alvarez vs. Honduras, ya cit.*, párr. 152; Corte IDH, *Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez. vs. Ecuador, ya cit.*, párr. 158.

(480) CSJN, *Arnaiz, Félix y otros*, 1957, Fallos, 237: 158.

(481) CSJN, *Peirano Basso, Juan*, 2006, Fallos, 329: 1219.

(482) Decreto Ley 19.549/72, artículo 1º inc. f.1)

(483) CN CAF, Sala II, 18/08/05, *Marassi, Julio Carlos c/ Ministerio del Interior*; CN CAF, Sala III, 05/09/02, *Lecuona, Daniel C. c/ Gasnor S.A.*

(484) BALBÍN, CARLOS, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, págs. 615-616.

(485) CSJN, *Cano, Antonio*, 2002, Fallos, 325: 157.

Así, la CS parece considerar que la defensa de una persona en los procesos penales comprende dos aspectos distintos: Uno *material*, que está en cabeza del propio acusado, y otro *técnico*, que puede ser ejercido por él mismo, pero sólo cuando posea las aptitudes o habilidades profesionales para hacerlo eficazmente.

Sin embargo, esta regla podría ceder en casos excepcionales, como por ejemplo cuando una persona alegue una objeción de conciencia o religiosa, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, para no utilizar la defensa profesional y defenderse a sí mismo o, como se verá en el apartado siguiente, para no defenderse ni por sí ni por terceros. Obviamente estas excepciones deberán ser aplicadas con sumo cuidado y con carácter restrictivo, imponiendo en caso de duda la designación de un defensor letrado (486).

En segundo término, este inciso prevé el derecho del acusado de comunicarse libre y privadamente con su defensor. La Corte IDH se ha referido a este punto en más de una oportunidad (487), y con cita de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales (488), tiene establecido que *“a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación”* (489).

Tal es la relevancia y el alcance de este derecho, que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que la posibilidad de que los abogados defensores se comuniquen en forma absolutamente confidencial con sus clientes, y que los puedan asesorar y representar de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte, constituye un verdadero *medio para la preparación de la defensa* (490).

(486) GELLI, *op. cit.*, págs. 238-239. Sobre la objeción de conciencia y sus límites, ver en esta misma publicación el comentario de Diego M. Papayannis al Art. 12 de la Convención Americana.

(487) Corte IDH, Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador, ya cit.*, párr. 79; Corte IDH, Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, ya cit.*, párr. 148; Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú, ya cit.*, párr. 127; Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú, ya cit.*, párrs. 167-168.

(488) *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales*, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) de 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

(489) Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, ya cit.*, párr. 139; Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú, ya cit.*, párr. 166.

(490) UN Human Rights Committee, *General Comment N° 13, ya cit.*, párr. 9.

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley

Como se expuso en el apartado anterior, el derecho a elegir un abogado o defenderse por sí mismo es complementado por esta garantía —en principio— *irrenunciable*, según la cual, cuando una persona no opta por ninguna de las dos opciones dentro del plazo establecido por la ley, el Estado tiene la obligación de proporcionarle un abogado. Tal como se ha aclarado, de acuerdo a la jurisprudencia de la CS, también debe darse cumplimiento a esta garantía en aquellos casos en que, si bien la persona acusada ha elegido defenderse a sí misma, no posee las capacidades técnicas necesarias para hacerlo eficazmente.

El inciso bajo análisis nada dice respecto de la gratuidad u onerosidad del defensor que debe ser proveído por el Estado en los supuestos mencionados. En relación con este punto, la Corte IDH ha señalado en la *Opinión Consultiva OC 11/90*, que “*así como la Convención garantiza el derecho de asistencia legal en procedimientos penales...como no ordena que la asistencia legal, cuando se requiera, sea gratuita, un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente*” (491).

Así, puede interpretarse que la garantía de proveerle un defensor letrado al acusado que no haya elegido un abogado, lleva necesariamente implícita la obligación para el Estado de hacerse cargo de la *remuneración que según la legislación interna le pueda corresponder al defensor*, debiendo garantizar que la asistencia legal proporcionada al acusado sea totalmente gratuita para él. En la Argentina, la legislación nacional (492) prevé que, en los procesos penales, los defensores públicos oficiales deben “*ejercer la defensa de los imputados en las causas que tramitan ante la justicia en lo criminal y correccional, en los supuestos en que se requiera conforme lo previsto por el Código Procesal Penal de la Nación*” (493). Por su parte, en los demás procesos, también es aplicable esta garantía, tanto para actores como para demandados, pero restringido a “*quienes invoquen y justifiquen pobreza o se encuentren ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos*” (494).

Como se ha visto, el correcto desempeño de los abogados defensores constituye un verdadero medio para la preparación de la defensa del acusado. En consecuencia, resulta evidente que la asistencia letrada suministrada por el Estado en cumplimiento de la garantía bajo análisis debe ser inde-

(491) Corte IDH, OC-11/90, *ya cit.*, párr. 25.

(492) Cabe aclarar que cada provincia tiene su propia legislación sobre el tema.

(493) Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946, artículo 60 inc. b)

(494) Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946, artículo 60 inc. a)

pendiente y efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas (495). La CS ha extendido este criterio a otros supuestos, considerándolo aplicable no solamente cuando el Estado ha designado un defensor oficial, sino incluso cuando el acusado ha elegido a su abogado, señalando que “no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es necesario además que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor.” (496)

Para terminar, cabe recordar nuevamente que, aun cuando el inciso bajo análisis se refiere al derecho *irrenunciable* de ser asistido por un defensor, ello no constituye un deber en términos absolutos para el acusado, quien alegando y probando una verdadera objeción de conciencia o religiosa, tendrá el derecho constitucional a renunciar a esta garantía procesal.

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

La referencia a la *plena igualdad* con que las personas deben gozar las garantías procesales del debido proceso, efectuada al comienzo del segundo párrafo del artículo 8.2, es subyacente a los principios de igualdad y no discriminación consagrados por la Convención Americana en sus artículos 1 y 24, y se traduce en términos procesales, en el principio de contradicción, previsto implícitamente por el inciso f) bajo análisis.

Así, si bien una lectura literal podría sugerir que este inciso sólo hace referencia al derecho de hacer comparecer e interrogar testigos, peritos u otras personas frente al tribunal, una interpretación teleológica, sistemática y dinámica del texto convencional, permite afirmar que su alcance es muchísimo más amplio, y que, en rigor de verdad, el artículo 8.2.f) de la Convención Americana consagra el principio de contradicción, en virtud del cual, cada parte en un proceso, debe ser puesta en condiciones de conocer y rebatir los argumentos y las pruebas aducidos por la contraria, garantizándose el derecho de los litigantes de ofrecer, y exigir la producción, de todas las medidas de prueba que estimen conducentes en sustento de sus fundamentos.

(495) Corte IDH, Caso *Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez. vs. Ecuador*, ya cit., párr. 159. En este caso, la Corte IDH decidió que la actitud de la defensora pública asignada (quien no estuvo durante el interrogatorio y sólo se hizo presente para que pudiera iniciar la declaración y al final de la misma, para firmarla) fue claramente incompatible con la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular.

(496) CSJN, *Iguait Pérez*, 2004, Fallos, 327: 103. (Del dictamen del Procurador Fiscal que la CS hace suyo). En este caso, la CS hizo lugar al pedido del acusado de declarar la nulidad del escrito presentando por quien fuera su defensor —quien falleció a causa de una enfermedad— porque en razón de afecciones a su intelecto no pudo proporcionar una efectiva y sustancial asistencia técnica en la defensa.

En este sentido, la Corte IDH tiene establecido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para que exista el mayor equilibrio entre las partes, explicando que ello implica, entre otras cosas, que rija el principio contradictorio (497). Así, en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, la Corte IDH decidió que el Estado había violado, entre otras tantas, la garantía contemplada en el artículo 8.2.f) de la Convención, por la realización de varias diligencias probatorias, en el proceso penal seguido contra miembros innominados de la Comunidad Yakye Axa —declaraciones de testigos, levantamientos de datos de los miembros de la Comunidad, inspecciones en el lugar de los hechos—, sin que pudieran presentar pruebas de descargo ni interrogar a los testigos propuestos por la contraparte (498).

El derecho de ofrecer y producir prueba es básico para la preparación de la defensa, y es por ello que el rechazo injustificado de cualquier prueba que pudiera haber sido de utilidad para la posición de una parte, puede acarrear la nulidad de la decisión que se adopte, ya sea que se trate de un acto administrativo o de una sentencia, penal, civil o de cualquier otro carácter (499).

Sin perjuicio del amplio ámbito de aplicación del principio contradictorio, debe reconocerse que en el proceso penal adquiere un vigor mucho mayor, obviamente a favor del acusado (500), revistiendo especial importancia la posibilidad de *examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa*, como lo ha señalado en forma reiterada la Corte IDH (501).

(497) Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne, ya cit.*, párr. 178; Corte IDH, OC-17/02, *ya cit.*, párr. 132.

(498) Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, del 17-6-05, párrs. 115-116.

(499) Como señala O'Donnell, la jurisprudencia internacional, por lo general, reconoce la violación a esta garantía: a) cuando la naturaleza de la prueba parece haber sido de crucial importancia para la resolución de las cuestiones bajo consideración; b) cuando existe un patrón de denegación sistemática de las ofertas y solicitudes de parte de la defensa; y, c) cuando se pone manifiesto un desequilibrio entre las partes en violación del principio de igualdad. O'DONNELL, DANIEL, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pág. 425.

(500) Obviamente, como recuerda GORDILLO, los derechos humanos no son para sino contra el Estado, y por ello si bien la ley procesal penal puede otorgar facultades al Ministerio Público para ejercer la persecución penal del Estado, no puede otorgarle garantías. GORDILLO, AGUSTÍN, "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado", *LL*, 1997-F, 696.

(501) Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, ya cit.*, párr. 153; Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú, ya cit.*, párrs. 127-128; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, ya cit.*, párr. 83; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein, ya cit.*, párrs. 104, 106 y 110; Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, ya cit.*, párrs. 183-185; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, del 31-8-04, párr. 164; Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, ya cit.*, párrs. 152-154.

Por su parte, la CS en el caso “Benítez” decidió que la incorporación por lectura de declaraciones en el marco del art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación, en razón de que resultaron infructuosas las numerosas diligencias para lograr la comparecencia del testigo a la audiencia, no basta para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba. Así, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la CS agregó que *“lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de ‘incorporación por lectura,’ el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado”* (502).

g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable

La confesión del acusado obtenida compulsivamente, obligándolo a declarar contra sí mismo, es una especie —junto con, por ejemplo, la violación del domicilio o de la correspondencia epistolar y los papeles privados— (503) dentro del género de pruebas ilegales, las que, en virtud de la *regla de la exclusión*, no pueden ser utilizadas por el Estado para condenar o proseguir un proceso penal en contra de una persona.

El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable es reiterado por la Convención Americana en el artículo 8.3, al establecer que *“la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”*, por lo que cabe posponer para dicho apartado el análisis en particular de esta garantía.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la enumeración de las garantías procesales del debido proceso —como ya fuera señalado— no es taxativa, y que su número es susceptible de ampliación a partir de una interpretación teleológica, sistemática y dinámica del texto convencional, resulta de interés aprovechar este punto para repasar brevemente los alcances de la regla de la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente, e indagar asimismo si esta regla es realmente una garantía procesal adicional o si, por el contrario, se la puede considerar incluida entre las contempladas por el artículo 8 de la Convención Americana.

Como ha sido sostenido en varias oportunidades por la CS, no puede otorgarse valor a la prueba obtenida como consecuencia de la violación de garantías constitucionales y apoyar en ella una sentencia judicial, no sólo porque es contradictorio con el reproche formulado al acusado y porque compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla beneficiaria

(502) CSJN, *Benítez, Anibal*, 2006, Fallos, 329: 5556.

(503) Garantías previstas expresamente por el Art. 18 C.N.

del hecho ilícito (504), sino, fundamentalmente, porque desconoce en forma palmaria el derecho al debido proceso que tiene toda persona (505).

Siguiendo este razonamiento, la doctrina ha interpretado que la regla de la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente comporta un verdadero mandato constitucional, hallando su fundamento normativo en el artículo 18 de la Carta Magna y en las diversas garantías procesales allí previstas (506). En sentido concordante, es posible afirmar que, no obstante la estrechez de su texto, este inciso de la Convención Americana —interpretado en forma integral con el resto del artículo 8—, antes que reproducir solamente una garantía procesal específica, está consagrando una verdadera regla del debido proceso, cuyo ámbito de aplicación no se restringe sólo al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, sino que se extiende más allá, exigiendo la legalidad de todas las medidas probatorias.

La determinación de la legalidad o ilegalidad de la prueba obtenida, así como el alcance y la extensión de la regla de la exclusión, deben analizarse y establecerse en cada caso concreto, no siendo posible efectuar su aplicación de modo automático (507). En dicha labor, se deberá equilibrar, a partir de un control de razonabilidad, la posible tensión entre, por un lado, la tutela de bienes esenciales de la sociedad que persigue el proceso penal —y la verdad objetiva que procura establecer—, y por el otro, la protección de los derechos y garantías de aquellos acusados de lesionar tales bienes (508).

(504) CSJN, *Charles Hermanos*, 1991, Fallos, 46: 36; CSJN 10/12/81, *Montenegro, Luis*, 1981, Fallos, 303: 1938; CSJN, *Fiorentino, Diego*, 1984, Fallos, 306: 1752.

(505) CSJN, *Rayford*, 2006, Fallos, 308: 733 (Considerando 5°).

(506) CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 3ª ed. Actualizada y ampliada, pág. 190.

(507) Sobre el alcance y la extensión de la regla de la exclusión, cabe señalar —sintéticamente—, que según la *teoría del fruto del árbol venenoso*, la ilegalidad inicial en la obtención de la prueba contamina, envenena cualquier otro acto probatorio derivado de aquélla. Según esta teoría, no sólo resultan inadmisibles las pruebas directamente obtenidas en forma ilegal (regla de la exclusión, en sentido estricto) —tanto respecto de los propios titulares de la garantía que proporciona su exclusión, como de otras personas que pudieran verse afectadas por ellas (CSJN, *Francomano*, 1987, Fallos, 310: 2284; CSJN, *Daray*, 1994, Fallos, 317:1985)—, sino que la ineficacia se extiende también a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, sean consecuencia inmediata de dicha violación, es decir, a aquellas que no hubieran podido ser obtenidas sin la violación de garantías constitucionales y resultaren su consecuencia (CSJN, *Rayford*, 2006, Fallos, 308: 733; CSJN, *Ruiz, Roque*, 1987, Fallos, 310: 1847. Considerando 14°; CSJN, *Francomano*, 1987, Fallos, 310: 2284; CSJN, *Peralta Cano*, 2007, LL, 2007-D, 625). Esta teoría puede encontrar algunas excepciones —que deben ser aplicadas con suma cautela—, como por ejemplo, cuando “*la condena puede sustentarse en otros medios de prueba y constancias del proceso que son independientes* (de la prueba obtenida ilegalmente)...*y que han sido obtenidos de manera objetiva y directa*” (CSJN, *Ruiz, Roque*, 1987, Fallos, 310: 1847. Considerando 15°).

(508) GELLI, *op. cit.*, pág. 232.

En síntesis, así como en el apartado anterior se afirmó que el alcance del artículo 8.2.f) es mucho más amplio que la referencia textual al “*derecho de hacer comparecer e interrogar testigos...*” —y que en rigor de verdad, allí se consagra con toda su plenitud el principio de contradicción—, una interpretación amplia del inciso g) *bajo estudio*, en conjunto con el resto de las garantías procesales previstas por el artículo 8, permitiría sostener la consagración en la Convención Americana de la regla de la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente.

h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

En todos los procesos penales —independientemente de su naturaleza, el tipo de procedimiento, la gravedad de la pena, etc.— las personas inculpadas tienen el derecho a una *segunda instancia*, en aras de garantizar que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, con anterioridad a que ella adquiera calidad de cosa juzgada. De este modo, se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona (509). Como surge de la caracterización precedentemente expuesta, y tal como ha sido confirmado por la CS, la garantía de la doble instancia tiene por objeto proteger los derechos humanos de las personas, y no los intereses del Estado en la persecución penal, por lo que el Ministerio Público no resulta beneficiario de esta garantía —aunque ello no obsta a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho— (510).

La Corte IDH tiene dicho que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, y por ello, el derecho de recurrir el fallo no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, sino que además es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto (511); criterio que ha sido receptado por la CS a partir del caso “*Girolidi*” (512).

Por su parte, en relación con el alcance de esta garantía, la Corte IDH ha indicado que “*la posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho*”, y que independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que se garantice un examen integral de la

(509) Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *ya cit.*, párr. 158.

(510) CSJN, *Arce*, 1997, Fallos, 320: 2145, con nota de AGUSTÍN GORDILLO, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado”, *op. cit.*; CSJN, *Gorriarán Merlo*, 1999, Fallos, 322: 2488.

(511) Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, *ya cit.*, párr. 161; Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *ya cit.*, párr. 159.

(512) CSJN, *Girolidi*, 1995, Fallos, 318: 514.

decisión recurrida, así como el respeto debido de los derechos fundamentales del imputado (513); doctrina que también ha sido receptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (514).

Ahora bien, en tanto garantía a favor del inculpado, resultaría ilógico concederle al imputado la facultad de impugnación y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta potestad —en ausencia de recurso de la parte acusadora—, su situación procesal se viera empeorada (515). Así, el derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, se ve necesariamente complementado por el principio de prohibición de la *reformatio in pejus*, según el cual está prohibida la modificación del fallo en perjuicio del acusado, llevada a cabo por el tribunal de alzada que interviene por recurso de la defensa exclusivamente, sin que medie recurso de la parte acusadora (516).

Por último, cabe señalar que si bien la garantía de la doble instancia encuentra su principal ámbito de aplicación en materia penal, la Corte IDH, en la *Opinión Consultiva OC-17/02*, la hizo extensiva a todos los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños (517), por lo que bien podría pensarse en otras futuras extensiones de su ámbito de aplicación.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza

El derecho a no incurrir en autoincriminación tiene como corolario lógico la garantía de que la confesión del inculpado solamente será válida si

(513) Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, ya cit., párrs. 163-165.

(514) CSJN, *Casal*, 2005, Fallos, 328: 3399. CSJN, *Tarditi*, 2008, Fallos, 331: 2077. En el precedente *Casal*, al precisar el rol de la Cámara de Casación Penal, la CS indicó que “los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso”. (Considerando 24°).

(515) CSJN, *Olmos*, 2006, Fallos, 329: 1447.

(516) BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, op. cit., pág. 305. Cabe señalar que la CS ha decidido que “la prohibición de ‘reformatio in pejus’ debe ser extendida no sólo al ámbito estricto de la jurisdicción apelada, porque también alcanza al ‘juicio de reenvío’, razón por la cual, en aquellos casos en los que el imputado provoca por medio de su recurso la nueva realización del juicio, la sentencia que de él resulte, tiene aquel límite y el dictado de una nueva condena no puede colocarlo en una situación peor que la que ya tenía con la anterior”. CSJN, *Olmos*, 2006, Fallos, 329: 1447. (del voto del Juez Enrique S. Petracchi).

(517) Corte IDH, *OC-17/02*, ya cit., párr. 10.

es hecha sin coacción de ninguna naturaleza, y está asociada íntimamente con la prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes (518).

La Corte IDH ha encontrado violaciones a los artículos 8.2.g) y 8.3 de la Convención, en casos en que las víctimas fueron sometidas a torturas, y otros maltratos físicos y psicológicos, para obligarlas a autoinculparse (519); pero, en cambio, frente a exhortaciones a los inculpados a decir la verdad, la Corte IDH decidió en el *Caso Castillo Petruzzi*, que no se había violado el artículo 8.3 de la Convención, porque no estaba acreditado que “*esa exhortación implicara la amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad*”, ni tampoco que “*se hubiese requerido a los inculpados rendir juramento o formular promesa de decir la verdad, lo cual contrariaría el principio de libertad de aquéllas para declarar o abstenerse de hacerlo*” (520).

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la CS considera suficiente, para fundar la ausencia de coerción, que el informe pericial respectivo no haga presumir que el imputado haya padecido apremios y, a su vez, que éste, al momento de ser indagado, no efectúe denuncia alguna en ese sentido (521).

Sin embargo, la referencia de la Convención a la *coacción de ninguna naturaleza* debe ser interpretada en términos mucho más abarcativos, en el sentido de falta de toda presión física o psicológica, ya sea directa o indirecta, y como comprensiva de determinadas condiciones mínimas para poder otorgarle validez a las declaraciones efectuadas ante autoridades públicas, en especial, a las fuerzas policiales (522). En este sentido, la disidencia de la CS en el caso “*Minaglia*” opinó que “*descartada la presencia de indicios físicos de coacción, la circunstancia de que el imputado no haya aducido que el dato le fue arrancado por la policía sólo puede ser un elemento relevante en la medida en que, ya ante el juez, reconozca el hecho en cuestión. En cambio, cuando ocurre, como en el caso, que su versión de lo acontecido*

(518) Artículo 12 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

(519) Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, ya cit., párrs. 132-133; Corte IDH, *Caso López Alvarez vs. Honduras*, ya cit., párr. 155.

(520) Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, ya cit., párrs. 167-168.

(521) CSJN, *Cabral*, 1994, Fallos, 315: 2505; CSJN, *Jofré, Hilda N.*, 2004, Fallos, 317: 241; CSJN, *Schettini*, 1994, Fallos 317: 956; CSJN, *Minaglia*, 2007, Fallos, 330: 3801.

(522) Ver las reglas elaboradas por la jurisprudencia norteamericana en los precedentes *Miranda vs. Arizona*, 384 US (1966) y *Dickerson vs. United States*, 99-5525 166 F. ed. 665 (2000), citados en GELLI, *op. cit.*, pág. 234. Ver también la crítica al fallo *Cabral* de la CS en: CARRIÓ, ALEJANDRO, “Otra vez el tema de las confesiones policiales: Miranda está lejos y espera”, *LL*, 1993-B, 258.

es totalmente diferente de la que dan los policías... es posible inferir la existencia de coacción a partir de la propia situación de detención y de la no convalidación de las manifestaciones "espontáneas" en el momento en que sí puede juzgarse que el imputado declara libremente esto es, en principio, ante el tribunal" (523).

Por otra parte, cabe señalar también que el derecho a la no autoincriminación no se restringe sólo a otorgar ciertas garantías mínimas en relación con la prueba confesional, sino que su ámbito de aplicación se extiende a todo tipo de elemento probatorio que pueda ser obtenido del cuerpo de una persona sin su consentimiento (524).

Para concluir, es dable aclarar que si bien, tal como se ha afirmado desde el comienzo, las garantías procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención son aplicables a todos los tipos de proceso, la íntima relación que guarda el derecho a no autoinculparse con el principio de inocencia, hace que esta garantía adquiera en el proceso penal una fuerza mucho mayor que en el resto de los procesos, en los cuales el ejercicio del derecho a guardar silencio sí puede utilizarse como indicio de la veracidad de las proposiciones de la contraparte, contrariamente a lo que ocurre en los procesos penales, en los que resulta a todas luces inaceptable.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos

El artículo 8.4 de la Convención Americana consagra —con algunos defectos de redacción a nuestro entender— la garantía del *non bis in idem*, que impide que una persona pueda ser sujeta a un proceso penal en más de una oportunidad, por la imputación de los mismos hechos.

Como se desprende de esta definición, y contrariamente a lo que sugiere una lectura textual del artículo 8.4, la garantía del *non bis in idem* no se limita a las personas inculpadas absueltas, sino que es aplicable a todas aquellas que fueron sometidas a un proceso penal, independientemente de si resultaron absueltas o condenadas. Esta parece ser la postura de la CS, que citando este artículo de la Convención Americana —junto con el aun más restrictivo

(523) CSJN, *Minaglia*, 2007, Fallos, 330: 3801. Disidencia de los Jueces Juan C. Maqueda, Eugenio R. Zaffaroni y Enrique S. Petracchi.

(524) BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. II, *op. cit.*, pág. 325. Para el supuesto de la extracción compulsiva de sangre ver CSJN, *Muller, Jorge*, 1990, Fallos, 313: 1113; CSJN, *H, G y S. y otro*, 1995, Fallos, 318: 2518; CSJN, *Guarino*, 1996, Fallos, 319: 3370; CSJN, *Vázquez Ferrá*, 2003, Fallos, 326: 3758, con nota de Susana Cayuso, "La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales", *LL*, 2003-F, 963, quien en contra de lo decidido en el fallo, opina que el derecho a conocer la verdad puede, bajo ciertas condiciones, imponerse al derecho a la intangibilidad física y el derecho a no incurrir en autoincriminación. Para los alcances del derecho a no declarar contra sí mismo en relación con la prueba de alcoholemia, ver GELLI, *op. cit.*, pág. 235.

artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (525)—, ha definido a la garantía del *non bis in idem* como “aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho”; agregando que “no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al ‘riesgo’ —por medio de un nuevo proceso— de que pueda ser condenada” (526).

Por su parte, la aplicación del principio *non bis in idem* a los fines de determinar la pena en casos de reincidencia encuentra ciertos matices en la jurisprudencia del Máximo Tribunal. Así, mientras la CS ha autorizado la valoración dual de la reincidencia —en tanto “desprecio por la pena anterior que se refleja en una mayor culpabilidad”— para reacciones más intensas frente a nuevos hechos, o como “dato objetivo y formal” que permite al legislador “ajustar con mayor precisión” el tratamiento penitenciario que considere adecuado, denegando formas de ejecución penal atenuadas (527); también ha señalado que “esa mayor culpabilidad, sin embargo, no es, ni podría ser, la que da fundamento a la reclusión que se aplica a los multirreincidentes... pues ello significaría violar la prohibición de doble valoración contenida en el principio *non bis in idem*” (528).

Ahora bien, no obstante la importancia superlativa que revisten la *cosa juzgada* y el principio *non bis in idem* como garantías del debido proceso legal y de la seguridad jurídica, tanto la Corte IDH como la CS han considerado que estos principios deben ceder en aquellos casos en que su aplicación pueda conducir a resultados *extremadamente injustos* (529).

Así, la Corte IDH, manteniendo el criterio adoptado en el *Caso Barrios Altos* en relación con la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, ha señalado que “el principio

(525) En palabras de la Corte IDH, “[A] diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima”. Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, ya cit., párr. 66.

(526) CSJN, *Videla*, 2003, Fallos, 326: 2805.

(527) CSJN, *Gómez Dávalos*, 1986, Fallos, 308: 1938; CSJN, *L’Eveque*, 1988, Fallos, 311: 1451; CSJN, *Gago, Damián Andrés*, 2008, Fallos, 331: 1099.

(528) CSJN, *Gramajo*, 2006, Fallos, 329: 3680.

(529) SEGÚN RADBRUCH “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la ley y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que su condición de derecho injusto tenga que hacer lugar a la justicia”. RADBRUCH, GUSTAV, “Statutory lawlessness and supra-statutory law”, Traducido al inglés por Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, 26 *Oxford J. Legal Stud.* 1, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, publicado por primera vez en: *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 (1946) 105-8.

non bis in idem no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales.” (530)

En el mismo sentido, la CS tiene dicho que “[l]os principios que, en el ámbito nacional, se utilizan para justificar el instituto de la cosa juzgada y ‘ne bis in idem’ no resultan aplicables respecto de los delitos contra la humanidad, porque los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan y, por ende, no admiten que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche” (531).

Finalmente, si bien va de suyo que —al igual que todas las garantías procesales estudiadas— el principio *non bis in idem* es aplicable a todos los tipos de proceso, cabe aclarar que existen algunas particularidades en su aplicación cuando, ante un mismo hecho, intervienen simultánea y paralelamente, por un lado, un tribunal penal, y por el otro, un órgano administrativo sancionador (532). En relación con este punto, la jurisprudencia de la CS admite la simultaneidad de un sumario administrativo y un proceso penal por el mismo hecho, cuando las responsabilidades que se adjudican son de naturaleza diferente (533). Sin embargo, el Máximo Tribunal también ha señalado que, si la sanción administrativa es accesoria de la penal, “habiéndose sobreseído definitivamente en la causa penal seguida al procesado por considerarse que el hecho no constituía delito, aquél se encuentra amparado por la garantía constitucional de la cosa juzgada y, respecto de ese delito, no puede ser nuevamente juzgado” (534).

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

La publicidad de los actos de gobierno es uno de los pilares fundamentales de la forma republicana de gobierno, y constituye una garantía de la trans-

(530) Corte IDH, Caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, del 22-11-04, párr. 131; Corte IDH, Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, del 12-9-05, párr. 98; Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile, ya cit.*, párr. 154; Corte IDH, Caso *La Cantuta vs. Perú, ya cit.*, párr. 153 (Ver también los párrafos 9 a 14 del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez).

(531) CSJN, *Mazzeo*, 2007, Fallos, 330: 3248; CSJN, *Menéndez*, 2008, Fallos, 331:1432.

(532) Sobre la aplicación del principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador, ver: Balbín, *Curso de derecho administrativo*, t. I, op. cit., págs. 821-825.

(533) CSJN, *Pousa, Lorenzo*, 1969, Fallos, 273: 66.

(534) CSJN, *De la Rosa Vallejos*, 1983, Fallos, 305: 246

parencia e imparcialidad de todas las decisiones estatales, en tanto permite el control social, y fomenta la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

La Convención Americana, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo se refiere a la publicidad en los procesos penales, aunque, como ya fuera señalado, las garantías procesales consagradas en el artículo 8 se aplican a todos los procesos, y a todos los órganos del Estado. Además, cabe señalar que esta garantía se encuentra complementada por el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, que comprende *“no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”*.

La Corte IDH ha tenido oportunidad de referirse al principio de publicidad en procesos de tipo penal, encontrando violaciones a esta garantía por la realización de procesos frente jueces y fiscales sin rostro, en secreto y en condiciones de aislamiento (535); por la realización de audiencias en el interior de establecimientos carcelarios (536); y por la aplicación de la regla del secreto de las actuaciones del sumario en la jurisdicción militar (537), opinando que *“[l]a publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”* (538).

Por su parte, la CS, con cita de Juan Bautista Alberdi, ha dicho que *“la justicia debe ser administrada públicamente, con expresión de sus motivos, pues el propósito de su publicidad —garantía de garantías— consiste en controlar a los gobernantes para que no abusen de su ejercicio en daño del pueblo, que es el verdadero titular de la soberanía”* (539).

En los procesos penales, el principio de publicidad se garantiza con la oralidad de las audiencias, tal como lo exige nuestro Código Procesal Penal al establecer que *“el debate será oral y público, bajo pena de nulidad”*, aunque admitiendo excepciones *“cuando la publicidad afecte la moral, el orden público o la seguridad”* (540). Así, como vemos, el principio de publicidad puede estar sujeto a algunas limitaciones, a los fines de *“preservar los intereses de*

(535) Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, ya cit., párr. 172; Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, ya cit., párr. 198; Corte IDH, Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, ya cit., párr. 137.

(536) Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, ya cit., párrs. 146-147.

(537) Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne*, ya cit., párr. 174.

(538) Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne*, ya cit., párr. 168.

(539) CSJN, *Kook Weskott*, 2005, Fallos, 328: 2740.

(540) Código Procesal Penal de la Nación, artículo 363.

la justicia” —según los términos de la Convención— (541), aunque, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “*aun en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública*” (542).

(541) Respecto justamente de estas “*circunstancias excepcionales*”, que permiten restringir la publicidad del proceso, cabe señalar que la reciente Acordada 29/08 de la Corte Suprema ha venido a reglamentar la difusión televisiva y radial de los juicios orales, estableciendo algunas limitaciones a la labor de los medios periodísticos, especialmente durante la producción de la prueba. CSJN, *Acordada N° 29/08*, B.O. 04/11/08.

(542) UN Human Rights Committee, *General Comment N° 13*, ya cit., párr. 6.

ARTÍCULO 9. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE RETROACTIVIDAD

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Concordancias: Arts. 18 CN; Art. XXV DADDH; Art. 11, 2 DUDH; Art. 15.1 PIDCP; Art. 40.2.a CDN.

MARÍA LUISA PIQUÉ

I.— El mandato de ley previa, cierta, estricta y escrita y la retroactividad de la ley penal posterior más favorable

El principio de legalidad es uno de los límites más tajantes al poder punitivo del Estado. *Nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. No hay pena, no hay crimen, sin una ley penal previa. Este aforismo sintetiza el significado del principio de legalidad: el fundamento del castigo sólo puede ser una *ley* en sentido formal, sancionada según el procedimiento, la competencia y el contenido limitado que regula nuestra Constitución Nacional, que esté vigente al momento de la comisión del hecho y que prevea como delictiva la conducta reprochada.

Se trata de una garantía sustantiva que delimita el poder punitivo del Estado en todo su alcance. Es una *garantía criminal*, ya que exige que el hecho perseguido penalmente esté contemplado como delito, previamente, por una ley; una *garantía penal*, dado que esos mismos recaudos no sólo tienen que tomarse respecto de la descripción de la conducta, sino también para el monto de la pena; una *garantía jurisdiccional*, porque exige que la existencia de un delito y la imposición de una pena deriven de un pronunciamiento judicial; y una *garantía de ejecución*, ya que exige que el cumplimiento de la pena esté regulado por una ley.

El mandato de ley previa está estrechamente vinculado con el principio de culpabilidad, dado que el individuo podrá motivarse con la norma en la

medida en que ésta exista y que la conozca. De lo contrario, no se le podrá exigir que ajuste sus conductas al ordenamiento jurídico. Esta fundamentación, sin embargo, puede llegar a ser débil, dado que para satisfacer la exigencia de culpabilidad no sería necesario extender la prohibición de retroactividad a los casos de *agravación de la pena* y ni siquiera al carácter *penal* de la sanción. Bastaría con exigir el conocimiento de la antijuridicidad. Por esta razón, para dar cuenta del alcance total del mandato de ley previa deben considerarse, adicionalmente, intereses diferentes del principio de culpabilidad (543). Este complemento puede surgir de la idea de seguridad jurídica, en el interés de garantizar la objetividad, en impedir la sanción de leyes arbitrarias o bien impedir leyes *ad-hoc* (544).

Es así que el principio de legalidad fija cuatro requisitos para considerar válida una ley penal, requisitos que, a su vez, implican una respectiva prohibición: que sea *previa*, *escrita*, *formal* y *estricta*. Como debe ser *previa*, es decir, sancionada con anterioridad al hecho juzgado, prohíbe la *retroactividad* en su aplicación. Como debe ser *escrita*, se prohíbe la *aplicación analógica* de la ley penal a casos que no están expresamente contemplados. Como debe ser *formal*, o sea, sancionada por el Poder Legislativo, se prohíbe el castigo por delitos considerados como tales por otro tipo de normas que no sean leyes. Como debe ser *estricta*, los tipos penales deben ser claros y precisos y se prohíbe la *indeterminación*. Sólo podrá hacerse excepciones a estas prohibiciones cuando éstas repercutan en favor del imputado.

La principal excepción a la exigencia de que en materia penal se aplique la ley vigente al momento del hecho, es la *ultractividad* de la ley penal posterior que sea más favorable para el imputado. El fundamento de esta excepción, empero, es diferente al del mandato de ley previa. Se trata más bien de un principio de política criminal según el cual es inadmisibles imponer o mantener una sanción cuando el hecho ya no se considera delito, o bien una pena que ha devenido desproporcionada en relación con la menor gravedad que la sociedad atribuye ahora a ese hecho. Ello presupone un cambio de valoración social respecto de la reprobación del hecho (545).

II.— El principio de legalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

a.— Las obligaciones que genera en los tres poderes del Estado

El principio de legalidad es una garantía compleja, en el sentido de que obliga y restringe a los tres poderes del Estado.

(543) PGN, dictamen en *Torea, Héctor s/ recurso de casación*, S.C. T. 404; L. XLII, del 8-11-2006 con cita de enjundiosa doctrina alemana.

(544) *Ibidem* y sus citas.

(545) *Ibidem* y sus citas de jurisprudencia y doctrina.

Así, el Poder Ejecutivo está impedido de crear tipos penales por decreto. Es decir, un castigo será legítimo siempre y cuando se base en una *ley* en sentido formal. Al respecto, existe una íntima conexión entre los artículos 9 y 30 de la CADH. Según este último, las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención, no pueden ser aplicadas sino conforme a *leyes*. Esto es así dado que la imposición de un castigo supone una restricción a los derechos fundamentales, ya sea la libertad, en el caso de una pena de prisión, o la propiedad, en el caso de una multa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito del artículo 30 de la Convención ha sostenido que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona. Entre ellas, la Corte IDH exige que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por los poderes legislativos de cada país de acuerdo con lo establecido por sus respectivas constituciones (546).

El corolario del principio de legalidad es la *reserva de ley*, según la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley —o sea, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo según el procedimiento requerido por cada Estado parte— en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación (547).

Estas leyes no pueden estar redactadas de cualquier manera. Y aquí entran en juego las obligaciones impuestas por el principio de legalidad al Poder Legislativo: en la redacción de los tipos penales, se deberá emplear términos claros y precisos, de forma tal que el juez los pueda aplicar a los hechos que tenga que juzgar. Es por esta razón que la ley debe ser *estricta* y está prohibida la indeterminación en la redacción de las conductas penalmente reprochables.

La Corte IDH ha destacado la necesidad, en la elaboración de los tipos penales, de utilizar términos *estrictos* y *unívocos*, que acoten claramente las conductas punibles, de tal manera que exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La *ambigüedad* en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad (548).

(546) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 6/86, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9-5-86, párr. 22.

(547) *Ibidem*, párr. 23.

(548) Corte IDH, Caso *Kímel vs. Argentina*, del 2-7-04, párr. 63 y todas sus citas.

La Corte también ha cuestionado aquellos tipos penales que son *indeterminados* en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas y los alcances que tienen sobre el conglomerado social (549).

Por su parte, los jueces están obligados a considerar como delictivas solamente aquellas conductas que fueron determinadas previamente como tales por el legislador, dado que el reproche penal hacia una conducta presupone que, previamente, el legislador la ha tildado de delictiva.

Por lo tanto, a la hora de aplicar la ley penal deben atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en la adecuación de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico (550).

La prohibición de retroactividad no agota su alcance en el castigo de conductas que, al momento del hecho, no estuviesen previstas como delictivas por una ley: también impide la aplicación retroactiva de leyes penales que aumentasen las penas, establecieran circunstancias agravantes o creasen figuras agravadas del delito básico (551).

Finalmente, el principio de legalidad impide que los jueces consideren delictivas conductas que sólo guardan una débil semejanza con otra que esté inculpada por la ley. De eso se trata, precisamente, la *prohibición de analogía* como derivación del principio de estricta legalidad. La analogía es un recurso extensivo para aplicar una solución prevista en una ley penal a casos valorativa o fácticamente semejantes al que está previsto, pero que no encastran en la norma. Es diferente que la interpretación extensiva, dado que en esta última la conducta sometida a examen sí está comprendida aunque, para llegar a esta conclusión, se requiera de una interpretación un poco más amplia. Precisamente, en aras de esta diferencia, se habla de *aplicación analógica*, en lugar de *interpretación analógica*. Esta prohibición no rige, sin embargo, en la medida en que beneficie al imputado.

Coherente con sus postulados, la Corte IDH, en una oportunidad en que tenía que resolver un caso cuya víctima había sufrido de una privación ilegal de la libertad con las características de la desaparición forzada, escogió la primera calificación, dado que el país donde los hechos habían ocurrido no contemplaba el tipo penal sobre desaparición forzada ni estaba vinculado a instrumento internacional alguno específico en esta materia (552).

(549) Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, del 3-9-98, párr. 155.

(550) Corte IDH, Caso *De la Cruz Flores vs. Perú*, del 18-11-04, párrs. 81, 82 y 104 y sus citas.

(551) Corte IDH, Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, del 27-11-98, párr. 120; Caso *De la Cruz Flores, ya cit.*, párr. 105 y todas sus citas.

(552) Corte IDH, Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, del 27-02-02, voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 12.

b. — Principio de retroactividad de la ley penal posterior más favorable

La prohibición de retroactividad mencionada en el acápite anterior, no es, sin embargo, absoluta. Cuando una ley posterior fuere más benigna para el imputado que la ley vigente durante la comisión del hecho delictivo, los jueces deben aplicar la primera. Se entiende por “ley penal posterior más favorable” tanto aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada delictiva, o la que crea una nueva causa de justificación, de inculpabilidad y de impedimento a la operatividad de una penalidad ya sea que se hubiese sancionado con anterioridad a la sentencia, como así también si se hubiese sancionado durante su ejecución —descripción que, por cierto, no es taxativa— (553).

Esta excepción también encuentra respaldo en el marco del Sistema Interamericano en el artículo 29.b) de la Convención, según el cual si alguna ley del Estado parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos. La Corte IDH ha aplicado el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por ese tratado (554).

El principio de la retroactividad de la ley penal posterior más favorable admite excepciones. Pero antes de adentrarnos en ellas, es preciso distinguir entre leyes penales en blanco —sobre las que se volverá más adelante—, normas transitorias y de emergencia (que pueden regular cuestiones económicas, o no) y normas de regulación económica. Si bien estas categorías suelen ser tratadas indistintamente por la doctrina, lo cierto es que no necesariamente se yuxtaponen en una misma norma.

Se conoce como “leyes penales en blanco” aquellas en las que las conductas punibles sólo se hallan genéricamente determinadas en la ley y ésta remite, para su especificación, a otras instancias legislativas o administrativas. La razón de ser de estas leyes es la necesidad de regular ciertas materias que exigen una dosis importante de conocimiento técnico y que deben ser actualizadas con cierta frecuencia, como las regulaciones económicas, los estupefacientes, las armas de fuego, las especies en extinción, etc. Este conocimiento suele estar en la órbita de la administración, que es el que se encarga de completar los puntos de la ley que le fueron asignados.

Una ley penal en blanco puede ser al mismo tiempo una ley transitoria (temporal o excepcional) y versar sobre un tema económico; pero también puede haber leyes penales en blanco permanentes que regulen diversas cues-

(553) Corte IDH, Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, del 31-8-04, párr. 179.

(554) *Ibidem*, párr. 181.

tiones. Y así, pueden darse distintas combinaciones de estas categorías. En estos casos, en general, si una norma es transitoria, ese carácter prevalecerá sobre los demás a la hora de definir si corresponde, o no, la retroactividad de la ley penal posterior más favorable. Sin embargo, hay muchos casos de leyes penales en blanco que no son transitorias o de emergencia —como aquellas que remiten a los decretos reglamentarios para definir qué se entiende por “arma de guerra” o “estupefacientes” y hay normas económicas que no necesariamente son transitorias y que no necesariamente están estipuladas a través de una ley penal en blanco—.

Debe aplicarse el principio retroactividad de la ley penal más favorable a las leyes penales en blanco, cualquiera sea la materia que regulen, o a las normas que regulan cuestiones económicas, sean o no el complemento de una ley penal en blanco, en la medida en que sean *permanentes* —por oposición a las leyes transitorias o de emergencia— dado que no hay razones para apartarse de dicho principio.

Por el contrario, sí hay razones para apartarse del principio de retroactividad de la ley posterior más favorable en el caso de las normas temporales y excepcionales es decir, aquellas cuya vigencia está limitada de antemano a un determinado período de tiempo expresamente fijado en la ley o bien que depende de la permanencia de ciertos factores excepcionales. Una vez que el lapso ha transcurrido o las circunstancias han desaparecido estas leyes pierden automáticamente su vigencia.

Esta excepción fue considerada como tal en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se contemplaron las leyes especiales, temporales o de emergencia como supuestos en los cuales era posible no aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más benigna (555).

Es discutible si, en casos como los mencionados en el párrafo anterior, pueda hablarse de una excepción al principio de retroactividad. En rigor de verdad, estas normas transitorias no son “derogadas” por otras sino que, simplemente, dejan de surtir efectos a partir del plazo previsto para su cese o finalizadas las circunstancias excepcionales que las originaron. Es decir, no se trata de un caso de sucesión de leyes en el tiempo, por lo que la ley seguirá rigiendo para los casos que tuvieron lugar durante su vigencia (556).

c. — Principio de legalidad penal y derecho administrativo

Las sanciones administrativas suelen tener la misma naturaleza que las penales y, al igual que éstas, son una expresión del poder punitivo del Esta-

(555) Asamblea General de la ONU, décimoquinto período de sesiones, *Documentos Oficiales, Tercera Comisión*, Nueva York, Sesión 1011^a, 3-11-60.

(556) Véase De Luca, Javier Augusto, *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1997, pág. 84 y ss.

do. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, es indispensable que la norma punitiva, ya sea penal o administrativa, exista y sea conocida, o pueda serlo, antes de que tenga lugar el hecho u omisión que la transgredan y que se pretenden sancionar (557).

Un verdadero Estado de derecho es aquel en cual la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, está presidida por los principios de legalidad e irretroactividad, más aún cuando se trata del ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión (558). En consecuencia, el principio de legalidad rige para cualquier norma punitiva, sea penal o administrativa.

III.— Repercusión de la Convención en el orden jurídico argentino en relación con el principio de legalidad

a. — Sobre el mandato de ley previa, formal, estricta y escrita

El artículo 18 de la Constitución Nacional, que conserva su redacción desde 1853, consagra el principio de legalidad, en su sentido de estricta legalidad. Es así que, desde antaño, nuestra Corte Suprema viene sosteniendo que nuestra Constitución exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar (559).

Además, en nuestro sistema jurídico el principio de legalidad no se satisface con una norma general previa, sino que ésta debe emanar de quien está efectivamente investido del poder legiferante y no de otro poder, como los decretos del Poder Ejecutivo Provincial o Nacional (560). Es inadmisibles, pues, la delegación legislativa.

Aún así, nuestro sistema admite las leyes penales en blanco, dado que la creación de una figura punible por vía de reglamentación no supone necesariamente la atribución a la administración de una facultad indelegable del Poder Legislativo. En todo caso, se trata del ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria discernida por el art. 86, inc. 2º (actual 99, inc. 2) de la Constitución Nacional (561). Estas normas son válidas, en la medida que la política legislativa haya sido claramente establecida y de que las normas de menor

(557) Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros, 270 trabajadores vs. Panamá*, del 18-11-99, párr. 106.

(558) Corte IDH, Caso *Lory Berenson vs. Perú*, del 25-11-04, párr. 126 y sus citas.

(559) CSJN, *Legumbres*, 1989, Fallos, 312:1920, y todas sus citas; *Cerámicas San Lorenzo*, 1988, Fallos, 311:2453; *Peters Hnos.*, 1975, Fallos, 293:378, entre otros.

(560) CSJN, *Jensen, Carlos*, 1922, Fallos, 136:200.

(561) CSJN, *Arpemar*, 1992, Fallos, 315:908 y sus citas; *Fernández, Daniel*, 1978, Fallos, 300:392 y *Nación c. Novello, Juan y otros*, 1950, Fallos, 218:324.

jerarquía que las integren respeten la relación establecida por el legislador entre la conducta prohibida y la pena amenazada (562).

En relación con la interpretación de las leyes penales en general, para la Corte Suprema los poderes judiciales —federal y locales— son los que tienen la tarea de determinar el sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso. Esta función interpretativa no queda proscripta por la naturaleza penal de la norma en cuestión, siempre y cuando el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto (563). El límite de la función interpretativa de los jueces, sin embargo, consiste en la prohibición de ampliar los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos a los que el legislador haya querido proteger (564) con el pretexto de la interpretación.

Finalmente, desde antaño la CSJN ha afirmado, en sintonía con los postulados de la Corte IDH, la equiparación de las sanciones administrativas con las penales, a los fines de la aplicación de las garantías constitucionales (565).

Pese a que, como se ve, para 1994 ya existía un vasto desarrollo por parte de nuestra jurisprudencia en relación con el principio de legalidad, con la jerarquía constitucional de la CADH nuestro país se vio en la obligación de revisar ciertas normas del Código Penal que padecían de vicios en cuanto a su redacción —tarea que, por cierto, no ha finalizado—.

Una muestra de la repercusión ha sido la modificación del artículo 129, CPN que solía castigar la conducta de *producir* o *publicar* “imágenes pornográficas en las que se exhibieran menores de dieciocho años” y al que *organizara espectáculos* de la misma naturaleza. Con la sanción de la ley N° 26.388 (566) no sólo se especificó la conducta prohibida (actualmente consiste en *producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir, por cualquier medio* el material en cuestión) sino que se sustituyó el calificativo “pornográfico” por el de “representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”. Lo propio sucedió en relación con la conducta de “organizar espectáculos”: acorde con la nueva ley, debe tratarse de espectáculos “en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores”.

Sin embargo, todavía restan muchas reformas por realizar.

(562) CSJN, *Legumbres, ya cit.* y todas sus citas.

(563) CSJN, *Musotto*, 1987, Fallos, 310:1909 y sus citas.

(564) CSJN, *Legumbres, ya cit.* y todas sus citas.

(565) CSJN, *Miras, Guillermo*, 1973, Fallos, 287:76, y todas sus citas.

(566) Sancionada el 4 de junio de 2008 y promulgada el 24 de ese mes y año.

Para empezar, en el marco en proceso llevado a cabo ante la Corte IDH en el caso *Kimel* (567), la Argentina reconoció que la normativa penal que sancionaba las calumnias e injurias (art. 109, CPN) padecía de imprecisiones, lo cual afectaba la libertad de expresión e importaba el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana. Esta afirmación fue convalidada por la Corte IDH. Ante esto el Congreso reaccionó a través de la sanción de la ley 26.551 del 8 de noviembre de 2009, que modificó el Código Penal. Concretamente, eliminó la pena de prisión que estaba prevista para ese delito y lo describió con mayor precisión.

Lo propio sucede con el tipo penal previsto en el artículo 129, CPN, que reprime la conducta de ejecutar o hacer ejecutar por otros “actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros”. Si bien la Corte en el ya citado precedente *Musotto* convalidó la constitucionalidad de este tipo penal, lo cierto es que a raíz de la reforma constitucional de 1994 y de los estándares que surgen de los precedentes de la Corte IDH ya mencionados, ese precedente debería ser revisado. Esto es así porque la ley no aporta criterio alguno como para determinar cuándo un acto debe ser calificado de “obsceno”. El hecho de que los jueces deban determinar en cada caso si una exhibición fue “obscena” viola el principio de legalidad, en la medida en que es al Congreso al que le corresponde definir cuáles son las conductas que merecen el reproche penal y establecer una pena adecuada a ese nivel de reproche —más allá de que, además, la utilización de términos ambiguos en los tipos penales puede dar lugar a la arbitrariedad—.

b.— Sobre el principio de retroactividad de la ley penal posterior más favorable

Este principio no fue consagrado en la Constitución histórica, motivo por el cual la CSJN solía considerar que carecía de jerarquía constitucional y que una violación a él ni siquiera generaba cuestión federal que ameritara la apertura del recurso extraordinario (568). Esta jurisprudencia fue muy pacífica y sólo se registraron algunos votos disidentes de ministros que interpretaban que la retroactividad de la ley penal posterior más benigna estaba comprendida dentro del artículo 18 de la CN que consagraba el principio de legalidad (569).

La jerarquía constitucional conferida a la Convención Americana de Derechos Humanos ha significado que esta jurisprudencia de la CSJN

(567) Corte IDH, Caso *Kimel*, ya cit.

(568) CSJN, *Sicilia, Sergio*, 1988, Fallos, 311:324; *Schettini, Juan Jorge*, 1983, Fallos, 301:259; *Oroza, Felipe A.*, 1977, Fallos, 259:7; *Lembo, José*, 1966, Fallos, 266:109; *Alfie, David*, 1964, Fallos, 258:120; *Santoro Pascual Enrique y otros*, 1948, Fallos, 211:1657, entre muchos otros.

(569) CSJN, *Muller Benz, Alberto*, 1965, disidencia, Fallos, 262:621.

perdiera validez a la luz del artículo 9 que expresamente consagra la retroactividad de la ley penal posterior más favorable. En efecto, la CSJN ha reconocido la inconstitucionalidad sobreviviente de su anterior jurisprudencia (570).

c) Leyes penales en blanco, normas transitorias y de emergencia y normas de regulación económica

Nuestro máximo tribunal ha interpretado en diversas ocasiones que las normas transitorias y de emergencia —sean leyes penales en blanco, o no— están exceptuadas del principio de la ley penal más favorable. En general, estas disposiciones suelen proteger algún régimen coyuntural —ya sea de regulación económica o de otras materias (por ejemplo, ante una catástrofe, se imponen penas altas para los saqueos hasta tanto se regularice la situación, etc.). Pues bien, las normas en cuestión tienen una verdadera *ultraactividad in re ipsa* (571). Esto es así porque, si se aplicara indiscriminadamente el principio de la retroactividad benigna, estas leyes especiales serían despojadas, a priori, de toda eficacia (572).

Esta jurisprudencia ha sido aplicada en buena medida a las regulaciones sobre abastecimiento y control de precios, a las que la CSJN ha caracterizado como transitorias y las ha exceptuado del principio de retroactividad. Por ejemplo, una persona perseguida por transgredir un precio máximo no se verá liberada de responsabilidad si, a raíz de la modificación normativa, su conducta ya no es punible porque el precio al que había comercializado un producto es inferior al nuevo precio máximo permitido.

Distinta es la solución cuando, en materia económica, una norma produce una modificación de fondo dentro de la política económica seguida hasta ese momento, de acuerdo con la cual se había incriminado ciertas conductas y deroga el sistema represivo que traía aparejado —por ejemplo, se elimina el sistema de precios máximos. En estos casos no hay razones para no aplicar el principio de retroactividad de la ley posterior más benigna, con independencia de cuál haya sido el carácter de las normas (complementos de leyes penales en blanco, o no) y así lo ha afirmado nuestra Corte Suprema (573).

(570) CSJN, *Cristalux*, 2006, Fallos, 329:1053 y *Palero*, 2007, Fallos, 330:4544.

(571) CSJN, *Frigoríficos Yaguané*, 1975, Fallos: 293:522. Véase también: CSJN, *Vicente Martini e hijos S.R.L.*, 1944, Fallos, 200: 450; entre otros.

(572) CSJN, *San Cristóbal*, 1994, Fallos, 317:1541; *Cerámicas San Lorenzo*, ya cit.

(573) CSJN, *Mario Cairo*, 1976, Fallos, 295:729. En la misma línea, véase: *Ford Motor Argentina S.A.*, 1976, Fallos, 295:815; *Dawe's Laboratories Argentina S.A.I.C.A.* 1976, Fallos, 296:540; *Piña Hnos. S.A.C.I.* 1976, Fallos, 295:889; *Automotores Sena S.A.C. y F.* 1976, Fallos, 296:466; *Tornow, Horst Pablo*, 1977, Fallos, 297:186; *Schcolnik S.A.*, 1977, Fallos, 299:159; *Pfizer S.A.C.I.*, 1977, Fallos, 299:331; *Maderas Industrializadas Delta*, 1977, Fallos, 299:362.

También se ha debatido la cuestión acerca de si cabe aplicar retroactivamente una norma que modifica, favorablemente para el imputado, los complementos administrativos de una ley penal en blanco —mientras que la ley penal en blanco complementada por esa disposición permanece intacta—.

Una de las situaciones posibles es que el complemento que se modifique sea uno que sólo regule elementos circunstanciales del supuesto típico. En ese caso, vale decir, siempre y cuando ese complemento sea un acto administrativo concebido por la propia norma como de naturaleza eminentemente variable y transitoria, aun cuando a partir de esa modificación la conducta de una persona pase a estar permitida, la nueva norma no tiene efectos retroactivos (574).

Más controvertido ha sido el caso en el que la modificación de un decreto reglamentario de una ley penal en blanco, sin derogar esta última, implica un cambio significativo en la orientación de la política económica. De ser más favorable, ¿puede el imputado beneficiarse de esta modificación?

A este fin, la Corte ha considerado que, para que la alteración producida en las disposiciones represivas configure un régimen más benigno, es necesario que evidencie un criterio legislativo de “mayor lenidad” en relación con la comisión del hecho ilícito, o bien “la ausencia total de interés público en el castigo de determinadas conductas en razón de que éstas han dejado de ser objeto de desaprobación” (575).

En varias oportunidades sucedió que, a través de la modificación de un complemento de una ley penal en blanco, se sustituyó todo un régimen extrapenal que ese mismo complemento contenía. Por ejemplo, en los casos de infracciones al artículo 1, inc. “e”, de la ley penal cambiaria, que reprimía toda operación de cambio que no se realizara por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las “normas de vigor” —vale decir, los decretos del Poder Ejecutivo que complementaban esa ley—. Mediante el decreto 530/91 se sustituyó el régimen de cambio por el de libre acción, que no contemplaba como conducta prohibida la infracción al régimen extrapenal complementario. Si bien la reglamentación que imponía el cumplimiento de determinados actos, cuya infracción configuraba la conducta descrita en la ley penal, había sido eliminada, seguía vigente el art. 1, inc. “e”, de la ley penal cambiaria.

Dado que estas modificaciones sólo producen una alteración o sustracción de contenido en el marco de la ley penal en blanco, pero suelen dejar intacta a la propia ley, la Corte Suprema las excluía de aquellas modificaciones que sí despenalizan alguna conducta o reducen las penas previstas. Por

(574) CSJN, *Santoro, Cerámica San Lorenzo I.C.S.A y San Cristóbal*, ya cit.

(575) CSJN, *Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L.*, 1981, Fallos, 303:1548, voto del Ministro Gabrielli.

lo tanto, en esos casos no correspondía aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (576).

Esta postura, sin embargo, ha sido criticada por diversas razones. Una de ellas es la forzada distinción entre la “ley penal” y la “norma complementaria”. Más allá de que provengan de diferentes poderes (Poder Legislativo y Ejecutivo, respectivamente), lo cierto es que la norma de sanción deviene “ley penal” por el correspondiente supuesto de hecho previsto por la norma complementaria, sin el cual la amenaza penal en blanco sería inoperante. Por lo tanto, es evidente que con el cambio de la norma complementaria varía un elemento sustancial de la ley penal misma. Es decir, a la hora de analizar la cuestión sobre la aplicación de la ley más benigna, interesa la situación jurídica total de la que depende la pena (577).

Al principio como minoría, algunos miembros de la CSJN empezaron a advertir que ya no era posible sostener la jurisprudencia en materia de modificación de los complementos de las leyes penales en blanco, en razón del rango constitucional que había adquirido la CADH y, por consiguiente, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna. Esto es así, sobre todo en los casos en los que la modificación de la norma de complemento significaba una derogación total del régimen anterior y un cambio sustancial, no sólo en la norma penal integrada sino también en la valoración de la conducta punible (578).

Este criterio que comenzó como minoría, se impuso finalmente en los ya citados fallos *Cristalux* y *Palero* de la Corte en su actual composición.

En casos similares a éstos que involucran infracciones al régimen penal cambiario, podría sostenerse que el artículo 20 de la ley 19.359 (texto ordenado por decreto 480/95, B.O. 25/IX/1995), que dispone expresamente que no será de aplicación el artículo 2º del Código Penal de la Nación cuando se tratase de la imposición de la pena de multa en algunos supuestos, es inconstitucional.

c. — Modificaciones de normas de procedimiento y de los plazos de prescripción

Para la Corte Suprema las normas de naturaleza procesal son de aplicación inmediata a los procesos en curso, con independencia de si favorecen o perjudican al imputado, salvo indicación expresa de la nueva ley o en los casos en que dicha aplicación afecte la validez de los actos procesales cum-

(576) CSJN, *Ayerza*, 1998, Fallos, 321:824; *Argenflora*, 1997, Fallos, 320:763; *Moisés Maskivker*, 1948, Fallos, 211:443.

(577) Véase voto en disidencia del ministro Petracchi en CSJN, *Ayerza*, *ya cit.*

(578) Disidencia de los ministros Fayt, Boggiano, Bossert y Petracchi —este último con un voto por separado— en el caso *Ayerza*, *ya cit.*

plidos y firmes de acuerdo con la legislación derogada (579). Por lo tanto, el principio de ley penal más favorable sólo comprende las modificaciones de las normas de fondo (580) ya que las procesales se rigen por otros principios, según el cual la aplicación será inmediata en la medida en que no se den las excepciones ya mencionadas. Además, las normas procesales posteriores, ya sea que favorezcan o beneficien al imputado, no influyen ni en la tipicidad de la conducta ni en la pena aplicable (581).

El fundamento de esta postura es que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, dado que las leyes adjetivas son de orden público (582).

Esta postura, sin embargo, ha sido objeto de diversas críticas. Para empezar, se ha señalado la dificultad de categorizar a las normas como procesales o sustantivas dado que es imposible separar el ámbito de actuación del derecho penal del procesal. Por lo tanto, el mandato del debido proceso previsto por el artículo 18, CN (“Nadie puede ser penado sin juicio previo”) estaría integrado a toda la prohibición penal dado que la realización de un proceso con ciertas características vendría a funcionar como una condición objetiva de punibilidad (583).

Una derivación de esta postura es que todas las reglas del procedimiento “deberán ser tratadas bajo la consideración del principio de legalidad material: mandato de certeza, irretroactividad —salvo de la ley más favorable—, proscripción de la analogía, de la costumbre, etcétera. Reglas como la que establece que la ley procesal aplicable es aquella vigente al tiempo de realización del acto y no en el surgimiento de la realización sustantiva objeto de enjuiciamiento (*tempus regit actum*) deberán quedar reservadas a los procedimientos no penales” (584).

La exigencia de nuestro orden jurídico —y fundamentalmente del artículo 30, CADH— de que todos los alcances de la intervención en los derechos fundamentales estén regulados por la ley, debe aplicarse al proceso penal, dada su similitud con la pena del derecho material. Esta equiparación entre

(579) CSJN, *Carlos Rafael Nosiglia Construcciones S.R.L.*, 1989, Fallos, 312:251; *Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan*, 1987, Fallos, 310:2845; *Miguens, Hugo Roberto*, 1966, Fallos, 319:1675; y las citas de todos estos fallos, entre muchos otros.

(580) CSJN, *Palomo, Leónidas*, 1951, Fallos, 220:1250.

(581) CSJN, *Constanzo*, 1988, Fallos, 311:2473.

(582) CSJN, *Cafés, Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. S.A.*, 1961, Fallos, 249:343.

(583) Pastor, Daniel R., “Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales”, en Lascano (h), Carlos Julio (dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, Editora Córdoba, Marcos Lerner, 2001, pág. 793 y ss.

(584) *Ibidem*, pág. 808 y ss.

las normas consideradas como *penales* con las consideradas como *procesales* está todavía más justificada en el caso de las reglas sobre la prisión preventiva, cuyo carácter punitivo es innegable, independientemente de los fines formales que la ley le atribuya a dicha medida precautoria.

En definitiva, de acuerdo con esta postura el proceso es considerado por el legislador como una parte integrante de la sanción. De modo que, si empíricamente el proceso tiene un carácter similar a la pena, mucho más lo tiene la prisión preventiva. “Si resulta innegable que el proceso como tal constituye, desde un punto de vista no sólo jurídico, sino también psicológico, sociológico y hasta ontológico, una especie de pena (restricción de la libertad ya por la obligación de soportar el proceso), entonces es también indiscutible que su medida cautelar más intensa, la prisión preventiva, debe ser considerada pena de facto, por cuanto su aplicación suprime la libertad tanto o más que la pena de iure”. En consecuencia, así como la duración prevista para la pena no puede ser extendida más allá de su límite legal máximo en virtud de una reforma *ex post factum*, tampoco la duración máxima legal de la prisión preventiva puede ser amplificada de este modo.

Considerando el rango constitucional que tiene el principio de legalidad y el de retroactividad de la ley penal más favorable, y ante la dificultad de establecer diferencias entre normas penales procesales y sustantivas, esta postura pareciera ser la que más se condice con el sistema de derechos y garantías del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en general y nuestra Constitución Nacional en particular. De ser así, los precedentes de la Corte Suprema que han sido mencionados, en cuanto excluyen de la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa y del principio de retroactividad de la más favorable a las normas a las que se le asigna un *carácter procesal*, han devenido inconstitucionales.

El hecho de que la Corte Suprema haya diferenciado las normas procesales y sustantivas a la hora de aplicar, o no, el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, ha repercutido en el instituto de la prescripción. La CSJN ha considerado *ley penal* no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva. Por lo tanto, en virtud de los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más favorable, una modificación de los plazos de prescripción por un delito sólo se aplicará retroactivamente en la medida en que beneficie al imputado. De lo contrario, se violaría el principio de legalidad (585).

De cualquier manera, a esta misma solución podría arribarse prescindiendo de la forzada diferenciación entre normas “penales” y normas “procesales”, y considerando al debido proceso como una condición objetiva de punibilidad y, en consecuencia, como parte del derecho material.

(585) CSJN, *Miras, Guillermo, ya cit.*

Es interesante también señalar una postura —que ha quedado en minoría— según la cual el principio de legalidad busca preservar de diversos males que podrían afectar la libertad de los ciudadanos como la aplicación de penas sin culpabilidad, la frustración de la confianza en las normas (seguridad jurídica) y la manipulación de las leyes para perseguir a ciertas personas (imparcialidad del derecho). Las normas legales sobre prescripción, de acuerdo con esta postura, no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal. Por lo tanto, su aplicación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan (586).

VI. Principio de legalidad y la obligación internacional de perseguir y sancionar los crímenes contra la humanidad

La jerarquía constitucional de la CADH ha tenido una enorme repercusión en la reapertura de las investigaciones penales por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el último gobierno militar en la Argentina. La particularidad de este fenómeno es que, en estos casos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue invocado por la CS mas no para limitar la acción del Estado en materia penal, sino para legitimar dicha intervención, relativizando el alcance de algunas garantías constitucionales —entre ellas, el principio de legalidad— (587).

Esto se debe a la obligación del Estado asumida ante la comunidad internacional de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención (y la interpretación que de ella ha hecho la Corte IDH), deber que por cierto limita las potestades de derecho interno de condonar u omitir la persecución penal de los crímenes de lesa humanidad.

Un instituto que constituía un obstáculo para la reapertura de las persecuciones penales, era el de la prescripción. Este obstáculo dejó de ser tal con la categorización de estos delitos como de lesa humanidad, dado que una de las consecuencias de esa tipificación es la imprescriptibilidad —y así lo dispone la “Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los de lesa humanidad” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 (588).

Si bien dicha Convención recién fue aprobada por el Congreso Nacional el 1º de noviembre de 1995 (ley 24.584, publicada el 29 de ese mismo mes y año), estos delitos ya eran imprescriptibles al momento en que fueron co-

(586) CSJN, *Simón*, 2005, Fallos, 328:2056, voto de la ministra Argibay y sus citas.

(587) Específicamente, se invocaron los precedentes de la Corte IDH, Caso *Benavides Cevallos vs. Ecuador*, del 09-9-03; Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, ya cit.; y Caso *Barrios Altos vs. Perú*, del 14-3-01.

(588) CSJN, *Arancibia Clavel*, 2004, Fallos, 327:3312; en sentido similar, *Priebe*, 1995, Fallos, 318:2148.

metidos, dado que, para ese entonces, existía el derecho de gentes y el derecho internacional consuetudinario, a la luz de los cuales los delitos de lesa humanidad eran imprescriptibles (589). Uno de los ministros que votó con la mayoría pero con un voto por separado sostuvo que había que aplicar, retroactivamente, los tratados internacionales que consideran imprescriptibles dichos delitos —véase el voto del ministro Petracchi—.

Por el contrario, para la opinión minoritaria, el principio de legalidad impide considerar a los delitos de lesa humanidad cometidos durante el último gobierno militar como imprescriptibles. Esta postura se funda en que al momento de la comisión de los hechos faltaba la norma específica —que vinculara a la República Argentina— que estableciera una determinada sanción o bien la imprescriptibilidad de las sanciones establecidas en la ley local, ya que la convención que estableció esa imprescriptibilidad ha sido incorporada con posterioridad al ordenamiento jurídico nacional (590).

Además de la prescripción, la Corte fue más allá en su tarea de allanar el camino para la reapertura de estas persecuciones. Concretamente, convalidó la ley 25.779 (591) por medio de la cual el Poder Legislativo declaró la nulidad insanable de las leyes N° 23.492 (*punto final*) y N° 23.521 (*obediencia debida*).

En esta decisión fue crucial el hecho de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos había sido ratificada por el Estado argentino en 1984 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1986, es decir, con anterioridad a la sanción de las leyes cuestionadas. Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —vigente al momento en que los crímenes ocurrieron— obligaba ya al Estado argentino a investigar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos, puesto que ella misma es fuente de obligaciones internacionales, y así lo ha establecido la Corte Interamericana en sus decisiones (592).

Por todo ello, la obligación de investigar y sancionar que nuestro país —con base en el Derecho internacional— asumió como parte de su bloque de constitucionalidad en relación con graves violaciones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad, no ha hecho más que reafirmar una limitación material a la facultad de amnistiar y, en general, de dictar actos

(589) CSJN, *Arancibia Clavel*, *ya cit.*

(590) Véanse votos de los ministerios Fayt y Belluscio en *Arancibia Clavel*, *ya cit.*

(591) Sancionada el 21 de agosto de 2003 y promulgada 2 de septiembre de ese año.

(592) En cuanto al pleno valor vinculante de la Declaración Americana, véase Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 04-7-89.

por los que se conceda impunidad (593). Esto estaba ya contemplado por el artículo 29, CN, que limitaba materialmente la facultad del Congreso de dictar amnistías y leyes de extinción de la acción y de la pena (594).

La mayoría de la CSJN no detectó colisión alguna entre la declaración de nulidad de las leyes de *punto final* y *obediencia debida* y la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa puesto que los fundamentos de la nulidad de ambas leyes ya existían en nuestro ordenamiento jurídico al momento en que fueron sancionadas. Tampoco detectó violación alguna al principio de *nulla poena sine lege* dado que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en nuestro ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho (595).

Podría temerse fundadamente que la decisión de la Corte de convalidar la declaración de nulidad de una ley por parte del Congreso signifique minar los efectos del principio de retroactividad de la ley penal más benigna. La Corte advirtió este peligro, sin perjuicio de lo cual consideró que se estaba ante una circunstancia “extremadamente excepcional”. Esta “excepcionalidad”, sin embargo, debe ser seriamente analizada, pues es sabido que los desarrollos antiliberales y antidemocráticos siempre invocan cuestiones de excepción. Es decir, las facultades del Congreso de anular leyes penales son muy limitadas e inadmisibles en la gran mayoría de los casos (596).

Finalmente, si bien los hechos que se investigan en las causas por violaciones a los derechos humanos durante el terrorismo de Estado reúnen las características de la desaparición forzada de persona, lo cierto es que esa figura no estaba contemplada como tal en nuestro ordenamiento jurídico interno (597). A pesar de ello, no constituye una violación al principio de legalidad la tipificación de estos hechos como desaparición forzada de persona, dado que esa figura ya se encuentra —y se encontraba— tipificado en distintos artículos de nuestra legislación penal interna. Concretamente, los casos de “desaparición forzada de persona” deben ser considerados como específicos del tipo penal más genérico de “privación ilegal de la libertad”. La especificidad está dada en cuanto a la calidad del autor —agentes del Estado o personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia— sumada a la falta de información sobre el paradero de la víctima (598).

(593) CSJN, *Espósito, ya cit.*

(594) PGN, dictamen del 29 de agosto de 2002 en CSJN, *Simón, ya cit.*

(595) CSJN, *Simón, ya cit.*

(596) *Ibidem.*

(597) Esa figura fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994 y aprobada en nuestro país por ley N° 24.556 (B.O. 18/10/1995). Sin embargo, todavía no ha prosperado ninguno de los proyectos legislativos que prevén su incorporación al Código Penal.

(598) PGN, en CSJN, *Simón, ya cit.*

No se trata de combinar un tipo penal internacional —que no prevé sanción alguna— con la pena prevista para otro delito de la legislación interna sino de reconocer la relación de concurso aparente en la que se hallan parcialmente ambas figuras delictivas y que la privación ilegal de la libertad adquiere el carácter de crimen contra la humanidad cuando reúne las características de la desaparición forzada.

En cuanto a la exigencia de ley formal, el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional no puede ser trasladado al ámbito del Derecho Internacional, que se caracteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Aun así, el requisito de norma jurídica escrita se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el corpus del Derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad (599).

(599) *Ibidem*.

ARTÍCULO 10. DERECHO A INDEMNIZACIÓN

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Concordancias: Artículo 7º CADH; arts. 9, inc. 5º y 14, inc. 6º PIDCP.

CRISTINA ADÉN

Este comentario se centrará en el análisis de la responsabilidad del Estado derivada de su actividad jurisdiccional y la incidencia de la CADH sobre la materia. En particular, se prestará especial atención a los lineamientos establecidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que, en nuestro país, toda la construcción jurídica realizada sobre este tema procede de una elaboración jurisprudencial, careciéndose de una legislación aplicable en forma concreta a la problemática (600).

De modo que, la obligación del Estado de responder cuando bajo ciertas circunstancias provoca daños a los particulares, si bien se deriva de los más elementales principios del Estado de Derecho (601),

(600) BIANCHI, ALBERTO, “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado”, La Ley 13-12-1998.

(601) Para MAIORANO las teorías justificantes de la responsabilidad estatal en esta materia, pueden enumerarse de la siguiente manera: a) teoría de la relación contractual: se fundamenta en la doctrina rousseauiana según la cual el individuo habría renunciado al derecho de hacerse justicia individualmente delegando tal facultad en el Estado; b) teoría de la utilidad pública o de la obligación cuasi-contractual: el particular tendría derecho a una reparación porque el Estado le ha ocasionado un daño al procurar para sí mismo una utilidad; c) teoría de la culpa extracontractual o aquiliana: la responsabilidad estatal derivaría del hecho ilícito —delito o cuasidelito— cometido por el magistrado; d) teoría del riesgo profesional: se prescinde de la culpa fundamentándose la reparación en el riesgo que supone el funcionamiento de la justicia; e) teoría de la obligación moral: el error de los jueces sería una injusticia que haría nacer el deber de repararla; f) teoría del acto de gracia o de la equidad: no hay ni siquiera una obligación moral, sólo se traduce en un acto de gracia fundado en los principios de la equidad; g) teoría de la obligación de asistencia social: encuentra el fundamento en la solidaridad humana, movido por una necesidad obligatoria para atenuar las consecuencias de graves calamidades que pueden afectar a los súbditos; h) teoría de la reparación como restitución: se basa en el principio general de que nadie puede ser privado de lo suyo y que todo detrimento antijurídico debe ser reparado y restituida la posición de la víctima; j) teoría de

es el resultado de una lenta evolución en materia jurisprudencial (602).

El artículo 10 de la CADH y los artículos 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen explícitamente el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada por un error judicial, o en caso de sufrir una detención ilegal o arbitraria, todo lo cual se vincula con el reconocimiento anterior y explícito de los derechos a la libertad y a la seguridad personal que ambos instrumentos jurídicos internacionales resguardan (artículo 7º CADH y artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (603).

Esto así, es oportuno recordar que el Estado de derecho se caracteriza por el sometimiento del Estado a la legalidad, lo que trae aparejada su responsabilidad por los daños que produzca.

En ese contexto, la responsabilidad patrimonial por la actividad judicial, o responsabilidad del denominado “Estado Juez”, como la califica la doctrina (604), es en definitiva una subespecie de la responsabilidad estatal general

los principios del Estado de Derecho: el fundamento de la responsabilidad estatal, en cualquiera de sus órdenes, reside en el complejo de principios que constituyen en Estado de Derecho (cfr. MAIORANO, JORGE L., “Responsabilidad del Estado por errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, LL, 1984-D-986 y ss. Ver también, del mismo autor, *La Responsabilidad del Estado por Error Judicial*, En *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Depto. de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires - Rubinzal Culzoni Editores, ps. 423/4).

(602) Con el fin de profundizar las cuestiones relacionadas con la responsabilidad del Estado en la Argentina, ver REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969. En particular sobre su responsabilidad por actos cometidos por su actividad jurisdiccional, ver TAWIL, GUIDO S., *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de Justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1993, 2ª ed. BARRAZA, JAVIER I., “La Responsabilidad del Estado en materia de prisión preventiva”, en *Suplemento de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, 2005-II, ps. 79 y ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Responsabilidad del Estado por error judicial”, E.D. 122-344, MARIENHOFF, MIGUEL S.; “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, en E.D. 127-711, MERTEHIKIAN, EDUARDO, *La Responsabilidad Pública. Análisis de la Doctrina y la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Abaco, Buenos Aires, 2001; entre otros.

(603) Conforme lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la CN. La CADH fue ratificada por Ley Nº 23.054. El PIDCP aprobado por Ley Nº 23.013 establece en su art. 9, inc. 5 que: “*Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación*”; y en su art. 14 inc. 6 que: “*Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido*”.

(604) Cfr. REBOLLO, LUIS MARTÍN, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 17 y ss.

que comprende, a su vez, dos supuestos o causas de imputación distintas: el “error judicial” y el llamado “anormal funcionamiento de la administración de justicia”.

En ambos supuestos se encuentra comprometido el derecho del individuo a una resolución fundada y congruente entre la pretensión jurídica esgrimida, sea ésta civil o penal, y la solución brindada por el servicio de justicia que presta el Estado, y en consecuencia deben orientarse a la concreción del valor justicia.

En las líneas que siguen nuestro análisis se circunscribirá a la evolución que ha tenido en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal la responsabilidad estatal derivada de actos jurisdiccionales y la proyección de las directrices establecidas en la Convención Americana sobre la misma.

Algunas precisiones sobre la responsabilidad del Estado por error judicial

En primer término, debemos indicar que el “error judicial” es entendido como todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar (605).

Sin perjuicio de lo cual, debe observarse que la Convención estipula que el Estado será responsable por error judicial en caso de existir una condena con sentencia firme. Es decir que ella pareciera limitarse a estipular este derecho a reparación en relación con el dictado de actos jurisdiccionales a aquellos que establezcan una condena y no estén sujetos a posibilidad de impugnación alguna, por ser firmes. Tal como se verá, el criterio empleado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta más amplio, sin dejar de proteger los casos como los que estipula el artículo en comentario.

Así, el “error judicial” es concebido como un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, cometido por el juez, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción (606).

(605) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Abeledo Perrot, 1997, p. 500.

(606) Cfr. MERTEHIKIAN, EDUARDO; *La responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional en el derecho argentino*, en Lexis N° 0027/000070 p. 1 y ss. Asimismo, BUSTAMANTE ALSINA, ha señalado que: Para hacer efectiva la responsabilidad del Estado en tal caso, es necesario tener en cuenta: 1º) La cuestión prejudicial, que consiste en la previa determinación de que el “error judicial” no ha sido consentido por la parte a quien perjudica y que no ha pasado en autoridad de cosa juzgada, pues en tal caso goza de la presunción de verdad (*res iudicata pro veritate habetur*). 2º) La existencia del “error judicial” debe ser verificada en el mismo proceso en que se habría cometido, debiéndose agotar para tratar de llegar a esa declaración, todos los recursos y las instancias que hacen posible la reposición, la

Para abordar el tema del error judicial como generador de responsabilidad, no puede centrarse la cuestión en la causa de la decisión judicial errónea, entendiendo que existe cuando por dolo o culpa se dicta una resolución judicial injusta, resultando pertinente la que entiende al error judicial como un resultado equivocado no ajustado a la ley, bastando el cotejo de la solución judicialmente adoptada con la que exclusivamente cabe dar al caso enjuiciado para determinar si existe tal distorsión. El factor de atribución es conocido como *falta de servicio* y es enteramente objetivo (607).

Con relación a su imputabilidad, este tipo de responsabilidad es directa por cuanto el Estado no responde en los términos del artículo 1113 del Código Civil —responsabilidad del patrón por el hecho de su dependiente—, habida cuenta que los magistrados son órganos del Estado.

En este sentido, siendo la imputación al Estado directa, resulta evidente que no constituye un requisito para iniciar la acción indemnizatoria dirigirla a la persona del Juez (608), es más, ello resultaría, tal como lo ha sostenido la Corte Suprema, improcedente (609).

Ahora bien, en cuanto al tema puntual que nos concierne, conforme lo señala Tawil, citando a Reyes Monterreal, “el error judicial capaz de acarrear la responsabilidad del Estado se producirá, cuando ‘del contexto de la sentencia,

apelación y, excepcionalmente, la nulidad y la revisión. 3º) La acción de daños y perjuicios contra el Estado sólo será posible después de declarado el “error judicial”, deduciendo la acción ante el juez competente, que no será el que cometió el “error judicial”, probando el daño y la relación de causalidad. (Cfr. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *op. cit.*, p. 500).

(607) CSJN, *Vadell Jorge F.*, 1984, Fallos 306:2030, entre muchos otros. Es éste el criterio consagrado en el artículo 121 de la Constitución española, en cuanto dispone que “*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*”. Asimismo, ver TAWIL, GUIDO S., *op. cit.*, p. 61.

(608) En tal sentido, el máximo tribunal expresó que “la falta de intervención en el proceso del magistrado que habría cometido el hecho dañoso, y la imposibilidad de traerlo a juicio en tanto no sea separado de su cargo mediante enjuiciamiento político, su falta de fundamentos es palmaria. La demanda contra el Estado provincial tiene por base su responsabilidad por los hechos ilícitos de sus funcionarios, a la cual no obsta que sea concurrentemente responsable éste, y no existe prescripción legal alguna que establezca que en las demandas de resarcimiento contra uno de los responsables sea menester deducir también la pretensión contra quien lo es de manera concurrente” (CSJN, 1985, *Hotelera Río de la Plata*, Fallos 307:821).

(609) Dado que constituye un requisito necesario para someter a un magistrado nacional a la jurisdicción de los tribunales ordinarios en procesos civiles o penales que se sigan por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, la previa destitución de aquél mediante el juicio político regulado en los arts. 45, 51 y 52 de la CN o el cese de sus funciones por cualquier otra causa. Pues, “la inmunidad contra el proceso o arresto no es un privilegio indispensable que contemple a las personas sino a las instituciones y al libre y regular ejercicio de la función judicial, la cual seguramente se frustraría si los jueces estuviesen expuestos a las demandas de litigantes insatisfechos con sus decisiones” (CSJN, 1994, *Irurzun, Ricardo M.*, Fallos 317:365).

de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba y, por la otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación” (610).

Sobre el particular, Mertehikian ha señalado que “...Cuando en general la doctrina de los autores analiza la responsabilidad del Estado en el campo de su actuación jurisdiccional, es común que haga una diferencia entre la responsabilidad *in iudicando* y la responsabilidad *in procedendo*, admitiéndose que la primera procede cuando se verifique un error judicial que se traduce en que la sentencia que pone fin al proceso es injusta, ya que de no haber mediado tal error esa sentencia hubiera tenido un contenido diferente, mientras que la segunda se la caracteriza como el daño producido por un defectuoso o anormal funcionamiento judicial que se verifica durante la sustanciación del proceso, ya sea que ese daño provenga de una conducta de acción o de omisión” (611).

En tal sentido, es dable referir que por actos judiciales dañosos se entiende a todo acto ilegítimo, dictado por un juez o un funcionario, dentro del marco de un proceso, en ejercicio de función judicial de contenido civil o penal, durante la tramitación del mismo — *in procedendo*— o con motivo de su resolución con fuerza de verdad legal — *in iudicando*—, excluyéndose por lo tanto, a los actos administrativos de contenido cuasi jurisdiccional (612).

Este concepto se presenta como consecuencia de una declaración de voluntad de un magistrado y puede reconocer como origen tanto un error de hecho como de derecho; ya sea en la forma de un equivocado enjuiciamiento o bien configurado al no aplicar la solución deseada por el legislador para cuya producción resulta irrelevante la existencia o no de culpabilidad (613).

El error judicial en la jurisprudencia de la CSJN

En lo que hace a la jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal, resulta de interés destacar que en los diversos precedentes emitidos a lo largo de las últimas dos décadas el tribunal ha formulado precisiones sobre la existencia de responsabilidad del Estado Juez por el error judicial.

La Corte Suprema para poder responsabilizar al Estado por error judicial ha exigido de manera pacífica y reiterada que el acto que ocasiona daños debe ser previa y necesariamente declarado ilegítimo y dejado sin efecto (614).

(610) TAWIL, GUIDO S., *op. cit.*, p. 59. En sentido similar, la CSJN ha manifestado que “sólo debe significarse como error judicial aquella sentencia que resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales congruentes al caso” (CSJN, 2007, *Pouler, E. R.*, Fallos, 330: 2112).

(611) Cfr. MERTEHIKIAN, EDUARDO; *ya cit.*, p. 1 y ss.

(612) Cfr. CASSAGNE, JUAN C.; *Derecho Administrativo*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, págs. 524/525.

(613) TAWIL, GUIDO S., *op. cit.*, págs. 54 y 55.

(614) CERDA, LUIS FRANCISCO, *La Responsabilidad del Estado-Juez por actividad ilegítima*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 27 y ss.

Como consecuencia de la necesaria remoción de la cosa juzgada para considerar configurado el error judicial el mencionado tribunal ha requerido: i) agotar los medios procesales de revisión judicial previstos en el ordenamiento, conforme lo expresamente requerido en las causas “Garda Ortiz” (615), “Egües” (616) y “Rodríguez” (617), entre otras; ii) cumplir con la exigencia de que se declare ilegítimo y deje sin efecto el acto jurisdiccional que da origen al daño, de acuerdo con lo establecido en “Vignoni” (618), doctrina reiterada y vigorizada con su posterior aplicación en los fallos emitidos por la CSJN en “Roman SAC” (619), “Balda” (620), “Egües” (621), “Asociación Mutual Latinoamericana” (622), “López” (623), “Larocca (624)”, “Rodríguez” (625), “Robles” (626), “Lema” (627) y “Agropecuaria del Sur S.A.” (628) y; iii) haber determinado la naturaleza y gravedad del error judicial, así lo ha establecido en las causas “Roman S.A.C.” (629), “Asociación Mutual Latinoamericana” (630), “Larocca” (631) y “Agropecuaria del Sur S.A.” (632) (633).

Todas las exigencias reseñadas tienen su fundamento en los atributos y en el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que impide como principio determinar la existencia de error ya que lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la segu-

(615) CSJN, 1986, *Garda Ortiz*, Fallos, 308:2095.

(616) CSJN, 1996, *Egües Alberto*, Fallos, 319:2527.

(617) CSJN, 2000, *Rodríguez, Luis Emeterio vs. Provincia de Corrientes s/daños y perjuicios*, Fallos 323:3973.

(618) CSJN, 1988, *Vignoni Antonio S*, Fallos, 311:1007.

(619) CSJN, 1994, *Roman SAC vs. Estado Nacional s/cobro de pesos*, Fallos 317:1233.

(620) CSJN, 1995, *Balda, Miguel Ángel vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios*, Fallos 318:1990.

(621) CSJN, 1996, *Egües Alberto*, ya citado.

(622) CSJN, 1996, *Asociación Mutual Latinoamericana vs. Provincia de Misiones*, Fallos 319:2824.

(623) CSJN, 1998, *López Juan de la Cruz y otros vs. Provincia de Corrientes s/daños y perjuicios*, Fallos 321:1712.

(624) CSJN, 2000, *Larocca, Salvador Roque vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios*, Fallos 323:750.

(625) CSJN, 2000, *Rodríguez, Luis Emeterio vs. Provincia de Corrientes s/daños y perjuicios, ya cit.*

(626) CSJN, 2002, *Robles, Ramón C. vs. Provincia de Buenos Aires*, Fallos 325:1855.

(627) CSJN, 2003, *Lema, Jorge H. vs. Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios*, Fallos 326:820.

(628) CSJN, 2003, *Agropecuaria del Sur SA vs. Provincia de Neuquén y otro*, Fallos 326:1238.

(629) CSJN, 1994, *Roman SAC vs. Estado Nacional s/cobro de pesos, ya citado.*

(630) CSJN, 1996, *Asociación Mutual Latinoamericana vs. Provincia de Misiones, ya citado.*

(631) CSJN, 2000, *Larocca, Salvador Roque vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios, ya cit.*

(632) CSJN, 2003, *Agropecuaria del Sur SA vs. Provincia de Neuquén y otro, ya cit.*

(633) CERDA, LUIS FRANCISCO, op. cit., p. 27 y ss.

ridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra un pronunciamiento firme, no previsto por la ley (634).

La Corte Suprema, en el caso *Vignoni*, señaló los requerimientos necesarios para la configuración del error judicial, afirmando que: “sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley” (635).

Este precedente constituye la primera directriz sentada por la CSJN a efectos de determinar la procedencia de la indemnización por error judicial, criterio que sostuvo (636), en función de: “la existencia de una sentencia revisora que declare ilegítimo el acto y lo deje sin efecto, haciendo cesar su carácter de verdad legal” (637).

En el caso *Garda Ortiz*, (638) la Corte reafirmó tal postura, la que sustentó, entre otros argumentos, 1º) en el carácter no definitivo de la decisión cuestionada (prisión preventiva), que pudo encontrar remedio inmediato y legal mediante los recursos que contempla la ley adjetiva y cuya omisión de oportuno ejercicio por el apelante torna de aplicación la disposición contenida en el art. 1111 del Código Civil.; 2º) en la ausencia de demostración de la

(634) CERDA, LUIS FRANCISCO, *La Responsabilidad del Estado-Juez por actividad ilegítima*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 33.

(635) CSJN, 1988, *Vignoni Antonio S., ya cit.*, considerando 5º. Cabe destacar que, en consonancia con lo resuelto en el caso, la corte adoptó los criterios que estimó procedentes a fin de analizar la prescripción de la acción en este tipo de procesos. Expresó en este sentido que antes del dictado del fallo en el *hábeas corpus*, sólo asistía al demandante un derecho eventual, susceptible de nacer en la medida en que la ley permitiera revisar la decisión de la autoridad militar por ser la sentencia revisora un elemento esencial constitutivo del derecho a ser indemnizado, que si falta, obsta a la procedencia del reclamo. Determinó que resulta fundamental hacer caer, en primer término, el acto irregular para poder acceder a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de dicha decisión irregular, debiendo tenerse en cuenta que es firme en la jurisprudencia el criterio de que el plazo de prescripción aplicable es el de dos años establecido en el art. 4037 del Código Civil. Posteriormente, ha reiterado esta postura en CSJN, 1995, *Balda Miguel, ya cit.*, donde se formulan algunas aclaraciones en cuanto el inicio del plazo bienal allí establecido, el cual comenzará a correr desde el momento en que la acción haya quedado *abierta*, el Tribunal entendió que el inicio del lapso prescripcional debía computarse desde el momento que que dicha absolución fue decidida.

(636) Entre los más recientes precedentes sobre el tema puede acudirse a, CSJN, 2003, *Lema, Jorge H, ya cit.* y Fallo del 17.3.09 en la Causa G. 848. XXXVII in re *González Bellini, Guido Vicente c/Río Negro, provincia de s/daños y perjuicios.*

(637) CSJN, *Vignoni Antonio S., ya cit.*

(638) CSJN, 1986, *Garda Ortiz, ya cit.*

alegada imposibilidad de hacer uso de las vías legales a su alcance, toda vez que no aparece justificada la existencia cierta de supuestos peligros para la vida e integridad física del actor, en el caso de permanecer detenido en cumplimiento de la orden judicial mientras se sustanciaban los trámites respectivos; y 3º) en el hecho de hallarse reservado el expediente en Secretaría a raíz de la desaparición del procesado, impedía —en principio— la consulta de las actuaciones hasta tanto se produjera un hecho modificador de la referida situación procesal, por lo que no se advierte la existencia de deber alguno por parte del juez tendiente a modificar oficiosamente la resolución impugnada y cuyo incumplimiento comporte la responsabilidad de la demandada.

En igual orden de ideas, en el caso *Román S.A.C.* se determinó que sólo cabe considerar como error judicial al que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia y cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento. Por lo tanto, su existencia debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial —recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia—, mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del yerro (639).

Esto así, la cosa juzgada se constituye como fundamento autónomo de la irresponsabilidad estatal por su actividad jurisdiccional, sin embargo, como se señala en la Jurisprudencia del Tribunal Cimero “...en un verdadero Estado de Derecho que no cierra los ojos a la injusticia comprobada, es evidente que la apuntada tesis debe ceder cuando en un acto jurisdiccional posterior, resultante de los procedimientos establecidos al efecto, se reconozca que existió un error judicial en la sentencia” (640).

En esta instancia, es dable indagar sobre los casos en que el Máximo Tribunal entiende que es posible intentar válidamente la revisión de su sentencia firme. Contrariamente a lo que podría suponerse en una primera aproximación al tema, se ha admitido la posibilidad (a modo de *obiter dictum*) de no limitar dichos casos a la materia penal.

(639) CSJN, 1994, *Román S.A.C.*, ya cit.; en donde la Corte ratificó y se remitió a la jurisprudencia que sentara en los casos *Garda Ortiz* y *Vignoni*, la que fuera posteriormente reafirmada en CSJN, 1996, *Asociación Mutual Latinoamericana*, ya cit. Por lo demás, cabe aclarar que en el caso de referencia se pretendía obtener una reparación por los daños producidos por el secuestro y prohibición de uso de una maquinaria y posterior levantamiento de tales medidas junto con sobreseimiento definitivo. Al respecto la Corte decidió que, en tanto la prohibición de uso de la máquina constituyó una diligencia procesal de carácter esencialmente provisional y accesorio del procedimiento que le sirvió de antecedente, no cabe interpretar que su levantamiento, dispuesto en ocasión de dictarse el sobreseimiento definitivo en la causa penal tuviese por sentido declarar ilegítima por contrario imperio a la mencionada medida cautelar.

(640) CSJN, 1998, *López Juan de la Cruz y otros vs. Provincia de Corrientes s/ daños y perjuicios*, ya cit.

Puntualmente, el Tribunal afirmó en el caso *Egües Alberto* que nada impide hacer extensiva la doctrina del caso *Vignoni* a las cuestiones de naturaleza civil, aún cuando no se encuentre expresamente admitido por la normativa procesal la revisión de los efectos de una sentencia que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, mediante el empleo de lo que denominó la acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considera írrita (641).

Sobre el particular, sin embargo, cabe aclarar que tal afirmación fue formulada a modo de *obiter dictum*, ya que las pretensiones resarcitorias entabladas por los actores fueron rechazadas al considerar que, frente a la definición de una cuestión sustancial que adquirió el carácter de cosa juzgada e importó el rechazo de la pretensión, el accionante no puede pretender la revisión de dicha decisión mediante la vía reparatoria, por resultar “inadecuada”.

Dado el impacto social que tienen los errores cometidos al resolver causas criminales, la doctrina y la jurisprudencia han sido —dentro de su estrictez— más amplias en admitir la responsabilidad del Estado en estos supuestos (642), sin embargo, el error puede acaecer en cualquier tipo de proceso (643).

A nivel normativo, es notorio que los únicos supuestos expresamente previstos de procedencia de la reparación de daños por error judicial son los cometidos en sede criminal (644), debiendo destacarse que la Corte Suprema de Justicia sólo excepcionalmente ha reconocido la responsabilidad del Estado por errores judiciales en materia civil (645).

Por otra parte, en el fallo *Egües* la Corte Suprema reconoció la existencia de la garantía revisora aun a falta de expresa disposición legal, fundamentada en que en nuestro sistema jurídico existen vías aptas que posibilitan la revisión o examen de decisiones erróneas o írritas (646).

(641) CSJN, 1996, *Egües Alberto*, *ya cit.*

(642) Algunos administrativistas, Marienhoff, entre otros, relacionan la atenuación de la eventual responsabilidad del Estado en fueros distintos al penal con la actuación del juez en éstos como tercero que dirime una contienda patrimonial entre partes que tienen el control del proceso a través de las acciones y excepciones (Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, 6ª ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 762).

(643) Como se ha indicado, en todos los fueros la función del Estado es la impartir justicia de acuerdo a derecho, sea quien fuere el que lleve el impulso o control del proceso, hay que remarcar que la escisión entre el alcance de las funciones de dirección del juez en el proceso penal y en los restantes no es tan clara, a lo que se suma una evidente evolución en la normativa procesal de las distintas ramas del derecho que va diluyendo las aludidas diferencias (Cfr. TAWIL, *op. cit.*, pág. 55).

(644) En el ámbito federal, la Ley N° 23.054 —art. 488 del CPCCN—.

(645) Al respecto ver CSJN, *Etcheverry, Luisa*, Fallos: 314:1854.

(646) CSJN, 1996, *Egües Alberto*, *ya cit.*, considerando 17.

De forma que el Alto Tribunal ha reconocido la facultad de ejercer una acción autónoma declarativa invalidatoria de la cosa juzgada que se considere írrita, sin que sea óbice para ello la falta de un procedimiento ritual expresamente previsto, garantizando así la posibilidad de revisar decisiones que se estimen erróneas aun a falta de expresa disposición legal que habilite la revisión o examen de una injusta o írrita decisión.

Esto es, sin conculcar el principio que impone la carga de descalificar el acto que se cuestiona, se garantiza la revisión aún a falta de previsión legal expresa (647).

La responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional legítima

En cuanto a este punto, la Corte ha expresado que, como principio general, el ejercicio regular por el Estado de sus poderes propios no constituye fuente de indemnización para los particulares, a menos que el ordenamiento jurídico imponga el pago de la reparación correspondiente, aclarando que ella únicamente podrá comprender los daños producidos como consecuencias anormales, es decir, aquellos que “van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitación al ejercicio de los derechos patrimoniales” por significar para el titular del derecho “un verdadero sacrificio desigual; que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación consagrada en el art. 17 de la CN” (648).

(647) Ver CSJN, 1998, López Juan de la Cruz y otros vs. Provincia de Corrientes s/ daños y perjuicios, voto del Dr. Vázquez, *ya cit.*, en cuyos considerandos señala: “9º. Que, entonces, a la posibilidad de responsabilizar al Estado por error judicial, únicamente puede llegarse removiendo previamente la pseudo cosa juzgada que emana de la sentencia errónea, para lo cual ella debe ser dejada sin efecto. Que, valga aclararlo, tal exigencia es sustancial y procesal necesaria pues no pueden subsistir dos normas particulares, emanada cada una de una sentencia con el siguiente distinto sentido: una, que conteniendo el presunto error judicial sea la que provoca el hecho dañoso, y otra que postule su antijuridicidad y, eventualmente, declare la indemnizabilidad de las consecuencias provocadas por la primera. La seguridad jurídica, la certeza de los pronunciamientos judiciales y la paz social, requieren que se obre del modo indicado. Que es por ello, precisamente, que esta Corte ha señalado que sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios se constituiría en un recurso contra cualquier pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley (Fallos: 311:1007, considerando 5º). 10. Que, bueno es puntualizarlo, tal exigencia es aplicable respecto de los pronunciamientos dictados en sede penal (Fallos: 311:1007, antes citado; 318:1990), como en aquéllos dictados en causas civiles, sin que sea óbice a esto último la circunstancia de que las normas procesales y de fondo aplicables no prevean expresamente la posibilidad decisión que contemplan las normas penales, toda vez que en ámbito civil tampoco la remoción de la cosa juzgada quede soslayada (confr. causa E.66.XXV ‘Egües, Alberto José c/Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios —error judicial—’, sentencia del 29 de octubre de 1996)”.

(648) CSJN, *Román S.A.C.*, *ya cit.*, la mayoría del Tribunal consideró el caso desde un doble punto de vista: i) En lo referente a la responsabilidad estatal por

La aplicación por dicho Tribunal de tal criterio rector a la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, se ha traducido en la falta de reconocimiento indemnizatorio toda vez que los daños acreditados constituyen consecuencias normales y necesarias del ejercicio regular de la competencia conferida a un magistrado por las normas procesales respectivas, es decir, que se ha entendido que no cabe responsabilidad alguna frente a perjuicios provenientes de una resolución judicial fundada en ley, la que autoriza a limitar de ese modo el uso de la propiedad privada, con fundamento en el poder de policía del Estado referente a la prevención y represión de los delitos (649).

Puesto que, a criterio de la Corte, los daños producidos por el ejercicio regular de actividad jurisdiccional deben ser soportados por los particulares por constituir el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (650).

En igual orden de ideas, el voto mayoritario de la Corte en el caso *Robles* llegó a afirmar que los actos judiciales son ajenos, por su naturaleza, a la posibilidad de reconocer la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, pues, en la medida en que no importen un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia, no pueden generar responsabilidad alguna. En este sentido, se explicó que siempre que la contienda sea dirimida por el juez respetando los hechos y el derecho vigente, la discrecionalidad en la elección de las diversas alternativas posibles no podría quedar condicionada por la atribución de obligaciones reparatorias para el Estado por los daños que se pudieren causar a las partes en ocasión de la tramitación del juicio (651).

Se evidencia entonces una postura jurisprudencial que se caracteriza por rechazar la responsabilidad del Estado-juez por actividad legítima, a partir de la cual a diferencia de lo que ocurre en el campo de la responsabilidad del Estado por actividad legítima de los demás poderes del Estado, dicha responsabilidad no puede extenderse a las funciones del poder ju-

error judicial por su actividad ilícita sentó los siguientes preceptos: (a) El levantamiento de las medidas cautelares, a consecuencia del sobreseimiento definitivo, no implica que la medida haya sido ilegítima; (b) La mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no autoriza a solicitar indemnización; (c) El error judicial debe ser provocado de modo irreparable y por los órganos de la administración de justicia; (d) Las consecuencias que se reputan perjudiciales no deben haber podido hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin; (e) La naturaleza y gravedad del error debe ser determinada por un nuevo pronunciamiento judicial. ii) Respecto de la posibilidad de responsabilizar al Estado por su actuación judicial lícita la Corte consideró necesario que los perjuicios constituyan consecuencias anormales que impliquen para el titular del derecho, un verdadero sacrificio desigual.

(649) CSJN, 1994, *Román SAC*, ya cit.

(650) CSJN, 1998, *López Juan de la Cruz y otros vs. Provincia de Corrientes s/ daños y perjuicios*, ya cit.

(651) CSJN, 2002, *Robles Ramón*, ya cit., con remisión a sus precedentes en CSJN, *Balda Miguel y López Juan*, ya cit.

dicial por no tratarse de funciones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular (652).

La responsabilidad del Estado por daños producidos durante el proceso

Tal como se ha explicitado al momento de delimitar conceptualmente lo que la Corte Suprema ha entendido como error judicial, el derecho indemnizatorio reconocido por la CADH pareciera abarcar únicamente los supuestos generados a partir de sentencias definitivas y condenatorias.

No obstante ello, tal como se explicara precedentemente, la jurisprudencia nacional ha admitido la configuración de la responsabilidad estatal también en cuestiones civiles. La Corte ha entendido que tal obligación reparatoria no puede limitarse a los casos de error judicial receptados por la Convención, sino que también deben ser reparados los daños generados por actos irregulares dictados en el transcurso del proceso.

La responsabilidad por error judicial en el ámbito cautelar deriva de los derechos y garantías de elevado rango comprometidos como la libertad ambulatoria, el honor, la dignidad, la disponibilidad de bienes patrimoniales, entre otros (653).

Las medidas cautelares derivan de la ponderación provisional de un conjunto de elementos que, prima facie, conforma semiplena prueba o indicios vehementes para creer que el sujeto afectado es responsable de los hechos que se le imputan, como también que la apreciación que realice el juez no constituye un juicio de certeza sino de verosimilitud (654).

La complejidad de la responsabilidad estatal derivada de medidas cautelares, deriva de la propia naturaleza de las mismas en tanto que constituyen facultades que el ordenamiento jurídico otorga a los jueces, tienen carácter provisional, con lo cual la decisión definitiva que se adopte en el proceso favorable al sujeto, no necesariamente implica error en el juicio de cognición sumario llevado a cabo para su dictado y, asimismo, la responsabilidad por el dictado de estas medidas puede encuadrarse tanto en el ámbito de la actividad ilegítima, siempre que sean dispuestas de manera notoriamente irregular, como en el de la actividad legítima, esto es, cuando aún dispuestas de un modo formalmente irregular provoquen daños que sobrevienen injustos y/o impliquen un sacrificio especial, desproporcionado o anormal (655).

(652) CSJN, 1994, *Román SAC*, CSJN, 1995, *Balda, Miguel Angel vs. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios*, CSJN, 2002, *Robles Ramón*, CSJN, 2003, *Agropecuaria del Sur S.A. vs. Provincia de Neuquén y otro, ya cit.*

(653) CERDA, LUIS FRANCISCO, *op. cit.*, p. 84 y ss.

(654) *Ibidem*, p. 85.

(655) *Ibidem*, p. 86.

El caso de la prisión preventiva.

La Corte Suprema ha entendido tradicionalmente que el dictado de la prisión preventiva no genera responsabilidad para el Estado, en tanto reviste un carácter no definitivo (656). En este orden de ideas, aclaró que constituye un error interpretar que el sobreseimiento implica la ilegitimidad de la medida cautelar (de prisión preventiva), pues la misma se dicta sobre la base de una “semiplena prueba o indicios vehementes para creerlo responsable del hecho” (657).

La Corte ha mantenido este criterio restringido para analizar las consecuencias indemnizatorias que pueden derivarse del dictado y mantenimiento de la prisión preventiva, incluso frente a situaciones en casos donde la sentencia condenatoria fue parcialmente anulada (658). En particular ha considerado que dichas consecuencias no pueden derivar del ejercicio regular de las atribuciones del juez (659), es decir, cuando elementos objetivos hubiesen llevado a los juzgadores al convencimiento —relativo obviamente—, de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor (660). En consecuencia, dentro de los lineamientos otorgados por la Corte Suprema, “la absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva dispuesta en el curso de un proceso, pues sólo debe significarse como error judicial aquella sentencia que resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales congruentes al caso” (661).

Al efectuar un análisis del tema, puede encontrarse doctrina especializada que ha entendido que el lapso de tiempo que una persona permanezca privada de su libertad a raíz de la substanciación de un proceso penal, en el que dicha persona es finalmente sobreseída o absuelta, no da lugar a responsabilidad alguna del Estado ya que tal perjuicio o daño debe ser absorbido por el imputado, tanto más si el trámite no presenta anormalidades y el proceso obedeció a circunstancias atendibles, debidas a la aparente actuación o comportamiento de ella (662).

(656) CSJN, 1986, *Garda Ortíz, ya cit.*

(657) CSJN, *Balda Miguel, ya cit.*

(658) CSJN, 1998, *López Juan de la Cruz y otros vs. Provincia de Corrientes s/ daños y perjuicios, ya cit.* En este precedente la Corte reitera la necesidad de contar con una sentencia de revisión, así como del *fumus bonis juris* que fundamenta la adopción de una medida cautelar, sumado ello a la teoría de la “cadena de revisión perpetua”.

(659) CSJN, 2005, *Lindero ICSCA*, Fallos 328:1466.

(660) CSJN, *Balda Miguel, ya cit.*; Voto de los Dres. *Belluscio y Petracchi*.

(661) CSJN, *Pouler, E. R., ya cit.*

(662) En particular *MARIENHOFF* encuentra tres razones, por las que considera que el daño sufrido no es jurídicamente resarcible: 1) Nadie puede invocar su propia torpeza para crear un título de crédito, pues es menester “vivir honestamente”, lo cual excluye situaciones equívocas; 2) El Estado se limita al estricto cumplimiento de su “deber” constitucional de administrar justicia y de velar por el

Sin embargo, de la jurisprudencia señalada cabe concluir que, si bien debe emplearse un criterio restrictivo para analizar estos casos, la indemnización deberá ser reconocida siempre que el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario (663).

En este sentido, debe citarse el caso *Rosa* (664) donde el Máximo Tribunal ha admitido expresamente la posibilidad de obtener la reparación de los perjuicios sufridos atribuyendo la responsabilidad al Estado sobre la base de un anormal funcionamiento del servicio de justicia en el supuesto de que se verifique una indebida prolongación de la medida cautelar de privación de la libertad personal de un individuo sometido a un proceso penal, posteriormente absuelto por el delito por el que se lo acusaba (665).

Posteriormente, se registra una modificación en la posición mayoritaria de la Corte en relación con la postura sostenida hasta el año 2004, así, en el fallo *Cura, Carlos c/Provincia de Buenos Aires* se estableció que: “La indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino solo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento —relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta— de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor” (666).

En igual sentido, se pronuncio la CSJN en el caso *Iacovone, Hernán Mariano c/ Poder Ejecutivo de la Nación s/ daños y perjuicios*, al compartir el criterio esbozado en el dictamen de la Procuradora Fiscal, continuando con la apertura generada por los precedentes *Cura* y *Gerbaudo*.

La Procuradora Fiscal hizo presente que la Corte Suprema ha entendido que corresponde rechazar la demanda de daños y perjuicios derivados del invocado anormal funcionamiento del Poder Judicial cuando la prisión preventiva resultó razonable y compatible con las circunstancias fácticas del auto de procesamiento, con la complejidad y particularidades del caso y con la severa penalidad prevista por la ley sustantiva, y sólo la insuficiencia probatoria determinó el dictado de la absolución

mantenimiento de la plenitud del orden jurídico; 3) La conducta del Estado, recién aparece expresada o concretada con la sentencia definitiva y firme dictada en el curso normal u ordinario de un proceso (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo, ya cit.*, ps. 804 y ss).

(663) CSJN, *Balda Miguel, ya cit.*; Voto de los Dres. Belluscio y Petracchi.

(664) CSJN, 1999, *Rosa Carlos Alberto, ya cit.*

(665) CSJN, *Rosa Carlos Alberto, ya cit.*

(666) CSJN, 2004, *Cura, Carlos Antonio c/Provincia de Buenos Aires y otro (Estado Nacional) s/Daños y Perjuicios*, Fallos 323:702. La posición de la CSJN sentada en el fallo *Cura ya cit.* fue reafirmada en CSJN, 2005, *Gerbaudo, José Luis c/Provincia de Buenos Aires y otro s/Daños y perjuicios*, Fallos 328:4175.

(conf. Fallos: 329:3894 (667)). Del mismo modo señaló que la Corte, en el precedente de Fallos: 322:2683 (668) consagró el principio de que se genera en quien se halla privado de la libertad el derecho a reclamar una indemnización cuando la denegación del beneficio de la excarcelación se hubiera fundado en meras afirmaciones genéricas y dogmáticas, contradictorias con las concretas circunstancias de la causa. Es decir que, a contrario sensu, no corresponde resarcimiento alguno cuando la prisión preventiva dispuesta proviene de una razonable apreciación —por parte del juez competente— de la situación del detenido (669).

Este cambio en la posición de la CSJN constituye uno de los avances o progresos más significativos morigerando los alcances de la cosa juzgada en lo atinente al juzgamiento de la responsabilidad del Estado por error judicial en el ámbito cautelar, al dejar de aplicar la doctrina del precedente Vignoni en el ámbito de la responsabilidad por actividad judicial cautelar dado que se ha dejado de exigir la remoción de cosa juzgada alguna para poder responsabilizar al Estado por daños derivados de medidas cautelares, siempre que el respectivo auto se revele incuestionablemente infundado, arbitrario o irracional (670).

Algunas cuestiones finales

Como hemos observado *supra* el reconocimiento de la responsabilidad del Estado-juez se ha circunscripto exclusivamente al accionar ilegítimo de los funcionarios en ejercicio de la función jurisdiccional, excluyéndose de la esfera de atribución de responsabilidad estatal los daños producidos por actividad judicial legítima ya que consideramos que es de cierta necedad afirmar que el Estado en ejercicio de las funciones jurisdiccionales no puede ocasionar con su accionar, en apariencia regular, daños injustos, indebidos, desproporcionados, graves o anormales.

En este último caso, adherir a esa tendencia jurisprudencial determina negar a quienes resultaren afectados, el derecho a una justa reparación.

Sin embargo, ello no implica asociar la evolución de la responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales a una posición orientada a la indemnización de forma inmoderada de los justiciables, por el contrario se orienta a la búsqueda de un sistema que esté dirigido a afianzar la justicia y a coexistir armónicamente con el orden jurídico imperante.

De la reseña jurisprudencial efectuada respecto de la responsabilidad emergente de la actividad jurisdiccional, se puede observar que aún existe

(667) CSJN, 2009, *González Bellini, Guido Vicente c/ Río Negro, provincia de s/ daños y perjuicios, ya cit.*

(668) CSJN, 1999, *Rosa Carlos Alberto, ya cit.*

(669) CSJN, *Iacovone, Hernán Mariano c/ Poder Ejecutivo de la Nación s/ daños y perjuicios*, causa I. 144. XLIV de fecha 14/12/10.

(670) *Cerda, Luis Francisco, op. cit.*, p. 86 y ss.

resistencia a su admisión. Podría decirse que, a grandes rasgos, la responsabilidad extracontractual del Estado en este aspecto, se ha circunscripto a: i) los actos jurisdiccionales cumplidos por los órganos integrantes del Poder Judicial, tanto nacional como local y su manifestación más clara, es tal vez, el error judicial producido en la jurisdicción penal, que tiene lugar cuando se produce la condena como culpable, de quien es realmente inocente y; ii) a las funciones y cometidos que llevan a cabo los funcionarios y empleados de la justicia (671).

No obstante, no resulta difícil interpretar que los fundamentos a los que ha recurrido la doctrina y la jurisprudencia ante la falta de expresas disposiciones legales, para justificar la responsabilidad del Estado por actos lícitos de sus poderes ejecutivo y legislativo, como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica, no se observan en el caso de las sentencias y demás actos judiciales, ya que ellas no pueden generar responsabilidad de tal índole puesto que “—en palabras de la Corte— no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia” (672).

Esgrimir el desconocimiento del derecho a obtener reparación por actividad judicial lícita con el único fundamento de la diversa naturaleza de la actividad judicial en relación con la de otros poderes del Estado, puede calificarse, cuanto menos, dogmática.

Podemos concluir que, a pesar de las asignaturas pendientes no puede indicarse que haya prevalecido una interpretación restrictiva de los lineamientos de la CADH en lo atinente al derecho que tiene toda persona a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del citado cuerpo normativo y sus normas concordantes.

Por el contrario, la tendencia que se vislumbra en la Jurisprudencia de la CSJN es mucho más amplia y progresiva, evidencia una evolución constante en materia de reparación de daños causados por la actividad jurisdiccional que no soslaye el fundamento esencial de la norma comentada.

Puesto que, como ha postulado un sector de la doctrina que “De lo que se trata es de que la víctima del error judicial no deba soportar un daño irreparable proveniente del ejercicio de una de las funciones del Estado, sin obtener

(671) BARRAZA, JAVIER INDALECIO, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 132.

(672) CSJN, *Román SAC; Balda Miguel y López Juan, ya cit.*

la indemnización correspondiente (673), a lo que debe agregarse que “es difícil comprender cómo se puede bregar por el respeto a la justicia sobre la base de postular el mantenimiento de errores con fuerza de verdad legal” (674).

Fundamentalmente, la vigencia de este derecho a indemnización consagrado en el artículo 10 de la CADH, impone avanzar en la construcción jurídica de fuente jurisprudencial de la responsabilidad estatal por actos judiciales, teniendo en miras ese objetivo de equidad que debe primar en todo Estado de Derecho.

Esa es la lucha a la cual los operadores jurídicos, magistrados y funcionarios judiciales debemos estar abocados, con ética y compromiso.

(673) AGÜERO, MIRTA NOEMÍ, “Responsabilidad del Estado y de los magistrados por error judicial”, Ad-Hoc, Bs. As., 1995, pág. 95. La autora agrega que “lo importante es que exista la posibilidad de probar el error en que se ha incurrido, cuya consecuencia ha sido el perjuicio...lo contrario implicaría admitir que aunque se reconozca la existencia de resoluciones erróneas, las mismas resulten inmutables, privando de la correspondiente indemnización por los daños causados”.

(674) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Responsabilidad por daños*, Ed. Ediar, Bs. As., 1973, p. 187.

ARTÍCULO 11. PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Concordancias: Arts. 5.2, 6, 22, 27 CADH; 33, 18, 15 y 19 CN; art. 5 DADDH; Art. 10, 14 y 17 PIDCP; 1 DUDH; Art. 12 DDDH (675).

ROMINA PETRINO

1.— Derecho a la dignidad

El derecho a la dignidad consiste en que cada hombre debe ser respetado por su condición humana.

En uno de los primeros fallos dictado por la Corte Interamericana (676), acerca de las desapariciones forzadas de personas, se sentaron varios principios respecto de la dignidad.

(675) Existen normas internas secundarias que regulan estos derechos, así pueden verse: Código Penal, arts. 109 a 117, 144 y ss., 150 a 157; Código Civil, arts. 1071, 1089 y ss., Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, arts. 31 a 35; Ley 23.592 de Antidiscriminación; Ley 23.798 de Lucha contra el SIDA; ley 24.788 de Lucha contra el Alcoholismo; Ley 23.737 de Estupefacientes; Ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad; Ley 25.326 de Hábeas Data; Ley 23.511 de Creación de la Base Nacional de Datos Genéticos; Ley 25.506 de Firma Digital; Ley 20.216 de Correo. Otras Leyes protegen los derechos en las relaciones de familia: Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar; Ley 23.264 de Filiación y Patria Potestad; Ley 24.270 de Obstrucción del Contacto con Menores con Padres no Convivientes; Ley 13.944 de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar y Ley 19.216 de Adopción y Amnistía por Inscripciones Falsas.

(676) Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, del 29-7-88.

En primer lugar que, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana (677). Esto implica que el derecho a la dignidad es el valor más importante a respetar, por más despreciable que sea el delito cometido por la persona, su conducta o sus actitudes. El *derecho a la dignidad* está por sobre la potestad estatal y el Estado no puede vulnerar este valor, ni restringirlo.

Describe las formas lesivas a la dignidad inherente al ser humano, tales como toda forma de tratamiento cruel o inhumano, que lesione la integridad física, moral o psíquica de la víctima o todo tipo de humillación o menosprecio a un ser humano, o cualquier tipo de tratos o modos que puedan menoscabar su estima (678).

Allí se definió también, el concepto de *Dignidad Inherente*, es decir, aquella inseparable, por su naturaleza, del ser humano; pues, el derecho a la dignidad lo tiene el hombre por su condición de humanidad. Esta afirmación es intuitivamente verdadera, por lo que no necesita ser probada.

Por su parte la CSJN en el caso "*Bahamondez*" (679) los ministros Fayt y Barra aludieron a la idea de dignidad humana y consideraron que había "un señorío del hombre a su vida" y un "señorío a su propio cuerpo", que legitimaba su negativa a aceptar aquella transfusión de sangre.

Los jueces Belluscio y Petracchi manejaron tal concepto al decir que cada uno tiene el derecho a determinar acerca de su cuerpo, en tanto no aparezca un interés público relevante, o derechos de terceros que impongan una solución distinta. Hicieron alusión explícita a los principios de autonomía de la conciencia y voluntad personal.

Casos de violación al derecho a la dignidad:

La dignidad otorga al hombre soberanía sobre su vida, por ello, consiste en el pleno dominio y utilización de sus propias facultades.

A continuación se despliega una muestra de dos casos ejemplificadores de cómo se ha visto conculcado este derecho:

En el caso promovido ante la Comisión Interamericana sobre revisiones vaginales de las mujeres que visitan la Unidad N° 1 del Servicio Penitenciario Federal argentino, se decidió que se habían violado, entre otros derechos protegidos por la Convención Americana, la dignidad de las personas sometidas a tal procedimiento, constituyendo una medida de carácter penal degradante que trasciende la persona del penado o procesado. Sobre el tema que nos ocupa, la Comisión ha concluido que, para establecer la legitimidad de

(677) Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, ya cit., párr. 154.

(678) Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, ya cit., párr. 156.

(679) CSJN, *Bahamondez*, *Marcelo s/medida cautelar*, 1993, Fallos 316:479.

una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se verifiquen estos requisitos: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo legítimo en el caso específico; 2) no debe existir medida alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud (680).

Por otro lado, también resulta conveniente recordar que la Corte Interamericana ha dicho que el abuso y la violencia sexual vulneran el derecho a la intimidad, además de la integridad física y mental personal, y representa un ultraje deliberado a la dignidad (681). Cuando los hechos son conocidos por la comunidad, la humillación de las víctimas también puede tener consecuencias graves para éstas y su familia (682).

Otras manifestaciones del derecho a la Dignidad.

a) El Derecho a la Identidad.

Toda Persona tiene derecho a su propia identidad, a su verdad personal, a ser considerado como realmente es, a ser *él* y no *otro*. La identidad reconoce dos vertientes: una estática, inmodificable o con tendencia a no variar; y otra dinámica, mutable en el tiempo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que la práctica de sustracción de niños, hijos de desaparecidos, además de configurar un delito en el derecho interno, constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos, principalmente aquellas que tutelan el derecho a la identidad de las víctimas directas y protegen la familia (683). Asimismo se dijo en el caso Barrios Altos que el derecho *a la verdad* debe ser entendido “como 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” (684).

La identidad estática está conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej.: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). La identidad dinámica se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales.

(680) Comisión IDH, Informe 38/96, caso 10.506, del 15-10-96, LL, 1997-E, 784.

(681) Corte IDH, *Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú*, del 1-03-96, párrs. 200 y 201.

(682) Corte IDH, *Caso Ana Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, del 4-03-01, párrs. 42 y 45.

(683) Arts. 11 y 17 CADH, y arts. V y VI DADDH; Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1987/8, págs. 350/63.

(684) Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, del 14-03-01, párrs. 48.

b) Bioética

En nuestro país la ley 23.511 (Adla, XLVII-B, 1529) regula la organización y manejo de datos genéticos, habiéndose creado a través de la misma el Banco Nacional de Datos Genéticos, cuyo objetivo se encuentra limitado a la determinación y esclarecimiento de cuestiones relacionadas a la filiación.

Los principales conflictos éticos y jurídicos que se han suscitado siguiendo al jurista español Romeo Casanoba, son: a) los datos genéticos, b) la intervención en los genes, c) bioseguridad y biodiversidad y d) libertad de investigación (685).

El 11 de noviembre de 1997 la Conferencia general de la UNESCO, en su 29ª reunión, dio nacimiento a la "*Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*", ésta postula principalmente: que el genoma humano es patrimonio de la humanidad, en sentido simbólico; el respeto a la dignidad humana de acuerdo a las características genéticas que hacen a un ser humano único e irrepetible; el genoma humano no puede dar lugar a beneficios pecuniarios; la necesidad de que la persona sometida a determinado tratamiento o diagnóstico en relación con el genoma humano se encuentre debidamente informada y preste su consentimiento previo y libre; que nadie puede ser objeto de discriminación fundadas en sus características genéticas; la protección de la confidencialidad de los datos genéticos; el derecho de toda persona a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma; que sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad siempre que existan razones realmente atendibles para hacerlo; la sujeción de toda investigación que se realice en materia de biología, genética y medicina, a los principios de derechos humanos, de libertad humanas y de la dignidad; que no pueden permitirse prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos; y establecer las responsabilidades especiales respecto de los científicos e investigadores en razón de los estudios que se realicen en referencia al genoma humano.

Los temas controvertidos en relación con el genoma humano son inherentes al manejo y utilización que se haga del material genético, por ejemplo la comercialización de los resultados de experimentos sobre el ADN. Por ello, se excluyó de la patentabilidad a las inversiones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, considerando no patentables: los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano, las utilidades de embriones humanos con fines industriales o comerciales.

(685) ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, *Genética y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003, págs. 1 y 2.

El hecho de no haber incorporado cláusula en lo concerniente al previo consentimiento del donante de material como así también de quien resulte objeto de estudio, constituye una seria falencia que no permite vislumbrar con la certeza necesaria los límites de la investigación científica.

Respecto de la confidencialidad de los bancos de datos genéticos, se requiere contar con el previo consentimiento del titular de dicha información, respetando inclusive su derecho a no informarse.

Debe tomarse conciencia sobre el carácter esencial que tiene la información sobre la composición genética de una persona, a fin de evitar o contrarrestar enfermedades de origen hereditario.

Pero, asimismo, la falta de contención respecto de la divulgación de los datos sobre la composición genética de determinada persona significaría dejarla totalmente expuesta en lo que constituye la esencia misma de su individualidad como ser humano, generando un escenario apto para la proliferación de actitudes discriminatorias hacia determinados individuos o grupos sociales, con base en determinadas configuraciones genéticas; lo cual se haría extensivo al campo laboral, de la contratación de seguros, y otros no menos importantes. Esto revela el riesgo que implica que se lleven a cabo maniobras de manipulación genética y de que se excluya a sectores de la población genéticamente inviables.

2.— Derecho a la honra

La honra de la persona implica la estima, reputación y respetabilidad propia que emana de ésta y hace a su dignidad, desde la esfera de su conciencia y sentimientos hasta la valoración que tienen de ella los demás. El derecho al honor se gana con una actitud moral frente al prójimo y en el desarrollo de la actividad profesional. Este derecho es susceptible de restricción y reglamentación.

Además del ámbito de las relaciones sociales, donde la violación a la honra de la persona se concreta cuestionando su desempeño laboral, dejando entrever una cierta conexión ilegal en sus actividades, vociferando el nombre con alusiones peyorativas, repitiendo epítetos y escribiendo las paredes con su nombre seguidas de descalificativos. Existen otros ámbitos de violación de este derecho, entre ellos, los más perjudiciales son los medios de comunicación, este tema ha sido hondamente desarrollado en los comentarios a los artículos 13 y 14 de esta obra.

Casos y criterios atinentes al derecho al honor:

— El insulto o la ofensa hechos en público son doblemente ofensivos al sujeto, no sólo porque se ataca su honor sino porque se infama de palabra públicamente al ofendido.

La CSJN, en el año 1996, sostuvo que no toda conducta considerada como deshonrosa o desacreditante es tal, pues la ofensa deberá analizarse dentro de los valores relativos tenidos en cuenta para una comunidad dada, en circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas a las que son dirigidas, dentro del contexto general en que se dan, pues palabras o frases que para una persona o en determinado lugar o tiempo histórico resultan injuriosas, en otros no lo son (686).

— La incidencia del proceso judicial. La Corte IDH ha sostenido que un proceso judicial no constituye, por sí mismo, una afectación ilegítima del honor o de la dignidad de la persona. El proceso sirve al objetivo de resolver una controversia, aunque ello pudiera acarrear, indirectamente, molestias para quienes se hallan sujetos al enjuiciamiento con los demás, o prácticamente inevitable que así sea de sostener otra cosa, quedaría excluida de plano la solución de los litigios por la vía contenciosa. Por otra parte, la sanción aplicada al cabo de este proceso tampoco se dirige a menoscabar esos valores de la persona, en otros términos, no entraña o pretende el descrédito del reo, como ocurrió en el caso de una pena infamante. Si bien el hecho de ser acusado, enjuiciado y condenado no vulnera estos derechos, la Corte Interamericana reconoció que las consecuencias de un proceso penal pueden afectar el honor y la buena reputación de un individuo cuando se llevan a cabo con desconocimiento de la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso. No obstante, en el caso *Cesti Hurtado*, la Corte IDH decidió considerar las posibles consecuencias del juicio en estos derechos en la etapa de reparaciones, concluyendo que su propia sentencia declaraba que dichas medidas violatorias de los derechos del condenado, constituían una reparación suficiente (687).

Gran parte de la jurisprudencia de la Corte IDH se refiere a acciones de las autoridades que desprestigian intencionalmente a las víctimas. Un ejemplo claro de ello puede encontrarse en el caso *Ortíz* (688), referido a una religiosa que fue secuestrada y presuntamente torturada por agentes de las fuerzas de seguridad. Al denunciar los hechos, el Estado, en vez de investigar en forma objetiva y eficaz, se empeñó en desprestigiar a la víctima. Ante ello la CIDH dijo “altos funcionarios del gobierno violaron las disposiciones del artículo 11 (1) cuando asaltaron el honor y la reputación de la Hermana *Ortíz* de manera reiterada y arbitraria, al declarar que sus alegaciones eran una historia preparada, que había montado su propio secuestro y que trabajaba con grupos que tenían como objetivo colocar a Guatemala en una posición difícil. Son especialmente graves las declaraciones de los funcionarios del gobierno que manifiestan que las heridas de la Hermana *Ortíz* fueron el resultado de una cita amorosa, probablemente de lesbianas. Estas declaraciones constituyeron una afrenta grave al honor y la reputación de

(686) CSJN, *Morales Solá*, 1996, *Fallos* 319:2741, voto del Dr. Vázquez.

(687) Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado vs. Perú*, del 29-9-99, párr. 177.

(688) Corte IDH, *Caso Dianna Ortíz vs. Guatemala*, del 16-10-96, párr. 117.

la Hermana Ortíz, basada en gran medida en su labor como monja católica orientada a mejorar las condiciones de vida de grupos indígenas pobres en Guatemala”.

En el mismo sentido se decidió el caso *Riebe Starr*, que trata de tres religiosos expulsados de un país bajo acusación de apoyar a un movimiento subversivo, donde la Corte IDH dijo que el derecho a la honra y reputación había sido vulnerado no sólo por una “campaña de desprestigio emprendida por el Estado en su contra (...) que se les presentó a la opinión pública como transgresores irresponsables y como una amenaza para la paz”, sino también porque “fueron expuestos a la opinión pública mexicana e internacional como peligrosos delincuentes; sin embargo, en virtud del proceder de las autoridades al expulsarlos sumariamente, jamás tuvieron la oportunidad de defenderse de los graves cargos criminales en su contra” (689).

3.— Derecho a la privacidad

La CADH reconoce expresamente que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...”. En dicho párrafo se hace mención a dos derechos diferentes: el derecho a la privacidad y el derecho a la intimidad (que contempla las injerencias en el domicilio y en la correspondencia), ya que existe una diferencia conceptual y significativa entre ambos en la doctrina.

Nuestro derecho interno se refiere al derecho a la privacidad utilizando la frase *acciones privadas de los hombres*. Dicho concepto es similar al que utiliza la CADH al decir *vida privada*.

La CSJN, no obstante, en algunos casos, como *Ponzetti de Balbín* (690), ha mezclado el concepto de privacidad con intimidad al utilizar indistintamente la expresión *acciones privadas de los hombres*, para referirse a ambos derechos.

La privacidad implica la posibilidad irrestricta de los individuos de realizar acciones que no afectan a terceros, es decir que no generan un daño directo e inmediato a terceros, y son privadas aun que no haya limitaciones para el acceso público a su conocimiento y sólo penetrable por su libre voluntad, libre de toda injerencia estatal. Pero puede ser interferida por los demás individuos como ocurre con toda crítica que se realiza a una conducta privada.

La CSJN determinó que existen dos esferas de conducta, la de lo estrictamente privado (la ética privada, lo particular y personal de cada uno) y la

(689) Corte IDH, *Caso Loren Laroye Riebe Star vs. México*, del 13-04-99, párrs. 95 y 96.

(690) CSJN, *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S.A.*, 1984, 306:1892.

parcial o totalmente pública (que puede relacionarse con la moral pública). En razón de ello, surge el derecho a no ser molestado cuando se trate de acciones privadas.

El artículo 19 de la CN menciona las acciones privadas de los hombres pero deja por completo de lado los actos íntimos, no siendo equivalentes ambos términos, y existiendo entre éstos una relación de género (privacidad) a especie (intimidad). De ello que, todas las acciones íntimas son acciones privadas, pero no todas las acciones privadas son acciones íntimas (por ejemplo: expresión de creencias religiosas u opiniones políticas, hábitos, etc.). Asimismo, la intimidad comprende una esfera de la persona que está protegida del conocimiento generalizado (691).

La CSJN ha atribuido distinto contenido al derecho a la privacidad. Ello dependió de los ámbitos que abarcó. Así, se formaron dos doctrinas.

— Doctrina de la interioridad: la privacidad comprendería las conductas que se arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de la personas (libertad de pensamiento) y sólo a ellas concierne sin concretarse en actos exteriores que pueden incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellas se asientan y por las cuales, a su vez son protegidas aquéllas para la adecuada consecución del bien común temporal (692).

Conforme esta doctrina las únicas acciones que no permiten la intromisión estatal son aquellas que permanecen en el fuero interno de cada individuo (lo pensado y lo querido), sean buenas o malas son ajurídicas, pero la simple exteriorización (ejecución) de las mismas las torna pasible de la jurisdicción estatal (693).

Las acciones privadas desde un punto de vista espacial, son aquellas realizadas en un lugar privado, en cambio, las que tienen lugar en público son potencialmente alcanzables por la potestad estatal.

(691) NINO, CARLOS S., *Fundamentos de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Atrea, 1992, pág. 304 y ss.

(692) CSJN, *Viñas Ibarra, Elvira A. c/ Sánchez Loria, Raúl*, 1976, Fallos 296:15.

(693) CSJN, *Viñas Ibarra, Elvira A. c/ Sánchez Loria, Raúl*, ya cit., considerando 4º. GONZÁLEZ JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Estrada y Cía. Editores, Buenos Aires, 17, págs. 101, 194 y 195. Ver también VALIENTE NOAILLES, CARLOS, *Problemática constitucional de la moral pública*, El Derecho, t. 20, cuya reseña efectúa Rodríguez Varela, La Ley t. 125, pág. 1020 y sgtes., define lo público por oposición a lo privado, que significa “lo ejecutado familiar o domésticamente, a la vista de pocos y, además, lo particular y lo aislado”. La Moral pública y las garantías constitucionales, pág. 28 LL, Buenos Aires, 1996. Ambos autores sostienen una concepción restrictiva de la privacidad y amplia de la moral pública.

— Doctrina amplia (694): La privacidad abarcaría las acciones (efecto de hacer) a través de las cuales las personas ejercen libremente su autonomía sobre cuestiones significativas, aún aquellas que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público, porque se exteriorizan al público, comprendiendo no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino laboral y social (membresías en clubes, asociaciones intermedias, iglesia, templo, etc).

Cabe también advertir que la CSJN ha analizado este principio de privacidad en diversas ocasiones, adhiriendo en algunos casos al principio de autonomía personal como en los casos “*Ponzetti de Balbín*” “*Bazterrica*” (695), “*Sejean*” (696), “*Portillo*” (697) y “*Bahamondez*” (698), o al perfeccionismo como en “*Colavini*” (699), “*Montalvo*” (700), “*Comunidad Homosexual Argentina*” (701) y “*Portal de Belén*” (702).

De este modo puede verse que el orden y la moral pública operan como un límite indispensable de la libertad individual, son de carácter residual y deben aplicarse una vez que se concluya que se ha causado un daño (703) a un tercero.

(694) BIDART CAMPOS, GERMÁN J, “El derecho a no cortarse el pelo”, LL 150-106; “Tenencia de estupefacientes para uso personal y derecho a la intimidad”, ED 139:977.

(695) CSJN, *Bazterrica, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo*, 1986, Fallos 308:1392, donde se resolvió que la tenencia de drogas para consumo personal era una acción privada.

(696) CSJN, *Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean*, 1986, Fallos: 308:2268, donde se incluyó como acción privada la elección de un proyecto de vida matrimonial disoluble.

(697) CSJN, *Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531*, 1989, Fallos 312:496, donde se sostuvo la objeción de conciencia al servicio militar.

(698) CSJN, *Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar, ya cit.* Donde se resolvió que la decisión de una persona del culto de los testigos de Jehová, de oponerse a una transfusión de sangre, era una acción privada.

(699) CSJN, *Colavini, Ariel Omar*, 1978, Fallos 300:254. Donde se resolvió que la tenencia de estupefacientes para uso personal no es una acción privada.

(700) CSJN, *Montalvo, Ernesto Alfredo s/ inf. ley 20.771*, 1990, Fallos 313:1333. Donde la tenencia de drogas pasó a estar penada.

(701) CSJN, *Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas*, 1991, Fallos 314:1531, LL, 1991-E, 679. Donde se decidió a favor de una resolución administrativa que negaba la solicitud de personería jurídica a dicha entidad, por los objetivos estatuarios inmorales de la misma.

(702) CSJN, *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*, 2002, Fallos 325:292.

(703) Atento que cualquier acción que realizamos produce algún efecto sobre terceros, cuyo aspecto pernicioso pueda ser alegado para intervenir sobre la acción en cuestión, debe tenerse en cuenta que además de que la interferencia debe basarse en razones referidas al daño a terceros, ese daño debe ser sustancial, lo que debe ser apreciado en confrontación con la centralidad que la acción interferida tiene para el plan de vida elegido por el individuo, cualquiera sea el valor de ese plan. Si la acción resulta periférica para el plan de vida elegido o para cualquier plan de vida concebible, o ese plan puede materializarse a través de otras acciones sustitutivas

Sobre el particular se ha pronunciado la Comisión IDH destacando 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 (ver el artículo 29.a) de la Convención). 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 (704).

En cuanto al contenido de la moralidad, éste se debe desprender de la CN, más precisamente al establecer la forma democrática y republicana de gobierno, el valor de la educación y la familia. Es decir que tanto el orden como la moral pública protegen los bienes e intereses de terceros y la ética pública. A lo que cabe agregar que nuestro Estado es secular, no confesional ni teísta, por lo que la idea de *bien común* no puede ser construida conforme una religión, aun si ella pertenece la mayoría de los habitantes de la Nación.

En una sociedad pluralista como la nuestra es indispensable para la convivencia armónica recurrir a la tolerancia, y en este sentido, el Estado debe proveer y asegurar las pautas para una convivencia posible, racional y pacífica, removiendo los obstáculos, proveyendo información o tratamiento o neutralizando la compulsión.

4.— Derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad tiene dos facetas. La primera comprende el derecho del individuo a desarrollar los aspectos de la personalidad espiritual o física de la persona. La segunda faceta implica un sentido de no intrusión y otro de exclusión potencial, los cuales abarcan, el no ser observado, sustraerse a la publicidad y otras perturbaciones a sus sentimientos y vida privada, a que los demás tengan información no documentada, es decir, no accesible al público en general, sobre hechos que no se quiere que sean ampliamente conocidos (705), o que se desea ocultar a la curiosidad ajena, todo ello limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos.

Ambas facetas se encuentran protegidas del conocimiento generalizado y libre de toda interferencia, tanto de los poderes públicos como de los indi-

con igual o menor costo para el agente, y un daño menor para terceros, entonces, bastará para justificar la interferencia con ella. En este sentido, ver NINO, CARLOS S., *op. cit.*, págs. 304 y 306.

(704) Comisión IDH, Informe 38/96, *ya cit.*

(705) Melvin vs. Reid, cit. por ARIAS, JOSÉ, “The Right of privacy”, JA, t. 66, sección doctrina.

El derecho a la intimidad no implica sólo aquellos hechos que los terceros ignoran. La vida familiar, la situación económica, la concepción moral, ética y religiosa es un área solamente reservada a cada persona.

viduos particulares, aunque todo eso sea conocido o advertido por terceros, porque hace al plan de vida de la persona.

El derecho a la intimidad, a diferencia del derecho a la privacidad, no resguarda acciones y de ningún modo su sustancia puede ofender la moral pública o perjudicar a terceros (706).

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en forma genérica por el art. 19 de la Constitución Nacional y ha sido delimitado por la Corte Suprema (707), la que entendió que puede referirse a actos que se proyecten tanto dentro del hogar como a la luz de la sociedad.

Como se ha adelantado, el art. 11 de la CIDH se mencionan dos conductas distintas: la injerencia en la vida privada y la injerencia en el domicilio o la correspondencia.

Las injerencias en la vida privada de una persona o en la de su familia no se justifican en ningún caso, mientras que en algunas ocasiones puede justificarse en situaciones de emergencia las injerencias en el domicilio o la correspondencia.

4.1 — *Debido Proceso Penal*

El derecho a la confidencialidad del hogar y de las comunicaciones por ejemplo está estrechamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia y del debido proceso de las personas acusadas penalmente.

Registro del domicilio, de la persona y de sus papeles y correspondencia: Respecto de la aplicación de mecanismos policiales de investigación, el art. 18 de la CN da un marco de protección a la actuación procedimental policial. La integridad y el carácter confidencial de la correspondencia están protegidos de jure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta ni leída.

La protección del domicilio receptiona el sentido de propiedad y de residencia u hogar y el lugar donde una persona ejerce su ocupación habitual.

El hogar como vivienda es por excelencia el centro de las acciones privadas que la Constitución declara reservadas a Dios, es el espacio donde el hombre tiene poder superior al Estado; la residencia es menos íntima, pero lleva el mismo sentido de independencia.

(706) Conf. NINO, CARLOS S., *op. cit.*, pág. 327.

(707) CSJN, *Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A, ya cit.*; *Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan*, 1993, Fallos 316:703; *Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas, ya cit.*, voto del juez Boggiano; *Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar, ya cit.*, disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Boggiano.

Este derecho protege la esfera del hogar contra allanamientos o indebidas intrusiones visuales o auditivas de terceros en la intimidad y de sus actividades.

Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituya un hostigamiento (por ej.: la intrusión en viviendas sin los recaudos procesales correspondientes).

La CIDH en el caso *Alan García* (708) aplicó el principio de legalidad en cuanto principio general de derecho estableciendo que “el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, por el contrario, su ejercicio se encuentra habitualmente restringido por la legislación interna de los estados”. De ahí que “...la garantía de la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados cede cuando existe una orden de allanamiento fundada extendida por una autoridad judicial competente donde se establecen las razones de la medida adoptadas y donde constan el lugar a allanarse y las cosas que serán objeto de secuestro”. “El allanamiento del domicilio del Dr. García y la incautación de documentación privada perteneciente a su familia —acciones perpetradas por tropas del Ejército peruano— se realizaron con total inobservancia de los requisitos procedimentales previstos en la Constitución”. “La inviolabilidad del domicilio opera como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba incriminatoria de un individuo imputado de un delito”. Para el caso que se realice el allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente.

En el año 1984 la CSJN, en un caso sobre tenencia ilegítima de estupefacientes, varió el criterio que venía sosteniendo y que decía que las cuestiones de irregularidad de las condiciones de allanamiento y su validez eran temas de carácter procesal ajeno al recurso extraordinario y decidió que la prueba obtenida por medio de un allanamiento de domicilio hecho sin la orden judicial no podía ser legalmente tomado en cuenta en un proceso (709).

4.2. — *Recopilación de información en registros o bancos de datos*

La acción de Hábeas Data está prescripta en el art. 43, tercer párrafo de la CN (710), como el proceso de *acción de amparo especial* (711) de

(708) Corte IDH, *García vs. Perú*, del 7-2-95.

(709) CSJN, *Fiorentino, Diego Enrique*, 1984, Fallos, 306:1752.

(710) El art. 43 de la CN establece que “...Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad, o actualización de aquéllos...”

(711) Ley 25.326 de Protección de Datos Personales, Art. 37.

los ciudadanos que tutela el derecho a la intimidad ante los excesos que se producen en el uso de nuevas tecnologías y en especial de la informática (712). Asimismo, se sancionó la ley 25.326 (713) de protección de Datos Personales y el Decreto 1558/2001 (714), que creó la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales como organismo de control (715).

El Principio N° 3 de la Declaración sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la CIDH en el año 2000, dice: “Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”. Este principio implica: 1) el derecho de cada persona a no ser perturbado en su privacidad, 2) el derecho de toda persona a acceder a información sobre sí misma en base de datos públicos y privados para modificar, anular o rectificar información sobre su persona por tratarse de datos sensibles, falsos, tendenciosos o discriminatorios y 3) el derecho de las personas a utilizar la acción de hábeas data como mecanismo de fiscalización.

A su vez, la Relatoría para la Libertad de Expresión dispuso que la acción de hábeas data impone ciertas obligaciones a las entidades que procesan información: el usar los datos para los objetivos específicos y explícitos establecidos; y garantizar la seguridad de los datos contra el acceso accidental, no autorizado y la manipulación. En los casos en que entes del Estado o del sector privado hubieran obtenido datos en forma irregular y/o ilegalmente, el peticionario debe tener acceso a dicha información, inclusive cuando ésta sea de carácter clasificada.

El acceso a la información habilita al peticionario a conocer la identidad de los involucrados en la recopilación legal de datos, habilitando la sanción legal para sus responsabilidades.

El carácter de fiscalización constituye un importante mecanismo de control de la actividad de las agencias de seguridad e inteligencia del Estado, principalmente permite verificar la legalidad utilizada por parte de estas agencias en la recopilación de datos de las personas. Para que la acción de hábeas data sea llevada a cabo con eficiencia, se deben eliminar las trabas administrativas que obstaculizan la obtención de la información y deben im-

(712) CSJN, *Matimport S.A. s/ medida precautoria* 1999, Fallos 322:259.

(713) EDLA, 2000-B-131.

(714) EDLA, 2001, Bol. 22-22.

(715) Como antecedente a la preocupación por la protección de datos personales en 1968 se creó el INDEC, donde se estableció el secreto de los datos recabados por el Sistema de Estadística Nacional, datos que sólo se publicaban en compilaciones de conjunto, de modo que no se pudiera violar el secreto comercial o patrimonial, ni individualizarse las personas o entidades a quienes se refieren.

plementarse sistemas de información de fácil acceso, simples y de bajo costo para el solicitante (716).

La colección de información de carácter personal debe estar sujeta a ciertos principios como la justificación social, información y limitación que no funcionan directamente con la falsedad o inexactitud (717). Por ende si la información exacta ha sido colectada con un fin y se ha usado con otro o con una finalidad ilícita o socialmente reprochable, debe ser suprimida porque afecta la esfera de intimidad del individuo, sin perjuicio de su potencialidad discriminatoria o dañosa.

En definitiva, comprobada la falsedad o discriminación de la información que consta en el registro de datos la persona podrá petitionar: la supresión de los datos; la rectificación en caso de información inexacta, errónea, etc.; la actualización en el supuesto que la información no responda al estado actual del sujeto; la confidencialidad de información legalmente colectada que no debería ser conocida por terceros.

Se encuentra a cargo del banco de datos probar la existencia o no de falsedad o discriminación de la información.

Los responsables de archivos, bancos o registros, en virtud del deber de preservación de la calidad de la información, deben proveer a la supresión,

(716) Siguiendo a Sagüés se clasifican los subtipos de hábeas data en: -1.- *hábeas data informativo*: procura solamente recabar información obrante en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. Existen tres subespecies del mismo: *exhibitorio*: tiene por fin el conocimiento de los datos referidos a la persona que interpone el hábeas data; *finalista*: busca saber para qué y para quién se registran los datos; *autoral*: consiste en averiguar acerca de quién obtuvo los datos que obran en el registro (productor, gestor, distribuidor de datos). -2.- *hábeas data aditivo*: persigue agregar más datos a los que deberían contar en el banco o base, poner al día información atrasada o bien incluir datos. -3.- *hábeas data reservador*: busca asegurar la confidencialidad de ciertos datos que pueden ser conservados por el registro, que no deben ser divulgados y sólo los puede utilizar para los fines legales pertinentes o bien para uso personal exclusivo. -4.- *hábeas data cancelatorio o exclutorio*: tiene como fin la supresión de la denominada "información sensible" englobadora de datos que se refieren a la vida íntima, a las ideas políticas, religiosas o gremiales, al comportamiento sexual, etc. -5.- *hábeas data público* (incorporado en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires): a favor de la ciudadanía, que puede acceder a toda información y documentación atinente a la gestión del Gobierno de la Ciudad (contratos, antecedentes de los contratistas y subcontratistas, pliegos de base y condiciones de los llamados a licitación, actos patrimoniales de monto relevante) en forma irrestricta (SAGÜÉS, NÉSTOR, Subtipos de hábeas data, JA, 1995-IV-352).

(717) Lo **inexacto** estrictamente puede no resultar falso, sino conllevar diferencias con la realidad expresada por encontrarse la misma parcialmente asentada en el archivo. Un dato incompleto en algunas circunstancias puede ser asimilado a un **dato falso o inexacto o confuso**. Si no se especificara concretamente la situación y sólo se estableciera el carácter irregular el dato es falso. El dato es **verdadero** en la medida que refleja con mayor grado de precisión la situación patrimonial de una persona.

sustitución, rectificación, actualización y, eventualmente, a la ampliación de las informaciones, en cuanto lleguen a su conocimiento los defectos que afectan a los datos registrados.

Respecto de la admisibilidad del hábeas data, la CSJN dijo que frente al registro legítimo de un dato verdadero sólo cabe analizar la posibilidad de que la información sea discriminatoria o bien que produzca una injerencia desmesurada en la privacidad del afectado, ponderados con la finalidad de la conservación de los registros. Por otra parte cuando se trate de datos estrictamente comerciales o financieros suministrados de acuerdo a normas del B.C.R.A., no objetados por su veracidad, su divulgación a terceros no puede legítimamente restringirse (718).

Mediante los datos erróneos o incompletos se puede perjudicar las perspectivas de estudio o laborales de sus titulares.

El hábeas data garantiza que su afiliación política, sus creencias religiosas, su militancia gremial, sus antecedentes laborales o académicos, no pueden ser divulgados ni utilizados en su perjuicio por órganos públicos o entes privados.

La doctrina nacional estableció principios para la recolección de datos: Pertinencia y legitimidad. Finalidad y Licitud. Por vía de interpretación se ha establecido otro requisito para el procesamiento de datos que no existe en la norma constitucional, cual es, el consentimiento previo, tanto para el Estado como para las personas de Derecho privado que proveen informes.

(718) CSJN; *Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/ amparo ley 16.986*, 1998, Fallos 321:2767, cinco de los magistrados de la Corte se pronunciaron a favor de la acción de hábeas data como proceso constitucional que tutela el derecho a la verdad. Y en la causa *Suárez Mason, Carlos G. y otros s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.*, 1988, Fallos 311:1042, donde la mayoría de la CSJN resolvió desestimar la solicitud de la madre de una persona desaparecida en la dictadura militar, en el marco de un proceso penal, donde solicitaba una serie de medidas probatorias para esclarecer y determinar el destino de su hija desaparecida. Mientras que en el voto de la minoría se habló del “derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de muerte y sobre el destino final de los restos de la hija del recurrente” (Voto del Juez Boggiano).

ARTÍCULO 12. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente; tanto en público como en privado.

Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescriptas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Los padres y, en su caso, los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Concordancias: Arts. 13 CADH; 14 y 19 CN; 18 DUDH; 18 PIDCP; 9 CEDH; 10 CDFUE; 3 DADDH; 8 CAFDH; 5 CEDR; 14 CDN.

DIEGO M. PAPAYANNIS (719)

Una justificación política de la objeción de conciencia (720)

El art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce a los individuos la libertad de conciencia y de religión. Esto implica la libertad de conservar, cambiar, profesar y divulgar su religión o creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Asimismo, prohíbe a los Estados partes imponer restricciones que pue-

(719) Investigador del grupo de filosofía del derecho de la Universidad de Girona.

(720) Algunas de las ideas aquí presentadas son una reelaboración de la tesis central expuesta en PAPAYANNIS, DIEGO M., "La objeción de conciencia en el marco de la razón pública", Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 9, Nº 1 (julio 2008), págs. 57-83.

dan menoscabar el goce de estas libertades, salvo que exista alguna justificación relacionada con la protección de la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Esto último, por supuesto, concuerda con lo establecido en el art. 19 CN respecto de la prohibición de dañar a terceros. El art. 12 CADH, en virtud de lo establecido en el art. 75, inc. 22, CN tiene jerarquía constitucional. La objeción de conciencia, entonces, es un derecho que goza de la más alta protección institucional.

¿En qué consiste este derecho? Una primera aproximación sugiere que se trata de preservar la integridad moral de los individuos. Para ello, el Estado debe abstenerse de imponer por medio de la ley cualquier obligación que sea contraria a los deberes que surgen de la moral individual o de la religión de los ciudadanos razonables. Sin embargo, dado que nuestras sociedades están marcadas por el hecho del pluralismo, parece imposible que el sistema jurídico nunca afecte la moral individual de algunos ciudadanos. En este caso, puede advertirse a primera vista que hay una tensión entre las razones que apoyan la obediencia al derecho y las razones que justifican el incumplimiento de ciertas reglas cuando ellas se contraponen con un deber proveniente de la moral individual de los ciudadanos. En qué medida pueden invocarse razones morales para no ser castigado por la inobservancia de una norma válida o para ser liberado de ciertas cargas, y cuál es el límite de la objeción de conciencia son algunas de las preguntas a las que se intentará dar respuesta en lo que sigue. Así, el objetivo de este trabajo es brindar un marco teórico adecuado que dé sentido a la objeción de conciencia en sociedades liberales, democráticas y plurales.

La idea principal que aquí se sostiene es que toda sociedad liberal debe reconocer la *objeción de conciencia*, es decir, el derecho de los ciudadanos a no ser castigados por el incumplimiento de aquellas normas que están en conflicto con los deberes morales que surgen de la doctrina comprensiva que cada uno sustenta. El fundamento de este deber se encuentra en los principios que deben gobernar en toda sociedad democrática marcada por el hecho del pluralismo razonable. Si una sociedad liberal ha de ser caracterizada de este modo, necesariamente debe contemplar la objeción de conciencia entre sus reglas básicas.

No obstante, la objeción de conciencia es muy problemática ya que podría poner en juego la idea de reciprocidad que debe reinar en todo arreglo institucional. Ella exige que todos los que se benefician de un determinado acuerdo social cumplan su parte. Es obvio entonces que el objetor que, según la doctrina tradicional, reconoce la validez de la norma pero se niega a obedecerla alegando razones morales, podría ser considerado como alguien que se aprovecha del funcionamiento de las instituciones *tal como ellas son* sin realizar el aporte que se espera de él. Esta práctica, si ha de ser preservada, requiere una justificación moral.

El desarrollo que sigue, se centrará básicamente en la *objeción de conciencia* antes que en la *libertad de conciencia o religión*, ya que éste enfoque es el más relevante para abordar un análisis de la relación entre el Estado (laico) y los individuos que sostienen distintas creencias, entre las que se cuentan las religiones. Quedará por analizar cuál es el papel del Estado en cuanto a la promoción de los medios necesarios para que los individuos logren llevar adelante su plan de vida con plenitud, cualquiera que éste sea. Es decir, ¿debe el Estado financiar las distintas religiones o sólo debe comprometerse con el respeto de una libertad negativa? Este debate, en extremo interesante e importante, quedará fuera del tratamiento de este trabajo.

En los apartados 1 y 2 se explicará cuál es el marco teórico utilizado para analizar la objeción de conciencia en las sociedades liberales. A la vez, se caracterizará detalladamente lo que implica, desde un punto de vista político, ser objetor de conciencia. El apartado 3 distingue la invalidez por inconstitucionalidad de la objeción de conciencia; esto será fundamental para comprender por qué este instituto, que permite a algunos ciudadanos dejar de cumplir con sus obligaciones jurídicas, no viola el ideal de reciprocidad en los arreglos sociales (apartado 4). Finalmente, en el punto 5 se analizan los límites endógenos y exógenos a la posibilidad de invocar la objeción de conciencia para justificar el incumplimiento de un deber jurídico.

1— *El Liberalismo Político*

Las sociedades democráticas modernas se caracterizan por el hecho del pluralismo razonable. Ello significa que en la misma sociedad conviven personas que practican religiones diferentes, que sustentan distintas doctrinas comprensivas e ideologías que se contraponen en sus puntos de partida. Ante este hecho del pluralismo razonable, Rawls pretende responder desde la filosofía política la siguiente pregunta: ¿cómo es posible la existencia duradera de una sociedad justa y estable formada por ciudadanos libres e iguales que no dejan de estar profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables? (721).

Los ciudadanos, que se reconocen como libres e iguales, advierten que no pueden basar sus relaciones de cooperación en ideas que se corresponden con una doctrina comprensiva. Por ello, la deliberación pública se orienta por una concepción política cuyos principios y valores son *aceptables* por todos los ciudadanos. La estructura básica de la sociedad (compuesta por las principales instituciones políticas, económicas y sociales) debe ser evaluada desde este punto de vista, que excluye la admisibilidad de aquellos argumentos que no es posible exigir a otros que comprendan o acepten. Cuando dos individuos de distintas religiones discuten sobre cuál es la solución justa a un determinado problema —por ejemplo el aborto— es altamente improbable que logren ponerse de acuerdo si cada uno se limita a esgrimir

(721) RAWLS, JOHN, *Liberalismo Político*, Barcelona, Crítica, 1996, pág. 33.

argumentos que se derivan de su propia concepción religiosa. Un argumento del tipo *mi religión prohíbe el aborto*, no tiene sentido para alguien que no es de esa misma religión. Del mismo modo, un argumento a favor de la redistribución de la riqueza que invoque como precedente alguna parábola del Nuevo Testamento no puede ser comprendido o aceptado por alguien que no es cristiano; al menos no puede ser comprendido como *un argumento* a favor de la redistribución de la riqueza. Por ello, Rawls delimita el ámbito de la discusión a lo que denomina la *razón pública* (722).

La razón pública es una forma de imponer límites al tipo de argumentos que pueden brindarse en el debate democrático en el momento de diseñar las instituciones básicas de la sociedad. Todos los ciudadanos tienen un deber de civilidad, un deber moral que implica una disposición a escuchar a los demás y un compromiso de fundarse en valores políticos, y no de la propia doctrina comprensiva que se sostiene, cuando se apela a la razón del otro para argumentar sobre cuestiones fundamentales de la vida institucional (723). Por ahora no es necesario explicar cuál es el acuerdo al que Rawls cree que los ciudadanos llegarían sobre la estructura básica de la sociedad. Basta señalar que alcanzarían un acuerdo institucional que sería justo y estable. La estabilidad es importante para Rawls para distinguir lo que él llama un consenso entrecruzado (o superpuesto) de un mero *modus vivendi*. El consenso entrecruzado sería el resultado del reconocimiento por parte de los ciudadanos de que es imposible gobernar sus relaciones sociales sobre la base de doctrinas comprensivas dispares. Por este motivo limitan el acuerdo a las cuestiones políticas, dejando un amplio margen para que cada uno desarrolle su vida según su propia concepción del mundo, siempre que esta concepción sea razonable. La noción de razonabilidad es harto problemática en la teoría de Rawls, pero uno de sus significados se relaciona con que los ciudadanos tienen una predisposición a encontrar términos equitativos de cooperación, aceptando que los desacuerdos en las respectivas doctrinas comprensivas no deben impedir un consenso en la cuestión política. Esto es algo distinto de un mero *modus vivendi*, en tanto éste implica un acuerdo sobre la base de la igualdad de fuerzas, la imposibilidad de imponer al otro un determinado esquema institucional (724). Es evidente que el consenso como *modus vivendi* es totalmente inestable, circunstancial o contingente, ya que al no existir este ánimo de encontrar términos equitativos de cooperación cualquier modificación en las fuerzas sociales es suficiente para abandonar el esquema vigente y pasar a uno de imposición de condiciones. Para ejemplificar, puede que un esquema institucional determinado reconozca la libertad de culto, pero si lo hace como consecuencia de que los grupos religiosos en esa sociedad tienen una capacidad similar de negociación y ninguno logra imponerse sobre el otro, habrá un mero *modus vivendi*, claramente

(722) Sobre la idea de razón pública, véase RAWLS, *Liberalismo Político*, *op. cit.*, pág. 247 y, en general, el cap. VI.

(723) RAWLS, *Liberalismo Político*, *op. cit.*, pág. 252.

(724) RAWLS, *Ibidem*, pág. 180.

inestable; pero si, en cambio, lo que fundamenta el reconocimiento de la libertad de culto es que los ciudadanos son razonables, se consideran libres e iguales y pretenden encontrar términos equitativos de cooperación dado el hecho del pluralismo razonable, entonces, habrá un consenso superpuesto en lo que se refiere a cómo tratar la cuestión de la organización política de esa sociedad. Como consecuencia de ello, los individuos aceptarán la idea de razón pública y por medio de la deliberación alcanzarán acuerdos institucionales que serán justos y estables.

¿Cuál es la relevancia de este debate para el tema que nos ocupa?

2— *La objeción de conciencia y el liberalismo político*

El objetor de conciencia se caracteriza por negarse a obedecer el derecho sobre la base de que la obligación jurídica le exige un comportamiento contrario a sus más profundas convicciones morales, religiosas o filosóficas (725). Así, un caso típico de objeción de conciencia podría ser negarse al cumplimiento del servicio militar invocando una presunta prohibición religiosa o simplemente alegando una posición ideológica contraria a su realización, como ser partidario del movimiento pacifista. Nuestra Corte Suprema ha tenido que lidiar con estos casos cuando el servicio militar era aún obligatorio en nuestro país (726). Resulta conveniente, por ahora, pensar en abstracto la estructura de la argumentación brindada por el objetor.

¿Qué tipo de razón invoca un objetor de conciencia para negarse a obedecer al derecho? Quien desobedece una norma cuyo contenido es claro puede hacerlo por varios motivos. Puede por un lado hacerlo en señal de protesta, cuestionando la justicia de la norma, con la intención de generar conciencia social sobre la necesidad de su modificación. Este es el caso de la desobediencia civil. Por otra parte, puede que quien viola la norma ni siquiera tome como algo relevante el hecho de que la conducta que realiza esté prohibida. Es decir que no incluya a la norma dentro de las premisas de su razonamiento práctico. Este individuo no se motiva por el derecho. Por último, quien no obedece puede estar reclamando algo distinto: puede estar reconociendo que la norma es parte de un sistema en general justo, pero sostener a la vez que cumplir con lo que ella ordena implicaría realizar actos que se oponen

(725) Así fue reconocido en CSJN, *Agüero* 1949, Fallos 214:139; donde se sostuvo que “la libertad de conciencia consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales”. Asimismo, en la disidencia de Cavagna Martínez y Boggiano en el caso *Bahamondez*, se definió la objeción de conciencia como “el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común” (véase CSJN, *Bahamondez*, 1993, Fallos, 316:479).

(726) CSJN, *Portillo*, 1989, Fallos: 312:496.

a sus más profundas convicciones. Este es el caso que interesa aquí: el del objetor de conciencia (727).

El argumento del objetor tiene que ver con el hecho de que en una sociedad democrática caracterizada por el hecho del pluralismo, en la que los participantes son razonables, no pueden imponerse deberes a los ciudadanos que sean contrarios a sus convicciones religiosas, filosóficas o morales. Nunca se lograría un acuerdo, un consenso superpuesto, que no incluyera esta libertad de conciencia. Así, Rawls dice que “las personas razonables se dan cuenta de que las cargas del juicio (728) fijan límites a lo que razonablemente podemos justificar ante los demás, razón por la cual [...] aceptan alguna forma de libertad de conciencia y de pensamiento. Es irrazonable que usemos el poder político, cuando lo disfrutemos para reprimir concepciones comprehensivas que no son irrazonables” (729).

Una de las formas en que el derecho protege la libertad de conciencia es por medio de la objeción de conciencia. Esta tiene lugar cuando el individuo solicita al Estado no ser sancionado por el incumplimiento de un deber jurídico que se opone a un deber moral. Es importante aclarar que, según Rawls, la objeción de conciencia no supone la introducción en el ámbito de la razón pública de argumentos provenientes de la propia doctrina comprehensiva del objetor, ya que “no es una forma de apelar al sentido de justicia de la mayoría”. Continúa diciendo Rawls en relación con esto: “no invocamos por tanto las convicciones de la comunidad y, en este sentido, [...] no consiste en una actuación ante el foro público [...] La objeción de conciencia no se basa necesariamente en principios políticos, puede fundarse en principios religiosos o de otra clase, en desacuerdo con el orden constitucional” (730). El hecho de

(727) Sobre las diferencias entre el objetor de conciencia y el desobediente civil, véase MALEM SEÑA, JORGE F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, págs. 55 a 57.

(728) RAWLS se refiere a las cargas de juicio cuando alude a las dificultades que enfrentamos a la hora de hacer juicios razonables que tengan sentido. Estas se relacionan, entre otras cosas, con la dificultad de evaluar la evidencia empírica y científica, los posibles desacuerdos en cuanto al peso de la evidencia sobre la que sí hay acuerdo, la vaguedad de los conceptos morales y políticos, las alteraciones que nuestras diferentes experiencias globales producen en nuestros juicios, los conflictos axiológicos a los que nos enfrentamos cuando principios razonables recomiendan cursos de acción incompatibles y la capacidad limitada de cualquier sistema de instituciones sociales respecto de los valores que puede admitir, de modo que hay que proceder a una selección a partir de un amplio espectro de valores morales y políticos que podrían ser realizados. Véase RAWLS, *Liberalismo Político, op. cit.*, págs. 85-89.

(729) RAWLS, *Liberalismo Político, op. cit.*, pág. 92.

(730) RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pág. 336. Sin embargo, al analizar la justificación de la objeción de conciencia toma el caso de la negativa a participar en actos de guerra y ejemplifica a partir de quien se basa en principios políticos para ello. El análisis no es para nada esclarecedor ya que sigue existiendo la posibilidad, que RAWLS deja de lado sin fundamentar, de que alguien alegue razones de conciencia basadas exclusivamente en

que la actuación del objetor no sea política implica que puede mantener en secreto las razones que le impulsan a violar la regla jurídica (731). En el esquema que propone Rawls, esto no puede ser de otro modo. No obstante, creo que la objeción de conciencia es algo más que una actuación privada del ciudadano. Como se verá más adelante, de ser acogido favorablemente, su reclamo supone una modificación del sistema jurídico, y para modificar la estructura básica de la sociedad se requiere apelar al sentido de justicia de la mayoría.

¿Qué significa que la actuación del objetor no es política o que puede ser secreta? El único modo coherente de interpretar esto es afirmando que el objetor no pretende modificar el estado de cosas, es decir, no discute la legitimidad ni la validez de la regla, como pauta general. No obstante, pretende que esa regla que reconoce como válida no le sea aplicable a su caso concreto. En ese sentido restringido su reclamo no es político. ¿En qué sentido puede ser secreta la objeción? Que sea secreta dependerá de si para ejercer su derecho a objetar requiere de una acción judicial o no. Si se trata por ejemplo de evitar cumplir con el servicio militar por motivos religiosos, el objetor no tendrá más remedio que solicitar una exención, y para conseguir un fallo favorable deberá brindar buenas razones. Además, la carga de argumentar convincentemente garantiza que tras la objeción de conciencia no se enmascare una violación de los términos equitativos de cooperación. ¿Cómo se distingue al desertor del objetor? ¿Con qué elementos cuenta la comunidad política para distinguirlos más allá de las razones que uno y otro presenten como justificación del incumplimiento? Parece difícil entonces caracterizar a la objeción como una acción puramente secreta y no dirigida a la comunidad. El objetor tiene un deber frente a la comunidad de dar buenas razones que justifiquen su incumplimiento, de lo contrario nada lo diferencia de quien se aprovecha injustamente de los beneficios de la cooperación sin soportar las cargas que ella importa. Teniendo esto en cuenta, resulta criticable que Rawls presente a la objeción de conciencia como un acto privado, que no requiere argumentación frente al resto de la sociedad.

Por otra parte, resulta más acertado interpretar el reclamo del objetor de conciencia como dirigido a modificar el sistema introduciendo al menos una excepción para casos como el suyo. El objetor no impugna la justicia de un sistema que en general lo beneficia. Lo que reclama es que las instituciones se adecuen de modo que sus convicciones morales sean preservadas, siempre que esto sea posible. Por ello, su acción sí es pública, es decir que está dirigida a la comunidad porque tiene como objetivo alterar levemente las instituciones básicas de la sociedad.

Admitir todo esto no implica caracterizar esta práctica como contraria al ideal de razón pública que Rawls sostiene, porque siempre habrá una razón

su doctrina comprensiva. Sobre esto último, véase *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, pág. 343 y ss.

(731) MALEM SEÑA, *op. cit.*, pág. 56.

pública que permita la introducción de razones provenientes de la doctrina comprensiva del objeto. Rawls mismo admite que puedan introducirse en la *discusión política pública* ideas pertenecientes a una *doctrina comprensiva*, religiosa o no religiosa, siempre y cuando se presenten a la vez razones políticas que sean por sí mismas suficientes para habilitar la introducción de ideas provenientes de doctrinas comprensivas (732). Según esta condición exigida por Rawls, la introducción de ideas provenientes de una doctrina comprensiva está justificada si se esgrime una razón pública en apoyo a la introducción de la idea, pero no a la idea misma que se sostiene. Esto podría ocurrir en la objeción de conciencia cuando se esgrime una razón política para permitir que un deber moral prevalezca sobre un deber jurídico. Así, por ejemplo, alguien que no es de mi misma religión no podrá comprender que yo no deba abortar, pero puede comprender, si ha captado el concepto de religión, lo que significa para mí tener un deber moral o religioso de no abortar. Aquí hay una razón pública que puedo esgrimir: que las razones religiosas son importantes para los planes de vida de quienes las sostienen.

Una última cuestión que es importante resaltar es la distinción entre la teoría ideal y la teoría no ideal de Rawls. En la teoría ideal la *objeción* de conciencia no tiene razón de ser. Siendo la estructura básica de la sociedad perfectamente justa no existen argumentos que puedan brindarse para no obedecer el derecho. Sí se presupone en la teoría ideal que los individuos gozan de una *libertad* de conciencia, ya que esto constituye una condición necesaria para el consenso superpuesto. La libertad de conciencia implica la posibilidad de albergar aquellas creencias que uno considere verdaderas, mientras que la objeción de conciencia es una forma de evitar la sanción al incumplir un deber jurídico siempre que se cumplan ciertos requisitos. Ahora bien, cuando las instituciones sociales no son perfectamente justas puede darse el caso de que alguna carga impuesta a un grupo de individuos sea contraria a sus deberes morales. Por esta razón, se da lugar, entre otras cosas, a la objeción de conciencia. Este tipo de instituciones persiguen solucionar los problemas que surgen cuando se aplican los principios de justicia en condiciones no ideales. En otras palabras, la objeción de conciencia tiene sentido en un sistema que generalmente es reconocido como justo por los ciudadanos y ellos obran de conformidad con sus normas por esa razón. En una situación de opresión, por ejemplo, no tendría ningún sentido hablar de objeción de conciencia. Cuando el sistema no es en general justo ningún ciudadano tiene el deber de obedecerlo. La objeción de conciencia es la herramienta de la que disponen los individuos cuando en un sistema *justo* una determinada norma afecta de modo relevante su doctrina comprensiva. Este deber general de obedecer el derecho nace del deber natural que tienen los ciudadanos de apoyar y fomentar las instituciones justas (733). Aún sin

(732) RAWLS, JOHN, "The idea of public reason revisited", 64 *U. Chi. L. Rev.* 765, págs. 783-784.

(733) RAWLS, *Teoría de la Justicia*, *op. cit.*, pág. 306 y ss.

compartir el punto de vista de Rawls o cómo él concibe este deber natural y sus consecuencias, resulta plausible afirmar que existe un deber político de sostener instituciones que propongan términos equitativos de cooperación. A partir de aquí, tiene sentido entender la objeción de conciencia solamente en un sistema que en general es justo. En este contexto, este instituto cumple una función de modificación de sistema. El objetor solicita que se adapte un sistema generalmente justo de modo que él pueda cumplir con su parte sin contrariar los mandatos de su propia doctrina comprensiva. En el apartado 4 se explicará que el modo en que la objeción de conciencia contribuye a modificar el sistema es imponiendo una obligación alternativa para compensar la obligación que el objetor deja de cumplir, o no imponiendo la sanción cuando la carga que se elude es incompensable, y ello es así para no violar la reciprocidad que debe existir en los acuerdos sociales.

3— *La invalidez y la objeción de conciencia*

En nuestro país, la objeción de conciencia está reconocida jurídicamente. Como se explicó en la introducción, el art. 12 CADH consagra un derecho que goza de jerarquía constitucional, según lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 CN. Siendo ello así, uno podría pensar que cualquier norma que imponga a los individuos una obligación contraria a los deberes que derivan de su culto, religión o doctrina comprensiva razonable es inconstitucional. En otros términos, podría parecer que la objeción de conciencia es un reclamo de invalidez por inconstitucionalidad de la norma jurídica. No obstante, no es éste el mejor modo de concebir la objeción de conciencia.

Cuando un individuo infringe una norma de inferior jerarquía amparándose en lo que establece una norma de jerarquía superior, su acción puede ser justificada simplemente sosteniendo que el derecho no le exigía realizar la conducta prescripta por la primera norma. Es decir, cuando alguien impugna la validez constitucional de una norma, reclama no ser sancionado por el incumplimiento de la norma cuestionada ya que en ningún caso tenía la obligación de realizar la conducta allí especificada. Por otra parte, el reclamo del objetor de conciencia es de naturaleza distinta. El reconoce la validez de la norma, pero invoca una justificación de tipo moral por haber desobedecido y a la vez reclama que no se le aplique el castigo. Vistos de este modo, ambos conceptos resultan claros e inconfundibles. En la inconstitucionalidad habrá una contradicción entre normas del mismo sistema jurídico y ésta debe ser resuelta negando la validez de la norma inferior. En la objeción de conciencia la contradicción se da entre el deber que impone una norma del sistema jurídico y un deber moral (734) que surge de la propia doctrina comprensiva

(734) MALAMUD GOTI, JAIME, “Cuestiones relativas a la objeción de conciencia”, en Bulygin, Eugenio - Farrell, Martín - Nino, Carlos S. - Rabossi, Eduardo (compiladores), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, pág. 280. La Corte Suprema sostuvo que no es violatorio de la objeción de conciencia el art. 230 del Código Civil que impone un modelo de

del objetor, y la resolución de la cuestión no afecta la validez de la norma. Esto significa que en el caso del objetor la decisión judicial no dirá que él no tenía el deber de hacer lo que la norma exigía, sino simplemente que está justificado el incumplimiento de ese deber y, por lo tanto, la no imposición del castigo correspondiente. Cuando de inconstitucionalidad se trata, el juez en su sentencia declarará que el impugnante no tenía el deber de hacer lo que la norma inferior exigía.

En resumen, quien cuestiona la validez de la norma, a diferencia del objetor, no solicita que el sistema se adecue para preservar sus intereses morales permitiéndole a la vez cumplir con su parte en un esquema de cooperación social más amplio que en general beneficia a todos. Quien impugna la validez de la norma alega que el sistema tal como es no le impone la obligación. Por ello, no debe compensar ninguna carga ni las instituciones deben adecuarse imponiéndole obligaciones alternativas.

4— ¿La objeción de conciencia viola la reciprocidad?

Para Rawls la sociedad es un sistema equitativo de cooperación a lo largo del tiempo (735). Esta cooperación debe darse en términos equitativos que definen una idea de reciprocidad. La reciprocidad a su vez implica que todos los que se comprometan con la cooperación y cumplan con ella resulten beneficiados (736). Esta idea se halla entre medio de la imparcialidad, que es altruista, y la ventaja mutua (737). En este marco, el acuerdo que alcanzarían los individuos en la posición original incluiría dos principios de justicia: según el primero, cada participante en la práctica, o afectado por ella, tiene un derecho igual a la mayor libertad posible compatible con la libertad del resto; según el segundo, las desigualdades son arbitrarias salvo que: a) estén vinculadas a cargos y posiciones accesibles a todos y b) sea razonable esperar que resulten ventajosas para todos (738).

matrimonio disoluble. El reclamo de los demandantes consistía en la posibilidad de incluir una cláusula de indisolubilidad para adecuar el acto matrimonial a sus creencias religiosas. Las razones por las que se niega el planteo son dos: por un lado, la norma no impone una obligación jurídica que se contrapona con una obligación moral. Es decir, el divorcio no es obligatorio, sino facultativo en ciertas circunstancias, por lo que la colisión entre deberes es inexistente. En segundo lugar, el derecho de los cónyuges de cambiar de religión también importaría una contradicción con la admisión de la cláusula de indisolubilidad solicitada. Véase CSJN, CSJN, *Sisto*, Verónica Eva, 1998, Fallos 321:92.

(735) RAWLS, *Liberalismo Político*, op. cit., pág. 44.

(736) *Ibidem* pág. 46.

(737) *Ibidem*, pág. 47.

(738) RAWLS, JOHN, "Justice as Reciprocity", en *Collected Papers*, Harvard University Press, 1990, pág. 191. En *Liberalismo Político*, RAWLS reemplaza esta formulación por la siguiente: a) cada persona tiene un derecho igual a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y b) las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones. En primer lugar, tienen que estar vincu-

Para responder si la objeción de conciencia viola la reciprocidad, la práctica debe interpretarse a la luz de estos principios. El problema podría plantearse del siguiente modo: cuando alguien invoca su derecho a la objeción de conciencia para no ser sancionado por incumplir un deber legal, la esfera de libertad del objetor se amplía, por lo que la equidad en la cooperación se quebraría. Otro modo de ver la cuestión sería afirmar que las cargas de la cooperación no estarían distribuidas equitativamente cuando a algunos se les permite objetar el cumplimiento de un deber jurídico por razones morales, religiosas o filosóficas. ¿Es correcto este planteo? Existen razones para creer que no, aunque debe advertirse sobre la necesidad de que, cuando ello sea posible, el objetor compense la carga de la que se lo libera, al no recibir la sanción, con algún otro tipo de carga. En esta misma línea puede desestimarse la crítica con dos argumentos.

En primer lugar, no existen objetores y no objetores *ex ante*. Todos pueden ser objetores si se diese el caso de que una obligación legal colisionase con un deber moral que el ciudadano en cuestión alega tener. De este modo, el esquema de libertades es igualmente amplio para todos, ya que no existen deberes legales que de antemano algunos no están obligados a cumplir y otros sí. Además, el deber legal subsiste, pero la sanción no se aplica; y, por esta razón, el objetor debe compensar la carga que elude con alguna otra. Cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma, en contraste, deja de existir el deber jurídico y, por lo tanto, no debe compensarse la carga. Esto se explica porque la carga estaba ilegítimamente impuesta sobre quien impugna la validez de la norma. Al no haber nadie previamente identificado la reciprocidad no se viola en el esquema institucional. Las instituciones, al reconocer la objeción de conciencia, admiten una figura que podrá generar desigualdades una vez que empiece a funcionar. Algunos serán de hecho objetores y otros no, pero para eliminar al menos en parte esas desigualdades se impone un deber de compensación de cargas. Por ejemplo, alguien que solicitase una exención al servicio militar por razones morales podría ser legítimamente obligado a compensar su carga pagando un impuesto extraordinario o realizando otras tareas para la seguridad nacional u otras tareas de beneficio público. Los tribunales así han resuelto esta cuestión en distintas oportunidades (739).

ladas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y en segundo lugar, las desigualdades deben ser a mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (*op. cit.*, pág. 328). Sin embargo, a los fines del argumento desarrollado en este punto la última formulación de los principios es menos clara que la empleada, aunque la conclusión a la que se llega se mantendría. Ello en tanto la nueva formulación del segundo principio sigue siendo respetuosa de la reciprocidad, pero este elemento es más difícil de apreciar. Un acuerdo, cualquiera sea, incluyendo los principios con la formulación tal como está en *Liberalismo Político*, para ser aceptable debe respetar la reciprocidad, y la idea de reciprocidad está mejor capturada en la primera formulación al hablar de desigualdades que resulten ventajosas para todos.

(739) En el fallo *Portillo*, citado anteriormente, la Corte Suprema, en relación con la negativa a prestar servicio militar sostuvo: “el incumplimiento estricto de

En segundo lugar, cuando no fuese posible compensar la carga de otro modo, la desigualdad está justificada por el segundo principio de justicia. Así, la objeción de conciencia genera desigualdades del tipo allí previsto, de aquellas que funcionan en ventaja de *todos* los miembros de la sociedad, ya que *todos* pueden ser potencialmente objetores. Hay que tener presente que quien no puede ser objetor es porque no tiene ningún código moral, y quien no tiene algún código moral no es razonable en la teoría de Rawls (740). En la sociedad, como en un equipo de fútbol, los participantes aceptan ocupar distintos puestos y, consecuentemente, gozar de distintos tipos de reconocimiento y beneficios. ¿Por qué aceptan esto? Porque es beneficioso para todos (741). Del mismo modo, en la sociedad todos aceptarían las desigualdades que pueda llegar a producir la objeción de conciencia cuando las cargas son imposibles de compensar porque es beneficiosa para todos. Piénsese también que las cargas que imponen las normas no impactan del mismo modo en todos los ciudadanos. Así, si un deber jurídico es contrario a un deber moral de los católicos, por ejemplo, el costo de cumplir con el deber jurídico es mayor para quienes sostienen ese culto que para el resto de la sociedad. ¿Es esto equitativo? Cuando está bien articulada por una buena teoría constitucional, la objeción de conciencia permite una redistribución equitativa de cargas igualando para todos los costos de cumplir el derecho. En este sentido, no admitir la objeción de conciencia viola la reciprocidad ya

esta obligación legal no conlleva un peligro grave o inminente a los intereses protegidos por el Estado toda vez que el servicio que se exige debe ser cumplido en tiempos de paz y no requiere, necesariamente, limitar la libertad de conciencia, si es posible hallar alternativas que no eximan al sujeto obligado de sus deberes para con el Estado, pero que tampoco violenten sus convicciones con grave riesgo de su autonomía". Más adelante, citando la Convención Europea de Derechos Humanos, la Corte añadió: "en la ya citada Convención Europea se ha previsto que los objetores de conciencia puedan cumplir servicios alternativos —que por lo menos deben prolongarse por igual lapso que el servicio normal— en tareas de asistencia social u otros trabajos de importancia nacional, contemplando inclusive las necesidades de los países en vías de desarrollo (resolución 337, ap. C, arts. 1º y 3º)".

(740) También Scanlon argumenta contra quienes no se preocupan por las razones morales, de la siguiente manera: "las razones que reconoce una persona son importantes para nosotros porque ello afecta el tipo de relaciones que podemos establecer con ella [...] Si una persona no percibe el valor de la música, o el del ajedrez, o no valora la inmensidad de la naturaleza, entonces no podremos discutir con ella acerca de estas cosas, ni podremos disfrutar juntos de ellas [...] Una persona que no puede compartir nuestro entusiasmo por una u otra ocupación valiosa aun puede ser un buen vecino [...]. Sin embargo, los efectos de no ser movido por las consideraciones acerca de lo correcto y lo incorrecto no son tan limitados. Este defecto conlleva una diferencia fundamental porque lo que se pone en juego no es el reconocimiento compartido de algún valor externo, sino, más bien, la actitud de la otra persona hacia nosotros (concretamente, el que no vea por qué es importante que nos pueda justificar sus acciones) [...], el amor no cree que se le deba a nadie la consideración que la moralidad describe en virtud de ser una persona". Véase, SCANLON, T. M., *Lo que nos debemos unos a otros. ¿Qué significa ser moral?*, Barcelona, Paidós, 2003, págs. 206 y 207.

(741) Véase RAWLS, "Justice as Reciprocity", *op. cit.*, pág. 195.

que no sería equitativo que para algunos cumplir con las normas fuese más gravoso que para otros.

Es verdad que el cumplimiento de la ley siempre resulta de hecho más costoso para algunos que para otros. Algunos son perezosos por naturaleza, otros tienen más paciencia y aguardar en un semáforo rojo no les resulta tan costoso como a la mayoría de los conductores o, a la inversa, no tienen paciencia y esperar el cambio de luces les resulta insoportable. Todo esto es cierto, pero de ahí no puede concluirse que el derecho pueda imponer cargas inequitativamente o que usualmente las imponga. Las cargas son equitativas si *ex ante* nadie resulta perjudicado en comparación con el resto. Esto, sin embargo, no es suficiente. El tipo de carga que de hecho resulta desigual entre los distintos ciudadanos no puede estar relacionada con las profundas convicciones. Es decir, aun cuando el costo de cumplimiento sea variable según uno esté de acuerdo con la norma, esté en contra o le sea indiferente, no se viola la reciprocidad si a todos se les reconoce como límite de la obligación jurídica el respeto de los deberes morales impuestos por la propia doctrina comprensiva. La objeción de conciencia es la herramienta con la que en un sistema democrático generalmente justo se hace valer ese límite. La obediencia al derecho no puede exigir a los ciudadanos razonables el incumplimiento de sus deberes morales.

En síntesis, la objeción de conciencia garantiza la reciprocidad y no la viola porque en principio puede imponerse sobre el objeto la obligación de compensar la carga que elude cuando objeta. Por otra parte, si por algún motivo no fuese posible compensar la carga, aún así no se violaría la reciprocidad por dos razones: a) porque los objetores y no objetores no están identificados *ex ante* y b) la objeción de conciencia precisamente permite igualar para todos el costo de cumplir con las normas jurídicas, no imponiendo el castigo correspondiente cuando el deber legal se contrapone con deberes morales del ciudadano.

5— *Los límites de la objeción de conciencia*

Caracterizada la objeción de conciencia en sus rasgos centrales, deben ahora analizarse brevemente los límites que imponen los tribunales al ejercicio de este derecho.

Un primer límite endógeno está dado por la seriedad del reclamo. La objeción de conciencia no puede ser un instrumento por el cual los individuos evaden sus obligaciones jurídicas, alegando que éstas vulneran sus creencias más profundas. En este sentido, sólo pueden objetar quienes enfrentan un *genuino* conflicto entre los deberes jurídicos y los deberes morales de su doctrina comprensiva razonable.

Ahora bien, ¿es suficiente que el conflicto sea genuino? Es decir, ¿es relevante el tipo de creencia en la que se sustenta la objeción? El esquema que se ha propuesto no exige que se distinga entre las distintas creencias. Sólo es

necesario distinguir entre creencias si pensamos que hay creencias mejores que otras o creencias serias y creencias poco serias (742); creencias que deberían ser protegidas y creencias que no deberían serlo. Una sociedad pluralista no puede clasificar las distintas creencias de este modo. En todo caso, la objeción de conciencia protege los deberes morales basados en cualquier tipo de creencia. Es cierto que nuestra práctica tiende a reconocer ciertos reclamos sin problemas, como el del miembro de alguna religión mayoritaria, y en otros casos puede ser más difícil lograr una sentencia favorable. Pero ello no tiene que ver con la caracterización de la objeción de conciencia que aquí se expuso. Ello tiene que ver principalmente con que no hay un método certero para saber cuándo estamos en presencia de una creencia que afecta la propia identidad del demandante y cuándo estamos frente a un individuo que pretende evitar cumplir con las normas por motivos egoístas; y en el caso de las religiones mayoritarias se ha generado, tal vez injustificadamente, una presunción de que ellas sí afectan a sus seguidores de un modo significativo. Entonces, la objeción de conciencia protegería a un individuo que cree que los extraterrestres lo castigarán si cumple con su deber de armarse en defensa de la patria; siempre que su creencia fuese genuina y que el mismo sistema no determinase que el hombre está demente. Cuando una creencia se basa, por ejemplo, en hechos falsos, tendemos a pensar o bien que quien la sostiene en realidad no expresa un sentimiento genuino, por lo que su reclamo no debe ser atendido, o bien que las capacidades de ese individuo están alteradas, por lo que la exención de la sanción, si corresponde, se deberá a motivos distintos de la objeción de conciencia. Lo mismo ocurre si pensamos que los hechos en los que se basa una creencia *probablemente* sean falsos, como en el caso del individuo que cree en los extraterrestres. Como no existe evidencia alguna de que los extraterrestres existan, tendemos a desestimar su reclamo.

(742) La palabra *serio* tiene dos significados en este contexto. El primer significado de seriedad está relacionado con ideas que son mejores que otras. Sobre esta cuestión no es necesario asumir compromiso alguno, aunque la jurisprudencia sí toma una posición al respecto. El otro sentido de *serio* tiene que ver con lo que es atendible. Así, un caso de objeción de conciencia será serio si realmente afecta las íntimas convicciones de quien objeta.

Los sentidos de *serio* que aquí se distinguen pueden apreciarse también en la jurisprudencia: “[...] los tribunales no pueden determinar si la creencia es justa o injusta, razonable o irrazonable, y [...] siendo ella seria debe ser respetada [...]”; “[...] la naturaleza, contenido o imperatividad de los preceptos a los que dice adherir quien plantea la objeción de conciencia no son revisables por vía judicial”; véase CCiv y Com. de San Isidro, Sala I, 29/12/1998, *Ch. M., E. c. Colegio de Abogados de San Isidro*, LLBA 1999, 519. Al decir que el contenido de los preceptos invocados por el objeter no son revisables judicialmente, el tribunal emplea el concepto de *serio* en el primer sentido. En cambio, cuando afirma que la creencia *seria* debe ser respetada, se refiere al segundo sentido. Ya en *Portillo*, citado anteriormente, la Corte Suprema exigió que quien invoque la objeción de conciencia “haya de hacerlo con sinceridad [...]” y demuestre “que la obligación de armarse le produce un serio conflicto con sus creencias religiosas o éticas contrarias a todo enfrentamiento armado”. Este mismo criterio fue expresado por Cavagna Martínez y Boggiano en su disidencia del caso *Bahamondez*, *ya cit.*

Mientras más alejados de la verdad nos parezcan los hechos que subyacen a una creencia, más tentados estaremos de pensar que el demandante es un farsante o un demente (743). No obstante, esto no ocurre con las religiones mayoritarias. Ningún juez analizará, por ejemplo, cuán alta es la probabilidad de que Dios haya descansado el séptimo día. Pero, nuevamente, éste no es un problema del modelo que se ha defendido sino de nuestra práctica social que tiende a ver en las religiones mayoritarias un reclamo serio indiscutiblemente y no tan serio en otro tipo de creencias como la filosofía kantiana o los extraterrestres.

El segundo límite es exógeno, y las sentencias suelen formularlo con expresiones parecidas a la siguiente: “la libertad de conciencia en su ejercicio halla su límite en las necesidades de la seguridad pública, del orden público, de la salud y de la moralidad pública” (744).

¿Qué significa este enunciado? ¿Cuáles son los límites de la objeción de conciencia? ¿Puede un reclamo colectivo prevalecer sobre el reclamo del objeto? Contrariamente, ¿puede el reclamo del objeto, cualquiera sea, prevalecer sobre el interés de la mayoría? Analicemos dos ejemplos. En el primer ejemplo, un individuo alega que la prohibición de matar a otros seres humanos se contrapone parcialmente con su deber de matar a los infieles, es decir, aquellos que no profesan su misma religión. En el segundo ejemplo, el

(743) La jurisprudencia exige de algún modo que el actor genere la convicción de que el deber jurídico se contrapone con un deber moral. Así, en un caso en el que los demandantes alegaron “razones de conciencia con base en creencias religiosas que no les permitirían participar en la elección de autoridades, porque sólo Dios puede establecerlas”, la Cámara Nacional Electoral respondió que “la plena libertad de conciencia del ser humano permanece incólume en el orden religioso estando asegurada cuando se ha instaurado el voto obligatorio en cosas temporales, ya que puede determinar sus decisiones como dicha conciencia le dicte, por eso el voto es individual (art. 9º), gozando de la garantía de su secreto (arts. 13 y 85). Justamente, el voto secreto encuentra único fundamento en resguardar absolutamente la libertad de conciencia y determinación para evitar cualquier tipo de influencia o dominación ideológica y pueda esa persona humana —ciudadano elector— decidir de acuerdo con sus creencias”; véase CNac. Electoral, 21/03/1991, *Pieroni*, La Ley 1991-E, 165. La Cámara analizó la consistencia del planteo, no su contenido. Si el deber de estos fieles es abstenerse de elegir a las autoridades, porque entienden que esta facultad está reservada a Dios, siempre tienen la opción de votar en blanco y para ello no necesitan ser eximidos de su deber legal. En el mismo sentido, CSJ Santa Fe, *Holder*, 1994, La Ley 1995-C, 174.

(744) En el caso *Ch. M., E. c. Colegio de Abogados de San Isidro*, (ya cit.), la disidencia de Cavagna Martínez y Boggiano en el caso *Bahamondez*, ya citado, sostuvo que la objeción de conciencia “en su faz positiva, constituye un ámbito de autonomía jurídica que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación *no ofenda, de modo apreciable, el bien común*” (la cursiva me pertenece). Asimismo, el art. 12, inc. 3, CADH dispone: “La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.

objeto alega que la prohibición de aniquilar cierta especie animal se contrapone con su deber de hacerlo en ofrenda a su dios. En el primer ejemplo la negativa de reconocer el derecho al objeto es fácilmente justificable desde la teoría liberal, ya que en este caso el individuo no estaría respetando el principio de daño a terceros. En los mismos términos que se vienen empleando, este individuo no sería razonable ya que no reconocería la libertad y la igualdad de aquellos a quienes él denomina “infieles”. Este tipo de reclamos, entonces, no están protegidos por la objeción de conciencia y no son motivo de preocupación para una teoría liberal. El segundo ejemplo es un poco más problemático. Uno podría intentar demostrar, del mismo modo que en el primer ejemplo, que el pretendido objeto tampoco respeta el principio de daño a terceros, aunque este camino es más oscuro. La mejor explicación de por qué este caso no es atendible desde la objeción de conciencia es que se trata en primer lugar de una carga no compensable. Es decir, el objeto no puede compensar su omisión de no matar a esa especie animal con otra carga similar. Esto, según se dijo, no constituye un argumento definitivo. Lo que sí es definitivo es que en el caso de cargas no compensables su incumplimiento no puede implicar que la sociedad esté sustancialmente peor. Una sociedad en la que una especie se extingue es una sociedad más pobre, y ello es motivo suficiente para imponer una prohibición de matar a esos animales, aun cuando el acto no generalizado de matar a unos pocos ejemplares no implique la extinción sino que sólo contribuya a ella. Aunque el daño marginal de matar a un animal sea insignificante, la lógica de la acumulación exige castigar ese acto, dado que se trata del tipo de actos que hace que todos estemos peor.

Para terminar de aclarar esta cuestión, pensemos en el caso de los objetos al servicio militar. Uno podría pensar que si todos los que son reclutados objetaran nos quedaríamos sin ejército y todos estaríamos sustancialmente peor. Pero si todos deciden objetar, tal vez haya buenas razones para no imponer un servicio militar obligatorio y, en lugar de ello, profesionalizar las fuerzas armadas (745). Parece ser que lo que nos hace estar sustancialmente peor en ese caso es la existencia del servicio militar y no la objeción de conciencia. En definitiva, qué es estar sustancialmente peor no es algo que pueda ser definido de antemano. Si a cualquiera de nosotros se nos preguntase en qué condiciones estaríamos sustancialmente peor como personas, esto es, en qué condiciones nuestro bienestar disminuiría sustancialmente, no sabríamos qué decir y tal vez nos limitaríamos a señalar algunos ejemplos de circunstancias en las que estaríamos peor. En todo caso, no podríamos generalizar o formular una regla al respecto. Del mismo modo, son los agentes políticos y los tribunales los que deben evaluar el impacto de la objeción de

(745) Al discutir la resistencia al servicio militar, Dworkin apunta que limitar la libertad de expresión tiene un valor pequeño si “quienes auspician la resistencia sólo consiguen persuadir a unos pocos que de otra manera no se habrían resistido [...]” pero si consiguiesen persuadir a muchos, “esto constituye un hecho político importante que no puede ser ignorado”. Véase, DWORKIN, RONALD, *Los derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pág. 323.

conciencia en el caso puntual ponderando el peso relativo de los principios en juego y no haciendo un mero análisis consecuencialista. Esto implica contemplar cómo el ejercicio de la objeción de conciencia repercute sobre otros principios, que sustentan otros derechos colectivos o individuales, y determinar cuál debe prevalecer en las distintas circunstancias.

Apartándonos del segundo caso, y tratando la cuestión más genéricamente, la formulación empleada por los tribunales, citada al comienzo de este punto, parece reflejar el principio de daño a terceros: ello ocurre con la protección de la seguridad pública, el orden público y la salud pública. Por supuesto, y por razones conceptuales, la moralidad pública debe quedar al margen del análisis, pese a que los jueces se refieren a ella, ya que en un Estado liberal como el descrito, la moralidad pública se limita simplemente al consenso en lo político, que incluye la objeción de conciencia. Entonces, sería un sinsentido afirmar que el límite a la objeción de conciencia está también en la moralidad pública, de la cual la misma objeción de conciencia es a su vez parte. Además, es contradictorio que un juez invoque la moralidad pública como límite a la objeción de conciencia y a la vez sostenga que la razonabilidad de la creencia no puede ser juzgada ni ponderada por el poder judicial. Cuando se habla de moralidad pública parece que se contraponen contenidos de una doctrina estatal con los de una doctrina particular, y esto es un gravísimo error. No es así como funciona la objeción de conciencia ni la propia idea de razón pública.

ARTÍCULO 13. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

*Concordancias: Arts. 14, 29 y 32 CADH, 14, 32 y 75 inc. 22
CN;19 DUDH, 19.1 PIDCP, 10 CEDH*

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI (746)

Importancia y fundamentos de la libertad de expresión en el sistema democrático

La libertad de expresión constituye uno de los derechos de mayor relevancia y estudio en el esquema previsto por la Convención Americana. Esto es particularmente uniforme, no obstante, en todo el resto de las normas internacionales en donde la libertad de expresión se encuentra y en las que puede observarse a priori, la fuerza de los fundamentos que sostienen su vigencia. Dentro de los distintos argumentos elaborados en torno a su justificación —además de los basados en el Derecho Natural que lo conciben como derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas— sin duda no es posible dejar de lado aquellos otros que encuentran en la plena vigencia de esta garantía uno de los requisitos indispensables para la subsistencia de los modernos estados democráticos. En efecto, en virtud de su fundamento político, puede observarse el lugar privilegiado que en todo ordenamiento jurídico nacional e internacional posee, tan pronto se apele a la necesidad de los estados democráticos de contar con una libre circulación de ideas para que, quienes componen la sociedad, puedan ejercer sus derechos políticos y electorales en forma coherente y acabada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que “la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Es por eso que, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre. La libertad de expresión es por lo tanto no sólo un derecho de los individuos sino de la sociedad misma.” (747).

En igual sentido, en los últimos tiempos se han sumado los aportes de la perspectiva económica del derecho, que observa en la garantía de la libertad de expresión, la necesidad de asegurar el más amplio y competitivo *mercado de ideas* que favorezca no sólo al debate, la innovación y diseminación de ideas sino que también limite las posibilidades de instauración de monopolios o restricciones políticas que afecten sensiblemente la estabilidad y transparencia democrática (748). Estos aportes lejos de ser originales, rememoran aquéllos ya efectuados por el juez norteamericano Holmes sobre la base de los fundamentos dados por John Stuart Mill en su ensayo “Sobre la libertad”, acerca del valor y utilidad social de una amplia libertad de pensamiento, discusión y opinión. (749)

(747) Véase Corte IDH, OC 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, del 13-11-85, párr. 70.

(748) SOLA, JUAN V., *Derecho y Economía*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003.

(749) MILL, JOHN STUART, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1993. Para una aproximación sobre las principales ideas del pensamiento de HOLMES y MILL en materia de libertad de expresión puede verse en la tesis de Marta Bisbal Torres (2005): *La libertad de expresión en el pensamiento liberal: John Stuart Mill y Oliver*

Mill observaba la necesidad de que en una sociedad se respete realmente la libertad de expresión puesto que ello permite necesariamente una especial toma de conciencia y un concomitante comportamiento por parte de los integrantes de dicha sociedad, particularmente a la hora de entender la verdad, la opinión sobre ésta y la necesidad del debate. De ahí que las verdades, para este filósofo, sólo pueden ser resultado de un debate rico, plural, diverso, propuesto y sostenido por diferentes individualidades. Por lo cual, y en aras de poder tener un acercamiento a la verdad, debe permitirse la libre expresión de las opiniones y de las pretensiones de validez de las propuestas de los sujetos que intenten decir algo cierto en un caso determinado. Partiendo de este análisis, Oliver Holmes señalaba que la expresión de ideas no puede ser limitada en ninguna medida, porque la mejor manera de alcanzar el bien es someter las ideas a la competencia del libre mercado para determinar así cual es verdadera (750).

Sujetos comprendidos en el derecho

Como resultado de la propia evolución histórica, el espectro de derechos comprendidos y tutelados al amparo de la libertad de expresión, ha crecido paulatinamente. Mientras que en el artículo 14 de la Constitución Nacional se habla sólo de “*publicar* las ideas por la prensa”, el mencionado artículo de la Convención, entiende que este derecho puede ser subdividido en tres especies distintas de derechos: el derecho de *informar*, el derecho a *informarse* y el derecho a *buscar* información. En concreto, el derecho a informar alude a la expresión pública de ideas y opiniones sin prohibiciones de censura, explícita o encubierta. El derecho a ser informado, por su parte, supone el libre acceso a las fuentes de información desde las cuales es posible la obtención de la noticia u opinión. Finalmente, la libertad de expresión alcanza también a quien investiga o busca información a través de los distintos medios concebidos de expresión.

Como es posible observar pues, la Convención contempla al más amplio número de beneficiarios dentro de los que se incluyen el que publica, aquel que recibe lo publicado y quien busca esta información. Esto es acorde con la doble dimensión que la Corte Interamericana le asigna a este derecho y que se vincula con la posibilidad de análisis de la libertad de expresión como derecho individual, en tanto el individuo no puede ser menoscabado o impedido de forma arbitraria de expresar lo que desee, y como derecho colectivo, en el sentido de que todos tienen derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (751).

Wendell Holmes, Universitat de Lleida. Disponible en Internet en: www.tdr.cesca.es/TESES_UdL/AVAILABLE/TDX-0421107-202115//Tmbt2de2.pdf, (1-1-10).

(750) También pueden encontrarse una serie de fundamentos que la Corte Suprema ha efectuado en torno a la importancia de la libertad de expresión para la subsistencia del sistema democrático en el caso “*Abal*”. Véase CSJN, *Abal Edelmiro y otros vs. Diario La Prensa*, 1960, Fallos, 248: 291.

(751) GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, *La libertad de pensamiento y de expresión y el poder reglamentario del Estado en la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la doctrina que emana de los fallos de la Corte Suprema de*

En este orden de ideas, la Corte Interamericana ha expresado en su OC N° 5/85 que “por tanto, 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* informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y carácter especiales” (752).

Contenido y alcances del derecho

Identificados los sujetos beneficiarios del derecho, los siguientes pasos fundamentales consisten en discernir en torno al contenido de aquél y los medios a través de los cuales el mensaje puede ser difundido. En relación con el primero, puede decirse que la libertad de expresión se encuentra destinada a dar tutela jurídica a una gran variedad de formas y manifestaciones posibles de expresión. En este sentido, se estima a priori innecesario realizar un detalle minucioso de la diversa naturaleza que el mensaje protegido por este derecho pueda contener, dado que la propia Convención, al referirse en su artículo a “información e ideas de toda índole”, establece de este modo un parámetro muy amplio y dentro del cual parecen quedar comprendidas sin mayores dificultades todo tipo de expresiones e ideas, ya sean éstas de carácter político, artístico, científico, ético, económico o de otra clase.

Modos y medios

Respecto de los medios, puede decirse algo similar. Naturalmente, al tiempo de la redacción de la Constitución Nacional, resultaban ser muy pocos los medios de expresión públicos existentes; puesto que fuera de la palabra oral, el único medio de expresión concebido se refería a la palabra impresa (diarios, libros). Los instrumentos internacionales de derechos humanos, más cercanos en su aparición en el tiempo y conscientes del impacto tecnológico acaecido en las comunicaciones modernas, ampliaron la protección del ejercicio del derecho a una pluralidad de medios, en los que no sólo ya se contempla a la palabra, sino también a *la imagen y el sonido*. La protección alcanza hoy, en suma, a todos los medios de comunicación social tales como cine, radio, televisión, internet y todo otro medio técnico a través del cual se expresen el pensamiento o las ideas, incluyendo aquí también a las diversas manifestaciones de arte y culturales naturalmente. La doctrina que emana de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es congruente con este alcance que hace así mucho más extenso el significado del concepto *prensa* previsto en la Constitución (753).

Justicia de la Nación, en BIDART CAMPOS y PIZZOLO, CALOGERO (h) (Coordinadores), *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, V. I, San Juan, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pág. 390.

(752) Véase Corte IDH, OC 5/85, ya cit., párr. 30.

(753) Véase CSJN, *Mallo, Daniel s/amparo*, 1972, Fallos, 282:392.

Resulta conveniente rescatar, asimismo, el argumento expuesto por la Corte Interamericana y que se vincula con la imposibilidad de considerar separadamente la expresión de su forma de difusión. Es decir que “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 informaciones e ideas por cualquier procedimiento, está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente” (754). En otras palabras, “las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión” (755).

Desde otro punto de vista, esto último también se relaciona profundamente con la obligación del Estado de asegurar por un lado, la multiplicidad de medios a través de los cuales el mensaje se pueda difundir y por el otro lado, el libre acceso a ellos. En los términos generales de la Convención, los Estados partes deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades amparados en su normativa. Ahora bien, puede ocurrir que la afectación al derecho no provenga necesariamente de una acción restrictiva del Estado a la comunicación o circulación de ideas y opiniones por cualquier medio, sino por el contrario, que aquélla se deba a una omisión o ausencia de intervención estatal en la materia. Virtualmente, situaciones como de esta última naturaleza, pueden dar lugar a la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios, que a través de diversas acciones, como por ejemplo aquéllas tendientes a discriminar e impedir el acceso de ciertos grupos a los medios, vulneren en igual magnitud el derecho involucrado (756).

Limitaciones y restricciones

La censura previa

La Convención establece —como principio— la prohibición de la censura previa por cualquier medio, ya sea en forma directa o bien a través de vías indirectas como las citadas en el inciso tercero del artículo a modo de ejemplos. La única excepción prevista a la prohibición precedente se encuentra contemplada en el mismo artículo y sólo permite ser interpretada en un sentido muy limitado. Así, la norma de la convención autoriza la regulación por parte del Estado del acceso a los espectáculos públicos para la

(754) Corte IDH, OC 5/85, ya cit., párr. 31.

(755) *Ibidem*, párr. 36.

(756) *Ibidem*, párr. 34.

protección moral de la infancia y adolescencia. En tal sentido, se sostiene que los entes estatales respectivos podrían realizar una calificación previa de una película, obra o programa televisivo como apto o no apto para menores de determinada edad, pero en ningún caso podrían sugerir ni imponer cortes o modificaciones bajo el pretexto de la mencionada excepción a la censura previa (757).

La condena a la censura previa fue puesta particularmente de resalto por la Corte Interamericana en oportunidad de resolver el caso “*Olmedo Bustos*”; en donde el Estado Chileno fue condenado por haber prohibido a través de su censura la exhibición de la película “*La última tentación de Cristo*”. En efecto, allí la Corte resaltó que en tanto la libertad de expresión había sido lesionada, dicho Estado había incumplido con sus obligaciones previstas en el art. 2º de la Convención (758).

La Constitución Nacional también refiere en su artículo 14 a la prohibición de la censura previa a la expresión pública de ideas, incluso en un sentido más amplio que aquél previsto por la propia convención, al no sujetar a ésta a ningún tipo de excepción. Ello resulta en un todo acorde con la naturaleza de las constituciones decimonónicas donde la preocupación fundamental de quienes la escribieron se limitaba con exclusividad al fin de imponer prohibiciones y obligaciones de no hacer al Estado —lo que queda también manifestado en la prohibición prevista en el art. 32 de la CN—. De este modo, desde el inicio de nuestra historia constitucional, la censura previa quedó definitivamente erradicada, no sólo como posibilidad de control, examen o permiso previo a la comunicación de un texto al público con carácter preventivo, sino que también bajo esta prohibición queda abarcada cualquier restricción que pudiera afectar o entorpecer la circulación posterior de tales ideas. En relación con lo expuesto, tiene dicho la Corte Interamericana que “en esta materia, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención” (759).

Este criterio es compartido en igual sentido por la doctrina de la propia Corte Suprema de Justicia, la que ha interpretado que en principio, toda censura sobre los medios de comunicación padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad (760). Asimismo, en sintonía con lo expuesto, la Comi-

(757) Para un mayor desarrollo de este punto véase EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, *Derecho a la información, libertad de expresión, concepto constitucional de prensa*, Buenos Aires, Depalma, 1966, pág. 30.

(758) Corte IDH, Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, del 5-2-01.

(759) Corte IDH, OC 5/85, ya cit., párr. 38.

(760) Véase CSJN, *Servini de Cubria María Romilda s/ amparo*, 1992, Fallos, 315: 1943. En este sentido, señala la Corte que “de conformidad con la distinción anteriormente señalada [refiriéndose a la presunción aludida], los alcances de la tutela constitucional involucrada generan la ineludible carga de examinar si —en el caso de que se trate— concurren los antecedentes de hecho que justifiquen ubicar

sión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe N° 11/96 (caso “*Martorell*”) expresó que la adopción de cualquier medida cautelar dictada por los jueces con el objeto de impedir la difusión o circulación de un mensaje, debía incluirla dentro del catálogo de conductas prohibidas pues tales medidas “constituyen una restricción ilegítima del derecho a la libertad de expresión, mediante un acto de censura previa, que no está autorizado por el art. 13 de la Convención” (761).

En el ámbito de la jurisprudencia local, y en consonancia con lo recientemente expuesto, debe destacarse el fallo “*Verbitzky*” (762), en el que la Corte Suprema dejó sin efecto la prohibición de publicar en un diario una solicitada de contenido político, dejando a salvo el derecho de los afectados para obtener responsabilidades subsiguientes a la publicación. El tribunal de primera instancia había hecho lugar a la demanda introducida con el fin de prohibir la publicación presumiendo que de hacerlo, se cometería el delito de apología del delito. La Cámara de Apelaciones revocó la sentencia fundándose en que a los jueces les está vedado solicitar a los medios de prensa que les sea sometido el material en publicación para su control en forma anticipada, ni expedir órdenes de no publicar determinado material. Afirmó asimismo, que la intervención judicial debe ser *ex post facto* (posterior al hecho), y que debe permanecer a salvo el derecho de los afectados a reclamar la eventual responsabilidad siguiente a la publicación. Al ser apelada esta decisión a través de un recurso extraordinario, la Corte entendió que no existía un agravio real y actual de los recurrentes (apelantes), razón por la cual lo rechazó (dejando firme así la sentencia de la cámara citada).

Posteriormente, volvió a plantearse el tema de la censura judicial, en una acción de amparo iniciada por la jueza María R. Servini de Cubría (763), en la que tocó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunciarse en relación con una medida cautelar decretada por la Cámara Federal en lo Civil y Comercial por la que se había resuelto provisoriamente la suspensión de la transmisión en un programa televisivo de imágenes o conceptos que se relacionaban con la jueza y que supuestamente afectaban su derecho al honor y su fama. Al ser recurrida tal decisión ante la Corte, si bien todos los magistrados intervinientes, a excepción del juez Barra, coincidieron en revocar la de-

la pretensión fuera de aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio del derecho de publicar las ideas no admite restricción. Cuando se invoquen situaciones, que puedan trasponer esa frontera el juez debe comprobar, con todos los medios que la legislación le proporciona, si se trata de un caso en que se encuentra involucrada esa libertad, valoración que no puede ser obviada sin abdicar de la jurisdicción lo que le está prohibido conforme lo dispone el art. 15 C.C., en armonía con las garantías constitucionales de peticionar a las autoridades y del debido proceso consagradas por los arts. 14 y 18 C.N.” (consid. N° 11).

(761) Comisión IDH, *Informe 11/96, caso 11.230 Chile (Martorell)*, del 3-5-96.

(762) CSJN, *Verbitzky Horacio y otros s/ denuncia apología del crimen*, 1989, Fallos, 312:916.

(763) CSJN, *Servini de Cubría María Romilda s/ amparo, ya cit.*

cisión de la Cámara, es interesante remarcar que los jueces Nazareno, Moliné O' Connor y Fayt no se pronunciaron directamente sobre los alcances de la protección de la censura previa, pues su decisión se basó fundamentalmente en la arbitrariedad incurrida por la Cámara al dictar la medida cautelar sin haber visto antes aquellas imágenes. Fueron cuatro de los jueces (Levene, Belluscio, Petracchi y Boggiano) los que consideraron que las medidas cautelares como la del caso configuraban un supuesto inaceptable de censura previa.

Existen también formas más sutiles en que puede afectarse la libertad de los medios y la independencia editorial. Estas se relacionan con abusos, por parte de las autoridades públicas, del poder financiero y regulatorio sobre los medios, así como con otras interferencias basadas en contenidos, que equivalen a lo que generalmente se denomina *censura indirecta*. Dichos abusos a menudo ejercen efectos intimidatorios muy serios y extendidos sobre la libertad de los medios y el debate democrático en general, tanto en las provincias (mayormente) como en el ámbito nacional. Así en varios casos, los políticos de turno pueden llegar a manipular la distribución de publicidad oficial en función de objetivos políticos y personales, en franca violación de las normas internacionales y regionales de libre expresión. Los efectos de ello son especialmente insidiosos cuando la publicidad oficial es esencial para la supervivencia financiera de los medios, por ejemplo. En otros casos, también han sido relevados numerosos relatos de periodistas, editores y observadores de los medios que denunciaron que funcionarios de alto rango del Poder Ejecutivo, en forma enérgica y regular, presionan e intimidan a los directores de medios respecto de la información publicada o a punto de serlo (764).

La responsabilidad ulterior

El gran énfasis que la Convención ha puesto en la consagración del derecho de expresión no implica reconocer que sea absoluto ni que cualquier restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresión sea necesariamente contraria a la norma internacional vigente. El abuso de la libertad de expresión, si bien no puede ser objeto de medidas de control preventivo, si por el contrario puede ser fundamento de responsabilidad ulterior para quien lo haya cometido.

El artículo 13 de la Convención prevé en forma explícita la posibilidad de que el Estado, en ejercicio de su poder reglamentario, pueda establecer válidamente normas internas que regulen la responsabilidad en la medida de que se reúnan varios requisitos. En primer lugar, resulta fundamental la definición previa, expresa y taxativa, de las causales que configuran tal abuso.

(764) Un análisis riguroso en relación con este tema puede verse en: ADC - Open Society Institute: *Una censura sutil: abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, 1a ed., Buenos Aires, Open Society Institute, 2005.

En segundo lugar, es imprescindible atender a la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas. En este sentido, la Convención sólo señala como fines el respeto de los derechos o la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. Finalmente, esas causales de responsabilidad deben “ser necesarias para asegurar los mencionados fines” (765).

De este modo, la Corte Interamericana sostiene que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por el Estado *es necesaria* para atender a los fines previstos en la convención, debe guardar estricta relación con la satisfacción de un interés público imperativo, que se vincule con necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas y que resulte proporcional y razonable al interés o finalidad que la justifica. Con estas reglas, el sistema interamericano persigue evitar cualquier acto u omisión discrecional por parte del Estado que pueda llevar irremediabilmente a la supresión, alteración o desnaturalización del derecho garantizado por la Convención.

Un ejemplo claro de la aplicación de esta postura puede observarse en el reciente caso “*Kimel*” (766). Allí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionó al Estado argentino por la condena penal a un periodista y ordenó que modifique en un tiempo razonable la legislación sobre calumnias e injurias de un modo que fuera compatible con los estándares fijados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según la Corte Interamericana, la forma en que están tipificados esos delitos en el Código Penal argentino vulneraba la libertad de expresión. El máximo tribunal condenó al gobierno a dejar sin efecto la sentencia de un año de prisión en suspenso que había recaído sobre el periodista Eduardo Kimel, quien había investigado sobre el asesinato de cinco religiosos palotinos el 4 de julio de 1976 en el libro “*La Masacre de San Patricio*”. Kimel había sido demandado por calumnias e injurias por un juez cuya actuación había sido criticada en dicho libro.

Para así resolver, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que la condena penal a un periodista por críticas realizadas a un funcionario público constituía una medida desproporcionada para la protección del honor. La Corte sostuvo que el Estado incurrió en *abuso del poder punitivo* al sancionar penalmente a Kimel. Para arribar a esa conclusión, los magistrados consideraron especialmente, sobre la base de los principios de legalidad y de proporcionalidad, los hechos imputados, la repercusión sobre los bienes jurídicos del querellante y la naturaleza de la sanción. De este modo, sostuvo que si bien “en forma verdaderamente excepcional” (ponde-

(765) Corte IDH, OC 5/85, ya cit., párr. 39.

(766) Corte IDH, *Kimel, Eduardo vs. República Argentina*, del 2-5-08. El fallo es sumamente interesante también para el análisis del examen de proporcionalidad tal como lo entiende dicho tribunal frente a supuestos de colisiones de derechos.

rando los elementos arriba citados) ella “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal (767) a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”, el Estado tenía otras alternativas de protección de la privacidad y la reputación menos restrictivas que la aplicación de dicha sanción penal, por lo que el sacrificio inherente a la libertad de expresión resultaba exagerado y desmedido frente a las ventajas que se obtenían mediante la limitación de ese derecho en pro del derecho a la honra. Además, la Corte reiteró su jurisprudencia en el sentido de que la opinión, como tal, no puede ser objeto de sanción, “más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo”. La decisión de la Corte Interamericana vino a ratificar de esta forma la cadena de precedentes que en relación con este punto directa e indirectamente ha venido analizando en numerosos otros fallos (768).

En el orden local, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido bastante clara en el establecimiento de responsabilidades a la prensa en tanto exceda sus límites y cause un perjuicio a los derechos individuales, ya sea afectando su dignidad, honor o su intimidad. Los abusos que se cometan injuriando o calumniando, en el ámbito penal, quedarán tipificados como delitos (los que deben ser no obstante necesariamente bien precisados y tipificados de conformidad a lo recientemente señalado) y, en el ámbito civil darán lugar a que se valore la reparación del perjuicio que se haya podido ocasionar.

La Corte Suprema sostuvo en este sentido que si bien en el régimen republicano la libertad de expresión tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (769). En este orden de ideas, es posible mencionar en primer lugar el caso “*Campillay*” (770). Allí la Corte Suprema, tras confirmar el resarcimiento por daño moral solicitado a los propietarios de los diarios “*La Razón*” y “*Diario Popular*” a raíz de una serie de publicaciones que involucraban al actor erróneamente en un hecho policial, sostuvo la necesidad de cumplimiento de ciertas reglas —no observadas en el caso— para que procediera la exclusión de responsabilidad. “Toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad debe primar en la misión de difundir noticias que pueden rozar la reputación

(767) Conviene advertir no obstante, que para la Corte IDH la tipificación de la conducta punible debe ser “clara y precisa” puesto que una tipificación amplia “puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal” (“*Kimel*”, *ya cit.*, Consid. N^{os} 77 y 78).

(768) Véase en este sentido los casos de la Corte IDH: *Canese, Ricardo vs. República del Paraguay s/fondo, reparaciones y costas*, del 31-12-04; *Palamara Iribarne vs. Chile s/fondo, reparaciones y costas*, del 22-11-05; *Claude Reyes y otros vs. Chile s/fondo, reparaciones y costas*, del 19-9-06, entre otros.

(769) CSJN, *Morales Solá Joaquín M.*, 1996, Fallos, 319: 2741.

(770) CSJN, *Campillay*, 1986, Fallos, 308:789.

de las personas —dijo la Corte— admitida aun la imposibilidad práctica de verificar su exactitud, imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito” (consid. 7). Tal como afirma Gelli, la aplicación de la doctrina “*Campillay*” para los casos en que se hace *reporte fiel* implicó la exigencia de la mención de la fuente en todos los casos —excepto si el informador empleaba el tiempo de verbo potencial o silenciaba la identificación del implicado en la noticia— y la fidelidad a lo emanado de aquella. En suma, puede señalarse que la Corte Suprema exige *veracidad objetiva* en la transcripción de la fuente aunque la noticia en sí misma fuese falsa (en términos subjetivos de quien la genera) total o parcialmente errónea (771).

El segundo de los criterios tomados por la Corte Suprema en el tema refiere a la aplicación de la *doctrina de la real malicia* en los casos vinculados con el honor de los funcionarios públicos. El origen de dicha regla se fundamenta en el célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*New York Times vs. Sullivan*” (772). La regla presenta básicamente una ponderación de los intereses del honor y la libertad de prensa, que consiste en establecer que las reglas del derecho civil de daños no se aplican, aunque haya existido un daño efectivo al honor, si esa aplicación puede perjudicar el margen del ejercicio futuro de la libertad de prensa. En efecto, dicho estándar dispone que los funcionarios públicos no podrán obtener indemnizaciones por la publicación en la prensa de informaciones falsas, a menos que el afectado probase que fueron publicadas a sabiendas de su falsedad, es decir, con dolo, o con total despreocupación —culpa grave— acerca de si aquéllas eran falsas o verdaderas. La doctrina no se extiende a los supuestos de expresión de ideas, juicios de valor o manifestaciones insusceptibles de verdad o falsedad.

Entiende que si se exigiera acabada prueba de toda crítica a la actuación de los funcionarios públicos, se podría caer rápidamente en el peligro de desalentar el debate libre y abierto de los temas de interés público. La recepción de esta regla responde a los esfuerzos por conciliar el equilibrio más razonable entre el ejercicio de la función republicana que le cabe a la prensa en un sistema democrático y la protección de los derechos individuales que pueden ser afectados por comentarios lesivos cuando se trate de funcionarios públicos o bien particulares que intervienen en cuestiones de interés público que sean objeto de la información o crónica. El mencionado estándar obtuvo la adhesión de los miembros de la Corte Suprema en el fallo “*Costa*” (773) y

(771) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, Comentada y concordada, Buenos Aires, La Ley, 2001, 2º ed., pág. 96.

(772) Corte Suprema de los Estados Unidos de América: Fallo 376 U.S. 254.

(773) CSJN, *Costa Héctor R. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* Fallos 310:508, LL 1987-B, pág. 267.

en los argumentos de los votos de los distintos integrantes de la Corte en casos posteriores como “*Vago*” (774), “*Abad*” (775) y “*Gesualdi*” (776).

Recientemente, la Corte tuvo oportunidad de referirse al tema nuevamente en el caso “*P.,J.A. y otro c. Diario La Nación y otros*”. En el caso, el diario se dirigió ante la Corte Suprema apelando la decisión del tribunal de Cámara que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por el Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación a raíz del contenido de unas notas y la editorial de dicho periódico y en la que se había cuestionado el desempeño profesional de dicho cuerpo, con especial referencia a dos causas penales de amplia resonancia pública en ese momento. La Corte adujo que, en la medida en que los afectados no habían probado que el diario conocía la invocada falsedad de los hechos afirmados o que obró con notoria despreocupación acerca de su verdad o falsedad, “no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, [en efecto la editorial calificaba a dicho cuerpo de una cierta forma de “estructura ilegal”] ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones (...). Los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes” (777).

Anterior a este fallo, la Corte también había enfatizado esta necesidad de ponderación entre el derecho a la libre expresión y los derechos al honor en el caso “*Perini*”. En él, se imputó la responsabilidad civil y se confirmó una condena por daños y perjuicios derivados de la publicación en el diario “*Clarín*” de una serie de artículos considerados agraviantes y difamatorios hacia un matrimonio al que se los vinculaba con operaciones de tráfico de chicos en Misiones. En efecto, la Corte sostuvo que no se habían cumplido ninguno de los requisitos previstos por la doctrina “*Campillay*” ni se había adoptado recaudo elemental alguno por parte del diario para evitar el desprestigio y la deshonra de los particulares afectados. Así, tampoco correspondía ser la controversia examinada bajo la luz del estándar de la real malicia puesto que no era aceptable dado que “el especial factor de atribución [de responsabilidad] que exige dicha doctrina (dolo o negligencia casi dolosa) no juega cuando en el caso se trata del reclamo de un ciudadano que no es funcionario público, aunque el tema divulgado por el medio periodístico pudiera catalogarse de interés público o general, motivo por el cual se deben aplicar las reglas co-

(774) CSJN, *Vago Jorge A c/ Ediciones La Urraca y otros*. Fallos 314:1517, LL 1992-B, pág. 367

(775) CSJN, *Manuel Eduardo Abad y otros*. Fallos 315-632, LL 1992-D, pág. 180

(776) CSJN, *Gesualdi, Dora Mariana c/ Cooperativa Periodistas Independientes Limada y otros*, 1997, Fallos 319:3085.

(777) CSJN, *P.,J.A. y otro vs. Diario La Nación y otros —Caso “Patitó”—*, 2008, Fallos, 331: 1530. El fallo contó con los votos de los ministros Lorenzetti, Fayt y los votos concurrentes de Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Argibay y Highton de Nolasco.

munes de la responsabilidad civil, según las cuales basta la simple culpa del agente para comprometer la responsabilidad del órgano de prensa.” (778).

En lo tocante al ámbito del derecho civil, y más precisamente en relación con el conflicto entre el derecho a la privacidad por un lado, y el derecho a la libertad de expresión por el otro, la Corte ha sentado un inequívoco precedente en el que aseguró la existencia de una autonomía individual jurídicamente protegida y delimitada por un conjunto de sentimientos, hábitos y relaciones de diversos matices y frente a la cual, aún tratándose de personajes célebres o populares cuya vida tenga carácter público, no cabe la intromisión de los medios de prensa sin incurrir en una violación al derecho a la intimidad (779).

El interés jurídicamente tutelado por el art. 13 en su párrafo segundo puede estar referido también como vimos a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. En gran medida, estas expresiones se vinculan con el ejercicio del poder de policía y el poder reglamentario que puede el Estado ejercer, si bien siempre limitado por la necesidad de asegurar, en términos de la Corte Interamericana, aquel orden público como “una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática”. En este sentido, y sin perjuicio del análisis detallado que éste merezca en otras páginas de esta obra, la mencionada Corte interpreta que el orden público hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. Paralelamente, complementa esta noción y sus contornos a través de la idea de bien público, vinculado con 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 consecuencia, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma tal que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Aunque las definiciones en este aspecto no son unívocas, ambos conceptos —el de orden público y bien común— utilizados como fundamento o limitación a los derechos humanos en general, y a la libertad de expresión en particular, no pueden permanecer sujetos a una interpretación diferente a la aquí esbozada, pues sólo de este modo se excluye con eficacia toda posibilidad de invocación de aquéllos como medios para suprimir o desnaturalizar el contenido del derecho, a la par que obliga a sostener de modo concreto la plena vigencia del *principio de razonabilidad* como regla que promueva el equilibrio entre los

(778) CSJN, *Perini, Carlos A. y otro vs. Herrera de Noble, Ernestina y otro*, 2003, Fallos, 321: 3596, consid. N° 27.

(779) CSJN, *Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.*, 1984, Fallos: 306:1892.

distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la convención.

Este punto ofrece así una lectura por demás interesante para el análisis de cualquier limitación que se aplique a la libertad de expresión como derecho. Ese interés radica en la necesidad de no olvidar la regla de la supremacía constitucional que impone justamente que todo el derecho común (sea en materia civil o penal) debe ser revisado siempre a la luz de los principios y reglas que emanen de la Constitución Nacional y de su bloque de constitucionalidad federal. Así, cualquier concepto indefinido, amplio o vago que se observe en dicha normativa inferior o cualquier limitación que opere sobre la base de tales conceptos debe ser constantemente reinterpretada de conformidad con las palabras de la norma fundamental y con los fines que, en dicha norma principal, se han previsto para la protección de la libertad de expresión y lo que ella representa en un sistema democrático, liberal y pluralista (780).

Los comentarios expuestos a lo largo de este trabajo permiten asegurar que la libertad de expresión es ante todo, un elemento esencial de los sistemas democráticos actuales. Una conclusión de esta naturaleza lleva al jurista a estar alerta y siempre dispuesto a efectuar un minucioso estudio y reflexión frente a cualquier situación que implique en los hechos algún tipo de limitación o afectación en su ejercicio y que afecte con ello la propia esencia de la democracia en el estado de derecho.

(780) Un ejemplo concreto del razonamiento en este sentido puede ser visto también a partir del análisis del siguiente caso: CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual vs. Estado Nacional*, 2006, Fallos, 329: 5266.

ARTÍCULO 14. DERECHO DE RECTIFICACIÓN O RESPUESTA

Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica; de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Concordancias: arts. 13 CADH; art. 75 inc. 22 CN.

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI (781)

El derecho de rectificación o respuesta puede ser entendido, en principio, como una limitación a la libertad de expresión en los términos de las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, tal como se ha explicado en el comentario al artículo 13 de esta Convención. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 7/86 del 29 de agosto de 1986 se expidió sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta en los siguientes términos:

1. El artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible que de conformidad con el artículo 1.1, los Estados partes tienen la obligación de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.
2. Que cuando el derecho consagrado en el artículo 14.1 no pueda hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte, ese Estado tiene la obligación, en virtud del artículo 2° de la Conven-

(781) Abog. Mg. (UBA).

ción, de adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias.

La Corte Interamericana no se pronunció sobre el posible contenido de la legislación interna, pues a este respecto afirmó que “si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado Miembro la Corte carecería de competencia para emitir su opinión”. Esta expresión motivó una de las dimensiones de análisis más interesantes en este aspecto que se vincula estrechamente con la necesidad de precisar de qué modo debe ejercerse el derecho de rectificación para no causar menoscabo alguno a la libertad de expresión. En efecto, y de acuerdo con lo señalado, la Corte Interamericana es de opinión que los mecanismos relacionados con la operatividad y los alcances de la rectificación o respuesta constituyen atribuciones propias de los Estados partes de la Convención, y que por lo tanto, aquellas pueden ser ejercidas dentro de un margen razonable, si bien dentro de los límites señalados dentro del párrafo primero de este apartado.

La incorporación al derecho positivo argentino fue objeto de ciertas resistencias no sólo por parte de los medios de la comunicación social en general, sino también de parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que puede observarse del análisis de los primeros casos que sobre este tema llegaron ante sus estrados (782).

No fue sino hasta 1992, en la sentencia recaída en el caso “*Ekmekdjian c/ Sofovich, Gerardo y otros*” (783) en donde la Corte Suprema hizo lugar a la respuesta del actor, al otorgar el derecho a quien alegó sentirse ofendido en sus sentimientos religiosos — aunque no había sido aludido él expresa ni implícitamente en la opinión emitida — a partir de los dichos de un escritor expresados en un programa de televisión acerca de figuras de importancia en la religión católica. La Corte Suprema entendió no sólo operativo el derecho, y por ende, jurídicamente exigible, sino que también estableció una serie de reglas vinculadas a la naturaleza del derecho y al modo en que debía ser ejercido:

1. El derecho de respuesta o rectificación tiene por finalidad la aclaración, gratuita e inmediata frente a informaciones que causen daño a la dignidad, honra e intimidad de una persona en los medios de comunicación social que los difundieron. En cuanto a su encuadre jurídico no se requiere ánimo de calumniar o de injurias, ni el presupuesto de la criminalidad delictiva. No se trata de la querrela por

(782) Véase CSJN, *Sánchez Abelendea R. c/ Ediciones de La Urraca, S.A. y otro*, del 1988, Fallos: 311:2553 y *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Neustad, Bernardo y otros*, 1988, Fallos: 311:2497.

(783) CSJN, *Ekmekdjian*, 1992, Fallos: 315:1492.

calumnias o injurias, ni la acción por reconocimiento de daños y perjuicios.

2. Se trata de un derecho subjetivo de carácter especial y reconocimiento excepcional que requiere, para habilitar su ejercicio, una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente con la sostenida por el afectado, sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental.
3. Su efecto reparador alcanza al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio, en las condiciones que el legislador —o el juez, en su caso— estime prudente considerar a los efectos de evitar que el derecho reconocido se convierta en un multiplicador de respuestas interminables.
4. La repuesta o rectificación no admite su procedencia en los supuestos de opiniones políticas o electorales.
5. El espacio que debe ocupar la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad, y en modo alguno debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial; lo que debe ser interpretado en un contexto de razonabilidad y buen fe, pero evitando una interpretación extensiva del instituto que afecte el regular ejercicio del derecho de información.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, inserto el texto de la Convención en el artículo 75, inc. 22, de la Constitución, la Corte Suprema volvió a sostener la constitucionalidad del derecho de rectificación o respuesta en el caso “*Petric*” (784), ratificando con mayor énfasis su operatividad y adoptando la regla según la cual aunque no es procedente la rectificación cuando se trata de la emisión de opiniones ideológicas o políticas si es admisible si se expresan “hechos y actividades de trascendencia política”. Esta diferencia esbozada por la Corte Suprema es, sin embargo, de límites muy difusos y requerirá eventualmente de una mayor precisión en sus próximos pronunciamientos sobre el tema (785).

Pese a que el derecho de rectificación o respuesta ha encontrado su operatividad pretorianamente, no existen hoy dudas en el derecho argentino sobre su vigencia e importancia como medio fundamental para asegurar el restablecimiento del equilibrio en la información y favorecer a una adecuada

(784) CSJN, *Petric, Domajoc Antonio c/ Diario Página 12*, 1998, Fallos 321:885.

(785) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *El derecho de rectificación o respuesta en la opinión consultiva 7/86: entre la dimensión personal y la dimensión social*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN y PIZZOLO CALOGERO (H) (Coordinadores), *Derechos Humanos. Corte Interamericana, op. cit.*, pág. 489.

formación pública indispensable para la promoción de la pluralidad de opiniones y el fortalecimiento de la información veraz.

ARTÍCULO 15. DERECHO DE REUNIÓN

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás.

Concordancias: arts. 14 CN; 20 DUDH; 21 PIDCP; 21 DADDH.

LUCAS GUARDIA

Le droit de réunion est le véritable droit populaire.

E. Ollivier (Discours du 4 Juin, 1868, Còde des réunion publiques).

La ampliación del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales adquirió importancia a partir de la aplicación de los instrumentos internacionales. Desde este marco, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, CADH— constituyó entre los países un referente ineludible en la construcción de sus legislaciones.

Una nueva forma de concebir los derechos incluidos en las respectivas Cartas Magnas, determinó que convergiera en la aplicación de principios que eran desconocidos hasta ese momento (786). En este sentido, uno de los derechos que reafirman el carácter esencial de los sistemas democráticos es la libertad de reunión.

El reconocimiento primigenio de este derecho en nuestro país, tuvo origen en el art. 33 de la Constitución Nacional por el cual se comprendía a los derechos de participación implícitos en el sistema republicano de gobierno.

(786) ALBANESE, SUSANA, *Interacción entre el sistema internacional de derechos humanos y el ámbito interno*, en ED, 09-02-1991, pág. 1.

No obstante, con la incorporación de la CADH al *bloque de constitucionalidad* (787), el derecho de reunión adquirió un carácter aún más abarcativo que el urdido en principio. En esta dirección, una construcción extensiva del plexo normativo que se incluía en la legislación y su praxis dentro del orden jurídico, implicó que se anclara un derecho de carácter inexorable para el ejercicio del resto de los derechos.

De acuerdo a ello, una vasta gama de prerrogativas permiten ser ejercidos a través de la reunión: el de libertad de expresión, de petición, de religión (788) y así también, ser un medio constitutivo en el procedimiento que construye las columnas básicas de una democracia.

La visión que se intentará esgrimir, entonces, será la de un reconocimiento amplio del derecho de reunión desde la CADH, su estudio desde la jurisprudencia, el desenvolvimiento histórico que sustente dicho principio, analizando además, la implicancia de su efectivo ejercicio en las manifestaciones que tienen como fin la exigencia de ciertos derechos, y por último, la perspectiva crítica de posturas criminalizantes.

I. La libertad de reunión como libertad individual

La influencia de una racionalidad instrumental sobre las sociedades occidentales, determinó la defensa de un liberalismo que constituyó en principio un ataque a cualquier forma de intervención supraindividual, dando preeminencia así, a las libertades negativas (789).

En este sentido, la razón propia de la libertad humana, contempla según STUART MILL, la libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás (790).

Así planteado el pensamiento que dominó sobre el desarrollo de los Estados, transformó la visión del hombre a través de un continuo ejercicio individual que implicó el avance de la persona en la participación. De esa manera, el derecho de reunión se concibió como una extensión de las libertades individuales: señalaba DICEY que “el derecho de reunión no es un derecho específico (...) No es otra cosa que una consecuencia de la manera como es concebida la libertad individual, de la persona y de la palabra” (791).

(787) ABREGU, MARTÍN, *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en A.A.N.V., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, pág. 14.

(788) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho constitucional. Realidad normativa y justicia en el derecho constitucional*, t.II, Buenos Aires, Ediar, 1966, pág. 282.

(789) BERLIN, ISAIAH, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998, págs. 220 y ss.

(790) STUART MILL, JOHN, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, pág. 69.

(791) DICEY, *Introduction*, pág. 255, citado por ESMEIN, A., *Elements de droit constitutional*, 5ª ed., Paris, Larose & L. Tenin, 1909, pág. 1052. Ver también, CSJN,

No obstante, el real desenvolvimiento de este derecho tuvo origen en Francia. Así, afirmó ESMEIN, en opinión opuesta a DICEY, que en Francia el derecho de reunión siempre fue considerado otro derecho, y no sólo un desprendimiento de la libertad individual (792).

De esa forma, la primera regulación que encuentra la libertad de reunión fue el Decreto del 14 de Diciembre de 1789 que reconocía a los ciudadanos el derecho a reunirse pacíficamente y sin armas. Posteriormente, la Constitución del 3 de Septiembre de 1791 le otorga rango constitucional en su título I, párrafo 2, reconociendo a los ciudadanos la libertad de reunión, pero estableciendo las restricciones inherentes al poder de policía.

Por otra parte, en España durante el Trineo Liberal (1820-23) surgieron las primeras disposiciones atinentes al derecho a reunirse. Según el art. 2 “los individuos que en adelante quieran reunirse periódicamente en algún sitio público para discutir asuntos políticos y cooperar podrán hacerlo previa conocimiento de la autoridad superior local”. Más tarde, en 1864, se aprobó la ley de reunión que establecía los requisitos y formalidades para la celebración.

Mientras tanto en el Reino Unido, encuentra su origen al respecto en *The Sedition Meeting Act* de 1817, y en Estados Unidos en la Primera Enmienda de la Constitución. La configuración de los instrumentos internacionales lo concibieron como extensión de la libertad individual, siendo incluido en el art. 20 de la Declaración de los Derechos Humanos, el art. 11 de la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y el art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En los Estados americanos de tradición continental fue consecuente con su desenvolvimiento en los procesos de independencia, en los cuales fueron incluyendo paulatinamente todos los derechos atinentes a las Constituciones liberales.

La breve referencia histórica tiene relación directa con los conflictos que se plantean conceptualmente, y que tiene incidencia en la problemática actual de un real ejercicio de las condiciones de manifestación, expresión y libertad individual.

De modo que la correcta ubicación del derecho de reunión dentro de la tipología atinente a la *participación* como consecuencia del régimen constitucional liberal permite entenderlo como un derecho subjetivo de carácter individual, cuyo ejercicio se realiza en grupo (793).

Comité Radical Acción contra resolución del Jefe de Policía de la Capital, sobre derecho de reunión, 1929, Fallos 156:81.

(792) ESMEIN, A., *op. cit.*, pág. 1053.

(793) PEREZ CASTAÑO, DOMINGO, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Ministerio del Interior de España, Madrid, España, 2004, pág. 22.

Dicha formulación configura su extensa esfera de actuación, delimitando las erróneas limitaciones —e, interpretaciones— que intentan argüirse en pos de la consolidación del orden y la seguridad.

Los caracteres que definen al derecho de reunión (794) y permiten su distinción con el derecho de asociación son:

- Es momentánea y por ello, se distingue de la asociación que implica cierta permanencia.
- Su fin es cambiante en cuanto a sus ideas, opiniones y defensa de intereses.
- Es concertada e intencional.

Desde la conflictividad en el ejercicio de dicho derecho, los problemas que pueden comprometer su efectividad, no sólo la tienen en vilo sino también que resulta extensiva al resto de derechos contenidos en la CADH. Ello es así, en tanto se configura como un derecho *a priori* para ejercer derechos de mayor trascendencia para un Estado democrático, los cuales tendrán una aplicación que incidirán de modo determinante en la perspectiva integral de la normativa supranacional.

De esta forma, también lo ha entendido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que: “(...) este derecho es de naturaleza instrumental, sirve de soporte al ejercicio de los demás derechos fundamentales y permite la obtención de fines no prohibidos expresamente por la ley (...)” (795)

Es por ello que un ejercicio acabado de dicho derecho debe contemplar un marco no sólo de respeto sino, de exigida intervención del Estado para cumplimentarlo. Las medidas que debe tomar, entonces, no deben ser las de permitir un libre ejercicio de los manifestantes a reunirse, sino que debe adunarse la protección y medios necesarios para que ello se lleve a cabo.

La efectividad así, se vuelve un paradigma ineludible en el cual el Estado no se vuelve garante de meras abstracciones. Su función comienza a definirse así en actor, y no simple espectador, de las libertades, reafirmando, protegiéndolas y promoviendo.

Fue en dicha tesitura que la Corte IDH en el caso *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia del 2 de febrero de 2001 (796),

(794) BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, 12^a ed., Paris, R. Picciou & R. Durand-Auzias, 1961, págs. 180-181.

(795) Alegatos de la CIDH ante la Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, Sentencia del 2-2-01.

(796) Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, ya cit., párrs. 146-150. El 14 de diciembre de 1990 se aprobó la Ley N° 25, con base en la cual fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos

no tuvo por probada la interrupción o violación del derecho de reunión, en tanto se ejerció de modo interrumpido y constante. Aún más, se afirmó que el Estado había garantizado totalmente dicho ejercicio del derecho de reunión al sentenciar que la marcha de los manifestantes “(...)no sólo no fue prohibida o perturbada de manera alguna, sino que diversos testimonios recabados por el Tribunal acreditan incluso que fue acompañada y su normal desarrollo asegurado por agentes de la fuerza pública (...)” (797).

La inevitable caída actual de la configuración expansiva de los derechos humanos debe ser evadida entonces, a través de una acción congruente con la normativa de la CADH, es decir, asegurando, promoviendo e influyendo en el proceso de expansión de las libertades, dejando atrás, las vetustas concepciones de un Estado *espectador*.

II. El derecho de reunión y el templo de Sarastro

La concurrente cláusula delimitadora que utilizan los Estados para restringir la exigencia de derechos, ejerce sobre los ciudadanos un debilitamiento en la configuración de sus garantías (798) que pone en peligro la realización del individuo.

Si bien el art.15 de la CAHD contempla la posibilidad de restringir el derecho de reunión conforme a las necesidades que permitan conservar la sociedad democrática, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral

que habían participado en una manifestación por reclamos laborales y a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posteriormente al despido arbitrario de dichos trabajadores, en el procedimiento de sus quejas y demandas se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y a la protección judicial. La Corte IDH consideró en su sentencia que el Estado había violado los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la CADH, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la CADH, el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la CADH y por último, que el Estado incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1 y 2 de la CADH en conexión con las violaciones de los derechos. En cuanto al derecho de reunión reconoció que el Estado no sólo no había violado el art. 15 de la CADH, sino que además ayudó a su ejercicio.

(797) Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá)*, ya cit., párrs. 146-150.

(798) El arbitrio del *ius puniendi* sólo es restringido por la intervención de las garantías penales y las garantías procesales. En esta dirección un cumplimiento estricto del principio de legalidad implica reglas semánticas de formación del lenguaje penal (garantías penales), mientras que se asegura el principio de jurisdiccionalidad a través de criterios sintácticos y pragmáticos de decisión sobre la verdad, su verificación y refutación, esgimiéndose reglas o técnicas de juicio dirigidas a efectivizar tales criterios (garantías procesales). Así en, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. del original de 1989, Perfecto ANDRES IBAÑEZ, ALFONSO RUIZ MIGUEL, JUAN CARLOS BAYON MOHINO, JUAN TERRADILLOS BASOCO y ROCÍO CANTARERO BANDRES), Madrid, Trotta, 1995, pág. 152.

pública y los derechos de los demás, el conflicto que se plantea en las legislaciones internas es la construcción que debe darse al contenido del derecho fundamental, en tanto se restringe, se afirma cierto espacio de su actuación.

Dicho problema, que se asienta sobre el límite que debe imponerse a su contenido, ha sido agudamente descrito como el conflicto de la *tenaza* por Ana PINTORE, quien en discusión con Luigi FERRAJOLI, revela cómo se expande la tendencia de convertir a los derechos en un instrumento insaciable (A.J. SEBOK), devorador de la democracia, del espacio político y de la autonomía moral (799).

No obstante, la situación a la cual se recurre para exigir ciertos derechos, no se configura como devoradora de la democracia, sino que es la persistente aparición de expresiones como bien común, seguridad nacional, moral pública, etc., la que pone en peligro el real desenvolvimiento de los derechos que permite ejercer una democracia deliberativa (800).

Dicha limitación en una interpretación extensiva de la libertad de reunión apareció tempranamente en la jurisprudencia nacional, la cual sostenía que, “ (...) el derecho de reunión lleva consigo las limitaciones derivadas de la misma Constitución y de las condiciones de su ejercicio en cuanto éstas pueden llegar a comprometer el orden, la seguridad y la paz pública, especialmente cuando la reunión intenta celebrarse en la vía pública (...) ” (801).

Posteriormente se repitieron las limitaciones, al concebir que “ (...) son legítimas las restricciones al derecho de reunión referentes al uso de las calles, plazas o parques públicos, que implican la necesidad del permiso previo, así como la obligación de dar aviso previo a la policía cuando la reunión ha de realizarse fuera de la vía pública porque de la aglomeración de personas pueden resultar perturbados el orden y tranquilidad pública (...) ” (802)

No obstante, las restricciones carecen de legitimación cuando rebasan no sólo la barrera que impone la razonabilidad, sino además, cuando viola principios establecidos para contribuir al funcionamiento de los procesos gubernamentales, para asegurar la discusión abierta e informada de los asuntos políticos y para controlar al gobierno cuando se extralimitara (803).

La dirección que debe tomar la libertad de reunión, no puede ser impuesta por ninguna autoridad, sino en virtud de una interpretación restringida, y de excepción. Dicha posición reconoce fundamentos en la jurisprudencia al

(799) FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

(800) NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

(801) CSJN, *Comité Radical Acción contra resolución del Jefe de Policía de la Capital, sobre derecho de reunión, ya cit.*

(802) CSJN, *Arjones, Armando y otros*, 1941, *Fallos* 191:197.

(803) ELY, John, *Democracy and distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

sostener que “(...) el derecho de reunión es uno de los fundamentales en el ordenamiento jurídico argentino. Toda disposición que importe restringirlo debe interpretarse con suma prudencia. La suspensión de aquél sin discriminar la naturaleza diversa de las reuniones, entraña un ejercicio no razonable de las facultades establecidas por el art. 23 (...) No cabe, pues, prohibir una reunión que no aparece en condiciones de perturbar el ejercicio de la Constitución ni a las autoridades creadas por ella, hecho ante el cual no pudo atribuírsele por anticipado esa finalidad (...)” (804).

Además, la vinculación a la cual deben sujetarse los límites impuestos al derecho de reunión no pueden escapar a la finalidad misma de la CADH. La normativa entonces, no importa una concepción vacía de la restricción, sino dirigida a un cumplimiento amplio en el que las prohibiciones estén rodeadas de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona.

Asimismo, deviene esto del principio de legalidad en sentido estricto, prohibiendo la invasión estatal a las esferas propias de la persona, y exentas de intervención. La interpretación del concepto “leyes” no puede estar sujeto ante ello, a una mera norma jurídica, sino que no debe sujetarse a una 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 (805).

De esta forma, las limitaciones no tienen un marco arbitrario si la interpretación de las restricciones se realiza conforme a un ejercicio efectivo de la democracia representativa (Carta de la OEA, art. 3.d 9) (806).

Por otro lado, el concepto de seguridad (807) que se argumenta en la negación de derechos, debe ser aquel que evite la utilización de éste como fundamento de justificaciones extremas de la limitación del ejercicio del derecho de reunión. De esta manera, el concepto de seguridad sólo puede ser visto como un derecho básico de las personas, un derecho humano que integra el catálogo de aquellos que deberían extenderse a todas las otras personas, y por lo tanto plataforma inexorable del cumplimiento de los derechos fundamentales los que son obligados cumplimentar los Estados parte.

(804) CSJN, *Sofía, Antonio, y otro*, 1959, *Fallos* 243:504, voto del Doctor Luis María Boffi Boggero.

(805) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9-5-86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la CADH*, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, párrs. 21-27.

(806) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13-11-85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH)*, párrs. 66 y 67.

(807) Se recurre en dos oportunidades a la utilización de este vocablo en el artículo atinente al derecho de reunión: “(...) en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público (...)”.

Cabe entonces reconocer a la libertad de reunión un ejercicio amplio dentro del sistema democrático de gobierno, y evitar las restricciones que provinieran, aun de los despotismos más sabios, eligiendo una manifestación del derecho de reunión con todos sus errores, al templo de Sarastro.

III. Criminalización de la protesta y la CADH

La construcción de prohibiciones penales de modo que respeten congruentemente los instrumentos internacionales, debe anteponer el principio de lesividad a cualquier actividad legislativa (o judicial) que intente dirimir la importancia de los bienes jurídicos que se quiera proteger, y en virtud del cual, sólo deberían ser comprendidos, los derechos fundamentales.

En este marco, dicha construcción debe privilegiar una tarea de deflación por la cual, las restricciones de carácter cuantitativo, cualitativo y estructural procuren la minimización de las prohibiciones penales (808).

La libertad de reunión acaba por ser, en este sentido, un ejercicio de derechos por el cual se reclama que el Estado cumpla las obligaciones (809), y de ese modo, no sea una conducta criminalizada, en tanto su ejercicio sólo es basamento para el cumplimiento de derechos hasta entonces, incumplidos.

Sin embargo, el análisis que se ha realizado sobre las figuras penales que terminan en crisis con el ejercicio del derecho de reunión, no ha sido de ningún modo, entendido conforme a la CADH, sino criminalizando la conducta de los manifestantes, permitiendo así, una habilitación formal extensiva del poder punitivo.

La referencia por la cual se condena por el delito del art. 194 CPN sostiene que "(...) el derecho de reunión, como garantía constitucional, no faculta a los afiliados del sindicato para impedir el tránsito ferroviario, y, por ende, no pueden ampararse en la causal de justificación prevista por el art. 34 inc. 4 CPN, al haber actuado en el ejercicio de los derechos de raigambre constitucional, pues la norma no solamente requiere para que opere la causa de justificación que quien infringió el tipo penal haya obrado en ejercicio de un derecho, sino que además lo ejerza legítimamente, es decir, por la vía que la ley autoriza (...)" (810).

La excesiva interpretación de autorización permisiva de la ley no importa una correcta delimitación de la exigencia del art.15 de la CADH, sino que debe sustentarse en las causas de justificación, en tanto el ejercicio legítimo

(808) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, op. cit., págs. 476 y ss.

(809) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, en A.A.V.V., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, op. cit., págs. 283-350.

(810) C.Nac. Cas. Penal, Sala III, 23/04/2004, *Alais, Julio A. y otros s/recurso de casación*, JA, 2004-III-274.

de derechos permite que la reunión y la manifestación sea una incorporación efectiva de los derechos instrumentados por la normativa internacional.

A pesar del conflicto que parecen asumir sendos derechos (libertad de tránsito-derecho de reunión/libertad de expresión) una posición que permita deslindar la real aplicación de uno de los derechos, debe distinguir los factores (811) por los cuales pueden resolverse la crisis.

De esa manera, las reglas que se establecen deben analizar las situaciones que provocan ambas libertades: la libertad de circular y la libertad de reunión. En principio, si bien conforma una presunción inexorable en cuanto a la preservación de la integridad individual que nadie restrinja el derecho a circular, también es cierto, que dicho derecho no puede estribarse como el único en ser reclamado, lo cual puede enunciarse como la *regla de no-exclusividad* frente al ejercicio de la libertad de reunión cuando éste se arguye para la exigencia de otros derechos y no como un mero capricho.

En segundo lugar, la conjunción de la libertad de expresión/libertad de reunión otorgan preeminencia a éstos frente al derecho a transitar libremente cuando sus ejercicios se relacionan con la praxis de una libertad pública, y por ende, la creación de un espacio público (*koinè*), lo cual permite sostener que si dos libertades se adicionan para el ejercicio de una vía de reclamo, no puede darse preeminencia a la circulación libre como justificación del *ius puniendi*.

Esta *regla de conjunción* termina aseverando el carácter estructural que permite construir el derecho de reunión, en tanto permitiría además, el reclamo del derecho de transitar libremente (en su caso), y lo cual otorga carácter trascendental por sobre la libre circulación.

Por otro lado, uno de los rasgos que permite afirmar su superioridad en el caso de conflicto con la circulación, la transitoriedad del problema, permite sostener que el derecho de reunión tiene una razón por lo cual la temporalidad de la controversia es un carácter que en una sociedad abierta no debe aspirarse a una paz de “cementerio” sino a aquella que permita que todos los miembros expresen sus opiniones aún a costa de causar molestias (812) ocasionales. Desde este lugar, la *regla de transitoriedad* de la libertad de reunión, implica que la asunción de una punición por la conducta que quie-

(811) TORRES MURO, IGNACIO, *Nuevas perspectivas de los derechos de reunión y asociación*, en M. BALADO y J.A. G^a REGUEIRO (Dir.), *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 Aniversario*, Barcelona, Centro de estudios políticos, Bosch, 1998, pág. 651 y ss.

(812) C.Fed. San Martín, Sala I, Abril 06/1995, D.E.M. s/querella, en ED 163:443, “No incurre en el delito del art. 194 CPN quien en forma pacífica con fines legítimos de disconformidad ante medidas oficiales participa en una reunión callejera que causa molestias en la vía pública y que por ende afecta el derecho de circular de los terceros ajenos”.

bre la tranquilidad, no pueda ser punible en tanto su fin es la expansión de una sociedad abierta y democrática.

Se desprende además, que no se trata sólo de valorar la jerarquía de bienes jurídicos, sino de observar con acierto que los males que quieren evitar esas personas suelen ser permanentes, en tanto que los que causan (lesión al derecho a no sufrir atrasos en el tránsito) son eminentemente transitorios (813).

Teniendo en cuenta estos elementos, puede llegar a sostenerse la legitimidad que permitiría defender el ejercicio del derecho de reunión, y aún más, confluir hacia el inciso 3º del art. 34 CPN, lo que ha sido aseverado por cierto sector de la doctrina (814).

El derecho de reunión permite configurar, entonces, una expresión crítica no violenta contra leyes o actos injustos para los manifestantes (815), configurando todo el contenido que se deriva del art. 15 de la CADH.

Las posiciones jurisprudenciales han dirigido también su mirada hacia la antijuridicidad de la conducta al afirmar que “si bien la conducta de quien forma parte de un piquete que corta una ruta encuadra en el tipo penal del art. 194 CPN, no es antijurídica, pues constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional de reunión tanto como las manifestaciones estudiantiles, las asambleas barriales, las marchas con cacerolas o sin ellas, los escraches y los maratones urbanas” (816).

No obstante, lo señalado, la perspectiva holística desde la instrumentación de la CADH implica que su situación criminalizante sea excluida en virtud de la defensa del derecho de reunión como base inexorable de un sistema democrático.

IV. Algunas consideraciones finales

En tanto la reunión confirma su carácter democrático cuando ésta se torna pública, no debe ejercerse control alguno de su ejercicio, en tanto se vuelve una columna de trascendental importancia para una democracia deliberativa.

(813) FERREYRA, RAÚL G., *Tensión entre principios constitucionales. A propósito de los piquetes en la vía pública. ¿Abuso o ejercicio regular de los derechos constitucionales que parecen antagonizar?*, Ponencia presentada en el Encuentro de profesores de Derecho Constitucional, noviembre de 2001, publicado en Lecciones y Ensayos.

(814) ZAFFARONI, RAÚL, “El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social”. Nota a fallo CNCP SCHIFFRIN en JA, 2002-IV, 384.

(815) ZAFFARONI, RAÚL E., ALAGIA ALEJANDRO, y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 643.

(816) Del voto del Dr. Rodríguez Basavilbaso, C.Nac. Cas. Penal, Sala I, 03/07/2002, en JA, 2002-IV, 378.

Así determinada su esfera de actuación, constituye un derecho primigenio que no puede ser limitado sino restringidamente ante situaciones de excepción (817), en tanto el derecho de reunión y la manifestación que importan con la libertad de expresión, aparecen como el primer derecho, el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos (818).

La construcción de una democracia sustancial que se dirige al fortalecimiento de una interpretación *pro homine* de la legislación debe detenerse en los aspectos que requieren una interpretación expansiva cuando se trata de reconocer derechos o una interpretación restringida cuando se establecen restricciones a los mismos (819).

En este sentido, también Bidart Campos, ha entendido que “el plexo normativo de derechos de fuente internacional y de fuente interna enriquece potencialmente del sistema y obliga a interpretarlo siempre con tendencia a buscar, encontrar y aplicar la norma que desde cualquier frente apta, responde al principio *pro homine*, o sea el principio de mayor favor para la persona cuyos derechos o libertades se trata de interpretar (820).

Dicha construcción, desde esta interpretación, debe argüirse una real libertad de reunión que permita su manifestación en cualquier ámbito. De hecho, una visión histórica de su interpretación ha sido dirigida en este sentido, en tanto, “(...) cualquier que sea la base o título legal de las calles o plazas, desde tiempos inmemoriales, ellas han sido utilizadas por los ciudadanos con fines de reunión. Ese uso de las calles y lugares públicos ha sido desde siempre parte integrante de los derechos, privilegios, inmunidades y libertades de los ciudadanos. El derecho de todo ciudadano (...) de usar las calles y plazas públicas para la comunicación de ideas (...) puede ser regulado en nombre del interés general; no es absoluto sino relativo, debe sumarse al bienestar general en consonancia con principios de paz y orden, pero no puede ser restringido o denegado (...)” (821).

(817) NUÑEZ, RICARDO, *Derecho Penal*, t. V, pág. 155. Afirma el autor que “si la reunión fue prohibida ilegalmente por la autoridad que, después, la impide materialmente, concurren de modo real los arts. 240 y 160 CPN”.

(818) GARGARELLA, ROBERTO, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad hoc, 2005, pág. 19.

(819) PINTO, MÓNICA, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en A.A.V.V., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, op. cit., 1997, pág. 163.

(820) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *La lección derivada de la Opinión Consultiva N° 1 de 1982*, en A.A.V.V., BIDART CAMPOS, GERMÁN (Coord.), *Derechos Humanos: Corte Interamericana*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, pág. 65.

(821) *Hague vs. CIO*, 307 US 496, 1939, Juez Roberts.

Es por ello, que debe sostenerse una concepción constitucional de la democracia que honre tanto los derechos de las mayorías como de las minorías y en el cual los jueces se orienten en la última dirección (822).

Sin el derecho de reunión es imposible, ver conocer, aprender y obrar (823). Es por ello, que la criminalización del derecho de reunión debe ser evitada por un Estado de derecho que recepte la CADH en toda su extensión, y así la Espada de Damocles no caerá sobre los derechos fundamentales.

(822) DWORKIN, RONALD, *Freedom's Law*, Cambridge, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

(823) ALCORTA, AMANCIO, *Las garantías constitucionales*, Felix Ladouné, Buenos Aires, Ediar, 1981, pág. 376.

ARTÍCULO 16. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

Concordancias: Arts. 14 CN; 20 DUDH; 22 PIDCP; 22 DADDH; 8 PIDESC; 15 CDN.

PABLO LEPERE

I. Palabras Preliminares

La génesis del Estado moderno trajo consigo el desarrollo de determinados derechos, cuyo objeto se encontraba dirigido a preservar ciertos valores morales que se consideraban innatos, inalienables y universales tales como la vida, la propiedad y la libertad. A la par de este desarrollo, y durante el surgimiento de los Estados constitucionales del siglo XIX y XX, se comenzó a ponderar como instrumentos indispensables para el progreso social los denominados derechos civiles. Entre éstos, se encuentra la libertad de asociación, cuya concepción originaria, descansaba sobre la idea de que no existía posibilidad alguna de desarrollo sin una unión de voluntades humanas que hiciera alcanzable la consecución de ciertos fines.

En el marco de los sistemas constitucionales, el derecho de asociación comenzaba a concebirse como una herramienta cuya finalidad primaria consistía en permitir el desarrollo humano en todos los órdenes de la vida social. Así, los distintos modos de participación estaban ligados, originariamente, con la posibilidad de que las personas tengan formas de aunar esfuerzos, para cumplir objetivos específicos, en procura de satisfacer sus propósitos

comunes, y de ese modo, permitir que las personas formen parte de algo que trascienda su calidad de individuo y que posibilite una mayor participación.

En este período, la concepción del derecho de asociación estaba íntimamente ligada a un ideal de progreso social, que determinaba un ejercicio sumamente restrictivo del derecho. Pues sólo tenían derecho a formar asociaciones aquellas personas que perseguían fines que el Estado consideraba lícitos y moralmente admisibles (824), no sucediendo lo mismo con aquellos individuos que tuvieran como propósito la defensa de los intereses de grupo (825), desde donde la finalidad perseguida era extremadamente diferente a los intereses del Estado o las contingencias coyunturales de un gobierno (826).

Esto significaba que el reconocimiento pleno de este derecho constitucional, estaba, al menos en un primer período, solapado. El libre ejercicio era solamente admisible en tanto y en cuanto el Estado —celador de las inquietudes sociales— permitiera su acontecimiento.

Sin lugar a dudas, en la actualidad nos encontramos frente a una realidad distinta, habida cuenta de que el asociativismo se halla expandido en innu-

(824) Sólo para mostrar un ejemplo, en el marco de nuestro constitucionalismo decimonónico, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, entendía que las asociaciones eran útiles para el fomento de las "...ciencias, las letras y las artes, las virtudes cristianas, la ayuda mutua, el progreso de las industrias, las franquicias del comercio, la expansión económica, la cultura de las clases o gremios menesterosos o desheredados, [para] educar y ejercitar a los ciudadanos en la práctica honrada y consciente de sus derechos y deberes cívicos, [...]"; agregando luego que "...es un verdadero elemento de gobierno extraconstitucional, en cuanto se ejercita fuera del gobierno, pero constitucional, en cuanto ha sido previsto y declarado como un derecho de todos los habitantes de la Nación". Sin embargo, a continuación de esta descripción, comenzaba un catálogo de excepciones y cautela en cuanto a su alcance. Dice el autor seguidamente: "...así como es benéfico cuando puede ser ejercitado dentro de los propósitos de la Constitución, puede ser un peligro cuando se lo emplea para llevar a la práctica teorías o doctrinas contrarias a su espíritu de unión, libertad, orden, de respeto y equilibrio de todos los derechos y poderes reconocidos, concedidos, creados, y garantidos por el conjunto de atribuciones que a cada ramo del gobierno ha conferido." JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Angel Estrada y Ca. Editores, 1897, págs. 222-224.

(825) La idea de intereses de grupo pretende hacer alusión a una concepción más individualista del derecho de asociación, desligado de una idea de *proyecto social conjunto*. Si bien podría razonablemente sostenerse que, por ejemplo, una asociación sindical, una asociación de homosexuales, una cámara empresaria o un grupo religioso —tan solo por citar algunos casos— contribuyen en el desarrollo de una sociedad, corresponde entender que los motivos que justifican la unión son más bien de carácter individual. Este carácter individual reside básicamente en la necesidad de defender intereses, ideas o ejecutar políticas o proyectos a través de un grupo desde dónde podrán obtener resultados de mayor relevancia o incidencia política.

(826) Cuando hablamos de contingencias coyunturales de un Gobierno hacemos referencia a propósitos ideológicos que muchas veces se pretenden instalar.

merables actividades que fomentan un gran abanico de proyectos sociales, con características de las más diversas, contando con un consenso social importante. Todo ello ha determinado su irrupción a través de su acrecentamiento diario, básicamente plasmado a través de organizaciones sociales.

Ahora bien, es evidente que el Estado ha intentado en muchas circunstancias poner límites al asociativismo, esgrimiendo básicamente diversas acepciones de bien común cuya finalidad consintió en limitar o conculcar determinadas ideas o intereses o, por el contrario, fomentar desde el propio Estado determinadas concepciones del bien.

No puede escapar a esta reflexión que la determinación de la esfera de acción del Estado para restringir el libre ejercicio de este derecho es, por lo visto, bastante compleja. Deberíamos preguntarnos, entonces, si el Estado como organización política está obligado a coadyuvar en la preeminencia de ciertas concepciones frente a otras, o mantenerse al margen de este tipo de debates y promover a la realización de todas las concepciones que del bien existan.

En definitiva, de lo que se trata, es de determinar cuáles son los argumentos morales que justifican la aceptación o no de determinados grupos.

Como veremos, estas ponderaciones son sumamente controvertidas a la hora de precisar por qué insistimos en dar preeminencia a determinados proyectos sociales por sobre otros.

Desde este ángulo se enfocará el análisis, intentando disgregar las razones que han justificado determinadas decisiones judiciales que en algunos casos han descansado sobre vestigios de ideas vacuas y argumentativamente ineficaces, que dirimen cuestiones de trascendencia pública, y que son fundamentadas a través de nociones poco claras como ser “el bien común” o el “bienestar general” (827). Fórmulas por cierto importantes, pero que no pueden estar exentas de definiciones y razonamientos que justifiquen su ponderación si tenemos en cuenta que muchas de estas decisiones esconden políticas discriminatorias.

Por último, en el ámbito constitucional argentino se han dado dos casos que pueden ser considerados emblemáticos. El primero de ellos es el famoso caso CHA (828), (Comunidad Homosexual Argentina) en donde la Corte Suprema de Justicia justificó el no otorgamiento de la Personería Jurídica a esta asociación fundando la decisión sobre la base de la idea de “bien común”. El

(827) Todas estas fórmulas son quizá las más utilizadas en las decisiones judiciales que intentan justificar por qué damos preeminencia o limitamos derechos constitucionalmente reconocidos.

(828) CSJN *Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/Personas Jurídicas*, 1991, Fallos 314:1531.

segundo caso es el denominado fallo ALITT (829) (Asociación de Lucha por la Identidad Travesti) que revierte los argumentos del fallo CHA incluyendo nuevos fundamentos referidos al ideal de “bien común” que debería promoverse en una sociedad democrática. En lo concerniente a estos dos casos paradigmáticos se desarrollará parte del estudio de la norma del artículo 16 de la CADH. Asimismo, y respecto del derecho de asociación en relación con la libertad sindical, se analizará el fallo Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales, que recientemente dictó la Corte Suprema de Justicia.

II. Los fallos CHA y ALITT

Como se dijo anteriormente, dos son las decisiones judiciales que de algún modo han marcado el camino en torno a la interpretación del derecho de asociación. El primero es el destacado caso CHA, en donde la citada organización solicitó el otorgamiento de la personería jurídica ante la Inspección General de Justicia y que fuera rechazado fundándose en que no cumplía con el requisito del *bien común* exigido por el Código Civil de la Nación en su art. 33. Denegado el pedido ante la Inspección General de Justicia, la asociación apeló judicialmente la resolución, que fue confirmada por la Cámara. Contra tal pronunciamiento, interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, confirmó la sentencia con la disidencia de los doctores Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi.

De los argumentos vertidos en el voto de la mayoría, es importante destacar las siguientes consideraciones, de entre las más relevantes: a) que corresponde a la autoridad administrativa valorar el objeto de la asociación (830); b) que en esta valoración, no se puso en tela de juicio la homosexualidad, y que la autorización para actuar no se deniega en razón de ésta, sino en la “descalificación del objeto de la asociación” que incluye la pública defensa de la homosexualidad (831); c) la denegación administrativa al otorgamiento de la personería jurídica, no es factor determinante que lesione el derecho de asociación (832); d) una asociación formada por particulares no puede tener en un sentido estricto, por principal objeto, el bien común (833); d) el objeto de la asociación tiene que poseer en sí mismo una incidencia directa sobre el bien común, que mueva al Estado a otorgarle una calidad determinada (834); e) el otorgamiento de una calidad social al autorizado que se traduce en el reconocimiento estatal frente a toda la sociedad, relativo a que la asociación lleva a cabo fines que el mismo Estado jerarquiza al considerarlos como pro-

(829) CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección, General de Justicia*, 2006, Fallos 329:5266.

(830) Considerando 9 del voto del doctor Cavagna Martínez.

(831) *Ibídem*.

(832) Considerando 11 del voto del doctor Cavagna Martínez.

(833) Considerando 8 del voto del doctor Rodolfo Barra.

(834) *Ibídem*.

pios, es decir, directamente vinculados con el bien común (835); f) la actora, no puede pretender que la IGJ asuma como propio sus valores, ni le otorgue a ellos la calidad social (836); g) en estos casos, el control es más específico: consiste en verificar que los fines estatutarios tiendan “principalmente” —no sólo de un modo tangencial o subsidiarios— al bien común (837); h) tratándose de la circunstancial apreciación del bien común, no cabe sino reconocer al poder político, a quien por mandato legal se le ha encomendado tal valoración, una razonable amplitud de criterios en aras del bienestar general (838); i) una minoría tolerada requiere siempre de una mayoría tolerante. Pero se podría llegar a una situación en la cual tantas minorías reclamasen tolerancia que ya no pueda haber mayoría ninguna (839); j) la recurrente no ha demostrado que la pública defensa de la homosexualidad con vista a su aceptación social sea materia ajena a la moral pública (840); k) toda defensa social de la homosexualidad ofende la moral pública y el bien común, cuya tutela la Constitución impone a los poderes constituidos (841).

El segundo pronunciamiento tomado para el análisis es el contenido en el fallo ALITT, en donde se vuelve a dar prácticamente un camino semejante al que tuvo el caso CHA, aunque con una resolución muy diferente. La Inspección General de Justicia denegó a ALITT la autorización para funcionar como Persona Jurídica, en el marco del art. 33, segunda parte, ap. 1º del Código Civil de la Nación. Dichos argumentos fueron confirmados por la Cámara. Contra dicha decisión la asociación interpuso un recurso extraordinario, cuya desestimación dio lugar a la presentación directa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada.

Es decir que 15 años después, la Corte Suprema disolvió las consideraciones hechas en el caso CHA sobre las base de los siguientes argumentos: a) la decisión apelada restringe el derecho de asociación (842); b) a fin de definir cuál es el contorno mínimo de la utilidad constitucionalmente exigible para tutelar el derecho de asociarse no parece discutible, en un Estado de derecho, la posibilidad que tienen los ciudadanos de fundar una persona jurídica con plena personería para actuar colectivamente en el ámbito de su interés (843); c) si la regla estructural de un estilo de vida democrático reside en la capacidad de una sociedad para resolver sus conflictos mediante el debate público de las ideas, el umbral de utilidad exigido por la Ley Suprema es indiscuti-

(835) Considerando 8 del voto del doctor Rodolfo Barra.

(836) Considerando 10 del voto del doctor Rodolfo Barra.

(837) Considerando 6 del voto del doctor Julio Nazareno.

(838) Considerando 10 de voto del doctor Eduardo Moliné O'Connor.

(839) Considerando 11 del voto del doctor Antonio Boggiano.

(840) Considerando 17 del voto del doctor Antonio Boggiano.

(841) Considerando 18 del voto del doctor Antonio Boggiano.

(842) Considerando 5 del voto de la mayoría. Es importante destacar que la mayoría en este fallo estuvo compuesta por 7 de los miembros del tribunal.

(843) Considerando 11 del voto de la mayoría.

blemente satisfecho por toda agrupación voluntaria de personas (844); d) la trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil (845); d) resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida (846); e) esta Corte ya ha subrayado el grave defecto de interpretación en que incurren los tribunales cuando en sus decisiones no otorgan trascendencia alguna a una condición de base para la sociedad democrática, cual es la coexistencia social pacífica. La renuncia a dicha función por parte de los tribunales de justicia traería aparejado el gravísimo riesgo de que sólo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo (847); f) la pretensión de atribuir al Estado una omnipotencia valorativa en la consecución del bien común que, en rigor, sólo permitiría otorgar autorización estatal a entidades con fines filantrópicos o científicos, a la par que haría retroceder a la situación imperante a principios del siglo veinte cuando el Poder Ejecutivo denegaba autorización a asociaciones sindicales o mutualistas por tener en miras sólo el interés de sus integrantes (848); g) el Estado no puede negar arbitrariamente la personería jurídica a una asociación, sino sólo en base a pautas objetivas claras y acordes con la Ley Suprema (849).

En ambas sentencias puede observarse que se encuentra implícito un debate que no gira tan solo en torno a la noción de *bien común*, sino también al nivel de injerencia estadual que pretendemos sea admitido, de acuerdo al punto focal desde donde observamos la problemática. Aquí, sin lugar a dudas entran en juego las concepciones liberales y republicanas de la democracia y que sucintamente será analizado en este trabajo a la luz de estos fallos.

III. El derecho constitucional de asociación

El derecho de asociación se encuentra expresamente regulado en el art. 16 de la CADH cuya fórmula comienza diciendo que todas las personas tienen derecho a asociarse, enumerando ciertos fines. La mencionada norma, en su inc. 2, advierte que “el ejercicio del derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. Por otra parte, nuestra Constitución Nacional incluye el derecho a *asociarse con fines útiles* entre un catálogo de derechos enumerado en el art. 14 cuyo proemio advierte que “todos los habitantes de la nación gozan de

(844) Considerando 11 del voto de la mayoría.

(845) Considerando 12 del voto de la mayoría.

(846) Considerando 18 del voto de la mayoría.

(847) Considerando 19 del voto de la mayoría.

(848) Considerando 20 del voto de la mayoría.

(849) Considerando 21 del voto de la mayoría.

los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicios". Ambos textos tienen un punto de contacto que resulta verdaderamente relevante, y que reside en que en ambas normas determinan genéricamente la forma de poner límites al ejercicio del derecho.

La mayoría de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos entienden que el derecho de asociación comprende la libertad de asociarse sin necesidad de autorización previa por parte del Estado (850), con lo cual se pretende restringir las prerrogativas del poder político en aras de evitar decisiones arbitrarias. Los instrumentos sobre derechos humanos reconocen la libertad de asociación en forma amplia, extendiéndola a asociaciones de cualquier índole (851). La Corte CIDH ha puntualizado el derecho a asociarse libremente posee un valor instrumental para el ejercicio de los derechos sociales, siendo un factor determinante en un sistema democrático (852).

Pero esto no siempre es así, atento a que el derecho de asociación sufre restricciones a partir de la existencia de una regulación efectiva (853). Lo

(850) Sobre este aspecto, la CIDH ha expresado en un informe que la libertad de asociación "ha sido seriamente limitada por el artículo 236 bis del Código Penal (...) que exige autorización del gobierno para formar un grupo de más de 20 personas que pretenda reunirse regularmente para fines religiosos, literarios, políticos o de otra índole.", CIDH *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití*, del 13-09-79, pág. 60, párr. 4. En un sentido, la propia Comisión advirtió que "quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo. Además, gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad." Cfr. Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros*, del 2-2-01, Serie C. Nº 72, párrs. 156 y 159.

(851) La normativa internacional sobre la libertad de asociación ocupa un lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), como evidencia su consagración como norma constitucional de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como su incorporación en la Carta Americana anterior a las Declaraciones Americana y Universal.

(852) Recientemente, en su Informe anual 2002, la CIDH se refirió a la situación en Venezuela, señalando que "el derecho a elegir y ser elegido y a organizarse sindicalmente son derechos reconocidos en la Convención Americana, y en la Carta Democrática Interamericana. La organización sindical libre, sin injerencias indebidas del Estado, constituye a juicio de la CIDH un elemento importante de cualquier sistema democrático" (CIDH, Informe Anual 2002, Venezuela, párr. 49).

(853) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "la libertad de asociación es el derecho del individuo de unirse con otros en forma voluntaria y durable para la realización común de un fin lícito. Las asociaciones se caracterizan por su permanencia y estabilidad, el carácter ideal o espiritual —por oposición al físico y material— de la unión, por la estructura más o menos compleja que se desarrolla en el tiempo y por la tendencia a expandirse y a cobijar el mayor número de miembros interesados en los mismo fines. En cuanto a éstos, los indi-

problemático es dónde se coloca la vara que determinará el punto de inflexión. Los mecanismos, tal como se dijo antes, no pueden ser otros que el reconocimiento de los aspectos que sustentan la aceptación o no de una organización por parte del Estado.

Respecto de la regulación contenida en el art. 14 de la Constitución Nacional, esta norma exige como requerimiento que toda asociación sea realizada con “fines útiles” (854), sin hacer otra alusión sobre el particular. Los denominados *fines útiles* encuentran su correlato en la idea de *licitud* (855) *de los fines* que persigue la asociación. Este aspecto, sin lugar a dudas, reforzaba la posición planificadora de que toda organización que no representara los intereses del Estado no era lícita, y si no cumplía este requisito, ello suponía el no reconocimiento de la organización por parte de la autoridad pública.

La Corte Suprema ha meritado, de algún modo, qué se entiende por licitud de los fines manifestando que “sólo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 de la CN o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del pacto fundacional de la República vigente desde 1853 (arts. 1 y 33 de la Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación (856).

Es importante observar que el modelo de análisis constitucional por lo general propone evaluar el alcance del derecho de asociación a la luz de ciertos intereses colectivos como ser “el bien común”, “el bienestar general”, “los fines útiles”, “el orden público”, “la salud y la moral pública” (857). Con lo cual, el análisis debe centrarse entonces en determinar los razonamientos que traen aparejados la aplicación de restricciones que se fundan en las fórmulas precedentemente señaladas. Vale advertir que el objetivo no es analizar pormenorizadamente cada una de ellas, sino englobar su estudio a partir de la noción de “bien común”, y el alcance de su interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones.

viduos voluntariamente asociados no pueden realizar actividades que correspondan o estén reservadas al poder público, ni que utilicen medios no permitidos para lograr sus propósitos, ni para realizar actividades que estén prohibidas a los seres humanos individualmente considerados. Corte IDH, OC-5/85 del 13-11-85, párr. 6 de la opinión separada del Juez RAFAEL NIETO.

(854) Los fines útiles a los que hace referencia la Constitución están en consonancia con la idea de “progreso común” del s. XIX y no prestaban atención a los diversos intereses que pueden protegerse por medio de una asociación.

(855) BIDART CAMPOS sostiene que la fórmula “asociarse con fines útiles” debe interpretarse como referido a un fin no dañino para el bien común, es decir, neutro o inofensivo, BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 1998.

(856) CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual, ya cit.*, Consid. 12.

(857) Para un análisis detallado de esta idea véase GARGARELLA ROBERTO, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, págs. 33 y 34.

IV. Bien común y derecho de asociación

Es probable que una de las nociones más utilizadas en las sentencias judiciales que dirimen controversias constitucionales en donde se pretendan zanjar cuestiones de carácter público sea la de “bien común”. No sólo en las decisiones jurisdiccionales, sino también en las leyes, en los discursos políticos, entre otros, se hace alusión permanente a esta idea y sin darse mayores precisiones sobre el particular. Tal identificación invita a suponer, primeramente, que “bien común” es un paradigma socialmente aceptado que tiene su base en la idea de bienestar de toda la comunidad.

Lo primero que debe notarse es que la *no definición* habilita a que cada sujeto tenga la posibilidad de concebir su ideal de bien común, y ello no es algo que deba preocuparnos demasiado. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando desde el Estado se pretende delimitar la noción, en razón de que ese umbral tiene como correlato que tal definición será, en alguna medida, la que determine nuestro campo de acción en algunas de las esferas de nuestra actividad.

La pregunta obligada aquí es si existe algún criterio de bien común que comprenda, en alguna medida, todas las concepciones morales. La respuesta a esta pregunta es posiblemente una de las cuestiones de más compleja dilucidación. Ahora bien, lo que sí estamos obligados a intentar evitar es la preeminencia de ciertas concepciones del bien por sobre otras, si no existen argumentos lo suficientemente convincentes para que ello así suceda. Sobre este aspecto Hobbes (858) nos dice que “la experiencia muestra que es manifiestamente verdadero que los hombres no sólo buscan la libertad de conciencia, sino también de sus acciones; y no sólo eso, sino la libertad mayor de persuadir a otros de sus opiniones, y no sólo esto, pues todo hombre desea que la autoridad soberana admita únicamente las opiniones que él, por su parte, tiene”.

Admitir que quien arbitra insume de un grado alto de valor subjetivo su decisión no es algo que siquiera deba alarmarnos. Pero, aún así, debemos intentar abandonar el *subjetivismo* que entiende que la verdad de los juicios morales o, inclusive la justicia, dependen exclusivamente de la convicción del que decide o juzga.

Evitar la imposición de ciertas concepciones morales o creencias en el momento de definir aspectos de relevancia social es el punto neurálgico de la cuestión. Lo que se debe intentar, en definitiva, es buscar los mecanismos que permitan soslayar la preeminencia de ciertas acepciones respecto de otras, en las decisiones de los poderes públicos, siempre y cuando tales pronunciamientos ocasionen perjuicio a algún sector de la comunidad. Dicho de otro modo, sería algo así como pretender encontrar reglas que aplicadas admitan cierto grado de tolerancia para las diversas concepciones que del bien existan.

(858) El extracto corresponde a *Elements of Law*, 2, 6, 13 traducido por LEISER MADANES en su trabajo “Tolerancia, prudencia y búsqueda de la verdad” incluido en la Serie CLA.DE.MA, *Tolerancia o Barbarie*, Gédisa, 1998, pág. 20.

Dworkin entiende que en una democracia comunitariamente entendida las decisiones colectivas deben reflejar igual consideración por los intereses de todos sus miembros (859). Es decir que toda decisión debe, en alguna medida, ponderar los intereses de todos los individuos que componen la comunidad. Ello está directamente relacionado con lo que el autor denomina el “rol” que cada individuo está llamado a cumplir en la sociedad a través del denominado principio de participación. Tal principio también explica porqué las libertades políticas son parte de la idea de democracia. Si a cada ciudadano se le otorga un rol en la política que signifique una genuina posibilidad de marcar una diferencia, entonces, y particularmente en una gran comunidad, se le debe permitir tanto voz como voto (860). Entiendo que tener voz y voto no implica tan solo poder manifestar y decidir, sino que también incluye la posibilidad de incidir políticamente en una comunidad. Es aquí donde la libertad de asociación tiene preeminencia en muchos aspectos de la vida social, en razón de que contribuye en el proceso de democratización de una sociedad, con la consiguiente participación en la toma de decisiones.

Sobre estos aspectos la Corte Suprema ha tomado postura señalando que “el bien común no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de éstas y menos aún lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc. Sea que se conciba a la sociedad como sistema o como equilibrio conflictivo, lo cierto es que, en tanto las agrupaciones operen lícitamente, facilitan la normalización de las demandas (desde una perspectiva sistémica) o de reglas para zanjar los conflictos (desde una visión conflictivista). Desde cualquiera de las interpretaciones, la normalización para unos o la estabilización para otros produce un beneficio para la totalidad de las personas, o sea, para el ‘bien común’” (861).

En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (862) se ha manifestado, advirtiendo que “el bien común debe interpretarse como integrante del orden público de los Estados democráticos, siendo posible entenderlo como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permite a los integrantes de la comunidad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de valores democráticos”. También indicó que “de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien

(859) DWORKIN, RONALD, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, Buenos Aires, La Isla de la Luna, 2003, págs. 66 y 67.

(860) DWORKIN, RONALD, *op. cit.* pág. 65.

(861) CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual, ya cit.*, Consid. 15.

(862) Corte IDH, OC-6/86 del 9-5-86.

común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención 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 (863).”

Asimismo, hay quienes han sostenido que en un Estado constitucional de derecho, el bien común es: a) sinónimo de sustancialidad democrática y de garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales subjetivos y colectivos; b) comprende el pluralismo y diversidad y, c) se conculca cuando existe un daño directo e inmediato a terceros que genera una colisión entre derechos fundamentales que se resuelve mediante el método de la ponderación. De esta manera, se garantiza la coexistencia de una constelación plural de valores y culturas (864).

Aquí debemos hacer una digresión relevante entre las concepciones del bien que puede tener una sociedad democrática y los intereses que pueden tener un conjunto de individuos. En una sociedad democrática conviven en su seno una pluralidad de concepciones o cosmovisiones morales, políticas, religiosas, filosóficas, etc. En una asociación, por el contrario, se podría afirmar que convive una “única” doctrina comprensiva, dada por el objeto mismo de la asociación y que procura acrecentar su nivel de participación.

Las asociaciones están llamadas a fortalecer el debate público, constituyendo un fenómeno sociopolítico cuya implicancia primordial es hacer valer ciertos intereses en el proceso democrático. Es por ello que se espera que los poderes públicos se mantengan al margen de la actividad propia de las asociaciones y sólo ejerzan su *imperium* en caso de que éstas excedan los fines para las cuales fueron creadas (865). La función del Estado debe ser claramente negativa, limitándose a proteger la garantía constitucional, adoptando las medidas que sean necesarias para ello. Por tales motivos, como autoridad política, debe abstenerse de interferir en las cuestiones propias de las asociaciones (866), cuando éstas operan dentro del marco establecido por la propia Constitución Nacional (867).

(863) Opinión Comité Interamericano in re “Sra. X vs. Argentina” del 15 de octubre de 1996.

(864) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pág. 80.

(865) CSJN, Pedro Inchauspe Hermanos, 1944, Fallos, 199:483.

(866) La Convención no se limita a exigir una ley para que las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades sean jurídicamente lícitas. Requiere, además, que esas leyes se dicten “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Opinión Consultiva 6/86; 9 de mayo de 1986.

(867) CSJN, *Faskowicz, Israel y otros*, 1958, Fallos, 240:235.

Si constitucionalmente resulta complejo definir con exactitud qué es el bien común, parece razonable admitir que en una sociedad inevitablemente plural el bien común es un concepto referido a las condiciones de vida social que permite a los integrantes de una comunidad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y que tiende como uno de los imperativos “a la organización de la vida social en forma que persevere y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana” (868).

Por último, creemos que la Corte Suprema con buen tino se ha limitado a encuadrar los mecanismos a través de los cuales el Estado debe propender al bien común. Así, ponderó como un imperativo la organización de la vida social sobre la base de la diversidad, en la búsqueda del mejor funcionamiento de las instituciones democráticas, preservando y promoviendo la plena realización de los derechos de todos los individuos.

V. Acerca de las diferencias en torno a la tolerancia en los casos CHA y ALLIT

El punto de contacto entre admitir o no admitir, de acuerdo a los fundamentos contenidos en los fallos examinados, consiste en determinar cuán tolerante debe ser el Estado, o cuán neutral. Sobre este aspecto Farrell sostiene que dos factores permiten caracterizar adecuadamente a la tolerancia: el factor del disvalor y el factor del poder. Respecto del primero de ellos, es claro que la tolerancia supone la existencia de algo que se considera malo, cuando no directamente inmoral. La tolerancia tiene un juicio de valor previo: el juicio de que aquello que es tolerado es malo. Respecto del segundo factor, también es claro que la tolerancia supone la posibilidad de impedir, o de suprimir, la conducta que se tolera. Más que la posibilidad, lo que uno debe tener —en realidad— es el derecho de suprimirla (869). Si se sostiene que el Estado debe ser, ante todo, un paradigma de tolerancia, estaríamos aceptando que el propio Estado juzgue como morales o inmorales las acciones que ejecuten determinados grupos, y a partir de allí, decidir cuándo debe y cuándo no debe intervenir.

La tesis de la neutralidad, en cambio, sostiene que el Estado no puede comprometerse ni tomar como suyas la defensa de determinadas concepciones del bien. Es decir que, bajo ningún aspecto, debe intervenir haciendo juicios de ningún tipo y su campo de acción sólo estaría limitado a controlar el cumplimiento de las exigencias que las leyes hacen respecto del ejercicio efectivo de un derecho. Así, el Estado violaría la neutralidad en caso de que se comprometa con la afirmación de concepciones morales, religiosas o políticas.

(868) CSJN, *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*, 2004, Fallos: 327:3753.

(869) FARRELL, MARTÍN D., “El Papel de la Tolerancia en un Estado Liberal” en *Revista Foro*, Año I, N° 2 Agosto de 2000, pág. 10.

En el caso CHA puede advertirse una concepción, si se quiere, tolerante, basada en principios tomados del republicanismo (870) por cuanto la Corte en su anterior composición concluyó que no está mal que existan organizaciones que fomenten ciertas ideas y principios, pero ello tiene un límite, y que básicamente reside en que el Estado no puede ampararlas por no adecuarse a los preceptos que fundan la idea de bien común. Por el contrario, en ALLIT, la Corte toma postulados del liberalismo cuando decide examinar desde otra óptica el derecho a formar una asociación y obtener su reconocimiento por parte del Estado. Esta forma residió, básicamente, en limitar al poder público respecto de sus preferencias, en una visión menos orgánica de la sociedad, observando al cuerpo social desde la divergencia que existen entre sus diversos componentes y coadyuvando a una convivencia integrada.

VI. Libertad sindical y derecho de asociación

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales (871) que no es necesario pertenecer a un sindicato con personería gremial para ser delegado sindical. El fallo tuvo como causa una resolución de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales que hizo lugar a una impugnación formulada por la Unión Personal Civil de las Fuerzas Armadas (PECIFA), que declaró la invalidez de la convocatoria a elecciones de delegados del personal efectuada por la Asociación de Trabajadores del Estado en el ámbito del Estado Mayor General del Ejército y el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas.

El fallo es trascendente en tanto consagra la libertad sindical que habilita la posibilidad de que haya una multiplicidad de delegados respecto de una actividad, que contraría la disposición del art. 41 de la Ley N° 23.551 de Asociaciones sindicales, que exige a los delegados del personal y a los integrantes de las comisiones internas estar afiliados a la respectiva asociación sindical con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por ésta.

Desde la perspectiva del asociativismo, la sentencia confirma el principio de que las personas tienen derecho a asociarse y a no asociarse. Ahora bien, el derecho a no asociarse no opera negativamente respecto del ejercicio de derechos políticos, toda vez que la decisión de no formar parte no cercena la posibilidad de ser representante gremial. La decisión se encuentra amparada

(870) El Republicanismo otorga prioridad a políticas a favor del bien común, aún a costa de desplazar derechos individuales fundamentales en nombre de intereses mayores o generales. Para un mayor desarrollo, véase GARGARELLA, ROBERTO, "El Republicanismo y la filosofía política contemporánea", en BORON, ATILIO A., *Teoría y filosofía política. La tradición clásica y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001.

(871) CSJN, *Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales*, 2008, Fallos: 331:2499.

en normas constitucionales atento a que el ejercicio de derechos sindicales no sufre agravios por la decisión de no afiliarse. En ese sentido, la Corte sostuvo que “el desarrollo progresivo del que ha sido objeto la regulación del derecho de asociación, ya previsto en el Constitución Nacional de 1853-1860 (art. 14), puso de manifiesto el doble orden de notas esenciales contenidas en aquél, las cuales, en pareja medida, resultan decisivas para esclarecer el sub lite. Por un lado, reveló las dos inescindibles dimensiones que encerraba ese derecho: individual y social. Por el otro, advirtió la especificidad de la asociación en el campo de los sindicatos, dando lugar a la profundización de la llamada libertad sindical. De todo ello, da cuenta una sucesión ininterrumpida de numerosos instrumentos internacionales que, desde 1994, tiene jerarquía constitucional (872)”.

Asimismo, existe normativa con jerarquía constitucional que también corona de forma contundente la libertad de unirse a asociaciones sindicales sin limitaciones ni restricciones, como ser el Pacto Sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce en su art. 8.1 la libertad de “fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger su intereses económicos y sociales”.

Sobre este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los derechos legítimos de los trabajadores. Tiene como contenido comprensivo un derecho y una libertad: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las establecidas en la Convención, y la libertad de no ser compelida u obligada a asociarse (873)”. En la misma dirección, y respecto de los alcances del derecho, señaló que éste comprende para el Estado obligaciones negativas y otras de carácter positivo. El aspecto negativo implica “gozar del derecho y la libertad de reunirse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad (874)”. Asimismo, y respecto del aspecto positivo, la Corte advierte que éste implica una obligación del Estado de “proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad (875)”.

El análisis de la Corte Suprema se desdobló respecto de dos cuestiones de trascendente importancia, la primera cuestión descansa sobre la diferenciación que hay que hacer entre el monopolio sindical, que encuentra amparo

(872) CSJN *Asociación Trabajadores del Estado*, ya cit., Consid. 3 del voto de la mayoría.

(873) Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros*, del 02-20-01, párrs. 154 a 173.

(874) Corte IDH, *Caso Cantoral Huanamí y García Santa Cruz vs. Perú*, del 10-07-07, párr. 144. En el mismo sentido, la CIDH se ha expedido en el caso *Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C N° 121.

(875) Corte IDH, *Caso Cantoral Huanamí y García Santa Cruz vs. Perú*, ya cit. párr. 114.

legal, y el constreñimiento a los que están sujetos los trabajadores en tanto y en cuanto, para ejercer sus derechos deben adherirse a asociaciones sindicales con personería gremial. Por tal razón, el alto tribunal entendió que “la elección de los delegados del personal, esto es, de los representantes que guardan con los intereses de sus representados, los trabajadores, el vínculo más estrecho y directo, puesto que ejercerán su representación en los lugares de labor, o en la sede de la empresa o de establecimiento al que estén afectados. La restricción excede, y con holgura, el contado marco que podría justificar la dispensa de una facultad exclusiva a los gremios más representativos (876)”.

Por lo antes expuesto, la Corte ha entendido que los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, con el consiguiente derecho de redactar sus estatutos, elegir libremente sus representantes y formular su programa de acción.

VII. Conclusión

En la actualidad existe consenso en relación con que el Estado debe habilitar los canales que sean necesarios para permitir a todas las personas organizarse con la intención de promover y reivindicar sus intereses.

A través de la habilitación de dichos mecanismos, debe evitarse la creación de barreras artificiales que conculquen el derecho a participar. De este modo, se impediría relacionar los intereses del Estado —promovidos a través de sus políticas— con los intereses de los grupos que se organizan para impulsar alguna actividad específica.

En tal sentido, cada asociación encuentra en el seno de su organización un mecanismo para formular sus planes, establecer sus prioridades e intentar hacer prevalecer sus objetivos, de modo tal de influir sobre las políticas de gobierno.

Por lo tanto, su reconocimiento no es el único objetivo que debe perseguirse, sino también, el otorgamiento de su personalidad jurídica de modo tal que mediante la promoción de sus intereses alcancen un grado de incidencia política de mayor magnitud.

(876) CSJN, *Asociación Trabajadores del Estado, ya cit.*, Consid. 9 del voto de la mayoría.

ARTÍCULO 17. PROTECCIÓN A LA FAMILIA⁽⁸⁷⁷⁾

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y deber ser protegida por la sociedad y el Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Concordancias: Arts. 1, 2, 18, 19 y 27 CADH; 14bis, 20, 75 inc. 19, 22 y 23 CN; 6 DADDH; 16 DUDH; 2 y 10 PIDESC; 16 y 23 PIDCP; 15 y 16 CEDM; Convención de Nueva York de 1962 sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraerlo y el Registro de ellos; 3 y 9 CDN.

SANTIAGO JULIÁN GARCÍA MELE

El presente artículo consagra las pautas mínimas que los Estados partes se comprometen a respetar en relación con la tutela de la familia, cuya protección es encomendada no sólo al Estado sino también a toda la sociedad.

(877) Cabe aclarar que, sin perjuicio de que el presente comentario ha sido redactado con anterioridad a la Ley 26.618, de Matrimonio Civil (B.O. 22-7-2010); el reconocimiento que ella efectúa del derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo resulta enteramente compatible con los estándares constitucionales y de derechos humanos desarrollados en este ensayo.

Tal como lo sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la presente disposición reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general (878). Es un derecho tan básico de la Convención que no se puede suspender aunque las circunstancias sean extremas (879).

Para lograr su finalidad —es decir, el resguardo de la familia—, la norma protege, a su vez, el matrimonio, institución que es su natural núcleo aglutinante y que debe fundarse reconociendo en él la igualdad jurídica de los cónyuges.

La protección de la familia se completa con las disposiciones relativas a quienes son sus miembros más frágiles: los hijos.

En definitiva, puede sostenerse que la norma cumple una doble función, orientando la legislación positiva interna hacia el efectivo cumplimiento de sus fines y estableciendo frenos para toda actividad o normativa que pretenda concretarse contrariando los postulados que ella consagra.

En líneas generales, nuestra Constitución Nacional y el resto de la normativa interna son concordantes con los principios y disposiciones convencionales en materia de protección a la familia, quedando no obstante en vigencia algunas normas que entrarían en conflicto con las mismas, que por lo tanto requieren una interpretación que las armonice o su modificación.

I. El concepto de familia

Respecto de su caracterización, la Convención no define qué debe entenderse por familia. Si bien es difícil establecer un concepto preciso de ella, del texto del artículo se desprendería una referencia a la familia en sentido restringido (familia conyugal, parentesco inmediato o núcleo paterno-filial), debido a la importancia dada dentro del marco tuitivo al matrimonio y los hijos.

A diferencia de la familia en sentido amplio —definida por la existencia de relaciones jurídicas familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y el parentesco—, en este sentido más restringido la familia comprende al grupo formado por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. No puede dejar de mencionarse que éste es el núcleo que, desde un punto de vista sociológico, es el elemento fundamental de la sociedad. Y ello es así independientemente de la existencia de matrimonio entre los padres, tal como se desprende de lo preceptuado en el inciso 5°.

No obstante lo expuesto, del texto en análisis no se advierte obstáculo alguno para incluir por vía interpretativa dentro de su marco protectorio una

(878) CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506, Argentina.

(879) CADH, artículo 27.2.

estructura familiar más amplia. Tal el caso de la denominada familia ensamblada o reconstituida, que reconoce vínculos procedentes de otras uniones conyugales. La familia ensamblada es conceptuada por Grosman y Martínez Alcorta como “aquella estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa” (880).

Frente a esta situación cada vez más cotidiana, el derecho debe poner sus herramientas a disposición para lograr una protección adecuada de sus miembros, lo que se logra interpretando en sentido amplio la palabra familia. Así, la presente Convención se convertiría en un instrumento eficiente para dicho objetivo.

Además, la protección de esta nueva estructura familiar estaría implícitamente comprendida dentro del marco de la norma en examen como consecuencia lógica de la aceptación de la posibilidad de disolver el matrimonio que hace el inciso 4°.

Es importante destacar que de la norma en análisis no surge la existencia de un modelo único de familia, contemplando la protección de ella en sus diversas manifestaciones.

Es por ello que, a la luz de la Convención, es posible incluir dentro del concepto de familia —y así extender el deber de protección que pesa sobre la sociedad y el Estado— a las uniones entre personas del mismo sexo.

En ese sentido, si bien el artículo reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, no especifica que necesariamente deba ser entre sí. Además, y reforzando esta postura, en los incisos 3 y 4 no aparecen consideraciones de género debido a la utilización de las palabras “contrayentes” y “cónyuges”.

Es posible argumentar que al proclamar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, lo hace refiriéndose sólo a las discriminaciones habituales en las que incurren las legislaciones internas entre el hombre y la mujer.

De la misma forma, debe reconocerse que al momento de firmarse la presente Convención el tema aquí tratado no era objeto de análisis jurídico.

Sin embargo, de un análisis armónico con el resto de los postulados de la Convención (especialmente lo establecido en el artículo 1) y de los Derechos Humanos, se extrae una conclusión contraria, no existiendo obstáculos para su aplicación en otro tipo de uniones.

(880) Conf. GROSMAN, CECILIA P. y MARTÍNEZ ALCORTA, IRENE, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales*, Buenos Aires, Universidad, 2000, pág. 35.

En efecto, el derecho a la orientación sexual como derecho a la libre determinación de las personas puede ser ubicado en la primera generación de Derechos Humanos y está íntimamente ligado a los derechos a la privacidad, a la libertad individual y al derecho de asociación.

Por otra parte, la concepción legal de familia y qué constituye una familia puede cambiar con la modificación de las prácticas y las tradiciones familiares. Sin dudas, bajo el manto protectorio de los Derechos Humanos las uniones entre personas del mismo sexo no pueden estar sujetas a un trato discriminatorio.

Por lo expuesto, es posible sostener que —de acuerdo a la Convención— el deber de protección que pesa sobre la sociedad y el Estado incluye a las uniones entre personas del mismo sexo.

II. La Constitución Nacional y la familia

La Constitución nacional, tanto en su texto originario como en el resultante de la reformas de 1860, 1866 y de 1898, nada expresaba sobre la familia.

En 1957 —y en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 3838— la Convención Nacional Constituyente sancionó la incorporación a la Constitución Nacional del artículo 14 bis, elevándose así los derechos sociales y económicos a rango constitucional.

En lo que respecta a la familia, el art.14 bis estipula que “... la ley establecerá (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

La manera en que la Constitución Nacional contempla la protección de la familia podría ser calificada de exigua, teniendo en cuenta el importante y trascendente rol de dicha institución dentro de la sociedad y que dicha norma funciona como piso mínimo que no puede ser desconocido por el orden infraconstitucional.

No obstante, al ser el término “protección integral de la familia” de gran amplitud, permite que la norma brinde un amparo extenso, elevando a la familia a la jerarquía de sociedad primaria y núcleo fundamental.

De la misma forma que sucede con la definición convencional, el concepto constitucional de familia no puede ser interpretado de manera restringida y supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado. Los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo sino por el contrario se basan en la tolerancia y el pluralis-

mo (881), lo que permite afirmar el principio democrático que exige el respeto por las diferencias (882).

En cuanto a la defensa del bien de familia, se busca proteger la casa-habitación destinada a vivienda, tomando a la residencia familiar como el centro de la vida del grupo, propiciando su unidad y estabilidad.

Como es sabido, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental del hombre nacido de la vital necesidad de poder disfrutar de un espacio habitable, suficiente para desarrollar su personalidad; esa facultad se materializa en un derecho sobre la vivienda, accediendo a la propiedad u otro derecho real o personal de disfrute (883).

Por su parte, la compensación económica familiar implica el otorgamiento a los trabajadores de subsidios proporcionales y justos como consecuencia de la existencia de cargas de familia.

Finalmente, el acceso a una vivienda digna es el resultado de la importancia que el hogar adquiere como medio de confluencia y fortalecimiento familiar. Por esta norma el Estado se encuentra obligado a establecer condiciones propicias para que los habitantes accedan a un lugar donde habitar decorosamente con su familia. Así, la importancia social de la familia impone, a veces, hacer prevalecer el derecho “a” la vivienda por encima del derecho “sobre” la vivienda” (884).

Del análisis del texto constitucional y su confrontación con los preceptos de la Convención se concluye que ésta es más precisa, concreta y amplia en lo atinente a la tutela de la familia y de las relaciones que ella conlleva.

Sin embargo y de acuerdo a lo expuesto hasta aquí, no existen incompatibilidades entre el presente Tratado con jerarquía constitucional y la propia Constitución.

En efecto, si bien la norma convencional establece principios no contenidos dentro de la declaración constitucional (como la igualdad de derechos de los cónyuges), ellos no son incompatibles con las estipulaciones constitucionales. Lo mismo sucede a la inversa, por ejemplo, con la consagración del régimen del bien de familia por la Constitución, que si bien no es establecido específicamente por la Convención, propende a los mismos fines que ella se propone alcanzar.

(881) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El concepto constitucional de familia”, *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Vol. 15, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, págs. 31-43.

(882) GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, *op. cit.*, pág. 32.

(883) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R., “Protección jurídica de la vivienda familiar” en separata de la “Revista de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo”, n. 51.

(884) KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op. cit.*

Es decir que es posible realizar una interpretación armónica de ambos enunciados, funcionando la norma objeto de análisis de eficaz complemento de lo establecido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

III. Protección de la familia por parte de la sociedad y el Estado

La protección de la familia es encomendada a toda la sociedad, que a través de sus representantes y en virtud del derecho de familia, pretende amparar intereses diferentes del individual de los miembros de cada familia, y que se relacionan con los intereses del grupo.

En ese sentido, cada miembro de la sociedad debe evaluar si sus acciones coadyuvan a efectivizar la protección que impone la norma, o si, por el contrario, lesionan ilegítimamente los intereses que se pretenden defender. En este último caso, la disposición convencional obliga a la abstención de dicha conducta.

A su vez, el Estado (el otro sujeto obligado por la Convención) cumple un rol cada vez más importante dentro de la tutela de la familia, ya que interviene en actos de constitución de un estado de familia (como ocurre en la celebración del matrimonio mediante el Registro Civil) y en el control de cómo se ejercen los derechos y deberes originados en las relaciones de familia. Esta intervención se hace efectiva a través de las acciones de los jueces y los asesores de menores e incapaces (885).

Por otra parte la obligación que ha asumido nuestro país al ratificar la Convención hace indispensable el diseño e implementación de políticas sociales en atención a la familia, las que deben ser producto del reconocimiento del rol protagónico del Estado en la asignación de los recursos (886). Sin embargo, el Estado no debe exceder los límites de su intervención, de carácter supletoria.

Ello por cuanto se ha producido una gradual y creciente penetración del Estado en la familia: los magistrados tienen facultades para entrar en el interior del hogar, vigilan y protegen la salud de los menores, los amparan contra los abusos o contra el peligro de vivir en ambientes moralmente dañosos,

(885) Así, la CSJN ha sostenido por ejemplo que “la tarea de reanudar el vínculo madre - hijo exige una participación procesal activa del tribunal que facilite y encamine la actuación de las partes y de los auxiliares de la justicia, tarea que deberá llevar a cabo el a quo en la esfera propia de sus atribuciones y con la diligencia que sea posible en función de las circunstancias”. Ver, CSJN, A., D. E. s/ *incidente de familia*, 1998, Fallos 321:1589.

(886) Por ejemplo, el Decreto N° 1382/2001 creó el Sistema Integrado de Protección a la Familia, con las siguientes prestaciones, destinados a los sectores de menores ingresos: la protección por niño, por niño con discapacidad, por maternidad, por escolaridad y educación, diferenciada en sus distintos niveles, para la tercera edad y una prestación para los cónyuges de los beneficiarios del Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones.

pudiendo sustraerlos a la autoridad paterna; el juez dirime las divergencias entre los cónyuges respecto de los problemas de la diaria convivencia, tales como la elección del domicilio, la educación de los hijos, la administración y disposición de los bienes gananciales, etc. (887).

Frente a este avance, no debe olvidarse la preexistencia de la familia, como sociedad natural cuya aparición es anterior al propio Estado y que exige ciertos límites frente a injerencias cada vez mayores.

En ese sentido, el artículo 1.1. de la Convención requiere que los Estados partes respeten y garanticen el pleno y libre ejercicio de todos los derechos reconocidos por la Convención. Esas obligaciones limitan la autoridad del Estado para imponer restricciones sobre los derechos protegidos por la Convención.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de analizar una interferencia indebida del Estado argentino en el derecho a la familia (888).

En el caso, el ejercicio de dicho derecho se vio sujeto a una restricción ilegítima cuando las autoridades del Estado argentino requirieron que una madre y su hija se sometieran a inspecciones vaginales cada vez que deseaban tener un contacto personal con el marido que se encontraba detenido en la Unidad N° 1 del Servicio Penitenciario Federal.

La Comisión consideró que una medida tan extrema como la revisión o inspección vaginal de las visitantes, debe ser prescrita por una ley que especifique claramente en qué circunstancias se puede imponer una medida de esa naturaleza y que enumere las condiciones que deben ser observadas por los que realizan el procedimiento, ya que son un tipo de requisa excepcional e intrusista. Por tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta respecto del interés de realizar una requisa invasiva del cuerpo. Sólo en circunstancias específicas, cuando hay fundamento razonable para creer que representan un peligro concreto para la seguridad, o que están transportando sustancias ilícitas, se deben hacer inspecciones de los visitantes.

Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas

(887) BORDA, GUILLERMO A., "Derecho de Familia", en JORGE A. URIARTE (Coord.) *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Tomo I, Buenos Aires, Universidad, 1991, pág. 833.

(888) CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506, Argentina.

contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos.

En este sentido, la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas (889). Justamente, en razón de las circunstancias excepcionales que presenta el encarcelamiento, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conducentes a garantizar efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares.

Cabe recordar que, de acuerdo a lo sostenido por la Comisión, para establecer una medida que de alguna manera afecta los derechos protegidos por la Convención, la misma debe necesariamente: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos.

El derecho a recibir el beneficio de pensión

Como elemento indispensable en el diseño e implementación de políticas sociales en atención de la familia, las leyes previsionales, con el instituto de la pensión, *“tienden a proteger el núcleo formado por los integrantes de la familia cumpliendo, de este modo, con el objetivo constitucional de alcanzar la protección integral de la familia, mediante un sistema de seguridad social”*. (890)

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en concordancia con lo establecido en el inciso 5 del artículo en análisis y la interpretación amplia del concepto de familia considera que *“la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar núcleos familiares no surgidos del matrimonio”*.

Cabe aclarar que el objetivo constitucional de alcanzar la protección integral de la familia mediante un sistema de seguridad social, como todos los derechos y garantías consagrados por la Carta Magna, no es absoluto, y su ejercicio está sometido a una razonable reglamentación (891).

Por lo expuesto, es de vital importancia analizar los diferentes supuestos respecto de los sujetos con derecho a recibir el beneficio de pensión.

(889) Sobre este tema véanse los siguientes informes de la CIDH: Caso Miskito, págs. 31-32, Caso Cuba, pág. 62 (1983), y Caso Uruguay (1983-84), pág. 130, párr. 10.

(890) CSJN, *Vila, Cándida c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles s/ pensiones*, 2003, Fallos 316:2441.

(891) CSJN, *Vila, Cándida, ya cit.*

A partir de la sanción de la ley 23.515, el Alto Tribunal resolvió otorgar el beneficio de pensión a la ex esposa que había sido declarada inocente en el juicio de divorcio (892). Parte de la doctrina criticó la solución arribada, ya que quien no era cónyuge del causante al producirse el deceso de éste no podría invocar la calidad de viuda.

Posteriormente, la Corte sostuvo que no se puede pretender en el ámbito previsional aquello a lo que se había renunciado en sede civil, en un caso donde no había existido previsión alguna que le asegurara a la solicitante una cuota alimentaria a su favor (893).

En ese sentido, la jurisprudencia parece inclinarse a reconocer el derecho de pensión del cónyuge divorciado con reserva de alimentos, en la proporción pactada.

Otro supuesto sujeto a debate es el caso del hijo afín. En el sistema previsional argentino no se considera expresamente la condición de hijo afín ya que en el art. 53 de la Ley 24.241 se menciona únicamente a los hijos del causante como causahabientes con derecho de pensión.

Respecto de este tema, la Corte mantuvo diversas posturas. En un primer momento consideró que *“La condición de hijastra genera obligación alimentaria en cabeza de la sociedad conyugal, otorga derecho a asignaciones familiares para la determinación de las cargas de familia y no resulta interpretación desprovista de validez la que admite derecho a pensión de aquélla, evitando conclusiones disvaliosas y se ajusta al carácter alimentario que la Corte ha asignado al beneficio de pensión”* (894).

Sin embargo, en un fallo posterior denegó el beneficio en base a la interpretación literal de la norma por considerar que la solicitante no tenía con el causante el parentesco que exige la ley (895).

Por su parte, en el caso “Sbrocca” la Corte revocó la decisión de la Cámara Federal de la Seguridad Social que había concedido el beneficio de pensión para quien había recibido trato como hija, sosteniendo que la enumeración del art. 38, Ley 18.037, sobre quienes son los derechohabientes con vocación al beneficio de la pensión, es taxativa (896).

Cabe destacar que en la actualidad la tendencia generalizada es considerar que el concepto de “hijo a cargo” abarca a todos los hijos, sin distinción de su condición de legítimos, legitimados, ilegítimos, adoptivos o del cónyuge,

(892) CSJN, *Páez de González c/ Caja de Retiros, Jubilaciones y de la Policía Federal*, 1993, Fallos 316:2106.

(893) CSJN, *Córdoba, Alicia Angélica c/ ANSES s/ pensiones*, 2001, Fallos 324:2877

(894) CSJN, *Donati, Carolina s/pensión*, 1976, Fallos 296:22.

(895) CSJN, *Niella Pereyra, María Cristina*, 1979, Fallos, 301:793.

(896) CSJN, *Sbrocca, Carmen*, 2003, Fallos 326:1950

siendo la excepción los países que únicamente admiten el derecho al beneficio cuando existen lazos de sangre.

Finalmente resta analizar los casos de las uniones de hecho. El art. 53 de la Ley 24.241 determina en su parte pertinente que “En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión tanto la como el conviviente, exigiéndose, únicamente, que hayan vivido en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatos anteriores al fallecimiento”.

En relación con las uniones de hecho de parejas heterosexuales, este artículo no presenta ningún problema. El debate se estableció respecto de los convivientes de un mismo sexo, cuestionándose en la jurisprudencia y la doctrina si éstos se encuentran dentro de los beneficiarios del derecho de pensión.

Al principio hubo negativas a incluirlos como “convivientes”, debido a que bajo la interpretación del derecho positivo vigente no se admitía el concubinato de dos personas del mismo sexo. Por ende, sólo podía aceptarse el mismo entre un hombre y una mujer.

Por otra parte, el artículo exige que la pareja viviera en “aparente matrimonio”, lo que fue entendido jurisprudencialmente como una unión que parece matrimonio pero que no lo es, por no haberse celebrado conforme las normas legales, situación que no se configuraría cuando se trata de personas del mismo sexo.

Es importante destacar que a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y la incorporación de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, surge claramente la necesidad de que los Estados no discriminen la orientación sexual en el reconocimiento de derechos, lo cual lleva a que los jueces deban prestar particular atención en la aplicación de normas internas que importan, literalmente, una inadmisibile discriminación en razón de dicha orientación sexual (897). Asimismo se estaría vulnerado el principio de igualdad ante la ley dispuesto en el Art. 16 de la Constitución Nacional.

Consecuentemente no es posible entender la exigencia del requisito de convivencia en aparente matrimonio limitada sólo a las parejas heterosexuales, resultando la diversidad o identidad de sexo entre sus miembros indiferente, porque ni la ley ni el trato ostensible y mutuo, en sí mismo, lo supeditan a ello (898). En ese sentido, la finalidad del beneficio de pensión es la protección integral de la persona humana, sin distinguir respecto de su inclinación sexual.

(897) SPINELLI, DANIELA MARTHA, “El derecho de pensión de homosexuales” Comentario al fallo A. A. L. c/Anses s/Pensión. Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 1, 22/05/2008 (elDial - AA49A5).

(898) Juzg. Cont. Adm. La Plata N° 1, 09/03/2005, Y., E. A. vs. Caja de Previsión y Seguro Médico de la Prov. de Buenos Aires. RDLSS 2005-9-703.

En concordancia con lo mencionado, la Administración Nacional de la Seguridad Social publicó en el Boletín Oficial la Resolución 671/2008 en la cual declara a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del causante.

IV. El derecho a contraer matrimonio

Sin lugar a dudas, la Convención sostiene la organización de la familia sobre la base del matrimonio. Si bien de ello no se deduce que las uniones de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que definen también la existencia de una familia (899), el importante rol desempeñado por el matrimonio no puede ser soslayado.

En este contexto, y en concordancia con nuestra Constitución —que en su art. 20 reconoce entre los derechos civiles asegurados a todos los ciudadanos el de casarse—, se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

Sin embargo, este derecho se limita a quienes cumplan con el requisito de tener la edad establecida por la ley interna. Además, los contrayentes deben cumplir con las restantes condiciones dispuestas por aquélla. Por último, la norma contiene otra limitación: las condiciones establecidas no deben afectar el principio de no discriminación consagrado en esta Convención.

La edad legal

La Convención hace especial referencia a la edad necesaria para contraer matrimonio. Sin embargo, no contiene mención alguna sobre una edad mínima requerida, de manera que independientemente de la decisión que a ese respecto tome el derecho interno, no habría contradicción alguna con la norma, a menos que no sea respetado el principio de no discriminación.

Nuestra legislación ha sostenido el clásico impedimento de edad para brindar el consentimiento matrimonial, pero lo ha hecho a través de un régimen que ha ido modificando, no sólo en cuanto a las edades —en un proceso de paulatino aumento de ellas—, sino también en materia de dispensa o excepciones al límite legal.

En nuestra legislación, el art. 166 del Código Civil establece entre los impedimentos para celebrar el matrimonio el tener la mujer menos de 16 años y el hombre menos de 18.

(899) Este tipo de situaciones no puede dejar de ser tutelada. Así, el inciso 5 establece que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

La diferencia de edad en el reconocimiento de adultez entre las mujeres y los varones se remonta a fuentes del antiguo Derecho Romano. La experiencia de mayor precocidad en la madurez de las mujeres se mantuvo durante siglos como uno de los temas que menos enfrentamientos produjo en el derecho.

Si bien parte de la doctrina concuerda en que esta diferencia no es discriminatoria (900), actualmente no existen razones legítimas que justifiquen apartarse de un trato igualitario, que requiere equiparar la edad mínima entre varones y mujeres para contraer matrimonio.

En efecto, dicha diferencia de edad no sería más que una discriminación contra la mujer, por cuanto una edad muy baja legitima ciertas ideas patriarcales acerca del matrimonio y del rol de la mujer en él vinculado con su madurez biológica para procrear.

La utilización de las diferencias biológicas entre varones y mujeres al establecer edades distintas responde al estereotipo de las mujeres que crían a los hijos y se limitan al trabajo doméstico, mientras que permite que los varones dispongan de una cantidad mayor de años de preparación, educación y experiencia para cumplir con el rol de “proveedor” (901).

Sin dudas, la plenitud intelectual y psicológica de la mujer son factores que no deben ser dejados de lado, por lo que la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio asegurará que el consentimiento sea libre y pleno.

Si bien es cierto que lo aquí propuesto limita la capacidad para fundar una familia, se justifica como una protección ante la posibilidad de contraer matrimonios forzados, la maternidad prematura y la falta de consentimiento pleno (902).

Por lo tanto, resulta dudoso que estén dados los presupuestos para considerar esta diferencia de edad establecida por el ordenamiento interno como no discriminatoria de acuerdo a los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello por cuanto para dicho Tribunal no hay discriminación sólo si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes

(900) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Régimen Jurídico de la Mujer”, LL 1993-E, 1044.

(901) Ver Proyecto: D-6628/96, Modificación de la edad mínima para contraer matrimonio, equiparando la edad mínima de mujeres y varones para celebrar tal acto (rep. por D-491/98).

(902) Idem.

y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (903).

Por otra parte, cabe recordar que nuestro sistema, a partir de lo establecido en el art. 167 del Código Civil con una fórmula genérica —“si el interés de los menores lo exigiese”—, permite al juez apreciar las circunstancias particulares del caso y, previa audiencia con el o los menores, autorizar o no el matrimonio de los mismos cuando no cuenten con la edad requerida (904).

Es decir que el cuerpo normativo establece una edad mínima para contraer matrimonio para todos, pero como una presunción *iuris tantum*, susceptible de dispensa en supuestos concretos. Por lo tanto se adopta una solución que podría equilibrar la seguridad y la justicia del caso concreto (905).

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de expedirse en cuanto a la interrelación del derecho a contraer matrimonio, la edad legal requerida y la dispensa judicial. Así, siguiendo lo preceptuado por la presente Convención, y teniendo en consideración primordial el interés superior del niño (art. 3 Convención Universal sobre los Derechos del Niño), se otorgó la dispensa prevista por el art. 167 a una pareja de la colectividad gitana, donde la mujer no contaba con los 16 años requeridos (906).

Al respecto, se ha sostenido que las peculiaridades del impedimento de falta de edad justifican que sea dispensable cuando el juez adquiere el convencimiento de que los que desean contraer matrimonio actúan con discernimiento para el acto y se encuentran en condiciones de asumir y satisfacer sus responsabilidades futuras como cónyuges y como padres. Y en el caso, luego de las entrevistas mantenidas, se consideró que existía un fuerte deseo por parte de ambos menores de contraer matrimonio sin dilación alguna para salir del estado de unión de hecho en que se encontraban, por lo que no

(903) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19-1-84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización solicitada por el gobierno de Costa Rica.

(904) La Convención de Nueva York de 1962 sobre el “Consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro de ellos”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por la Argentina por Ley 18.444, que en su art. 2 dispone que “...los Estados partes... adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad”.

(905) Conf. LÓPEZ ALARCÓN y NAVARRO VALLS, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y concordado*, Madrid, Técnos, 1984, pág. 98.

(906) “F., M. A. y F., J. M.”, del 8/9/2004, C. Nac. Civ., sala E.

otorgar la autorización en tales circunstancias hubiera implicado dañarlos psicológicamente.

Enfermedad venérea en período de contagio. El caso del Sida

Nuestro derecho consagra en el art. 13 de la ley 12.331 el impedimento matrimonial de enfermedad venérea en período de contagio, disponiendo también dicha ley un examen prenupcial obligatorio y gratuito para los hombres, que la Ley 16.668 extendió a las mujeres (907).

La doctrina nacional ha discrepado fuertemente si se debía o no considerar al Sida como impedimento matrimonial.

Algunos autores han sostenido que no cabe excluir al Sida de los alcances de los exámenes prenupciales por dudar de su carácter venéreo, ya que éste resulta de la posibilidad de contagio mediante el acoplamiento sexual, sin perjuicio de otras vías de acceso de la enfermedad. Por lo tanto concluían que el Sida estaba incluido entre los casos de impedimento por enfermedad venérea en período de contagio.

Sin embargo, un detenido análisis de la normativa aplicable sólo puede llevarnos a adoptar una postura contraria.

En efecto, la Ley 23.798 —comúnmente denominada “ley de Sida”— contiene principios interpretativos de sus disposiciones, que establecen que no se puede afectar la dignidad de la persona, producir efectos de marginación, degradación o humillación. Asimismo el decreto reglamentario de dicha ley —1244/91— establece que para su aplicación deberán respetarse las disposiciones de la presente Convención.

En el contexto actual, al consagrar un impedimento por esta causa se estaría prohibiendo indefinidamente el matrimonio de los enfermos debido al carácter incurable de la enfermedad (circunstancia ésta que torna inaceptable incluir al Sida dentro de los supuestos de una ley que contempla sólo enfermedades, y por lo tanto impedimentos, de carácter temporal).

Por lo tanto, no caben dudas que consagrar impedimentos eugenésicos de carácter perpetuo violenta la letra y el espíritu de las leyes en juego y de esta Convención, afectando los principios de igualdad y no discriminación, y atentando contra la libertad individual y el derecho a casarse. En consecuencia, la exigencia de no estar infectado del virus HIV es una condición discriminatoria para contraer matrimonio.

(907) El mal que quería controlar el legislador de 1936 era principalmente la sífilis. De hecho, el examen prenupcial se limitó siempre a la reacción de Wassermann, que tiene por fin detectar la existencia de esta enfermedad.

En concordancia, la jurisprudencia determinó que *“ninguna persona afectada por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida podrá ser privada de derechos que le serían reconocidos en el caso de no encontrarse enferma del citado mal. Si esta distinción opera, entonces la misma debe ser considerada como discriminatoria e inaceptable por contraproducente en referencia a la doctrina básica de los derechos humanos”* (908).

Respecto del resguardo del contagio a personas sanas, existen hoy en día la información y los métodos suficientes como para prevenir el contagio entre cónyuges. Si bien es cierto que dicha información no es conocida por toda la población, debería ser suministrada fehacientemente por el Estado, no sólo en los casos en que uno de los contrayentes estuviera infectado sino a la sociedad toda, por cuanto la mejor prevención es la información y la educación.

A su vez, los avances científicos permiten cumplir con los fines eugenésicos. Las posibilidades de contagio de Sida entre una madre y su hijo son aproximadamente un 30%. Pero si una embarazada realiza el test de Elisa al comienzo de su embarazo e informa de su enfermedad, con un tratamiento adecuado y cuidados especiales durante el parto, las posibilidades de que el niño nazca infectado con el virus HIV se reducen a sólo un 2%.

Por último, no parece razonable discriminar a los portadores del virus HIV para combatir su infección, dejándolos excluidos del marco tuitivo que brinda el matrimonio en muchos aspectos.

Por lo tanto, el ser portador o enfermo del HIV no constituye impedimento para la celebración del matrimonio, razón por la cual no es posible considerar como causal de nulidad el encontrarse infectado uno de los cónyuges.

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado al sostener que si bien es dable considerar el Sida como una enfermedad venérea, las características de la misma y su tipicidad hacen que la nulidad en estos casos se decrete teniendo en mira el peligro que ha sido disimulado o el ocultamiento de una conducta socialmente reprochable y no el hecho de la infección en sí misma (909).

De todo lo expuesto surge la importancia de conocer si uno o ambos contrayentes son portadores del virus HIV, no por constituir un impedimento matrimonial sino para que —a través de la información y orientación profesional— los futuros cónyuges conozcan las precauciones que deberán adoptar para no contagiar a su pareja o a sus hijos (910).

(908) *M. Q., F. y otra*, JCiv. y Com. Mar del Plata N° 5, 30/09/91, LL 1991-E, 464.

(909) MINYERSKY, NELLY, “El derecho de familia frente al Sida”, RDF 1992-8-89.

(910) En la actualidad se incluye en los análisis prenupciales el ofrecimiento del análisis de VIH.

El matrimonio entre contrayentes del mismo sexo

Hemos señalado que los contrayentes deben cumplir con las condiciones dispuestas por las leyes internas, pero éstas no deben afectar el principio de no discriminación consagrado en esta Convención.

Frente a ello, cabe preguntarse si el requisito establecido por nuestra legislación respecto del diferente sexo de los contrayentes violenta el principio de no discriminación.

Más allá de los argumentos que puedan sostenerse sobre el tema y que exceden los fines del presente trabajo, es importante recordar que no surge de la Convención la existencia de un modelo único de familia, por lo que es posible extender su ámbito protectorio a las uniones entre personas del mismo sexo. Y si bien el presente artículo reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio, no especifica que necesariamente deba ser entre sí.

Ello es congruente con la terminología utilizada en la redacción del artículo, ya que en los incisos 3 y 4 no aparecen consideraciones de género, debido a la utilización de las palabras “contrayentes” y “cónyuges”.

V. El consentimiento matrimonial

La exigencia establecida de libre y pleno consentimiento matrimonial se encontraba ya establecida en nuestra legislación interna (art. 172 C.C.), que además instituye en concordancia que no es jurídicamente exigible la promesa de matrimonio y es anulable el contraído con los vicios de violencia, dolo o error sobre la persona del otro contrayente o sobre sus cualidades personales (arts. 165, 175 y 220, inc. 4 C.C.).

El consentimiento —conformidad de voluntades entre los contrayentes— existirá en el caso del matrimonio cuando los cónyuges quieran tomarse con reciprocidad como marido y mujer.

El precepto convencional requiere que el consentimiento de los contrayentes sea —además de libre— pleno. Dicho requisito importa rechazar la sujeción de la voluntad a modalidad alguna, tales como plazos, condiciones o cargos.

Cabe aclarar que el consentimiento matrimonial tiene características específicas según lo ha entendido nuestra jurisprudencia, que ha dispuesto que no puede exigirse del cónyuge que ha sufrido el error o el engaño mayores precauciones que las que adoptaría una persona de común diligencia en situación semejante, pues ni la ley ni la prudencia mandan que los prometidos sean escépticos o incrédulos ni que agoten los medios de información (911).

(911) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala “A” en *F.I.A.M. c/ C.E.J. s/ nulidad de matrimonio*, 09-08-96, tomado del plenario publicado en LL 48:469.

Así, por ejemplo, nuestros Tribunales han sostenido que el consentimiento resulta viciado de error esencial y excusable cuando uno de los contrayentes propone matrimonio con consagración por la Iglesia de la que el otro contrayente es ferviente, negándose posteriormente a efectuar la ceremonia religiosa (912).

De la misma manera, se ha calificado de omisión dolosa el ocultamiento de haber sido procesado por robo y hurto o por adicción a los estupefacientes al extremo de padecer las sanciones del art. 482 del C.C., no pudiendo reprocharse la actitud del otro contrayente por ser una circunstancia excepcional (913). Piénsese que de otra manera la conducta diligente requerida al contrayente debería consistir en solicitar a los Registros de Régimen Penal y Carcelario informes sobre el otro contrayente.

En los casos analizados se ha decretado la nulidad de los matrimonios. Pero cabe destacar que en algunos supuestos dicha sanción puede ser acompañada por una condena que busque resarcir el daño moral sufrido por quien fue víctima del dolo ejercido por su cónyuge para obtener su consentimiento matrimonial. En dichas circunstancias es necesario ponderar la situación de violencia padecida, pudiendo operar la condena como un justo resarcimiento por las angustias y afecciones comprometidas (914).

VI. Igualdad de los cónyuges durante el matrimonio

El inciso 4º impone al Estado el deber de adoptar medidas para asegurar la equiparación del hombre y de la mujer como titulares de las relaciones jurídicas familiares, tanto respecto de los derechos como de las responsabilidades, durante el matrimonio y una vez disuelto éste.

El Estado, a través de significativas reformas, ha ido adecuando nuestra legislación a esta exigencia de igualdad jurídica que hoy, en líneas generales, es respetada por el derecho interno (915).

Así, con la sanción de la ley 23.515 han desaparecido estipulaciones claramente discriminatorias como la facultad del marido de fijar la residencia conyugal y el correlativo deber de la mujer de seguirlo. Da la misma manera, el uso del apellido del marido por la mujer ha dejado de ser obligatorio para

(912) *H. A., J. c/ D. A., M. s/ nulidad de matrimonio*, C. Nac. Civ., sala J, 09/04/1999.

(913) C. Nac. Civ., sala D, 25/08/2001 - *D., M. N. vs. R., O. P. s/nulidad de matrimonio*, RDF 2002-20-151

(914) CNCIV, Sala K, *G., L. c/ A., H. s/ Nulidad de Matrimonio*, 25/03/97, ElDial - AE55C.

(915) Este principio de igualdad es también exigido por la Convención sobre Eliminación de Todas las Normas de Discriminación Contra la Mujer, la cual en su art. 15, inc. 1, prescribe que los Estados partes reconocerán a la mujer igualdad con el hombre ante la ley.

pasar a ser optativo, tanto para la mujer casada como para la separada legalmente (916).

Un caso manifiesto de discriminación lo constituía el art. 1276, párr. 2º del Cód. Civil, que atribuía al marido la administración y disposición de los bienes cuyo origen no se puede determinar o la prueba a cuyo respecto fuere dudosa. En concordancia con lo establecido por la Convención en análisis, dicha atribución fue sustituida por una administración y disposición conjunta del marido y la mujer (917).

Sin embargo, aún quedan algunas disposiciones que serían incompatibles con el mandato convencional, inmediatamente operativo según interpretación de la Corte Suprema (918).

El caso de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial

Un supuesto de incompatibilidad que sigue generando importantes discusiones doctrinarias es el de la legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, donde la madre queda excluida por sí y aun por el hijo para demandar la impugnación de la paternidad del esposo.

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de expedirse al respecto en un fallo del año 1999 (919). En el mismo, la mayoría sostuvo que el art. 259 del Cód. Civil que atribuye al marido la acción de impugnación de la paternidad, no se funda en un privilegio masculino sino que suministra al marido la vía legal para destruir una presunción legal, que no pesa sobre la mujer, pues su maternidad queda establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido —art. 242 del Cód. Civil—, a fin de que el sujeto sobre quien opera la presunción tenga la posibilidad de desvirtuar que sea el padre del hijo de su esposa nacido dentro de los términos que fija la ley.

Otro de los argumentos vertidos por la Corte para justificar la negación de legitimación activa de la madre fue que la misma no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que es precisamente el hijo.

Sin embargo, ha de entenderse que estos fundamentos no son suficientes para lograr evitar la colisión que se produce al efectuar el control de consti-

(916) Sobre este tema ver GARCÍA MELE, HORACIO N., “Apellido de la mujer casada”, en JORGE A. URIARTE (Coord.), *op. cit.*, pág. 393.

(917) La ley 25.781 sustituyó el art. 1276 párr. 2º del Cód. Civil que quedó redactado de la siguiente manera: “Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto”.

(918) LL 1992-C, 543.

(919) *D. P. V., A. c. O., C. H.*, CSJN, 01/11/99, LL 2000-B, pág. 24.

tucionalidad entre la norma de derecho interno aplicable y la de fuente convencional analizada.

En efecto, de acuerdo a la limitada legitimación conferida por el art. 259 del Cód. Civil, la madre y su cónyuge no encuentran asegurados sus derechos en condiciones de igualdad, teniendo en cuenta que éste puede impugnar tanto su paternidad como la maternidad de la mujer.

En este sentido, resulta plausible el voto en disidencia de los doctores Petracchi y Bossert en cuanto a que “*negar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial a la madre, implica sostener una ficción, ya que la acción del hijo normalmente sólo podrá fundarse en el conocimiento de los hechos que la madre posee, dependiendo tal acción de la decisión de ésta que proporciona los elementos para actuar*”.

Pues, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma (920). Sin embargo, la distinción que efectúa la norma interna es arbitraria porque carece de fundamento válido, por lo que resulta discriminatorio reconocer la acción de impugnación a sólo uno de los cónyuges. Además, atentar contra el derecho de identidad del niño nunca puede resultar proporcional al fin de alguna norma, no sólo por su manifiesta contradicción con la presente Convención y con otros Tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también por los perjudiciales efectos que se producirían en la vida del menor.

Es por ello que no logra su cometido la Corte Suprema al tratar de justificar el trato desigual entre el hombre y la mujer apelando al argumento de “*preservación del valor institucional de la familia legítima*”. En efecto, y siguiendo a Gil Domínguez, cabe preguntarnos qué clase de familia desea custodiar la Corte, ya que parecería ser la basada en la etiqueta del mero formalismo y la cimentada en la hipocresía. Sin dudas, el derecho debe tener muy en cuenta la realidad social y la naturaleza humana a la hora de tomar decisiones en donde se vea involucrada la fidelidad sexual (921).

Asimismo, es importante destacar que la norma interna atenta también contra el derecho de identidad del niño y la posibilidad de conocer su realidad biológica, lo que no puede ser pasado por alto. Sobre la importancia de

(920) Corte IDH, Opinión consultiva OC-4/84, *ya cit.* párrs. 56 a 58.

(921) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “¿Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el artículo 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión”, LL 2000-B, 24. En contra de esta postura, ver MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, “Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: un fallo elogiado de la Corte”, ED, 21 de diciembre de 1999.

este punto, la Corte Suprema ha sostenido que “(...) resulta imperioso que la menor tome conocimiento de su verdadera realidad biológica...” (922).

En el mismo sentido, el Juez Petracchi sostuvo en Sejean que “*Reviste capital importancia la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad... la necesidad del niño de ir configurando su propia historia sostenido por los adultos es sustituida por la necesidad de los adultos que los lleva a imponer al niño una construcción mentirosa de su identidad...*” (923).

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla expresamente en sus artículos 7 y 8 el derecho a la identidad del niño y en particular el derecho a conocer su realidad biológica.

Así la identidad y conveniencia del menor, quedan protegidas por normas de las convenciones citadas, de jerarquía constitucional, y sólo hallarían plena tutela a través del reconocimiento de la acción a ambos progenitores —no sólo al padre como lo dispone el art. 259 Cód. Civil—, ya que puede ser ejercida aun antes de que el niño cuente con discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód. Civil), permitiéndose así la efectiva protección en todo tiempo de su identidad, obteniendo un incuestionable beneficio si sucede en la infancia la desvinculación con quien no es el padre biológico.

Si bien es cierto que el hijo puede impugnar dicha paternidad matrimonial, no es menos cierto que cuando lo haga, el niño ya habrá adquirido una identidad familiar en relación con su vínculo paterno-materno-filial existente. El daño y las consecuencias devienen que la ley haya convalidado y mantenido una ficción basada en la mentira, en lo que respecta a su realidad biológica (924).

Por lo tanto, de acuerdo a lo expresado, ha de considerarse que la norma interna analizada resulta manifiestamente contradictoria con la presente Convención y con otros Tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño.

VII. Igualdad de los cónyuges una vez disuelto el matrimonio. Protección de los hijos

En lo referente a los derechos de los cónyuges una vez disuelto el matrimonio, la legislación respeta la exigencia de igualdad jurídica y, en general, no efectúa discriminaciones entre los cónyuges.

(922) CSJN, *S.C. s/ adopción*, 2005, Fallos, 328:2870.

(923) CSJN, *Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean*, 1986, Fallos 308:2268.

(924) SOLARI, NÉSTOR, “En busca de la verdad biológica (Acerca de la inconstitucionalidad del art. 259 CCiv.)”, JA 2004-III-408.

Sin embargo, existen dos supuestos en nuestra legislación vigente que serían incompatibles con los principios de la Convención.

El caso de la nuera viuda sin hijos

El art. 3576 bis del Código Civil otorga a la viuda sin hijos que permanece en ese estado el derecho a concurrir a la sucesión de los suegros con una cuarta parte de los bienes que le hubieran correspondido a su esposo, no reconociéndole al yerno dicho derecho.

Esta diferenciación descontextualizada (la norma no distingue si la nuera tiene o no bienes ni su situación económica en general) está fundada sólo en razones de sexo, por lo que es discriminatoria del hombre y por lo tanto inconstitucional.

Cabe advertir que un viudo sin bienes y con bajos ingresos no contaría con este beneficio, del que puede gozar una viuda con bienes de fortuna y altos ingresos. En ese sentido, el sistema debería contemplar sólo la posición económica del cónyuge sobreviviente y no si es el marido o la mujer, respetando su igualdad jurídica.

La prioridad legal de la madre sobre la tenencia del hijo menor de cinco años

La preferencia materna en el cuidado de los hijos menores de cinco años es un principio rector dentro de nuestra legislación, que establece en el artículo 206 del Código Civil que: "Los hijos menores de 5 años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor..."

Es decir, opera un presunción *juris tantum* que el interés superior del menor es resguardado al mantenerlo unido a su madre. Esto puede interpretarse como una inversión de la carga de la prueba en contra del padre, quien tiene que demostrar la inaptitud de la madre para ejercer el cuidado del menor.

Sin embargo, para gran parte de la doctrina, la prioridad legal al momento de otorgar la tenencia del hijo menor de cinco años en favor de la madre se encuentra justificada en el especial vínculo que mantienen ambos durante dicho período, por lo que no sería una discriminación hacia el padre, quien ante causas graves que lo ameriten puede obtener un cambio en la tenencia (925).

Los argumentos que se han sostenido para justificar esta preferencia se basan en la necesidad de lactar de los niños y que los cuidados maternos son

(925) Por ejemplo, ZANNONI sostiene que respecto de los hijos de corta edad, debe partirse de la presunción de que es la madre quien normalmente está en mejores condiciones para ejercer la guarda y asumir la educación y dirección. ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 182.

insustituibles, siendo por naturaleza la madre la más idónea para cubrir las necesidades físicas y formativas del niño.

Frente a dicha postura, Grosman sostiene que en una futura legislación debería suprimirse la preferencia materna pues no resulta conveniente una formulación abstracta y general, debiendo los jueces adoptar decisiones teniendo en cuenta la conveniencia del niño en cada caso singular, sin exclusiones discriminatorias *a priori* (926).

Sin lugar a dudas, la incorporación de la mujer al mercado laboral y las variaciones que ha sufrido la estructura de la familia obligan a replantear esta preferencia y su análisis respecto a su carácter discriminatorio.

Así, se ha sostenido que “*no puede mantenerse legislativa y jurisprudencialmente la preferencia materna en el cuidado personal de los hijos e hijas que tuvieren menos de 5 años. Dicha preferencia únicamente tiene basamento cultural en el estereotipo del rol materno, sin que puedan atribuirse sólidos sustentos biológicos o psicológicos*” (927), por lo que resultaría una pauta discriminatoria para el padre.

De la misma forma, puede sostenerse que la preferencia materna podría tener el efecto de fortalecer el rol de la mujer como ama de casa y su dependencia económica del marido. Por lo tanto, en algunas circunstancias esta pauta podría resultar también discriminatoria para la madre, y siempre sobre la base del sexo.

Más allá de su propia relevancia, la importancia del tema radica en que la posición que se tome respecto de esta cuestión —sobre todo si la misma se basa en consideraciones de tipo biológicas— será esencial a la hora de adoptar una posición sobre otro de los temas más debatidos y cuestionados en la doctrina: la posibilidad que las uniones formadas por personas del mismo sexo puedan o no adoptar, y en su caso bajo que condiciones o modalidades.

En efecto, si se considera fundamental el rol materno en los primeros años de vida del niño por sus funciones parentales de cuidado, afecto y orientación, será difícil sostener la posibilidad, por ejemplo, que una familia conformada por dos hombres pueda adoptar un bebe en período de lactancia, ya que no se estaría respetando el interés superior del niño.

(926) GROSMAN, CECILIA, “El derecho infraconstitucional y los derechos del niño”, pto. VIII. 4, pág. 245, ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre “La persona y el derecho en el fin de siglo”, Comisión III: “Derecho de Familia”, Santa Fe, 1996.

(927) MORENO, GUSTAVO D., “La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal de niños y niñas de corta edad”, Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Vol. 16, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 119 y ss.

Por el contrario, si la postura se centra en neutralizar posibles situaciones de desamparo y cubrir adecuadamente las necesidades de los hijos, no existirían mayores obstáculos para sostener la posibilidad de adopción en el caso mencionado en el párrafo anterior (928).

Lo cierto es que la profundidad que requiere el tema en análisis y las variantes que admite exceden los fines del presente trabajo.

Baste con decir que el principio de no discriminación y el fomento de la responsabilidad de ambos progenitores hacia sus hijos (cuya protección no puede menguar no obstante la ruptura conyugal) establecidos en la Convención, parecieran evidenciar la necesidad de colocar en un pie de igualdad el ejercicio de la maternidad y el ejercicio de la paternidad, eliminando cualquier tipo de preferencia *a priori* y adoptando un criterio rector para la atribución de la tenencia basado en el interés superior del niño.

VIII. Igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales

Sin lugar a dudas, el matrimonio es una institución importante dentro de la Convención en lo que se refiere a la familia. Pero de ello no se deduce que las uniones de hecho y la procreación fuera del matrimonio no den lugar a vínculos que definen también la existencia de una familia que no puede dejar de ser tutelada. En este contexto, el inciso 5 establece que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Nuestro país, a partir de la Ley 23.264 de 1985 modificó el art. 3593 del Código Civil que establecía la diferencia de derechos sucesorios entre los hijos legítimos y los ilegítimos. Así, con la modificación de la norma discriminatoria interna, nuestra legislación se adecuó a los parámetros convencionales.

(928) Algunos psiquiatras especialistas en infancia han intentado demostrar que lo que el menor necesita no es *una madre*, sino de alguien que le provea amor, confianza, protección, cuidado, control y guía (“mothering”). La habilidad de una persona en lograr esto no dependería necesariamente del sexo del progenitor.

ARTÍCULO 18. DERECHO AL NOMBRE

Toda Persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario.

Concordancias: Arts. 75, incs. 17 y 19 CN; 8.1 CDN; 24.2 PIDCP.

AYELEN CASELLA y LEONARDO TOIA

I.— Alcances del derecho (929)

(a) En la cuestión existen dos órdenes de intereses a considerar. Uno, el social, relativo al registro por parte del Estado de las personas naturales como medio para su identificación social —interés público (930)—; y otro, cuya proyección va más allá del mero dato formal y se refiere a la persona considerada tanto de modo individual como social (931) —interés humano particular—.

(929) Nos referimos al nombre en sentido amplio, haciendo alusión tanto al nombre de “pila” como al “apellido”.

(930) Conceptos tales como “orden social”, “interés público”, etc., son términos corrientes (y no poco peligrosos) que se emplean a diario para justificar (o excusar, en ciertos casos) el proceder del poder público. Precisar sus alcances depende de “un vaiven ideológico” por tanto del estudio de un contexto social y de legitimación de poder. Excede nuestro análisis ampliar sobre el tema, pero debemos estar contestes en cuál es el contenido que cada uno de nosotros vierte en fórmulas vacuas como interés público (o sus afines), dado que ello, en no muy pocas oportunidades, se encuentra en tensión con las garantías y derechos individuales. Para evitar ello, es necesario jueces con espíritu de adentrarse a ver que hay detrás del alegado “interés público” y que no se limite a tenerlo por válido con su sola alegación. Jueces dispuestos a estudiar el sustento fáctico de las afirmaciones, muchas veces dogmáticas, que provienen de la autoridad. Ver en esta misma publicación el comentario al Art. 32 de la Convención Americana.

(931) Debe partirse de la premisa fundamental del Estado pluralista, en el cual el individuo —sujeto de derecho— vale por sí y no, como en los regímenes totalitarios, en los cuales es tan solo parte de una realidad superior y supraordenadora: “el Estado”. Amp. CNCiv., Sala E, 16/02/05, “Fiasche Gesbert, Ailen s/ Información sumaria”.

Esa premisa plantea el interrogante de si el nombre es antes que un derecho un deber o a la inversa, ya que no es lo mismo aceptar una u otra alternativa.

(b) El derecho al nombre: el Decreto Ley 18.248 (932), en su artículo 1º dispone que: *“Toda persona natural tiene el derecho y el deber de usar el nombre y apellido que le corresponde de acuerdo con las disposiciones de la presente ley”*.

De interpretar que el nombre es un deber antes que un derecho, entonces la facultad reglamentaria del Estado sería el principio, y la libertad de los individuos la excepción, colocando —de ese modo— el orden social por sobre la libertad individual. Así se invierte el principio de libertad de acción establecido en el artículo 19 de la C.N.

Esa hermenéutica desconoce la jerarquía constitucional de la que goza el derecho al nombre (933), partiendo de la premisa falaz de que éste existe en la medida de la voluntad del poder constituido, obviando que, actualmente, el derecho es tal por expreso reconocimiento del poder constituyente por vía del art. 75, inc. 22, C.N. (conf. art. 18 CADH).

(c) A propósito de la Convención: con la incorporación de la CADH, la dicotomía “derecho - deber” quedó superada. En rigor, el nombre es un derecho (como la mayoría, sujeto a reglamentación legislativa (934)) con lo que la idea de referirse al mismo en un sentido estricto implica situarlo en el plano del deber, circunscribiéndolo al mero interés social sin que ello encuentre justificativo en las razonables exigencias de una sociedad democrática (935).

(d) A título preliminar: la CADH al reconocer el derecho al nombre salvaguarda la identidad de la persona humana.

No lo hace considerando el orden social, que tampoco niega (936), pero sí teniendo como norte al hombre como realidad superior.

(932) Texto según Leyes: 20.668, 23.162, 23.264 y 23.515.

(933) Conf. arts. 18 CADH y 75, inc. 22, C.N.

(934) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9-5-86, conforme la cual “sólo la ley adoptada por los órganos elegidos democráticamente y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades”, párr.37.

(935) Sobre los límites a la reglamentación legislativa remitimos, entre otras consideraciones, a lo expuesto en la nota a pie de página Nº 8.

(936) Conf. art. 32.2 de la CADH “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”.

Coincidimos con el Dr. GUILLERMO A. GORDO en cuanto afirma que no deben restringirse las acciones que no perjudiquen los derechos de terceros ni comprometan la seguridad común, por lo que tales acciones no podrán ser afectadas por el Estado por cuanto éste carece de potestades para reglamentarlas. Ver al respecto,

La identidad —como género— comprende un sinnúmero de variables, entre ellas el nombre de la persona humana. Queda así establecida una interrelación entre las diversas facetas de los derechos humanos, que conforman para sí una unidad inescindible (937).

Recurriendo a un procedimiento de integración normativa, se observa similitud entre lo dispuesto por el art. 8 1º Convención de los Derechos del Niño (en lo sucesivo, “CDN”) (938) y el art. 18 CADH, lo que permite precisar la proyección que el “derecho al nombre” tiene sobre el orden jurídico interno (939).

Por tanto, si para las personas comprendidas dentro de la CDN, el derecho al nombre se integra con el derecho a la identidad, no puede pensarse que para el resto de los seres humanos el derecho al nombre tenga un alcance menor.

Finalmente, ciertos derechos que —tradicionalmente— se entendían comprendidos entre los denominados implícitos (art. 33 C.N.), hoy han perdido tan vago calificativo para adquirir certeza de su incorporación, por medio de los tratados internacionales, dentro de la máxima jerarquía normativa de nuestro ordenamiento. Así, tanto el “derecho a la vida”, “a la identidad”, etc. encuentran suficiente y expreso amparo en aquellos instrumentos (940).

II.— Irrazonabilidad de los límites a la elección de nombres extranjeros

El Decreto Ley 18.248 (941) diferencia el nombre de “pila” del “apellido”. Sobre el primero de ellos, su artículo 3º sienta como regla la libertad en su

GORDILLO, AGUSTÍN, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2005, pág. V-6.

(937) “Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, punto 3; “Observación General Nº 11, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, punto 2, entre muchas otras referencias). ALBANESE, SUSANA, “Indivisibilidad, Interrelación e Interdependencia de los Derechos”, ED. 160: 792.

(938) El art. 8, inc. 1º, C.D.N dispone que “*Los Estados Partes se comprometen a respetar el Derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”.

(939) En la OC 5/85, del 13-11-85, la Corte IDH precisó que “... *si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*”, párr. 52.

(940) Por ejemplo, el denominado “derecho a la verdad” (que —en definitiva— es también parte integrante del “derecho a la identidad” y, consecuentemente, se relaciona con el “derecho al nombre”). Nuestro Máximo Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de tratar la cuestión de la apropiación de los hijos de las personas desaparecidas durante la última dictadura militar en varios precedentes, entre ellos CSJN, *Vázquez Ferrá*, 2003, Fallos 326: 3758.

(941) LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de Derecho Civil*, T. I, Buenos Aires, Perrot, 1964.

elección. Pero a reglón seguido, establece ciertas excepciones de importancia que conviene analizar, entre ellas: 1.- nombres extravagantes, ridículos, contrarios a nuestras costumbres, que expresen tendencias políticas o ideológicas, o induzcan a la confusión del sexo; 2.- Nombres extranjeros salvo que se encuentren castellanizados, o sean los nombres de los padres —si fuese de fácil pronunciación y no tuvieran traducción—; 3.- apellidos como nombres, 4.- primeros nombres idénticos a los de los hermanos vivos; 5.- más de tres nombres.

Corresponde analizar la razonabilidad de la excepción prevista en el art. 3, inc. 2º, de la ley, especialmente, a la luz de la interrelación cultural que presuponen los procesos de integración regional (942).

a. — Desde la sanción del Decreto Ley 18.248 (943)

El “orden social” (944) se supraordenó al principio de libertad que la Corte había desarrollado en algunos precedentes previos a la sanción de dicha norma (945).

(942) Liminarmente, advertimos una inconsecuencia en la norma en cuestión, por cuanto prohíbe la utilización de nombres extranjeros, y —a renglón seguido— lo permite cuando se hayan “castellanizado”. Ello mal puede estimarse como una excepción a esa regla, ya que si se ha “castellanizado” (vale decir, aceptado como término de uso convencional de nuestra lengua), entonces, se encuentra comprendido dentro del principio general que la misma sienta.

A su vez, el espíritu originario del legislador fue “afianzar los valores nacionales”, y no faltaron pronunciamientos de la Corte —que serán luego citados— en los que se llegó a postular la presencia en la cuestión del “superior interés de la Nación”, “el respeto a nuestra cultura, nuestro idioma” y fórmulas semejantes; pero nótese que la propia norma que trata de “resguardar nuestra cultura” culmina por reconocer su lacónica eficacia al pretender fijar una suerte de valla cultural capaz de impedir la incorporación de otras pautas culturales, pero admite —a la vez— la “castellanización” de nombres extranjeros. Mismo, no parece ser un axioma negativo incorporar elementos valiosos de otras culturas.

Por otro lado, el idioma (y en un sentido más amplio el “lenguaje”) como regla convencional que es, se encuentra sujeto a devenires y cambios constantes producto de la “relación social”. Tal norma, en consecuencia equivale a consagrar a nuestro país como un segmento aislado de la comunidad internacional, encontrándose tal temperamento fuera del esquema que propone el art. 75, incs. 22 y 24 C.N.

(943) Amp. BORDA, GUILLERMO, “Vicisitudes de la Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al Nombre de Pila”, LL 85:45; TOIA, LEONARDO y CASELLA, AYELEN, “La Prohibición de elegir Nombres Extranjeros a la Luz de la Convención Americana de Derechos Humanos”, Diario Jurídico El Dial, de fecha 23-08-05, en www.eldial.com.

(944) Entendido —en este punto— como limitación a la elección de nombres extranjeros.

(945) En ese orden, debemos recordar que tanto las leyes como la jurisprudencia, no deben ser consideradas prescindiendo el intérprete del contexto social del que son producto. Por tanto, no puede obviarse que la “ley” 18.248 fue sancionada por un gobierno de facto y en un período histórico en el cual primaba el tradicional concepto de soberanía cuyo colapso tuvo como punto culmine el fenómeno de la

El Alto Tribunal dijo *in re* “Halladjian, Jorge Adolfo (946)” que “*la elección del nombre trasciende la esfera del mero interés individual de las personas y compromete el interés general, al ser un medio necesario para una fácil individualización de aquéllas, lo que a su vez es exigencia de todo orden social; y porque, además, el idioma constituye un factor de indudable importancia en orden a la identidad espiritual de una nación. Supuesto este vínculo entre el interés general y el nombre, el límite impuesto por la ley al derecho de elegirlo, prohibiendo la adopción de nombres extranjeros castellanizados, no puede considerarse desproporcionado con el propósito de preservar dicho bien, ni por ende, carente de razonabilidad (...)*”.

Allí se planteó en abstracto una dicotomía entre interés general y particular, cuando —en verdad— ella no es visible. Vale decir, no se precisa el modo (947) en que la imposición de un nombre extranjero altera el “orden social”.

A su vez, la doctrina de la Corte parte de considerar la existencia de una “base espiritual de la Nación”, o en otras palabras, de una “moral media”. Concepto que, en punto a la elección de nombres extranjeros, no parece compatibilizar con las nuevas modalidades pluralistas de ejercicio del poder en las sociedades democráticas (948).

La CSJN (949) resolvió un caso en el cual la Sala G de la CNCiv. había confirmado la resolución del señor Director del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas por la cual se había denegado la imposición del prenombre “Tracy”, por entender que no registraba antecedente como nombre castellano y —por tanto— violentaba el art. 3º de la Ley 18.248.

Allí la Corte, haciendo propio el dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, confirmó la sentencia del *a quo* y sostuvo que “(...) *el nombre constituye el elemento primario a través del cual el individuo se relaciona e integra*

“internacionalización” del derecho. Amp. en GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho*, Capítulos V, VII y IX; en www.gordillo.com/IAD.htm (08-02-10).

(946) CSJN, *Halladjian, Jorge Adolfo*, 1980, Fallos 302:457.

(947) O la relación de causalidad entre ambos extremos.

(948) Reiteramos que el vago y amorfo concepto de “interés público” es la herramienta más utilizada por parte de los poderes públicos para “excusar” (en el sentido en que empleaba el término GENARO CARRIÓ, *Sobre los límites del Lenguaje Normativo*, Buenos Aires, Astrea, 2001, 1ª reimpresión) todo análisis de legitimidad de su proceder. La más de las veces, no se precisa cuál es en concreto el conflicto de intereses en juego, sirviendo en realidad de excusa para teñir de legalidad un proceder arbitrario. Viene al caso recordar que la Corte I.D.H. señaló la dificultad que se presenta a la hora de precisar de un modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común” y agregó que “...de ninguna manera podrían (aquéllos) invocarse...como medios para suprimir un derecho garantizado...”, si ello no es exigido por una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” en “una sociedad democrática” que procure hallar el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (OC-5/85).

(949) CSJN, *Ofmann, Mario Jorge*, 1988, Fallos 311:1399.

con la sociedad en la que le ha tocado vivir (...) la razonabilidad de la norma impugnada (se refiere al artículo 3º, inciso 2º, de la Ley 18.248) pasa por los derechos de la persona que va a ser identificada a serlo de modo que facilite aquélla integración y la ponga a resguardo de situaciones que la tornen más dificultosa”.

Si bien tanto el Procurador como el Alto Tribunal se apartaron de los fundamentos de su tesis tradicional; la solución propiciada mantiene su discordancia con nuestra Constitución Nacional y la CADH. De igual manera, sus argumentos son lúgubres a la hora de sostener la razonabilidad de la norma mencionada.

Ello así, por cuanto: 1.- es dogmático sostener que por la prohibición de imponer nombres extranjeros “no castellanizados” se proteja la integración social del individuo. De igual manera, pueden presentarse dificultades a la hora de pronunciar o escribir apellidos (950) y no por ello se impone o se autoriza, su modificación; 2.- Menos aún puede suponerse que es la dificultosa pronunciación o escritura de los nombres la causa de la segregación social de las personas. Antes bien, los conflictos de integración social —discriminación, en su acepción negativa— parecen generarse por las connotaciones culturales, religiosas y étnicas que de ellos se derivan. Con lo cual puede pensarse que si la intención del legislador y el temperamento del Alto Tribunal es sostener tal prohibición con la finalidad de evitar la segregación social del individuo, dicha idea encierra de por sí una actitud discriminatoria habida cuenta que es —en realidad— el Estado quien debe procurar medios eficientes para lograr el respeto a las distintas minorías, sin que sea aquél quien adopte las medidas que —paradojalmente— pretende impedir. Tal extremo, implica desconocer, que la responsabilidad del Estado se extiende a adoptar medidas reales y efectivas para garantizar el goce de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, removiendo los obstáculos que se presenten (951). Asimismo, nuestra Corte reconoció tal tesitura al sostener que “.. la violación a un tratado internacional puede acceder tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento...” (952); 3.- Por último, el dictamen toma un hecho contingente (“la sociedad en la que le tocó vivir”) y omite un hecho trascendente: el respeto a la propia cultura de la persona (953).

(950) Cuando en realidad en los ámbitos sociales generalmente las personas son conocidas por su apellido.

(951) Corte IDH, Opinión Consultiva, O.C. 11/90, del 10-08-90.

(952) CSJN, *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, 1992, Fallos, 315:1492.

(953) En efecto, “la sociedad que le tocó vivir” puede probablemente ser cambiada en mayor medida que la raíz cultural del sujeto, ya que ello hace a su propio “ser”.

Es esclarecedora la disidencia del Dr. Fayt, quien sostiene que *“Si bien es cierto que el nombre de las personas importa un interés social, en tanto es claro la existencia de un interés general en hacer posible su individualización a los fines de los ejercicios de sus derechos y del cumplimiento de sus obligaciones, no cabe duda que la imposición de aquél constituye desde el punto de vista personal, objeto de fundamental interés, tanto para los padres, para quienes la elección supone en muchos casos la prolongación de las tradiciones familiares y la unión de sucesivas generaciones a través del tiempo en un lazo de afecto que las vincula e identifica, cuanto para la persona que ha de llevarlo”*.

b.— La norma criticada ante el nuevo contexto nacional e internacional (954)

La integración es *“... un fenómeno de carácter plurifacético o pluridimensional, típico del siglo XX y, que tiene la virtualidad de incidir en lo económico, en lo social, en lo político, en lo cultural y en lo jurídico* (955)”. Es decir, se cristaliza en una acción conjunta de los Estados partes que presupone lazos culturales, institucionales y jurídicos comunes.

No se basa en un simple vínculo comercial entre los países, sino que, se perfila como una zona de integración cultural e institucional que limita de modo constante y permanente a los Estados partes y exige de éstos la readaptación de sus estructuras internas.

El marco de integración no es ajeno a nuestra Constitución Nacional, ésta hace un extenso desarrollo de la cuestión en sus artículos 75, incs. 22 y 24, que de su simple lectura basta para dejar claro que el concepto tradicional de soberanía (956) se encuentra —por cierto— seriamente acotado.

Así, el Constituyente habilita a los poderes constituidos a celebrar tratados que deleguen competencias en órganos “supranacionales”, en condiciones de reciprocidad y —fundamentalmente— con respeto por los derechos humanos.

(954) Ver en esta misma publicación el comentario de ENRIQUE ALONSO REGUEIRA al Art. 30 de la Convención Americana; LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes*, Cap. II, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; TOIA, LEONARDO y AYELEN, CASELLA, *op. cit.*

(955) BASZ, VICTORIA, *“El Rol del Derecho Internacional Privado en el Derecho de la Integración”* (Citado por FELDSTEIN DE CARDENAS, SARA; *Jurisdicción Internacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, pág. 33).

(956) Tal como lo dice GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2005, comentario art. 75 inc. 24, pág. 600, “El fenómeno de integración supraestatal en diversos niveles, supone una transformación de la soberanía tal como se la concebía cuando nacieron los estados nacionales en el siglo XV y que se definían asimismo con relación a la extranjería representada por las otras naciones”.

Tales procesos suponen, por un lado, limitar al Estado frente a tales organizaciones por cuanto los actos dictados por aquéllas como consecuencia de las competencias que se delegan a raíz del tratado adquieren jerarquía superior a la ley. Y, por otro, la implementación de políticas que tiendan a facilitar el intercambio social y cultural entre las naciones.

A nuestro juicio la norma en cuestión no tolera los diversos test de razonabilidad, ello es así teniendo en cuenta: a) el reconocimiento del constituyente, plasmado en norma objetiva (art. 75, incs. 22 y 24 C.N.), por medio del cual se pone en crisis el concepto tradicional de soberanía (957); b) la posibilidad de delegar competencia en órganos supranacionales (Vg. MERCOSUR, aunque con sus limitaciones); c) la aceptación cultural entre los pueblos (958) que supone estos procesos (de ahí el mandato del constituyente al legislador para readaptar el régimen jurídico infraconstitucional a las disposiciones constitucionales), d) finalmente, en nuestro caso esos procesos suponen una integración común en materia de derechos humanos. Va de suyo, que el artículo 75 inc. 24 de la C.N. establece un standard mínimo de respeto por los derechos humanos.

Conclusión: (a) El Decreto Ley 18.248, en cuanto prohíbe la imposición de nombres extranjeros tiene sustento en el concepto tradicional de soberanía. Encontrándose abandonado dicho concepto carece ésta de debida fundamentación para mantener —en el estado actual de cosas— su vigencia configurándose una inconstitucionalidad sobreviniente.

Por lo pronto, si bien el art. 3º, inc. 2º, de dicha norma pudo llegar a tener su lógica ante un determinado contexto social y mundial, ello no debe llevar a obviar que *“el control de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera...”* (959).

Así, la modificación del contexto social, que dio origen a la sanción de la norma analizada, trae como corolario su necesaria interpretación a la luz del temperamento que sugiere el art. 75, incs. 22 y 24 de la C.N.

(957) Concepto aquel que fue el basamento estructural de prohibiciones como la contenida en el art. 3, inc. 2 del Decreto Ley 18.248.

(958) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC N°5/85, párr. 5º, declaración del Juez Pedro Nikken “Este hecho no es de extrañar pues la instauración del régimen internacional de protección de los derechos humanos revela que, frecuentemente, los tratados más modernos son más amplios que los precedentes y que mientras menos diferencias culturales y políticas existan entre los Estados que los negocian, es más fácil de concluir tratados más avanzados”.

(959) CSJN, S., J. B. c. Z. de S., A. M., 1986, Fallos 308:2268, voto del Dr. Fayt, Considerando 16.

En disidencia los Dres. Boggiano y Fayt *in re* “Brandan, Diego Gonzalo (960)”, en el cual se discutía la posibilidad que los padres le impongan el prenombre “Junior” a su hijo, sostuvieron que “(...) *El recurrente ha dado cumplimiento estricto a la ley 18.248 al proponer como nombre de pila, es decir como primer nombre el de Diego y reclamar el derecho de darle a su hijo como segundo prenombre el de ‘Junior.’ Resulta difícil de concebir, en un mundo en que las comunicaciones le han dado los límites de una comarca y su globalización es un fenómeno que obliga a flexibilizar los sistemas económico, político y culturales, que se limite la potestad de los padres para elegir el nombre de sus hijos con restricciones que no tienen otro origen que el arbitrio de organismos administrativos, cuya competencia únicamente puede justificarse en cuanto susciten equívocos respecto del sexo de las personas, resulten ridículos o contrarios a nuestras costumbres. Es decir, el ejercicio prudente de las prohibiciones determinadas en el artículo 3 de la ley 18.248(...) La flexibilización que impone el proceso de globalización y el hecho de que Brasil tenga consagrado (Junior) como nombre de las personas, pone en evidencia que el interés social, en cuanto a individualización a los fines del ejercicio de derechos y de obligaciones, estaría en atender la reclamación del recurrente y, de ningún modo en rechazarla (...).*”

(b) Por otro lado, la norma no parece presentar una proporcionalidad adecuada entre el medio empleado y su finalidad. En efecto, bien se considere que la prohibición tiene su fundamento en proteger “la identidad cultural de la Nación” o evitar la “segregación social del individuo”; tanto uno como el otro camino contradice y desnaturaliza la amplia tutela que dimana de los arts. 18, CADH y 8, inc. 1, CDN.

Va de suyo que el medio arbitrado exorbita la finalidad perseguida, ya que —en el primer supuesto—, no se llega a advertir cómo se afecta el interés público ante la posibilidad de imponer un nombre extranjero, en tanto éste no sea ridículo, extravagante, ofensivo (961), etc. Y, en el segundo caso, el legislador omite arbitrar medios alternativos —menos lesivos para la identidad del sujeto— al regular la cuestión.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (962), sentó doctrina, extensible *mutatis mutandi* al tema bajo estudio, precisando que “*Para que una limitación sea “necesaria”, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo (...). Además la Corte declaró que para tal demostración, las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del*

(960) CSJN, *Brandan Diego Gonzalo*, 1994, Fallos 318:1371.

(961) Otra cuestión es determinar qué es un nombre ridículo, ofensivo, etc. Allí los problemas que el lenguaje plantea al derecho.

(962) CIDH, *Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Doc. 9, 88º Período de sesiones, Informe Anual 1994, Capítulo V.

objetivo gubernamental propuesto. La necesidad comporta la existencia de una 'necesidad social imperiosa'..”.

(c) Desde otro extremo, la prohibición tampoco aparece justificada confrontado con los costos y beneficios que la norma en cuestión acarrea a la sociedad.

En rigor, el derecho sacrificado no tiene incidencia alguna sobre el interés general, va de suyo que la prohibición en cuestión tiene incidencia “neutra” sobre aquél, no presentándose una confrontación entre intereses de diversa jerarquía.

Por tanto, no hay beneficio alguno para el interés general, frente al sacrificio que implica la regla cercenatoria que trae el art. 3, inc. 2, del Decreto Ley 18.248, en tanto el nombre que se pretende no resulte ridículo, ofensivo, etc.

III.— Algunas otras cuestiones sobre el derecho al nombre

a.— El caso de los nombres aborígenes

La reforma constitucional de 1994 reconoció a las comunidades aborígenes determinados derechos tendientes a preservar su identidad. Previo a ello la ley 23.162 (modificatoria de la Ley 18.248) incorporó como artículo 3° *bis* que “*Podrán inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes, autóctonas y latinoamericanas, que no contraríen lo dispuesto por el artículo 3°, inciso 5°, parte final*”.

Se advierten dos cuestiones. Si entendemos que los nombres aborígenes, que no responden a comunidades autóctonas, son en definitiva nombres extranjeros, la regla prohibitiva no debiera alcanzar a los nombres latinoamericanos. Ahora bien, la imposibilidad de emplear nombres aborígenes de otras culturas (extranjeros) merece idéntico reproche al formulado precedentemente.

Por otro lado, una interpretación lineal de la ley, llevaría a concluir que en materia de nombres aborígenes, el único límite es el previsto en el inc. 5° de la Ley 18.248, lo cual no parece guardar toda coherencia.

b.— El seudónimo

El Decreto Ley 18.248 en su artículo 23, amplía la tutela del derecho al nombre al seudónimo, disponiendo que “*Cuando el seudónimo hubiere adquirido notoriedad, goza de la tutela del nombre*”.

c.— Nombres supuestos

El artículo 18 *in fine* de la CADH prevé la posibilidad de otorgar un nombre supuesto en el caso que exista un riesgo inminente a la vida o a la integridad física de la persona de mantener su identidad. Pensemos en el caso de

personas exiliadas que corren riesgo de mantenerse su identidad, quienes denuncian ciertos delitos (vg. tráfico de estupefacientes, etc.) que los colocan en riesgo a ser víctimas de represalias, etc.

d. — Modificación del nombre (963)

La desaparición forzada de personas, implementada como política sistemática durante el “Proceso de Reorganización Nacional”, llevaron a los más diversos vejámenes a los derechos humanos, entre ellos la sustracción y apropiación de menores. Esa “práctica” llevó a la adulteración de su identidad, falseándose su realidad biológica, familiar, cultural y el nombre como indicador de toda esa “vida”.

La Corte IDH en su Informe Anual de 1987/88 (964) señaló que “(...) *la política de sustracción de niños de desaparecidos constituye una violación a normas fundamentales de derecho internacional de los derechos humanos. La práctica descrita viola el derecho de las víctimas directas (los niños) a su identidad y a su nombre (artículo 18 Convención Americana sobre Derechos Humanos (...))*”.

Nuestra penosa historia —siempre vigente—, lleva a que varios jóvenes aún no conozcan su verdadera identidad (965) y, paradójicamente, lleven el nombre de quien lo sustrajo (966).

Es por todo ello, que se ha planteado desde diversos sectores de la sociedad (967) la necesidad de modificar la ley del nombre, y dar una mayor protección al derecho a la identidad que tanto ha sido vapuleado.

En ese sentido, merece especial relevancia el proyecto de ley presentado (968) ante el honorable Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo,

(963) Para consultar una visión del tema desde el Decreto Ley 18.248, ver: MOSSET DE ESPANÉS, LUIS, *Modificaciones del nombre y del apellido (ley 18.248)*, Buenos Aires, LL, 1979-A, 736.

(964) Párrs. 350 a 363.

(965) Comprendiendo dentro de la identidad: la realidad biológica, cultural, familiar y el derecho al apellido de sus padres.

(966) Estos conflictos no se detienen en la apropiación de los hijos de personas desaparecidas, ya que la hija de un represor, al enterarse las funciones que cumplía su padre para aquella época (colaborador del entonces Jefe de la Policía Bonaerense); inició el 31/03/05 una demanda civil que tramita ante el Tribunal Colegiado de Instancia Unica del Fuero de Familia N° 2 de Lomas de Zamora, solicitando que se la autorice a suprimir el apellido paterno y a utilizar —únicamente— el materno (“P. A. M. L. s/ Cambio de Nombre”). LUCESOLE, MARÍA JOSÉ, “La hija de un ex represor quiere quitarse el apellido de su padre”, *La Nación*, 11-08-05.

(967) Nos referimos tanto a partidos políticos como a otros actores de la sociedad, generalmente aquellos que propenden a la defensa de los derechos humanos.

(968) Ver mensaje del P.E. 1080/06, del 20 de noviembre de 2006. En especial, es dable destacar que entre las motivaciones de su dictado establece la de “*contemplar las mutaciones que presenta la sociedad argentina hoy*”.

pues a fin de garantizar a cada individuo el conocimiento de su origen biológico establece entre sus previsiones la obligatoriedad de la inscripción en el Registro civil de los niños con el apellido del padre y de la madre (969).

Finalmente, simplemente queremos señalar que las acciones tendientes a resguardar un derecho tan importante para el ser humano como el aquí estudiado deben efectuarse con prontitud por cuanto el transcurso del tiempo hace que una ulterior reparación resulte cada vez más difícil.

e. — Cambio de nombre e identidad de género

No podemos culminar nuestro comentario sin antes hacer una breve mención de la ingente labor judicial (970) en las acciones que pretenden, en función del derecho a la identidad de género, el cambio de nombre.

Entre los fallos recientes, cabe anotar el del juez Scheibler (971), *in re* “S. D.A. c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)” (972), en cual admitió la demanda por cambio de nombre y sexo registral, con fundamento en una interpretación del Decreto Ley N° 18.248/69, a la luz de los principios y reglas constitucionales y de los instrumentos supranacionales de tutela de derechos humanos.

Naturalmente, estas cuestiones reafirman la necesidad de abrir debate sobre la actualidad del Decreto Ley N° 18.248/69, frente a la complejidad y diversidad de la sociedad actual.

(969) Lamentablemente el proyecto referido —como otros anteriormente— ha caducado sin haber tenido el debido tratamiento por parte del Poder Legislativo.

(970) Por citar algunos precedentes: TFamilia de Bahía Blanca, *in re* “V., A.A.,” sentencia del 30-8-1999, publicado en LLBA, 2000, 1051; CNCiv., Sala E, *in re* “V. M. R. s/información sumaria”, expte. 502785, sentencia del 30-6-2008; TFamilia N° 1 Quilmes, *in re* “K. F. B.,” sentencia de fecha 30-4-2001.

(971) Titular del juzgado N° 13 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

(972) Con nota de BLASI, GASTÓN, “Interpretación judicial extensiva sobre el derecho a la identidad sexual y personal”, LLCABA, 2011, (abril), 164.

ARTÍCULO 19. DERECHO DEL NIÑO

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Concordancias: arts. 25.2 DUDH; 30 DADDH; 2.2, 3.1, 3.2, 4, 19, 22.1, 27.4 CDN.

ELEONORA CANO y JÉSSICA KAWON

1.— Introducción:

El devenir histórico que, como corolario de la evolución humana, siempre trae aparejados cambios, nos presenta un panorama de relevante trascendencia respecto de los derechos del infante y adolescente. En efecto, la consagración de la pléyade de derechos y garantías con especial aplicación a este tópico plasmada en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) (973), reconoce ser el resultado de un fructífero proceso cuyo derrotero puede resumirse en la necesidad de reconocer la dignidad del infante como sujeto merecedor de protección desde un aspecto integral de su personalidad y la obligación imperiosa de las instituciones —el Estado, la familia y la sociedad— de poner en marcha los mecanismos tendientes al cumplimiento de estos objetivos.

En este contexto, la Convención Americana de Derechos Humanos, presenta en su artículo 19 una suerte de principio general orientado a un objeto específico: el derecho del niño a ser protegido en su condición de tal y, los sujetos obligados a ello: su familia, la sociedad y el Estado. Sin embargo, la aceptación de los principios señalados no sólo se agota en el reconocimiento conformado en el documento internacional y el compromiso de los Estados signatarios de ponerlos en práctica; antes bien, se torna imprescindible un accionar concreto e integral traducido en medidas que abarquen las variadas aristas que la problemática social del niño nos presenta.

Para alcanzar este cometido, es menester, en primer lugar reconocer y analizar el contexto histórico contemporáneo en el cual los derechos de la

(973) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina por Ley 23.849, sancionada el 27 de septiembre de 1990; B.O. 22-10-90.

infancia son vulnerados por doquier desde diversos frentes: avasallamiento del derecho a la vida, descuido de la salud y el medio ambiente, abuso sexual, explotación laboral, falta de acceso a la educación, tráfico de menores, prostitución infantil, desconocimiento del respeto al debido proceso, entre otros, cuyo común denominador está dado por un estólido desconocimiento de la dignidad del niño. Una vez que la realidad ha sido evaluada, el segundo paso consistirá en programar y hacer efectivas las medidas de protección y acción a su respecto. Entonces, es precisamente este aspecto el más difícil de concretizar en virtud de los intereses en juego, y la necesidad de armonizar programas de acción que contemplen a la comunidad en general desde un punto de vista interno e internacional.

Guiadas por esta iniciativa, en las páginas que siguen intentaremos desarrollar los contenidos del art. 19 CADH desde una doble vertiente: a) dogmática: analizando el sentido jurídico de los derechos protegidos, los sujetos involucrados, los medios empleados, etc.; y b) Sistemática: explicando el modo en que las consignas de la Convención pueden ser llevadas a la práctica.

II.— Análisis Dogmático del art. 19

II.1 Sujeto Protegido (el niño). Referencia y concordancia con otros instrumentos internacionales

Liminarmente, es preciso señalar que las medidas tuitivas que esgrime el precepto en estudio apuntan especialmente al sujeto “niño”, explicitando que ello se debe a “su condición de menor”. Ello así, una correcta hermenéutica de esta norma debe conjugarse el reemplazo en la normativa del término “menor” por el de “niño” (974). El vocablo “niño” sustituye al de “menor” toda vez que, según algunos autores, aquél hace hincapié en la tendencia actual de considerar al niño como “sujeto de derecho” y sustraerlo de su condición de “objeto”; resabio, este último, de una concepción que sólo tiende a legislar acerca de la incapacidad de hecho que rige con referencia al menor de 21 años y soslaya otras consideraciones igualmente importantes que se refieren a aspectos de la personalidad con miras a su desarrollo desde un concepto exhaustivo y de mayor alcance (975). En el sentido apuntado ha tenido oportunidad de expedirse la Corte Interamericana de Derechos Humanos en fecha 28 de agosto de 2002 —Opinión Consultiva OC-17- (976) expresando que

(974) Al respecto la Ley 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005 denominada “Ley de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. En igual sentido la 114 de “Protección integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, recalca, en su art. 9 que la denominación “menores de edad” se utiliza exclusivamente cuando razones técnicas insalvables así lo justifiquen.

(975) Ver al respecto, BELOFF, MARY, *No hay menores de la calle* en Revista “No hay Derecho”, nro. 6, Buenos Aires, 1992.

(976) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, del 28-08-02, LL, 2003-B, 313.

“los niños —entendiendo por tales a toda persona que no haya cumplido los 18 años de edad— son titulares de derechos y no sólo objeto de protección, de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la que se enmarca el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Un claro paradigma de lo expuesto se haya reflejado en la CDN al asumir como uno de sus principios esenciales la necesidad de considerar al niño como un sujeto de derechos en la relación materno y paterno filial (977) en lo referido, especialmente, al proceso educativo, en el cual se aspira a la interacción entre padres e hijos a los efectos de que el infante y adolescente sea oído y considerado, teniendo en cuenta las características de su personalidad, evolución y aptitudes particulares, medio ambiente en el que está creciendo.

Concordantemente, el artículo 1º de la CDN adopta el término niño, entendiendo por tal *“a todos ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. No obstante, mediante el art. 2 de la Ley 23.849, la República Argentina efectuó una declaración interpretativa en virtud de la cual entiende por niño *“todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”* (978).

Finalmente, una acabada aplicación de los imperativos de la Convención impone que los derechos, principios y garantías consagrados en su texto sean integrados con la restante normativa interna e internacional vigente. Así las cosas, serán de aplicación conjuntamente, además de la CDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores —Reglas de Beijing— (979); las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la delincuencia juvenil —Directrices de Riad— (980); las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (981); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración de Principios de Justicia básicos para las víctimas de delito y abuso de poder (982) y las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (983), entre otras reglas.

(977) Conf. GROSAN, CECILIA, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, *LL*, 1993-B, 1089.

(978) A fin de profundizar sobre los alcances de dicha declaración acúdase al comentario del artículo 4 de la CAHD, en particular “El debate sobre el momento en que comienza la protección jurídica de la vida en el derecho constitucional argentino”.

(979) Asamblea General de la ONU, Res. 40/33, 29-11-85.

(980) *Ibíd.*, Res. 45/112, 14-12-90.

(981) *Ibíd.*, Res. 45/113, 2-04-94.

(982) *Ibíd.*, Res. 40/34, 29-11-85.

(983) Aprobadas por el Consejo Económico y Social, Res. 2005/20, 22-07-05.

II.2. Derechos amparados

Los derechos consagrados en la CADH conforman un elenco que abarca como destinatarios a todos los seres humanos, sin discriminación de ninguna índole. De este modo, todos los derechos en ella expresados serán aplicados a los infantes y adolescentes. Al mismo tiempo, la CDN es un instrumento universal de derechos humanos específico para las personas menores de 18 años de edad, cuyo artículo 2 asegura su aplicación sin distinción de raza, color, sexo idioma, religión, opinión pública o de otra naturaleza. Ambos instrumentos conforman, según la Corte Interamericana, el corpus juris internacional de protección de la infancia para fijar el contenido y el alcance del art. 19 de la CADH (984).

Tradicionalmente, —en el plano de los derechos humanos— se efectuaba una diferenciación entre los denominados “derechos civiles y políticos”, por un lado y los designados como “derechos sociales, económicos y culturales”, por el otro. Los primeros —derecho a la vida, al nombre, nacionalidad, libertad, entre otros— conllevarían una deber de protección directa por parte del Estado; mientras que los restantes — a la salud, a la educación, a la seguridad, al esparcimiento— sólo presentarían un carácter programático (985), vale decir, el compromiso institucional de poner a disposición todos los recursos materiales disponibles para el alcance de los objetivos plasmados en la protección de los derechos enunciados, aunque no fuesen de protección jurídica inmediata. No obstante lo expuesto precedentemente, la realidad transitada a través de los años de vigencia de la CDN, como así también, la jurisprudencia nacional e internacional que debió expedirse al respecto, nos demuestran que también los enunciados como derechos sociales, económicos y culturales, conforman una gama de garantías que pueden ser reclamadas directamente del Estado, sin que fuere menester que existan otros medios idóneos a su satisfacción (986).

(984) “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”, Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)* del 19-11-99, párr. 194. Un análisis de esta resolución es realizado en BELOFF, MARY, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

(985) GROSMAN, *op. cit.*, pág. 1090.

(986) En este orden de ideas, la jurisprudencia ha ordenado con sustento directo en el art. 27.3 CDN, por ejemplo, que un supermercado proveyera alimentos y artículos de primera necesidad a una familia en extrema situación de indigencia y repitiera los respectivos importes al Estado provincial (J Menores Nro. 2, Paraná, 28-06-02, *Defensor del Superior Tribunal de Justicia c/ Provincia de Entre Ríos, LL Litoral*, 2002, 847). En casos como el planteado, se ha de partir de un análisis que contemple todas las aristas de la problemática presentada. Así las cosas, por un lado es indispensable ponderar la fuerza de los hechos: una situación de indigencia extrema en la que se hallan inmersos los reclamantes y, como contrapartida,

II.3 Sujetos responsables de la protección: la familia, la sociedad, el Estado

El art. 19 de la CADH establece tres operadores de las medidas de protección dirigidas al niño: la familia, la sociedad y el Estado. El papel que a cada uno de ellos les cabe desempeñar se haya estructurado con base en la mejor realización del aseguramiento de los derechos y garantías desenvueltos en el contexto natural en el que los mismos se perfilan, enmarcados en la ineludible exigencia de ponderar “el interés superior del niño”.

En efecto, la familia —aun con sus variables sociológicas— continúa siendo el núcleo esencial de la estructura social y el ámbito primigenio en el que la persona se desarrolla y ha de alcanzar su plena realización (987). Seguidamente, y habida cuenta de la naturaleza social que impregna la personalidad humana, es a la sociedad a quien le compete continuar y complementar dicho proceso de maduración y crecimiento a través de una estructura más amplia y abarcativa de otras actividades que coadyuvan a los fines señalados. Finalmente, la actuación del Estado viene a coronar y acude desde el aspecto público a la salvaguarda de la dignidad del hombre, en primer lugar mediante el reconocimiento de los derechos de los que el sujeto es merecedor en su calidad de tal y, a la vez, como último y trascendental garante en el cumplimiento de los mismos (988).

De este modo, podemos observar cuán importante es a este tópico analizar y buscar la mejor manera de que estas instituciones actúen en forma correcta, coordinadamente y de un modo consolidado en cuanto a su respeto y defensa.

El desempeño que le corresponde a la sociedad se sitúa en un ámbito que comprende la participación a través de las llamadas organizaciones no gubernamentales, funcionando en un sentido de cooperación con la actuación estatal.

la incontestable inacción por parte del Estado provincial para hacer frente a las necesidades básicas insatisfechas. Frente a este panorama, cabe preguntarse: ¿no es la justicia quien debe velar por el cumplimiento de la ley?; ante el evidente soslayamiento de los derechos esenciales que hacen a la supervivencia —de eso se trata el estar alimentado y saludable— y la existencia de una norma internacional que expresamente contempla un accionar debido por parte del Estado ¿qué debe hacer la justicia? ¿No constituye acaso, la aplicación directa y efectiva de la norma transnacional el mejor remedio a tales males?

(987) Ver, al respecto el considerando 4 de la Opinión Consultiva, OC 17/02, *ya cit.*

(988) Un análisis de la distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias en nuestro país fue realizado por BELOFF, MARY, *Constitución y derechos del niño* en BELOFF, MARY (coordinadora), *La protección de la infancia como Derecho público provincial*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2008. Allí sostiene la autora que el sistema de protección de la infancia, según las reglas constitucionales, es de competencia local.

III. Análisis Sistemático

III.1 Las medidas de protección

Las denominadas “medidas de protección” que establece la CADH se caracterizan, de acuerdo con lo descripto en el art. 2º, por tratarse de disposiciones de derecho interno, traducidas en medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la convención. Complementariamente, el art. 8 describe las garantías judiciales que deben proveer los Estados y, de este modo, el espíritu tuitivo que guía el documento se va explayando haciendo especial referencia a las medidas de protección judicial (art. 25) estableciendo, a partir del art. 33 la creación de los órganos internacionales competentes: la Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En sentido similar, la CDN declara en su art. 4 el compromiso de los Estados en la adopción de las medidas administrativas, legislativas o de otra índole tendientes a garantizar los derechos del infante.

Ahora bien, el carácter protector y garantizador del cumplimiento de los derechos humanos que rige como finalidad esencial, no puede ser llevado a cabo si las medidas implementadas a tales efectos no se ocupan de contemplar todos los problemas que atañen a la situación de la infancia y la adolescencia y, correlativamente, los remedios instaurados para ello han de abarcar la actividad de todos los operadores (Estado, Sociedad y Familia) implicados en esa tarea. Consecuentemente, es preciso señalar que la Convención menciona “*medidas administrativas o de otra índole*”, entendiéndose por estas últimas las emanadas del Poder Judicial y demás órganos legitimados en la esfera de la competencia que, —merced a la legislación interna— le ha sido asignada. En efecto, in re “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, nuestra Corte Suprema de Justicia ha consagrado que la obligación de los Estados de adoptar medidas protectorias de los derechos en cuestión no sólo se refiere a la actividad legislativa sino, además, a la actuación judicial mediante el dictado de sentencias que plasmen dicha premisa (989).

La ya mencionada Opinión Consultiva OC-17 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recalca que “*en la atención de los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas*”. Seguidamente, dispone para los Estados “*la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas, a tales fines la educación y el cuidado de la salud constituyen los pilares fundamentales para garantizarles el disfrute de una vida digna*”. Finalmente, se dice que a los efectos de que los niños puedan disfrutar de todos los derechos que les asignan diversos instrumentos internacionales los Estados deberán adoptar “*medidas positivas para asegurarles la protección de tales derechos*”.

(989) CSJN, *Ekmekdjian*, 1992, Fallos 315:1492, Cons. 20) y 22).

Las directivas apuntadas, también fueron ampliamente desarrolladas en las denominadas Reglas de Beijing, establecidas por las Naciones Unidas en 1985, como un conjunto de reglas mínimas para la administración de la justicia de menores. De esta manera, se propende a la elaboración de sistemas especiales para la administración de la justicia cuando se trate de niños y adolescentes.

Desde otro lugar, aunque complementando el ámbito de análisis anterior, encontramos las Directrices de Riad, cuyo norte apunta al establecimiento de criterios y estrategias nacionales, regionales e interregionales para prevenir la delincuencia juvenil. Excedería el marco de esta obra llevar a cabo un análisis pormenorizado de este documento, no obstante podemos resumir su espíritu en la necesidad de que los Estados establezcan programas preventivos centrados en el bienestar de los jóvenes desde su primera infancia. Para ello, deberán aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. A tales efectos, la política y medidas de esa índole deben incluir: la creación de oportunidades, en particular educativas, para atender las diversas necesidades de los jóvenes, en particular de aquellos que se encuentran en situación de riesgo; la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien. Asimismo, han de crearse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil. Para estos propósitos, resulta relevante, la recomendación del apartado g) del capítulo III en el que se prevé la *“estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales...”* Oportunamente, también se postula la participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia, incluida la utilización de recursos comunitarios y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas.

Las Directrices hacen especial hincapié en el desempeño de la familia como unidad central encargada de la integración social primaria del niño y que por ello, ha de ser recipiendaria directa de la acción que le cabe al gobierno y a la sociedad con miras a la preservación de su integridad. A tal fin, concluyen que deberán prestarse servicios, inclusive de guarderías y de asistencia a las familias a fin de resolver situaciones de inestabilidad o conflicto (Cap. IV. A. 11; 12; 13). Como medida alternativa —cuando no exista un ambiente familiar estable y los intentos de la comunidad por ayudar a los padres hayan fracasado—, se prevé recurrir a otras modalidades de colocación familiar como ser los hogares de guarda y la adopción, procurando crear en los niños un sentimiento de permanencia para evitar los

problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro (Directriz 14).

Otro pilar de las directrices es la importancia atribuida a la educación, en especial la garantía del acceso a la enseñanza pública. Los sistemas de educación deberán tratar de trabajar en cooperación con los padres, las organizaciones comunitarias y los organismos que se ocupan de las actividades de los jóvenes. Asimismo, se incorpora la necesidad de informar a los jóvenes y a su familia acerca de la ley y sus derechos y obligaciones, como así también, sobre el sistema de valores universales, incluidos los instrumentos de las Naciones Unidas. Las escuelas deberán servir de centros de información y consulta y dotarse de medios a los maestros y otros profesionales a fin de prevenir y resolver los problemas vinculados con el uso de alcohol y drogas.

Finalmente, el documento analizado contempla la actuación que le compete a otras instituciones sociales tales como la comunidad, los medios de comunicación y la política social, en consonancia con la legislación idónea y la correcta administración de la justicia de menores. Para esta última materia, se recomienda especialmente la posibilidad de implementar la figura de un mediador u órgano análogo destinado a la asistencia de los jóvenes, cuyo papel consistirá en garantizar el respeto por la condición jurídica de aquéllos, sus derechos e intereses, ocupándose de remitir los casos a los servicios disponibles; supervisar la aplicación de la normativa internacional al respecto y publicar periódicamente un informe sobre los progresos alcanzados y las dificultades encontradas. (Directriz 57).

La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes

En el ámbito de la legislación nacional, la Ley 26.061 (990) en su Título III, denominado “Sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, estructura un sistema tuitivo conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos del infantes y adolescente (art. 32).

La Ley define en su art. 33 las llamadas “*Medidas de protección integral de derechos*”, entendiéndolo por tales “*aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias*”. Prioritariamente se aplicarán aquellas medidas que tengan por finalidad la preser-

(990) Un análisis crítico de la ley fue realizado por BELOFF, MARY, *Tomarse en serio a la infancia, a sus derechos y al derecho*, Revista de Derecho de Familia, N° 33, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

vación y el fortalecimiento de los vínculos familiares. Asimismo, cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, las medidas se concretizarán en programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares (art. 35). Es dable destacar que, en ningún caso, las medidas dispuestas en el art. 33 podrán consistir en la privación de libertad.

A mayor abundamiento, a partir del art. 37 la ley detalla las especiales medidas de protección que han de implementarse ante la amenaza o violación de derechos. Al respecto, se prevé que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar (inc. a); solicitud de becas de estudio o para jardines maternas y programas de apoyo escolar (inc. b); asistencia integral a la embarazada (inc. c); cuidado del niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a sus padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia a través de un programa (inc. e); tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de los niños y/o sus padres y representantes (inc. f); e, incluso, asistencia económica (inc. g).

Al mismo tiempo, se disponen medidas excepcionales cuya implementación procederá cuando el niño o adolescente estuviese temporal o permanentemente privado de su núcleo familiar o el superior interés del menor exija que no permanezcan en ese medio (art. 39). Estas disposiciones serán limitadas en el tiempo y sólo podrán prolongarse en tanto persistan las causas que las originaron (art. 39, párrafo 3°); siendo además, de aplicación, en tanto previamente se hayan cumplido debidamente las medidas dispuestas en el art. 33 (art. 40). Le cabe a la autoridad local de aplicación la decisión y establecimiento del procedimiento a seguir, siendo menester que este acto se haya jurídicamente fundado y debiendo someterla dentro de las 24 hs. al control judicial para su control (art. 40, 2° y 3° párrafos). La media debe procurar la permanencia temporal del niño o adolescente en ámbitos familiares considerados alternativos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o afinidad, o con otros medios de la familia ampliada o la comunidad, teniendo en cuenta la opinión del niño (art. 41, inc. a). Por lo demás, con el objeto de preservar la identidad familiar, se intentará la no sustitución del grupo familiar de origen (inc. c); en especial, de tratarse de grupos de hermanos, se preservará la convivencia (inc. d). La procedencia de una medida excepcional, jamás podrá fundamentarse en la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo (inc. f).

El título IV de la normativa expuesta, designa a los órganos administrativos de protección de los derechos amparados. Para lograr el cometido propuesto, se estructuran 3 niveles, a saber: Nacional, Federal y Provincial, respectivamente (art. 43). En la órbita del PEN se crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (art. 43 y ss.). Para el ámbito federal, se prevé la creación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, el cual llevará a cabo funciones deliberativas, consultivas, de formulación de propuestas y de políticas de concertación (art. 46).

A su vez, la Ley crea la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la promoción y protección de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, la CDN y las leyes nacionales (art. 47). La defensa de aquéllos ante las instituciones públicas y privadas y la supervisión y auditoría de la aplicación del sistema de protección integral se realizará en 2 niveles: a) Nacional, a través del Defensor y b) Provincial, respetando la autonomía de la Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como las instituciones preexistentes (art. 48).

En el Capítulo IV, la Ley 26.061 se ocupa de las Organizaciones no gubernamentales, definiéndolas como “*aquellas que, con Personería Jurídica y que en cumplimiento de su misión institucional desarrollan programas o servicios de promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de la niñas, niños y adolescentes*” (art. 65). Para llevar a cabo el cometido que se les atribuye, habrán de cumplir con los principios y obligaciones señalados en el art. 66, entre los que se encuentran: el respeto y preservación de la identidad de los niños, ofreciéndoles un ambiente de respeto, dignidad y no discriminación; preservación de los vínculos familiares; no separar grupos de hermanos, garantizar el derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; mantener al niño informado sobre su situación legal, ofrecer instalaciones debidamente habilitadas, rendir cuentas en forma anual ante la autoridad de aplicación, entre otros. A los efectos de contar con un mejor control de estos organismos, se crea el Registro Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil con personería jurídica que desarrollen programas o servicios de asistencia, promoción, tratamiento, protección y defensa de las niñas, niños y adolescentes.

Allende determinadas observaciones que merece la ley mencionada —en cuanto a cierto defecto en su técnica legislativa y la vastedad e imprecisión de su art. 32 referido a los operadores del sistema que deben intervenir en cada caso, tópicos que será menester subsanar mediante la interpretación judicial— la norma resulta un avance en cuanto al reconocimiento de los derechos consagrados, empero, no por ello, debe soslayar la importancia del control de los jueces como garantía y control de legalidad frente a los actos emanados del poder administrador.

En este último aspecto, no nos parece del todo acertada la supresión del patronato del Estado propugnada por la Ley en su art. 73, toda vez que la mentada institución, si bien de larga data y con muchas falencias, siempre será necesaria como medida alternativa y de contralor ante las vicisitudes que la ausencia de la patria potestad y de las demás instituciones jurídicas protectorias, puedan presentar para el niño. En todo caso, si lo que se ha pretendido es evitar la mal llamada “institucionalización” de los niños, debió hacerse hincapié en el mejoramiento y saneamiento de estos aspectos, depurando y definiendo las soluciones adecuadas, empero, de modo alguno soslayando la importancia de la presencia del patronato de menores (991).

(991) Al respecto ver la opinión de BELLUSCIO, AUGUSTO C., “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, *LL*, 2006-B, 701.

III.2 El rol de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Operatividad de la CADH

Habida cuenta del contenido del art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales poseen, en las condiciones de su vigencia, jerarquía constitucional; ello hace que los principios enunciados en los mismos conformen un imperativo en cuanto a su aplicación. En este sentido, se torna preciso establecer como premisa básica una noción fundamental: la de autoejecutoriedad, vale decir, la plena operatividad de los derechos subjetivos invocados, sin necesidad de norma adicional que los reglamente o consagre expresamente. Pues, tal como resume Agustín Gordillo que “en materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional y supraconstitucional que cumplir, operativo, directa e inmediatamente aplicable, también en el orden interno y por los jueces y demás órganos nacionales del Estado” (992).

Lo expresado precedentemente en el orden legislativo ha sido concretado en la actividad judicial. Efectivamente, la Justicia ha resuelto distintos casos en los que se ha servido directamente de los instrumentos internacionales antes mencionados dirigidas a restablecer y preservar los derechos de los niños. Precisamente, en un caso, la Corte Suprema ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (993).

En el ámbito del Derecho penal juvenil, la Corte Suprema revocó la condena a un niño a la pena de prisión perpetua, en atención a que la condena impuesta debe necesariamente atender a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a “la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40, inc. 1º) (994).

III.-3 El interés superior del niño como presupuesto fundamental en las medidas de protección

El concepto de “interés superior del niño” adoptado por la CDN en su art. 3º, apart. 1º, denota una pauta general de orientación en virtud de la cual, las decisiones y medidas concernientes a los niños, habrán de estar conside-

(992) GORDILLO, AGUSTÍN, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 5a ed., pág. III-2. Cabe recordar aquí que la CSJN ha propugnado dicha operatividad, al menos en la medida en que se dirija a una situación fáctica en la que pueda ser aplicada en forma inmediata, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso (CSJN, *Ekmekdjian*, ya cit., Cons. 20).

(993) CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, 2000, Fallos, 323:3229.

(994) CSJN, *M. D. E.*, 2005, Fallos, 328:4343.

radas primordialmente teniendo en miras la protección esencial de los derechos de aquéllos involucrados en la problemática concreta presentada y, ante el conflicto que pudiera suscitarse respecto de las normas establecidas o, en su caso, los derechos de otras personas.

El concepto en análisis, habida cuenta de la lógica de su vastedad por tratarse de una acepción generalizada cuya función estriba en constituir una pauta-directriz, presenta una indeterminación (995) en su contenido que ha de ser integrado ponderando las circunstancias y derechos cuestionados en cada supuesto en particular. Desde luego, siempre existirá el riesgo de arribar a una solución discrecional y, para conjurar este peligro, tal como lo expone Cecilia Grosman (996) será útil asociar el interés del niño con sus derechos fundamentales. La evaluación anotada en el parágrafo que antecede ha permitido a la jurisprudencia vernácula expedirse desde distintos ángulos. En particular, la Corte Suprema sostuvo que “apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño [...] El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto” (997). En otro caso vinculado al derecho a la salud de un niño, la Corte Suprema consideró que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones

(995) Al respecto, se sostuvo que “Este artículo de la CIDN es el más citado por toda la jurisprudencia argentina. Sin embargo no hay un sólo fallo —de los cientos que se basan sobre esa norma para resolver— que lo analice o desarrolle siquiera mínimamente. Se lo emplea por lo general para motivar las sentencias; pero al tratarse de una norma demasiado vaga, no es posible considerar que un fallo que sólo se base sobre este artículo lo logre. En estos fallos se advierte que el juez adopta una solución sobre la base de su valoración del caso y para justificarla sostiene que esa decisión se basa sobre el artículo 3”, BELOFF, MARY, *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina* en BOVINO, ALBERTO; COURTIS, CHRISTIAN y ABRAMOVICH, VÍCTOR (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Balance y perspectivas: 1994-2005*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, pág. 290

(996) GROSMAN, *op. cit.*, pág. 1095. Un claro ejemplo de lo flexible de este concepto puede encontrarse en el caso conocido como SMM, donde tanto la mayoría (que resolvió a favor de la constitución de una adopción simple), como la dividida minoría (la que estaba formada por dos jueces que propugnaban la concreción de una adopción plena y otros dos que sostenían la restitución de la niña a su madre biológica) sustentó sus argumentaciones en este “interés superior del niño” (SC Buenos Aires, S., M.M, LL, 1999-C, 240).

(997) CSJN, S., C. s/ adopción, Fallos 328:2870.

que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (998).

(998) CSJN, *Maldonado, Sergio Adrián*, Fallos 327: 5210.

ARTÍCULO 20. DERECHO A LA NACIONALIDAD

Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Concordancias: Arts. 20 y 75.12 CN; 15 DUDH; 24.3 PIDCP.

FEDERICO LAVOPA

El presente comentario tiene como objetivo determinar el alcance de las obligaciones que el artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos impone sobre el Estado argentino, y evaluar la adecuación del derecho interno argentino, tal como ha sido aplicado por los tribunales nacionales, a dichos deberes internacionales.

La primera de estas tareas será abordada mediante el análisis de tres cuestiones, referidas a cada uno de los incisos del Artículo comentado. En primer término, a fin de comprender el alcance del “derecho a una nacionalidad” (inc. 1), se indagará cuál es el contenido del concepto de *nacionalidad* tanto en su concepción *clásica*, en el derecho internacional general, como en su concepción *moderna*, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En segundo lugar, se analizará el criterio *residual* de atribución de la nacionalidad del *estado de nacimiento* (inc. 2). Para ello, se analizarán en detalle las dos proposiciones contenidas en la norma: por un lado, se buscará determinar bajo qué circunstancias opera dicha regla o, dicho de otra manera, cuáles son las condiciones que deben reunirse para que pueda considerarse que un individuo “no tiene derecho a otra [nacionalidad]” y, por el otro lado, se indagará el alcance del criterio adoptado por la norma para la atribución de la nacionalidad en esos casos, a saber, “la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació”. En tercer lugar, se analizará la obligación que pesa sobre los Estados de “no privar arbitrariamente” a ningún individuo de su nacionalidad o de su derecho a cambiarla y, en particular, el alcance del término *privación arbitraria*, tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda parte de este comentario se concentrará en evaluar la adecuación de la regulación de la nacionalidad y del *derecho a la nacionalidad* de nuestro derecho interno —y de las respectivas interpretaciones de nuestra Corte Suprema de Justicia y demás tribunales nacionales—, a las obligaciones que nacen del artículo comentado. En base a este último análisis, se demostrará que, en vista de las actuales disposiciones constitucionales y legales en la materia, resulta casi imposible que el Estado argentino incurra en una violación de cualquiera de los tres incisos del artículo comentado. En efecto, se concluirá que el principio de atribución de la nacionalidad adoptado por la Constitución Nacional, basado en el “*ius soli*”, se adecua perfectamente a las obligaciones nacientes del artículo comentado.

El Alcance del Art. 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos

1. *El derecho a una nacionalidad (Art. 20.1): de la regulación de la nacionalidad como prerrogativa del Estado en el Derecho Internacional General, a su cristalización como derecho inherente a la persona humana, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

a. *Derecho Internacional clásico: la nacionalidad como prerrogativa y dominio reservado de los Estados*

La regulación del concepto de *nacionalidad* no es una materia novedosa, exclusiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por el contrario, se trata de un instituto de larga data en la costumbre internacional, íntimamente relacionado con aspectos de las relaciones entre los Estados tales como el derecho de extranjería y la jurisdicción de los Estados. Un comentario sobre la regulación del *derecho de nacionalidad* en materia de Derechos Humanos —como el propuesto en el presente trabajo—, deberá entonces nutrirse necesariamente de los desarrollos en la materia en el marco del derecho internacional general. En efecto, las obligaciones estipuladas por el artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos carecen de significado por sí mismas, y su comprensión requiere integrar la norma en una serie de normas internacionales de carácter consuetudinario.

En el derecho internacional clásico, la *nacionalidad* ha sido definida por la doctrina como “el vínculo jurídico en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que un Estado constituye según el derecho interno y el derecho internacional” (999) o “la pertenencia permanente y pasiva de una persona a un determinado Estado” (1000). La Corte Internacional de Justicia, a su turno, sostuvo que:

(999) PODESTÁ COSTA, L. A. y JOSÉ MARÍA RUDA, *Derecho Internacional Público*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1985, pág. 381.

(1000) VERDROSS, ALFRED, citado en BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 2000, pág. 611.

“La nacionalidad es un vínculo legal que tiene su base en el hecho social de enraizamiento, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de deberes y derechos recíprocos. Se puede decir que constituye la expresión jurídica del hecho que el individuo al que le es conferida, ya sea por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está de hecho más íntimamente conectado con la población del Estado que confiere la nacionalidad que con cualquier otro Estado” (1001).

Como principio general, el Derecho Internacional ha garantizado a los Estados un amplio margen de discrecionalidad para definir este *vínculo jurídico* con sus súbditos. En efecto, la costumbre internacional prescribe que, puesto que define a los miembros de la comunidad política formada por el Estado, el mismo está en libertad —de acuerdo con su propia constitución y su legislación nacional— de determinar quién tiene derecho a su nacionalidad (1002).

La práctica de los Estados muestra que, en general, éstos han ejercido la potestad soberana de atribución de su nacionalidad siguiendo ciertos criterios comunes. Así, las legislaciones estatales referidas a la nacionalidad contemplan la clásica distinción entre nacionalidad originaria o adquirida (1003). Asimismo —si bien no existe ninguna regla uniforme en la práctica o en el derecho interno de los Estados sobre la concesión de la nacionalidad “originaria”—, los Estados suelen conferirla de acuerdo a dos criterios: (a) *ius sanguinis*: según la nacionalidad de los padres, cualquiera sea el país de nacimiento; o (b) *ius soli*: de acuerdo al lugar de nacimiento, haciendo predominar al Estado en cuyo territorio nació la persona, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. También es posible encontrar en la práctica de los estados una serie de patrones recurrentes en materia de concesión de la nacionalidad *adquirida* a través del procedimiento de *naturalización*. En este sentido, en el Derecho Internacional clásico, era generalmente aceptado que los Estados podían denegar la misma sin dar explicación alguna por

(1001) CIJ, Caso *Nottebohm*, del 6-4-55, párr. 23.

(1002) JENNINGS, ROBERT y ARTHUR WATTS (coord.), *Oppenheim's International Law*, Peace, Harlow, Longman, 1992, 9ª ed., pág. 852; BROWNLIE, IAN, *Principles of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 6ª ed., pág. 373; BROWNLIE, IAN, *The Relations of Nationality in Public International Law*, 1963, *Brit. Y.B. Int'l L.* 284, 289; PODESTÁ COSTA Y RUDA, *op. cit.*, pág. 381; Este principio se vio cristalizado, por ejemplo, en la Convención de la Haya de 1930, que estableció en su artículo 1º que: “*Corresponde a cada Estado determinar por sus leyes quiénes son sus nacionales*”, y en su artículo 2º que: “*Las cuestiones acerca de si una persona posee la nacionalidad de un Estado, se determinará de acuerdo con las leyes de ese Estado*”.

(1003) La nacionalidad es originaria cuando se relaciona con el nacimiento de una persona y es independiente de su voluntad. En cambio, es adquirida cuando alguien que ya tiene una nacionalidad, adquiere o toma otra nueva, perdiendo la anterior o conservándola en caso de ser posible la doble nacionalidad. Se denomina *naturalización* al hecho de adquirir una nueva nacionalidad. Para un análisis más detallado de los criterios de atribución de la nacionalidad, ver BARBOZA, *op. cit.*, pág. 613.

ello y que, de conferirla, podían hacerlo en las condiciones que consideraran apropiadas (1004).

Sin embargo, la atribución de la nacionalidad no es una cuestión regulada exclusivamente por el derecho interno. Por el contrario, de acuerdo al Derecho Internacional, estas disposiciones de derecho interno deben ser reconocidas por los demás Estados sólo en la medida en que ellas no afecten los tratados o la costumbre internacional (1005). En el Derecho Internacional clásico, estas obligaciones internacionales en materia de nacionalidad estaban principalmente destinadas a la resolución de problemas de *doble o múltiple nacionalidad*, que resultaban del amplio margen de discrecionalidad otorgado por el Derecho Internacional a los Estados para su atribución (1006).

(1004) Asimismo, la práctica de los Estados suele reconocer que la imposición de la naturalización a los individuos contra su voluntad es contraria a los principios aceptados de Derecho Internacional Público, y que la naturalización del individuo en el extranjero no impone obligación alguna al Estado de su nacionalidad, ya sea para reconocerle una nueva nacionalidad o para considerar que ha perdido la suya original.

(1005) En este sentido, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sostuvo en su Opinión Consultiva sobre los *Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos* que las cuestiones de nacionalidad pertenecen al dominio reservado de cada Estado pero que, tal dominio, está limitado por las obligaciones que se hayan asumido con otros Estados (*Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, PCIJ Reports, 1923, Series B, págs. 23-24*). Este principio general del Derecho Internacional Público también es ampliamente reconocido por la doctrina. Ver por ejemplo PODESTÁ COSTA Y RUDA, *op. cit.*, pág. 381.

(1006) El concepto de “doble o múltiple nacionalidad” se refiere a los casos en que una misma persona detenta a la vez dos o más nacionalidades. Esta circunstancia puede presentarse, por ejemplo, cuando la persona nacida en un país, que ha adoptado como criterio de atribución de nacionalidad el *ius soli*, y cuyos padres son nacionales de un país que sigue el *ius sanguinis*; o bien, de la persona que se naturaliza en el extranjero, cuando las leyes de su país no disponen que por tal hecho pierda la nacionalidad originaria. Debido a que una persona no puede ejercer derechos ni cumplir deberes en varios Estados a la vez, estos casos suelen traer aparejadas situaciones incompatibles y aun opuestas. Estas situaciones, por tanto, han encontrado resolución en algunas decisiones de tribunales internacionales y en una serie de intentos de codificación en tratados internacionales. En cuanto a las primeras, se destacan los casos *Nottebohm* (*ya cit.*), de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y *Canevaro*, emitido por la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (CPAI). En ambos casos se sostuvo el criterio de “nacionalidad real y efectiva”. Los problemas de doble o múltiple nacionalidad también se vieron reflejados en tratados internacionales. Así, por ejemplo, la Convención Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a los Conflictos de Leyes sobre la Nacionalidad de La Haya de 1930, dispone en su Art. 4º que un Estado no puede ejercer la protección diplomática en beneficio de un nacional suyo contra otro Estado cuya nacionalidad posea también esa misma persona. En el caso de que la persona que tenga más de una nacionalidad se encuentre en jurisdicción de un tercer Estado, la mencionada convención establece que esa persona será tratada como si tuviera una sola nacionalidad y que, a ese efecto, el tercer Estado reconocerá exclusivamente en su territorio la nacionalidad del país en que reside de modo principal y habitual o la del que aparezca de hecho más estrechamente ligada (Art. 5º).

b. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la “Apatridia” y el “Derecho a la Nacionalidad”

El amplio margen de discreción con el que cuentan los Estados para determinar la nacionalidad de sus súbditos trae aparejado, además de los casos de doble o múltiple nacionalidad mencionados en el apartado anterior, el problema opuesto, a saber, la *apatridia*, o posibilidad de que un individuo carezca de nacionalidad alguna. De acuerdo a la definición contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, en vigor desde 1960 —ratificada por la Argentina el 15 de noviembre de 1961—, se considera *apatrida* a “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación” (art. 1º). Esta situación puede responder principalmente a dos causas: (a) la pérdida de la nacionalidad originaria, sin haber adquirido otra nacionalidad; (b) en los países cuya legislación se basa en el *ius sanguinis*, al hecho de ser hijo de padre apátrida o de padre desconocido.

Las consecuencias que la nacionalidad tiene en el derecho público interno e internacional y, en muchos países, en el derecho privado, son esenciales tanto para la organización y subsistencia del Estado, como para la vida de las personas (1007). En efecto, además de los efectos en el Derecho Internacional mencionados en el apartado anterior —entre los que se destaca el habilitar al individuo para obtener la protección diplomática de su propio país—, la nacionalidad tiene una serie de consecuencias en el derecho público interno, tales como: (a) conferir a determinadas personas los derechos políticos y señalar sus deberes militares; (b) habilitar para desempeñar funciones públicas o algunas de ellas, o ciertas profesiones, así como para ejercer determinados derechos o actividades que generalmente están vedados a los extranjeros; y (c) habilitar para obtener pasaporte, retornar al país y, en caso de indigencia, para ser repatriado por el Estado (1008). Más aún, en un gran número de Estados la nacionalidad tiene efectos en el derecho privado. Así, los países de Europa continental (entre otros, España, Francia e Italia) y no pocos americanos (entre ellos Costa Rica, Cuba y Venezuela) aplican a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción la ley civil de su país de origen cuando se trata de regir su capacidad, su estado civil y ciertas relaciones del derecho de familia y del derecho sucesorio (1009).

En todos estos casos, el apátrida puede verse imposibilitado de ejercer los derechos civiles y políticos. Por todo ello, ya en 1895, el Instituto de Derecho Internacional expresaba, a la manera de un axioma jurídico, que “toda

(1007) En palabras de la Corte Interamericana “[...] la nacionalidad [...] debe ser considerada como un estado natural del ser humano [...] Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil” (Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, del 19-1-84, párr. 32).

(1008) PODESTÁ COSTA y RUDA, *op. cit.*, pág. 383; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, *op. cit.*, pág. 374.

(1009) *Ibidem*.

persona debe tener una nacionalidad” (1010). Este principio se vio posteriormente reflejado en una cantidad de instrumentos internacionales tendientes a dar respuesta este problema, tales como la Convención sobre la Reducción de la Apatridia y la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas antes citada (1011). Asimismo, el *derecho a la nacionalidad* ha encontrado eco en una serie de instrumentos generales de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1012), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (1013); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1014) y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La proliferación de normas de Derechos Humanos referidas al “derecho a la nacionalidad” ha dado lugar a una progresiva redefinición del concepto. Mientras que la nacionalidad en la visión “clásica” del Derecho Internacional general —referida al derecho de extranjería, al instituto de la protección diplomática y a los criterios de atribución de jurisdicción de los Estados—, formaba parte de una perspectiva que veía al individuo como integrante de uno de los elementos del Estado (la población), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos comenzó a considerar al individuo, por su sola condición de ser humano, como sujeto de derechos internacionales, entre los que debía incluirse el “derecho a la nacionalidad” (1015).

En razón del papel central que detenta la nacionalidad, la Corte Interamericana ha encontrado que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado

(1010) Citado en PODESTÁ COSTA y RUDA, *op. cit.*, pág. 384.

(1011) Entre sus disposiciones, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas establece que el apátrida tiene la obligación de acatar leyes y reglamentos del país donde se encuentra (art. 2º) y, a su vez, el Estado contratante —con reserva de las disposiciones más favorables previstas en la Convención—, le otorgará el mismo trato que asegura a los extranjeros en general (art. 7º). Más aún, la Convención prevé también el mismo tratamiento que se da a los nacionales respecto de una serie de derechos fundamentales. Las partes también se obligan a expedir documentos de identidad y documentos de viaje a los apátridas que se encuentren en su territorio (Arts. 27º y 28º), a no expulsarlos a menos que existan razones de seguridad nacional o de orden público (Art. 31º) y a facilitar su naturalización (art. 32º). Similares disposiciones prevé la Convención relativa al Estatuto de los Refugiados de 1954.

(1012) En su Art. 15 establece que “*toda persona tiene derecho a una nacionalidad*”.

(1013) En su Art. 24, inc. 3º prevé que “*todo niño tiene derecho a una nacionalidad*”.

(1014) En su Art. XIX dispone que “*toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda*”.

(1015) En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “*la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana*” (Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 33). Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que “*El derecho a la nacionalidad está reconocido por el derecho internacional*” y que “*se trata de un derecho de la persona humana*” (*ibidem*, párr. 32).

que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución registrada en esta materia demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de éstos y que, en la reglamentación de la nacionalidad, no sólo concurre la competencia de los Estados, sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos (1016). En efecto, dicha tendencia se vio plasmada, en el ámbito americano, en el Art. 20.1 de la Convención Americana que, como se ha indicado más arriba, prescribe que “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”.

En su calidad de atributo del estado y derecho del individuo, este “derecho a la nacionalidad” plasmado en el Art. 20.1 de la CADH abarca, de acuerdo a la Corte Interamericana, un doble aspecto:

“[e]l derecho a tener una nacionalidad significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo” (1017).

En general, cuando fue llamada a expedirse sobre posibles violaciones al Art. 20 de la CIDH, la Corte Interamericana no se ha referido específicamente al inc. 1. En cambio, se ha concentrado su atención en los dos incisos siguientes, ya que éstos indican con precisión las formas específicas en las que un Estado puede violar el “derecho a la nacionalidad” plasmado en el inc. 1. Así, el inc. 2 establece una obligación “positiva”, consistente en otorgar, bajo ciertas circunstancias, su nacionalidad y el inc. 3 prevé una obligación “negativa”, de no “privar arbitrariamente” de su nacionalidad”. Cualquier violación de alguno de estos dos incisos implica, por tanto, una violación del inc. 1 (1018). Las secciones siguientes

(1016) *Ibidem*, párrs. 32, 33; Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, del 30-5-99, párr. 101. Como se verá en el apartado III de este comentario, nuestra Corte Suprema, ha reconocido también en un reciente fallo, el carácter de *derecho humano* de la nacionalidad (CSJN, *Padilla, Miguel*, 2007, Fallos, 330: 1436).

(1017) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 34.

(1018) Una posible excepción a este patrón puede encontrarse en la OC 4/84, en la que la Corte tuvo en cuenta que la reforma constitucional propuesta por Costa Rica estaba orientada a restringir las condiciones para adquirir la nacionalidad por naturalización, pero no a cancelar esa nacionalidad a ningún ciudadano que ya disfrutara de la misma o a prohibir el derecho a cambiarla. Por lo tanto, en vista de que “ningún costarricense perdería su nacionalidad por efecto de la eventual aprobación de las reformas” consideró que “no había campo para la infracción del párrafo primero”. Sin embargo, aun en este caso podría considerarse que la violación desestimada por la Corte se refería más específicamente al Párrafo 3 del Art. 20 ya que, de haberse previsto la cancelación de la nacionalidad costarricense de una manera *no arbitraria*, tampoco habría existido una violación del Art. 20.1. Ver Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 42.

estarán dedicadas, en consecuencias, al análisis detallado de los incs. 2 y 3 del artículo en cuestión.

2. El criterio residual de atribución de la nacionalidad: el derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra (inc. 2)

Las exigencias de la protección del “derecho humano a la nacionalidad” recién descritas han encontrado respuesta en los principales instrumentos generales de derechos humanos. Así, en primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe en su Art. 15 que: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”. Pese a que la inclusión del ‘derecho’ a la nacionalidad constituyó un avance muy significativo en el Derecho Internacional, la vaguedad de la citada norma la ha privado de gran parte de su fuerza inmediata. En particular, el Art. 15 no contempla ninguna obligación correspondiente de los Estados de conferir nacionalidad. En otras palabras, el artículo citado no indica precisamente a qué nacionalidad tiene el individuo derecho, o bajo qué circunstancias aparece dicho derecho (1019). La misma crítica vale para el Art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dispone que “Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela”, y para el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que se limita a afirmar en su artículo 24, inc. 3º, que “todo niño tiene derecho a una nacionalidad” (1020).

La Convención Interamericana de Derechos Humanos parece haber superado esta objeción. En efecto, su inc. 2 dispone que “2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”. A diferencia de la Declaración Universal y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Interamericana sí ha incluido la contrapartida del “derecho a la nacionalidad”, a saber, la obligación del Estado de conferir su nacionalidad a toda persona que haya nacido en su territorio, que no tenga derecho a otra.

Ahora bien, el artículo citado no indica el criterio que debe utilizarse para determinar que una persona “no tiene derecho a otra [nacionalidad]” y que, por lo tanto, tiene derecho “a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació”. Llevado al caso concreto de nuestro país, cabría preguntarse bajo qué

(1019) BLACKMAN, JEFFREY, *State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law*, *Mich. J. Int'l L.*, 1998, 19:1172.

(1020) Luego de un análisis de los *travaux préparatoires* del Pacto, en CHAN, JOHANNES, *The Right to a Nationality as a Human Right*, *Hum. Rts. L.J.*, 1991, 12:4-5, se concluye que la complejidad del problema resultó en la exclusión del mismo de un derecho general a la nacionalidad.

condiciones la Argentina está internacionalmente obligada a otorgar su nacionalidad a una persona nacida en su territorio. A fin de poder llenar este vacío, se hace necesario recurrir a otras fuentes del derecho internacional.

En este sentido, cabe destacar en primer lugar que —de acuerdo con las normas de derecho internacional consuetudinario discutidas en el apartado anterior—, los Estados gozan de un amplio margen de discrecionalidad para fijar los criterios de atribución de su nacionalidad, y que no existen normas internacionales (al menos de carácter multilateral) que regulen la materia. En consecuencia, debe concluirse que al referirse al “derecho a otra [nacionalidad]”, la Convención se refiere a derechos internos de todos los Estados que conforman la comunidad internacional, y no a derechos internacionales. Por lo tanto, la obligación contenida en el artículo 20.2 debe entenderse como un deber que pesa sobre cada país de su otorgar su nacionalidad a aquellas personas que hayan nacido en su territorio, sólo en la medida en que —conforme a los derechos internos de todos los demás países—, esta persona no detente el derecho a otra nacionalidad. Dicho de otra manera, el Art. 20.2 opera bajo la condición de que, en caso de no otorgársele la nacionalidad del país en cuyo territorio nació, la persona en cuestión se convertiría en un “apátrida”.

Un segundo aspecto que resulta necesario analizar del texto del inciso analizado se refiere a la determinación del país “en cuyo territorio nació” la persona que pretende obtener la nacionalidad de dicho Estado. Al menos dos cuestiones surgen de dicha redacción: la prueba del nacimiento y la extensión que debe otorgarse al término “territorio”.

De particular relevancia para la interpretación de estos extremos y de otros puntos oscuros del artículo comentado, son las iniciativas desarrolladas por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (1021), que se cristalizaron en las Conferencias de 1959 y 1961, en las que, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, que ha entrado en vigor en 1975 y que cuenta actualmente con 33 Estados parte (1022). En su artículo 1, la citada Convención establece que “Todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida”, una redacción claramente similar a la prevista por el Art. 20.2 de CADH. Si bien la Argentina no ha firmado ni ratificado esta convención y, por lo tanto, no está obligada por sus disposiciones, la autoridad que le otorga a este tratado internacional el hecho de haber sido el producto de la labor “codificadora” de la CDI, la convierte en

(1021) Desde su Sesión Primera, en 1949, incluyó en su agenda de trabajo a la “nacionalidad incluyendo la apatridia”, entre los temas objeto de su labor codificadora.

(1022) ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Estados partes de la Convención para reducir los casos de Apatridia suscrita en Nueva York el 30 de agosto de 1961, disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1248.pdf> (19-7-09).

una importante herramienta para facilitar la interpretación del Art. 20 de la Convención Americana.

Así, en cuanto a la extensión del término “territorio”, el Art. 3 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, siguiendo un principio bien establecido en el derecho internacional, dispone que “A los efectos de determinar las obligaciones de los Estados contratantes en la presente Convención, el nacimiento a bordo de un buque o en una aeronave se considerará, según sea el caso, como ocurrido en el territorio del Estado cuyo pabellón enarbole el buque o en el territorio del Estado en que esté matriculada la aeronave”.

Asimismo, en lo que respecta a la prueba del nacimiento, el artículo 2 de la citada Convención establece que “Salvo prueba en contrario, se presume que un expósito que ha sido hallado en el territorio de un Estado contratante ha nacido en ese territorio, de padres que poseen la nacionalidad de dicho Estado”. Esta solución encuentra también asidero en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. De acuerdo con el Tribunal, los requisitos formales que los estados impongan para la prueba del nacimiento en su territorio a los fines del otorgamiento de su nacionalidad “deben ser razonables y no pueden representar un obstáculo para acceder al derecho a la nacionalidad” (1023) y, en consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, éste debe “adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar” que las personas nacidas en su territorio, sin importar su ascendencia, puedan acudir al procedimiento de inscripción “en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad” (1024).

3. La prohibición de privar arbitrariamente de la nacionalidad y del derecho de cambiarla (inc. 3)

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana se desprende que la obligación de no “privar arbitrariamente” de la nacionalidad prevista por el inciso bajo estudio contempla dos aspectos: (1) obliga a los estados a “no rechazar arbitrariamente” un pedido de nacionalidad por una persona que la solicita de acuerdo a las previsiones legales del país en cuestión; y (2) impone a los Estados el deber de no “quitar arbitrariamente” su nacionalidad una vez que ésta ha sido otorgada.

Una primera precisión que corresponde hacer es que las obligaciones que surgen del inc. 3 del Art. 20 no están necesariamente vinculadas a la previsión del inc. 2 de la misma norma, estudiado en el apartado anterior. Mientras que este último inciso tiene como objetivo prescribir un criterio residual de atribución de la nacionalidad, para evitar un posible escenario en el que

(1023) Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, del 8-9-05, párr. 171.

(1024) Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico, ya cit.*, párr. 171.

ningún país se vea obligado a cumplir con el deber de garantizar el derecho a la nacionalidad de un individuo, el inc. 3 está destinado a: (1) evitar que las solicitudes de otorgamiento de nacionalidad sean rechazados de manera arbitraria; y (2) que las que han sido otorgadas puedan ser canceladas arbitrariamente; en ambos casos, independientemente del criterio de atribución de nacionalidad invocada (*isu soli*, *isu sanguinis* o mixto) (1025).

En vista de que la mayoría de los Estados prevén en sus legislaciones una serie de requisitos que deben cumplirse para poder acceder a su nacionalidad, se hace necesario precisar, en primer lugar, el alcance de la prohibición de “rechazar arbitrariamente” su otorgamiento. Así, por ejemplo, ciertas leyes de inmigración y naturalización requieren el entendimiento de la lengua del país, el conocimiento y la comprensión de su historia, de los principios y de la forma de gobierno y, a la vez, la residencia en ese país durante cierto tiempo. De hecho, haciéndose eco de esta práctica, la Convención para la Reducción de la Apatridia antes citada prevé en su Art. 1.2 una serie de condiciones a las que los Estados contratantes pueden subordinar la concesión de su nacionalidad (1026).

Corresponde por tanto analizar en este apartado las condiciones bajo las cuales puede considerarse que —de acuerdo al inc. 3 del artículo 20 de la Convención Interamericana—, la imposición de este tipo de requisitos constituye una “privación arbitraria” del derecho a la nacionalidad o de la potestad de cambiarla. En este sentido, la Corte Interamericana sostuvo, en primer lugar, que no resultaba discriminatoria la imposición de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad para las personas originarias de distintos países frente a los demás extranjeros (1027). La Corte Interamericana

(1025) Así, por ejemplo, en Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01, la Corte decidió que el Sr. Bronstein, ciudadano peruano por naturalización (y por lo tanto, ciudadano peruano en base a un criterio distinto del *ius soli* previsto por el inc. 2) había sido privado arbitrariamente de su nacionalidad.

(1026) Las condiciones previstas son las siguientes “(a) Que la solicitud se presente dentro de un período fijado por el Estado contratante, que deberá comenzar a más tardar a la edad de 18 años y que no podrá terminar antes de la edad de 21 años, entendiéndose que el interesado deberá disponer de un plazo de un año, por los menos, para suscribir la solicitud personalmente y sin habilitación; (b) Que el interesado haya residido habitualmente en el territorio nacional por un período fijado por el Estado contratante, sin que pueda exigirse una residencia de más de 10 años en total ni que el período inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud exceda de cinco años; (c) Que el interesado no haya sido condenado por un delito contra la seguridad nacional ni a una pena de cinco o más años de prisión por un hecho criminal; (d) Que el interesado no haya adquirido una nacionalidad al nacer o posteriormente.”

(1027) Al respecto, consideró que: “no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e

tampoco consideró discriminatoria la distinción entre extranjeros aspirantes a una nueva nacionalidad que hubieran adquirido su anterior nacionalidad por nacimiento o naturalización (1028). En cuanto a requisitos tales como “hablar, escribir y leer” el idioma del país y rendir “un examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”, la Corte razonó que se situaban, *prima facie*, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad, respecto de cuáles han de ser y cómo deben valorarse las condiciones que garanticen la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nueva nacionalidad (1029).

En cambio, la Corte interpretó que no se justificaba y debía ser considerada como discriminatoria la diferencia entre los cónyuges para la obtención de la nacionalidad en condiciones especiales por razón del matrimonio (1030), y planteó reparos sobre la necesidad de que la mujer casada con nacional residiera por un período de tiempo en el país para naturalizarse. Según el Tribunal, dicha condición dejaba abierta la posibilidad de que, en el caso de que dicha mujer perdiera su nacionalidad extranjera al casarse, cayera en una situación de apatridia durante el período que durara su residencia necesaria para adquirir la nueva nacionalidad (1031). Asimismo, la Corte dispuso que también resulta discriminatoria, y por lo tanto contraria al inc. 3 del Art. 20 de la Convención, la privación del derecho a la nacionalidad fundada en el estatus migratorio (1032).

Por último, a fin de determinar el carácter “arbitrario” de la privación de la nacionalidad, la Corte ha tenido también en cuenta la adecuación al derecho interno del o los actos privativos de la nacionalidad. Así, por ejemplo, consideró arbitraria y, en consecuencia inválida, la decisión de privar de la nacionalidad a un individuo que no había renunciado expresamente a la misma, cuando el único modo de perder ésta de acuerdo al derecho constitucional del país en cuestión era la renuncia explícita, y que había sido expedida fuera

instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar” (Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 60).

(1028) Según entendió el Tribunal, la norma mencionada podría expresar un grado de prevención respecto “del rigor con el cual los otros Estados hubieran podido conceder su nacionalidad a quienes aspiraban a cambiarla por la costarricense” y, por lo tanto, del nivel de “*garantía de aproximación a los valores e intereses de la comunidad costarricense*” (*ibidem*, párr. 61).

(1029) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 63.

(1030) De acuerdo con el Tribunal, dicha condición otorgaría ciertas consideraciones especiales para la obtención de la nacionalidad a “*la mujer extranjera que se case con costarricense*”, al establecer “*la incidencia del matrimonio como determinante en el cambio de la nacionalidad solamente de la mujer y no del varón*”. Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párrs. 64 a 67.

(1031) Corte IDH, párrs. 43 a 51.

(1032) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17-9-03, párr. 134; *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, *ya cit.*, párr. 156.

del plazo previsto por la legislación interna para la anulación de la nacionalidad y por autoridad carente de competencia para hacerlo (1033). Asimismo, consideró que la aplicación de requisitos a niñas menores de 13 años para iniciar el trámite de adquisición de la nacionalidad que, de acuerdo al ordenamiento interno, no les correspondían debido a su edad, fue violatoria de la regulación interna sobre la materia y les impuso una carga de prueba desproporcionada e indebida (1034).

La Nacionalidad en el Derecho Argentino

De acuerdo al inc. 12 del art. 75 de nuestra Carta Magna, corresponde al Congreso de la Nación dictar “leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de la nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina”. En ejercicio de esta competencia, el Congreso Nacional sancionó la Ley 23.059, que restituyó a su plena vigencia la antigua ley 346. Este cuerpo legal, junto con su decreto reglamentario 3213/84, configura el sistema argentino de ciudadanía y naturalización. El presente apartado pretende analizar dicho régimen legal y las interpretaciones que del mismo ha realizado nuestra Corte Suprema.

Como se verá en detalle en los apartados siguientes, la CSJN y demás tribunales nacionales se han referido en numerosas ocasiones a cada uno de los modos de adquisición de la nacionalidad argentina previstos por la Ley 346, a saber, por nacimiento, por opción y por naturalización (1035). Esto responde principalmente al rol central que el instituto de la nacionalidad detenta en una serie de normas constitucionales y legales, referidas a cuestiones tales como la competencia originaria de la Corte Suprema y la competencia federal en los casos que involucran a extranjeros, los requisitos necesarios para la extradición, y la inclusión de la nacionalidad como una de las posibles causales de violaciones del derecho constitucional a no ser discriminado (1036). Sin embargo, como se verá a continuación, los tribunales nacionales se han

(1033) Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein*, ya cit., párrs. 95-97.

(1034) Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico*, ya cit., párr. 165. En dicha ocasión, la Corte consideró que: “al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio”.

(1035) Cabe destacar que todas estas categorías unifican nacionalidad y ciudadanía. Queda claro entonces que, en nuestro derecho positivo, al ser equivalentes una y otra, la ciudadanía no se identifica necesariamente con la cualidad que habilita a ejercer derechos políticos (así, un niño recién nacido en la Argentina es *nacional y ciudadano* nativo, pero no goza de aquel ejercicio). (BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1989, pág. 130; vs. asimismo CF San Martín, sala I, *R. M., S. J. y otro*, del 12-05-95.

(1036) Para un excelente análisis de la *nacionalidad* como causa de discriminación ver en esta misma publicación el comentario de Diego Freedman al Art. 24 de la Convención Americana.

expedido expresamente en relación con este derecho sólo en muy contadas ocasiones.

Argentino nativos y por opción

El artículo 1 de la ley 346 opta por un sistema mixto, entre el *ius soli* y el *ius sanguinis*. De acuerdo con el *ius soli*, el inc. 1 del citado artículo prescribe que son argentinas las personas que nazcan en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de los padres. Se trata de una aplicación de lo establecido por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, referido a la competencia del Congreso para legislar sobre ciudadanía conforme al principio de la “nacionalidad natural” (1037). Los incs. 3 y 5 reafirman el principio de atribución de nacionalidad en función del “*ius soli*”, extendiéndolo a los nacidos en legaciones y buques de guerra de la República (inc. 3) y en mares neutros, bajo pabellón argentino (inc. 5). En cambio, este principio general encuentra una excepción en el caso de las personas amparadas por la extra-territorialidad, como serían los diplomáticos o funcionarios internacionales, para quienes no se aplica el criterio de *ius soli*, sino el de la nacionalidad de sus padres (inc. 2).

También se consideran argentinos “nativos” a los hijos de argentinos nacidos en el extranjero durante el exilio político que hubieran sufrido sus padres (1038), a los hijos de funcionarios del Servicio Exterior de la Nación y a los hijos de los argentinos que prestan servicio en las organizaciones internacionales de las cuales la República Argentina es miembro (1039).

Cabe destacar que la nacionalidad argentina nativa no puede perderse. Ello significa que ninguna ley podría establecer las causales ni los mecanis-

(1037) Es generalmente reconocido que la intención del constituyente al referirse al principio de la “*nacionalidad natural*” (o en la ambigua redacción original del art. 67 inc. 11, “ciudadanía natural”) fue plasmar como criterio de atribución de la nacionalidad argentina el principio de “*ius soli*” (Conf. BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional argentino*, 1972, Buenos Aires, Ediar, pág. 98; LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. 6, Buenos Aires, Alfa, 1953, pág. 515 y SÁNCHEZ MARÍNCOLO, MIGUEL, “La nacionalidad vínculo madre de pertenencia entre la Nación y el hombre. Ahora reafirmado como tal en la modificación constitucional de 1994”, LL, 13/02/2003, pág. 1. Sin embargo, EGÜES sostiene que, en realidad, todos y cada uno de los criterios atributivos de la nacionalidad (*jus soli*, *jus sanguinis* y *mixto*) “reclaman para sí mismos la característica de ser *natural*, sin que resulte posible afirmar dogmáticamente por qué uno de ellos sería más ‘natural’ que los restantes” y que, por lo tanto, debe considerarse que la redacción del artículo constitucional se refiere “al alcance y extensión que resulta de los principios de derecho público o ‘derecho de gentes’, admitidos por la comunidad de las naciones” que, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia internacionales, se referiría al principio de la “nacionalidad efectiva”, discutido en secciones anteriores del presente artículo (Ver EGÜES, ALBERTO, “El principio de la ‘nacionalidad natural’”, LL, 1990-C, 706).

(1038) Ley 16.569.

(1039) Ley 17.692.

mos de su privación o pérdida. Esto sería así porque, si bien la ley puede reglamentar la adjudicación de la nacionalidad (conforme al art. 75, inc. 12), esta nacionalidad nace directa y operativamente de la Constitución a favor de los nacidos en el territorio argentino, sin posibilidad de negarla a alguien o de privársele de ella (1040).

Responde en cambio a la noción de *ius sanguinis* la disposición del inc. 2 del mismo artículo 1, según el cual también son argentinos los hijos de argentinos nativos que, habiendo nacido en el extranjero, optaran oportunamente por la nacionalidad argentina (1041). Un requisito similar, contenido en el inc. (e) del art. 1 de la Ley *de facto* 21.795 —sancionada en 1978 y derogada en 1984 por la Ley 23.059—, llevó a los tribunales federales a pronunciarse en torno a la constitucionalidad de las limitaciones de edad previstas por dicha norma a los fines de solicitar la nacionalidad argentina y —más importante aun para este comentario— a invocar, por primera vez en la jurisprudencia nacional, el “derecho humano a la nacionalidad”. El inciso en cuestión prescribía que:

“Son argentinos nativos (...) (e) los nacidos en el extranjero, de padre o madre argentinos nativos, a petición de quien ejerza la patria potestad. La misma, deberá ser formulada (...) dentro de los CINCO (5) años de la fecha de nacimiento. También podrá formalizarla el interesado, dentro de los TRES (3) años posteriores al cumplimiento de los DIECIOCHO (18) años de edad (...)”.

Como puede observarse, el artículo dejaba en un “limbo” jurídico, de una duración de hasta 15 años (hasta el cumplimiento de los 18 años), a los hijos de argentinos y nacidos en el extranjero, cuyos padres no hubiesen formulado su petición de nacionalidad dentro de los 5 años de edad. En efecto, en caso de haber nacido en alguno de los países que adoptan el criterio “*ius*

(1040) CSJN, *Padilla*, 2007, Fallos, 330:1436; CF San Martín, Sala I, R. M., S. J. y otro, *ya cit.*; BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La pérdida de la nacionalidad argentina nativa es inconstitucional”, *ED*, 84, 895; BIDART CAMPOS, *op. cit.*, pág. 132. En línea con este razonamiento, el art. 16 del Decreto 3213/84 dispone que “La suspensión del ejercicio de los derechos políticos de conformidad a lo establecido en el artículo 8º de la Ley Nº 346 y la voluntad de no recobrar su ejercicio prevista en la última parte del artículo 4º de la Ley Nº 23.059, no priva de los derechos ni exime de las obligaciones inherentes a la nacionalidad argentina, sea ésta nativa o adquirida”.

(1041) BIDART CAMPOS (en *Manual de derecho constitucional argentino, op. cit.*, pág. 98), sostenía que este criterio para otorgar la nacionalidad argentina, basado en la *opción* del interesado, era inconstitucional de acuerdo al texto de 1953, que incluía como criterio de adquisición de nacionalidad argentina el de *ciudadanía natural*. Sin embargo, como él mismo reconocía, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación discrepaba con su punto de vista. En efecto, había sostenido que la nacionalidad por opción concedida a los hijos de argentinos nacidos en el extranjero no violaba el art. 67, inc. 11 (actual 75, inc. 12) (CSJN, *Villalonga Nazar Max*, 1935, Fallos, 172:220). Más aún, la reforma de 1994 se hizo eco de esta crítica, y la nueva redacción del actual inc. 12 prevé que corresponde al Congreso dictar “leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de la nacionalidad natural y *por opción en beneficio de la Argentina*” (énfasis agregado).

sanguinis”, la persona se veía privada de toda nacionalidad, cayendo en estado de “apatridia” hasta alcanzar los 18 años, edad mínima prevista por la ley nacional para solicitar la nacionalidad argentina.

Mientras que algunos fallos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial confirmaron la plena validez de dichos plazos y la imposibilidad de solicitar la nacionalidad argentina fuera de ellos (1042), la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba consideró que se trataba de una “laguna jurídica” y que, por lo tanto, se hacía necesario que el juzgador realizara una interpretación integradora, de la que surgiera “una solución justa y equitativa del caso” (1043). Lo que es más importante, la Cámara de Apelaciones de Córdoba consideró que:

“la nacionalidad, como condición jurídica que comprende derechos y deberes que vinculan a una persona con una Nación, es uno de los derechos fundamentales del hombre y como tal ha sido reconocido por la Organización de las Naciones Unidas en su Declaración Universal de 1948, al disponer en su art. 15 que ‘toda persona tiene derecho a una nacionalidad’” (1044).

En base a estos argumentos, el tribunal decidió que, bajo ciertas circunstancias, procedía otorgar la nacionalidad argentina fuera de los plazos establecidos por la norma, una lectura que fue luego seguida por las Cámaras Federales de Apelaciones de Mendoza (1045) y Rosario (1046).

A fin de sortear esta “laguna jurídica”, el Decreto 3213/84 —reglamentario de la Ley 23.059 que, a su vez, restituyó y reglamentó la Ley 346—, dispuso que, cuando se tratara de hijos de padre o madre argentinos nativos menores de dieciocho años de edad que no fueran reconocidos como nacionales por el Estado donde ocurrió el nacimiento, o que por cualquier otro motivo sufrieran la condición de apátridas, la opción a la ciudadanía argentina podría ser formulada por quien ejerciera la patria potestad, “siempre que [probara] que el menor revestía aquella condición” (1047). Este último requisito fue eliminado por el Decreto 1601/2004, por lo que actualmente no existe limita-

(1042) Por ejemplo, CN Civ. y CF, Sala II, 12-6-79, *Unsworth, Colin J*; 7-8-79, *Zweegman, Guillermo A*; CN, Sala I, 30-11-79, *Zitnik Yaniselli, Juan A, LL*, 1980-C, 515.

(1043) CF Córdoba, Sala Civil y Comercial, 26-11-79, *Hessel, José E. F, LL*, 1980-A, 225 - ED 86, 544; los mismos argumentos fueron repetidos por dicha Sala en 4-12-79, *Barbara, Jorge A*.

(1044) CF Córdoba, Sala Civil y Comercial, 26-11-79, *Hessel, José E. F, ya cit.*; 4-12-79, *Barbara, Jorge A., ya cit.* Cabe destacar que no debe extrañar que el tribunal no haya invocado también la Convención Americana, ya que para aquella época la Argentina no era parte de la misma (la Argentina firmó y ratificó dicho tratado recién en 1984).

(1045) CF Mendoza, Sala A, 21-02-80, *Amengual, Aubone D*.

(1046) CF Rosario, Sala B, 13-4-82, *Candiotti, María L. B*.

(1047) Art. 2 del Decreto 3213/84.

ción alguna de edad para solicitar —ya sea por sí mismo o a través de quien ejerza la patria potestad—, la opción por la nacionalidad argentina del hijo de argentinos nacido en el extranjero.

Nuestra Corte Suprema y demás tribunales nacionales han sido llamados en numerosas ocasiones a precisar otros extremos de la legislación en materia de nacionalidad “por opción”. Como principio general, la Corte Suprema estableció que el criterio utilizado a la hora de interpretar los requisitos necesarios para acceder a la nacionalidad argentina por opción debe ser restrictivo (1048). Sin embargo, las interpretaciones de los tribunales nacionales han sido generalmente laxas. Así, se ha sostenido que, en razón de tratarse de un derecho imprescriptible, no hay plazo para ejercer la opción después de cumplidos los 18 años (1049); que basta con que uno de los padres sea argentino, sin importar la nacionalidad del otro cónyuge (1050); y que también pueden optar por la nacionalidad argentina los hijos por adopción simple (1051) y los hijos de los argentinos por opción (1052).

Argentino por naturalización

De acuerdo al art. 20 de nuestra Constitución Nacional, los extranjeros mayores de 18 años que residan en la República durante dos años continuos, tienen derecho a solicitar su nacionalización como argentinos. La nacionalidad por naturalización es voluntaria, ya que el citado artículo estipula que los extranjeros no están obligados a admitir la ciudadanía. Esto quiere decir que no hay adquisición automática ni obligatoria de la nacionalidad para los extranjeros (1053).

Conforme a la Ley 346, la nacionalidad argentina por naturalización (Art. 2) se concede al extranjero mayor de 18 años que, habiendo residido en la República por un período mínimo de dos años, manifieste ante un juez federal de sección por voluntad adquirida (inc. 1). La exigencia de residencia en el país durante dos años no debería ser ampliada por la ley, y mucho menos por decretos o resoluciones administrativas, como suele ser la práctica en

(1048) En palabras de la Corte: “dado su carácter excepcional, el instituto de la ciudadanía por opción debe ser aplicado en forma estricta y siempre que los peticionantes reúnan la totalidad de los requisitos establecidos por la ley vigente”. CSJN, *Benatar Macías, Menahem I.*, 1979, Fallos, 301:839.

(1049) L.L. 1988-C, pág. 625.

(1050) CSJN, *Astori y Rossetto, Humberto*, 1944, Fallos, 199:165.

(1051) CN Civ. y CF, Sala I, 24-4-95, *T., P. J.*, LL, 1996-E, 674: “Una interpretación amplia de la preceptiva del inc. 2º del art. 1º de la Ley 346, en conjunción con el art. 21 de la Ley 19.134, permite concluir que el hijo por adopción simple puede optar por la nacionalidad argentina”.

(1052) CN Civ. y CF, Sala I, 7-8-01, *Ricci Rospigliosi, Felipe, LL*, 2002-A, 82 - DJ 2001-3, 1089.

(1053) BIDART CAMPOS, *op. cit.*, pág. 132; QUIROGA LAVIÉ, HUBERTO, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Zavalía, 2000, 3ª ed., pág. 126.

nuestro país (1054). En cambio, el período mínimo de dos años sí puede ser reducido en ciertos casos, por ejemplo, si el aspirante ha desempeñado con honradez empleos en la administración pública nacional, provincial o municipal; si ha servido en las fuerzas armadas argentinas o ha asistido a una acción de guerra en defensa de la Nación; si tiene cónyuge o hijo argentino nativo, etc. (inc. 2).

De acuerdo al Decreto 3213/84 son impedimentos para adquirir la nacionalidad por naturalización: no tener ocupación o medios de subsistencia honestos; estar procesado en el país o en el extranjero por delito previsto por la legislación penal argentina, hasta no haber sido separado de la causa, o haber sido condenado por delito doloso, tanto en el país como en el extranjero con una pena privativa de la libertad de hasta tres años, salvo que la misma hubiere sido cumplida y hubieren transcurrido cinco años desde el vencimiento del término de la pena fijada en la condena o hubiere mediado amnistía (1055). Si bien las causales para el rechazo de la nacionalidad argentina previstas por la legislación vigente son mucho más precisas y restringidas que las previstas por el anterior régimen de la Ley de facto 21.795 (1056), el criterio a aplicarse al momento de otorgar la nacionalidad argentina debe ser siempre restrictivo (1057). Sin embargo, a la hora de decidir acerca de la concesión de la ciudadanía argentina debe tenerse en cuenta que la misma

(1054) En efecto, la exigencia de que la Dirección Nacional de Migraciones haya otorgado la *residencia definitiva*, para contar a partir de dicho momento los dos años de residencia, no tiene fundamento constitucional. Así lo ha decidido la Corte en numerosos casos. Ver por ejemplo, L.L. 230-244 y 480.

(1055) En relación a estos supuestos, contenidos en el Decreto 3213/84, reglamentario de la Ley 346, QUIROGA LAVIÉ advierte sobre su falta de fuerza legal en términos constitucionales, en razón de tratarse “virtualmente de un decreto de necesidad y urgencia, el cual no estando ratificado por ley, carece de fuerza normativa, en los términos del art. 82 de la Constitución”. Ver QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

(1056) Dicho régimen preveía para el otorgamiento de la nacionalidad requisitos extremadamente ambiguos, tales como *poseer buena conducta*, e incluso claramente discriminatorios, como “no ser sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, dementes o personas que, a criterio del tribunal interviniente, estén disminuidas en sus facultades mentales” o “no haber sido condenados en el extranjero por delitos dolosos previstos en la legislación penal argentina y reprimidos por ésta con pena privativa de libertad mayor de 3 años, aunque la condena haya sido cumplida o mediado indulto o amnistía”.

(1057) En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que cuando existen dudas relativas al otorgamiento de la ciudadanía, ésta debe denegarse (LL, 1976-4, pág. 569), y que la valorización acordada a los jueces no se ve restringida por el hecho de que los procesos a los que estuvo sometido el solicitante de la nacionalidad argentina no encuadren en las hipótesis previstas por la normativa aplicable (CSJN, *Teshkojian, Enoc*, 1979, Fallos, 301:442). Sin embargo, en alguna ocasión la Corte ha decidido atenuar el rigor de la norma, teniendo en cuenta otras circunstancias del caso, tales como el hecho de que el solicitante se haya arraigado en el país, hubiera constituido familia y trabajara tesoneramente (CSJN, *Ponti, Corradino Luis*, 1975, Fallos, 292:103; *Gorza, Angel Silvano. Lerer, Boris*, 1975, Fallos, 293:154 y *Marini, Edilio*, 1975, Fallos, 293:663)

no podrá denegarse “por razones políticas, ideológicas, gremiales, religiosas o raciales” (1058).

Por otro lado, si bien una ley que contuviera causales de pérdida de nacionalidad nativa sería inconstitucional (1059), sí sería revocable la obtenida por naturalización, por causales razonablemente previstas en la Ley, como por ejemplo si fue obtenida por fraude, “pero nunca sería renunciabile por el interesado” (1060). En este sentido, cabe destacar que —apartándose de la postura expresada en fallos anteriores, en los que sostuvo que la ley 346 no admitía la doble nacionalidad y que, por lo tanto, el extranjero naturalizado debía renunciar a su nacionalidad de origen (1061)— la Corte Suprema ha declarado en un reciente fallo que “la obtención de una nacionalidad determinada distinta a la de origen es perfectamente admisible” y que “una persona puede optar por la nacionalidad argentina o naturalizarse argentino sin perder la de origen o, a la inversa, un argentino nativo, por opción o naturalizado, puede adquirir una nacionalidad extranjera sin poder, siquiera, renunciar a la argentina”. Más importante aún, entre los fundamentos alegados para arribar a dicho cambio de doctrina, la Corte sostuvo que:

“en la evolución del concepto de nacionalidad se ha ido abandonando la idea de la existencia de una sola por parte de un mismo individuo lo que involucraba la pérdida de su propia nacionalidad en caso de la adopción de alguna otra (...). En tal sentido **las concepciones en boga tienden, no sólo a ver en la nacionalidad un atributo que el Estado le reconoce a la persona sino, principalmente, como un derecho humano de ella**, aceptándose como consecuencia la doble nacionalidad, no sólo mediante tratados firmados con potencias extranjeras (vgr. los firmados con la República de Italia (...) y el Reino de España (...); art. 15 de la Declaración

(1058) Art. 11 de la Ley 346, modificado por la Ley 24.533. Idéntica redacción contiene el Art. 3 del Decreto 3213, con el siguiente agregado: “sin perjuicio de ello, el Juzgado interviniente podrá denegar la solicitud cuando estuviere plenamente probado que el causante realizó actos de carácter público que significaron la negación de los derechos humanos, la sustitución del sistema democrático, el empleo ilegal de la fuerza o la concentración personal del poder”.

(1059) Ver apartado anterior, referido a la nacionalidad argentina *nativa* y sus notas.

(1060) CSJN, *Padilla, Miguel, ya cit.*

(1061) Conf. Caso CSJN, *Mari Más, Juan*, 1938, Fallos, 181:175. Sin embargo, esta solución no era aplicable para los españoles y los italianos, en razón de que la Argentina ha firmado sendos tratados de doble nacionalidad con España (1969) y con Italia (1971). De acuerdo a estos convenios, los nacionales de una de las partes podrán adquirir la nacionalidad de la otra —de acuerdo con la correspondiente legislación— pero mantendrán su anterior nacionalidad con suspensión del ejercicio de los derechos inherentes a ésta. Los derechos y deberes inherentes a la nacionalidad se regirán por las leyes del país de la nueva nacionalidad, aunque no habrá necesidad de repetir el servicio militar si lo hubiere cumplido con anterioridad. Si se regresa al país de origen, se pueden recuperar todos los derechos y deberes inherentes a la anterior nacionalidad.

Universal de Derechos Humanos y art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta), sino también de hecho, por ser un individuo reconocido como nacional por más de un derecho interno” (1062).

En línea con esta tesis, el Art. 16 del Dec. 3213/84 prevé que “La suspensión del ejercicio de los derechos políticos de conformidad a lo establecido en el artículo 8º de la Ley Nº 346 y la voluntad de no recobrar su ejercicio prevista en la última parte del artículo 4º de la Ley Nº 23.059, no priva de los derechos ni exime de las obligaciones inherentes a la nacionalidad argentina, sea ésta nativa o adquirida”. Más aún, incluso en el caso de pérdida de la nacionalidad por naturalización “por causales razonablemente previstas en la ley”, ésta puede ser readquirida una vez desaparecida la causal que determinó la pérdida (1063). Dicha readquisición será declarada de oficio cuando surgiese de las constancias que se tuvieron al disponerla (1064). En los demás casos, el extranjero deberá solicitar y probar la desaparición de la causal que determinó la pérdida de su naturalización. Si mediase una amnistía, el naturalizado recupera su condición, sin que sea necesario realizar ningún trámite que disponga su rehabilitación (1065).

Por último, es importante señalar que ninguna disposición posterior a Ley 346 enmendó el silencio de esta última en torno a la nacionalidad de la mujer casada. La Corte Suprema, llamada a pronunciarse sobre el punto con motivo de casos planteados acerca de la procedencia del fuero federal, entendió durante más de veinte años —ajustándose a la doctrina generalizada en esa época—, que la mujer casada mantenía la nacionalidad del marido mientras subsistiera el matrimonio. Recién en el año 1944, la Corte consideró que la mujer casada no perdía su nacionalidad por matrimonio, ya que dicha solución sería incompatible con el art. 2, inc. 7, de la Ley 346 (1066).

El derecho a la Nacionalidad en el derecho argentino

Los apartados anteriores han presentado una descripción de las obligaciones que el Art. 20 de la Convención Americana impone sobre la Argentina, y de la regulación del instituto de la “nacionalidad” en nuestro derecho interno. Esta última sección estará dedicada a realizar una breve evaluación de la adecuación del derecho argentino, tal como ha sido interpretado por la Corte Suprema de la Nación y demás tribunales nacionales, a las obligaciones que nacen del citado Tratado internacional.

(1062) CSJN, *Padilla, Miguel, ya cit.* (énfasis agregado)

(1063) Conf. Art. 9 de la Ley 346, modificada por la ley 20.835.

(1064) *Ibidem.*

(1065) Conf. CSJN, *Antonio Martínez*, 1928, Fallos, 149:214.

(1066) Conf. CSJN, *Astori y Rossetto, Humberto*, 1944, Fallos, 199:165. Esta solución fue luego mantenida en otros casos, por ejemplo, CSJN, *Maldonado de Gallego, Amalia c/ Gallego, José*, 1962, Fallos, 252:313.

Como conclusión general, puede observarse que la legislación argentina vigente en materia de nacionalidad, y su interpretación por la justicia nacional, se ajustan plenamente a las obligaciones que nacen del Art. 20 de la Convención Americana.

Esto es así, en primer lugar, debido a que el criterio general de atribución de la nacionalidad adoptado por la Constitución nacional y la legislación reglamentaria es el mismo previsto por el Art. 20.2 de la CADH, a saber, el de “*ius soli*”. De hecho, el citado principio es adoptado por la Argentina con mayor amplitud que la prevista por la norma internacional, ya que también se consideran argentinas nativas a todas las personas nacidas en el territorio nacional, independientemente de si tenga o no “derecho a otra [nacionalidad]”. Asimismo, la legislación nacional prevé una concepción amplia para definir el “territorio de nacimiento”, que incluye a las legaciones argentinas y buques de pabellón nacional, y resuelve el problema de la prueba del nacimiento de una manera muy similar a la prevista por la Convención para la Reducción de la Apatridia, otorgando la nacionalidad argentina a los hijos de argentinos nacidos en el exterior que optaren por la misma.

En segundo lugar, la legislación nacional en materia de nacionalidad se ajusta también a las dos obligaciones que surgen al Art. 20.3 de la Convención: no rechazar arbitrariamente el otorgamiento de la nacionalidad, y no privar arbitrariamente de la misma. En efecto, si bien la legislación nacional prevé una serie de condiciones bajo las cuales puede rechazarse la atribución de nacionalidad por “naturalización”, éstas no exceden los estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y por la práctica general de los Estados. Más importante aún, estos requisitos han reemplazado los previstos por la anterior Ley *de facto* 21.795 —tales como poseer “buena conducta”; no ser sordomudo, demente o persona disminuidas en sus facultades mentales y no haber sido condenado en el extranjero “aunque la condena haya sido cumplida”—, que eran claramente contrarios al principio de “no arbitrariedad” prescripto por la Convención.

También resulta prácticamente imposible la posibilidad de “privación arbitraria” de la nacionalidad argentina una vez que ésta ha sido reconocida. En efecto, como se vio anteriormente en detalle, la nacionalidad argentina nativa no puede perderse bajo ninguna circunstancia, y la nacionalidad argentina adquirida sólo puede perderse en casos “razonablemente previstos por la ley”, y puede readquirirse una vez desaparecida la causal que determinó la pérdida.

Como resultado de este alineamiento casi total de la legislación nacional y su interpretación jurisprudencial a los criterios impuestos por la Convención Americana y sus interpretaciones por parte de la Corte Interamericana, el Art. 20 de la Convención Americana no ha sido nunca invocado ante los tribunales nacionales y, el “derecho a la nacionalidad”, sólo lo ha sido en contadas oportunidades, la mayoría de ellas como resultado de una “laguna jurídica” en la legislación *de facto* ya derogada.

ARTÍCULO 21. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

I. Reserva:

El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: “El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por indemnización justa”.

Concordancias: arts. 17 CN; 23 DADDH; 17 DUDH.

NICOLÁS M. PERRONE

1. El derecho de propiedad como un derecho humano:

La categoría de derechos humanos se refiere a *derechos* que hacen a la dignidad humana, y cuyo respeto está íntimamente relacionado con la posibilidad de cada sujeto de poder realizar su plan de vida (1067). Se trata de un núcleo vital de relaciones que no pueden ser alteradas legítimamente por ningún tercero. En este sentido, estos derechos consagran un concepto moderno de *Estado de Derecho*, es decir, se trata de límites que están por sobre los Estados nacionales.

Entonces, en primer lugar corresponde determinar, respeto del derecho de propiedad, qué aspectos de este derecho se encuentran dentro de este núcleo vital para el desarrollo subjetivo, y diferenciarlos de otros que —si bien

(1067) Ver el voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo y reparaciones del caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastings*-punto 4.

se refieren a esta relación particular entre el sujeto y la cosa— no son esenciales para la dignidad de la persona.

Por supuesto, para realizar esta distinción es necesario definir qué entendemos por dignidad. Al respecto, como se dijera al empezar, debe tenerse en mira que ninguna medida puede afectar el plan de vida de un sujeto, si éste no interfiere irrazonablemente con el plan de los demás. La legitimidad de una medida pública está dada por el respeto de este núcleo de derechos, a partir de los cuales todos los seres humanos pueden, potencialmente, alcanzar sus expectativas. Lo que no significa que todos efectivamente cumplan con ellas.

El derecho de propiedad debe ser considerado parte de esta categoría en la medida que es un medio para realizar ese proyecto de vida. Por el contrario, cuando el fin en sí mismo es el derecho de propiedad, es decir, acrecentar esa relación sujeto - cosa cuantitativamente, queda fuera de este entramado. El derecho no debe garantizar que los sujetos cumplan su plan de vida, sino simplemente permitir su realización.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los *derechos humanos* excluyen la protección de la relación que se establece entre una persona *jurídica* y una cosa. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho algunas consideraciones al respecto en el caso *Cantos* (1068). En ese precedente, la Corte IDH puntualiza que esa unión de personas materializada por una sociedad puede tener por objeto conseguir los medios básicos para una subsistencia digna. En ese sentido, afirma que no puede afirmarse que una actividad tiende a generar más propiedad, cuando aquélla tiene por miras proveer los medios para cumplir un plan de vida. Es evidente que el ser humano, por su sola condición de existir, consume recursos que son de su propiedad, pero esas cosas se obtienen para poder existir, y así cumplir con un proyecto de vida. Por lo tanto, la generación de producto por la actividad propia de cada sujeto, en términos generales el resultado del trabajo, es protegido como un medio para desarrollarse.

Al análisis de la Corte IDH, se puede agregar otro elemento para enriquecer el debate: la consideración del tipo societario de *personas* o de *capital*. La razón de esta categorización en derecho societario se sustenta en la distinta relación o *affectio societatis* entre los socios, y su responsabilidad frente a terceros. Es decir, queda claro que en las sociedades de personas los socios se involucran como sujetos, mientras que en las de capital involucran su capital *su propiedad* a los fines de conseguir más propiedad.

También es necesario detenerse a profundizar sobre la relación trabajo y resultado de esa actividad, cuestión que admite graduaciones. En este sentido, siguiendo a John Locke (1069), cada sujeto tiene derecho al producto de

(1068) Corte IDH, Caso *Cantos vs. Argentina*, del 28-11-02.

(1069) LOCKE, JOHN, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 1997, pág. 48 y ss.

sus acciones, es decir, quien se alza y toma una manzana tiene un derecho sobre ella porque la obtuvo antes que otro. De la misma forma, quien trabaja una parcela de tierra tiene derechos sobre ella, situación que aún en nuestros días está prevista y regulada como la usucapión.

Esta descripción del origen de la relación sujeto - objeto es útil para limitar los alcances de la propiedad como derecho humano: las manzanas que una persona pueda comer, o las tierras que pueda trabajar. Vale decir, la garantía sólo se proyectaría sobre los medios esenciales para poder alcanzar su proyecto de vida. Esto no significa que el derecho humano de propiedad garantice que todos tengan medios suficientes para ello.

Esta aproximación, que permite diferenciar claramente algunas situaciones, deja dudas respecto de muchas otras. No obstante, resulta ser una base aceptable para diferenciar el derecho de propiedad como *derecho humano* del derecho de propiedad como *derecho civil*. Evidentemente, la actitud egoísta, propia de una sociedad posesiva de mercado, de acrecentar el patrimonio como fin en sí mismo no puede ser protegida, porque la condición de *rico* no es básica para una persona.

El derecho de propiedad como derecho humano está conformado, entonces, por dos aristas principales: la primera es ese grupo de cosas necesarias, en términos razonables, para el desarrollo del sujeto; mientras que la segunda es el producto del trabajo personal e intelectual de la persona, es decir, las cosas materiales o inmateriales que a partir de su interacción con el mundo externo son creadas o producidas.

2. *El derecho de propiedad y la situación política y social:*

Al tener definido, previamente, qué entendemos por derecho de propiedad en términos de derechos humanos, parece que sólo nos resta aplicar este concepto a los hechos de un caso, y luego ponderar los distintos principios que hemos enunciado en el punto anterior. Si bien es cierto que esta definición de derecho de propiedad puede no solucionar todos y cada uno de los casos que se presenten al intérprete, puede servir como guía para determinar si existe una violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La cuestión que no puede pasarse por alto, a la hora de contrastar los hechos con la norma, es el impacto que la realidad social de los Estados partes tiene en la aplicación de la convención. Sin ánimo de ser concluyente respecto de una u otra situación que pudiera plantearse, a la hora de decidir si existió o no violación del artículo 21 debe analizarse la situación general de cada país.

El derecho de propiedad es un derecho que admite graduación, es decir que puede ser ampliado o restringido sin que ello implique su aniquilación. Es cierto que los principios enunciados en el apartado anterior permiten de-

terminar el límite que referimos. Sin embargo, ese análisis puede cambiar según la realidad social que vive cada Estado.

Es más, en el caso de la Argentina, en virtud de la reserva efectuada por nuestro país al artículo 21, debe considerarse no sólo si existe una violación en el caso concreto, sino si existe una cuestión inherente a la política económica.

El rol que juega esta reserva frente al *derecho humano* no es tarea fácil de determinar, interpretarla en términos estrictos significaría que, siempre que haya cuestiones políticas, el asunto quedaría fuera del ámbito de protección. Esta interpretación parece desacertada, en primer lugar, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en varias oportunidades que corresponde revisar si, en el caso, se han conculcado derechos establecidos en la Constitución Nacional, sin perjuicio de la bondad o no de la medida adoptada por los otros poderes. Lo que no puede hacer nuestra Corte Suprema y, también está vedado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la valoración de la política económica del gobierno. Es decir, sólo si esa política violenta el derecho en términos irrazonables o, simplemente, lo aniquila, la Corte IDH podrá decidir que se ha violado la convención.

El punto trascendental es establecer bajo qué medida valoraremos la razonabilidad del acto criticado. Es aquí donde la realidad social adopta un papel estelar. Estimo que éste es el parámetro básico para determinar si el acto cuestionado es, o no, razonable. Evidentemente, más allá del acierto o error de la política adoptada respecto de los fondos atrapados en el sistema financiero durante el año 2002, es indudable que existía una situación de emergencia y aquélla no puede ser olvidada a la hora de juzgar. En fin, el balance entre ambos principios requiere que el Estado preserve su libertad en materia de política económica, aunque limitado al no aniquilamiento del derecho o su afectación irrazonable. Este último análisis no debe efectuarse en abstracto, sino que debe atender a la realidad del Estado demandado. El juicio de razonabilidad, en este caso, es un test que pretende determinar si existe esa situación *difícil* y si la medida de gobierno está dirigida a paliar esa circunstancia. Por ello, bajo ninguna circunstancia podrá abrirse un juicio sobre la eficiencia de la medida en sí misma, la existencia de una relación de medio - fin es suficiente para negar la violación solicitada, salvo que la desproporcionalidad del medio en función de la situación social sea palmaria.

Lo dicho se compatibiliza con la reserva hecha por nuestro país, e impide, a la vez, que la cuestión política se transforme en una especie de muro impenetrable para reclamar la violación del derecho de propiedad.

3. Recepción del derecho de la propiedad en las distintas cartas de derechos humanos:

El derecho de propiedad es el principal derecho civil luego del derecho a la vida. Tal privilegio no está referido a un segundo lugar en importancia, o al primero después que queda asegurada la vida, sino a una cuestión histórica

de desarrollo del sistema económico, político y cultural, y que puede resumirse en la *sociedad capitalista* (1070).

Desde el punto de vista político y social el sujeto actual tiene un patrón de conducta consistente en la “adquisición incesante de más y más dinero, evitando cuidadosamente todo goce inmoderado, es un fin en sí, exento de todo punto de vista utilitario o eudomonista. La ganancia deja de ser un medio y se convierte en un fin objetivo de la vida del hombre. El capitalismo moderno implica, así, una nueva relación entre el hombre y el dinero, resultado y expresión de la virtud del trabajo” (1071).

Como aclaré en el primer apartado, si aceptamos que los derechos humanos están limitados a aquel grupo de condiciones básicas que garantizan la dignidad del sujeto, debemos reducir la protección del derecho humano a la propiedad y limitarla en cuanto expresa un medio para garantizar esa dignidad. Aún así, no podemos desconocer el rol trascendental que la propiedad ocupa en nuestra sociedad actual, y, por lo tanto, en el ámbito de los derechos humanos se ha rezeptado su protección en muchos de los sistemas existentes.

Así, el derecho de propiedad está incluido, entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 17), en la Declaración Americana de Derechos del Hombre (artículo 23), en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (artículo 1, protocolo adicional N° 1), en la Carta Africana de los del Hombre y de los Pueblos (artículo 14), en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial (punto d.v.), y en el tratado de la Constitución Europea (artículo II-77).

4. *La interpretación de la Corte IDH*

1. **El concepto de bienes:**

El artículo 21 está estructurado sobre la protección de una relación de uso y goce que tiene el sujeto que detenta la propiedad respecto de bienes. Por lo tanto, en primer lugar corresponde definir qué se entiende por bienes en los términos del artículo 21. En ese sentido, la Corte IDH ha establecido que los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona;

(1070) Con lo dicho no se pretende referir que el derecho de propiedad está por encima de otros derechos, o que tiene mayor jerarquía. Simplemente, nuestra sociedad actual y su organización descansa sobre la protección del derecho a la propiedad. De manera que su desprotección atentaría contra la propia organización social, sin que —por mi parte— corresponda valorar en esta obra la bondad, o no, de esta última.

(1071) FAYT, CARLOS S., *Génesis de la sociedad posesiva de mercado. De la revolución comercial a la revolución industrial y la globalización*, La Ley, 1999, págs. 48-49.

dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor (1072).

Al respecto, se presenta una interesante cuestión en torno a los derechos intelectuales. En este tema, corresponde echar mano al principio general y establecer una clara distinción entre este derecho como derecho humano y como derecho patrimonial.

En el sentido expuesto existen dos dimensiones claras: el valor moral que representa la creación para el autor y los beneficios económicos de su explotación. Creo que el primero no admite condicionamientos, dado que el autor merece el reconocimiento que corresponda por su obra, debiendo evitarse que se plagie su creación —resultado de su trabajo y esfuerzo—, que está vinculada con su proyecto de vida.

La cuestión económica sí es más compleja, en principio los seres humanos tienen derecho a gozar de los beneficios de los inventos e innovaciones, sin vulnerar, sin embargo, el derecho individual de los autores de tales inventos o innovaciones. Al respecto, se pueden establecer dos reglas básicas para brindar protección a una obra:

1) Que se trate de un invento, innovación (no un mero perfeccionamiento de un objeto ya existente) o creación originales. Por eso no es patentable lo que ya existe, sea en la naturaleza, que es por esencia patrimonio común de la humanidad, sea por producto del ingenio humano, cuyo autor o autores son ya conocidos o reconocidos.

2) Que la propiedad intelectual esté limitada en el tiempo, de manera que después de transcurrido cierto lapso, el invento, innovación o creación pase al dominio público.

2. El concepto de interés social

El derecho de propiedad es un derecho que —conforme el mismo texto de la CIDH— puede ser subordinado, es decir que está sujeto a la dependencia de otro derecho o principio. En este caso, se refiere expresamente a que la ley puede relativizar este derecho en pos del *interés social*.

La ponderación de estos dos elementos (protección de la propiedad e interés social) es quizás el punto más difícil en términos interpretativos. Para resolverlo corresponde echar mano a los principios expuestos al principio de este comentario. No existen dudas respecto de que quien crea valor merece reconocimiento por su trabajo, por lo que deben reconocerse sus respectivos beneficios en función de su esfuerzo y la entidad de su creación. Este valor puede tener distintas apariencias, pero a los fines de simplificar la cuestión

(1072) Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01.

—en términos económicos— podemos hablar de un interés, beneficio, o trabajo cuantificable en dinero.

Sin embargo, a partir de esta operación de ponderación, resulta claro que tal derecho a ese valor no puede tener un contenido exorbitante, que en la práctica imposibilite a ciertos grupos acceder a las ventajas de esa creación, desconociendo cualquier interés que la sociedad pueda tener en ese valor introducido en la comunidad. El punto es que un sujeto puede tener en su patrimonio un haz de relaciones de propiedad y es justo que las pueda utilizar para lograr cumplir su propio plan de vida. Sin embargo, si éste no es afectado en una medida considerable, no puede oponerse a que parte de su derecho, o de las ventajas que el genera, sea afectado a permitir el plan de vida de otros, cuando de otra forma ello no sería posible (1073).

Sin perjuicio de lo dicho, cabe recalcar que debe tratarse de casos donde, de lo contrario, no podría cumplirse el plan de vida de otros sujetos, es decir, sólo cuando las ventajas que otorga ese derecho fueren imprescindibles para tal fin se debe admitir su afectación y subordinación. El interés social no puede ser otro que la facilitación del plan de vida de todos los sujetos de la comunidad, (“la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”) (artículo 32). Pero para su consecución, sólo puede afectarse el derecho de propiedad de los individuos si ésta fuera la única alternativa viable.

Por ello no cualquier medida puede ser amparada por este *interés social*. Un sujeto que crea una consola de juegos puede ponerle el precio que quiera, y nadie podrá quejarse de que su *interés social* a jugar está afectado. Las ventajas que son consecuencia de invenciones que no impiden la realización del proyecto de vida de una persona, aun cuando lo faciliten, no merecen tutela del sistema de derechos humanos.

En cambio, cuando hablamos de nuevos productos medicinales o tratamientos, por ejemplo, es evidente que esta invención puede permitir que un sujeto realice su proyecto de vida que, de otra forma, se vería totalmente imposibilitado. El caso expuesto resulta paradigmático, la vida de un sujeto depende de una droga cuya fabricación es barata, pero su costo es enorme en función de valor de la patente. ¿Puede negarse a esa persona la droga? La respuesta debe ser negativa (1074). Podrá negarse la última computadora para su labor o artículos relacionados con el entretenimiento, aunque no sobre una base discriminatoria, sino a partir de las reglas propias de una economía de mercado.

(1073) Al respecto nuestra Corte Suprema ha dicho “Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial” (CSJN, *Brunella Vda. de Weiser*, 1974, Fallos 289:67).

(1074) Declaración relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, 20-11-01, WT/MIN(01)/DEC/2.

Esta posición es concordante con la expuesta por la Asociación Americana de Juristas y el CETIM que estiman que, en relación con el derecho de propiedad intelectual, es indispensable:

1) Establecer una clara distinción en este derecho: por un lado como derecho humano y por el otro como derecho patrimonial.

2) Reconocer la primacía de los derechos humanos y del interés general, en particular en lo que concierne a la interpretación del acuerdo de Marrakech sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio y a la solución de diferendos en el marco de dicho acuerdo (1075).

Finalmente, corresponde aclarar que el concepto de *interés social*, a partir de la reserva de la Argentina, fue sustraído del conocimiento de la Corte Interamericana, que no podrá revisar la calificación que hagan los magistrados locales. Es decir, para calificar qué se entiende por interés social en la Argentina hay que recurrir a la jurisprudencia local (1076). No obstante, también es posible interpretar que esa parte de la reserva se refiere sólo al segundo párrafo del artículo 21.

En este sentido, nuestro Alto Tribunal ha tenido en cuenta el concepto de interés social a la hora de analizar la afectación de un derecho para determinar si una medida es conforme o no con nuestra Constitución Nacional. Para ello, el tribunal realiza un escrutinio sobre el medio elegido por el legislador a fin de corroborar la existencia de una “relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. Todo ello conforme los límites dispuestos en el artículo 28 CN” (1077).

A partir de este antecedente, puede verse que la Corte Suprema entiende que siempre debe existir un interés social para relativizar un derecho, lo que se conforma con el criterio de la Corte IDH, pero además aclara que debe ser uno de una intensidad suficiente que justifique la decisión. Esto es muy importante, porque de otro modo cualquier motivo podría calificarse de interés social, lo que sería ampliamente violatorio del artículo 28 de la CN.

El Estado está facultado para poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social, pero “el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones —monto de las pensiones— ratifica que los Estados sólo pueden reducir lo que el tribunal denomina ‘pensión

(1075) Centro Europa - Tercer Mundo: http://www.cetim.ch/es/interventions_details.php?iid=171 (21-06-10).

(1076) CF La Plata, Sala II, 5-2-02, A., *Aldana S. B.*

(1077) CSJN, *Itzcovich, Mabel vs. Administración Nacional de la Seguridad Social*, 29-03-2005, y sus citas.

nivelada' por la vía legal adecuada y en la medida en que no contradigan el propósito y razón de las mismas, condenando la modificación arbitraria de los parámetros de determinación del monto de aquélla con la consecuente reducción del beneficio. En razón de lo expuesto la Corte Interamericana declaró que el Estado parte violó el derecho de propiedad privada, el derecho a la protección judicial e incumplió las obligaciones generales en los términos de los arts. 21, 25, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos" (1078).

Nuestra Corte Suprema no ha brindado una definición conceptual de *interés social*, sino que ha analizado caso por caso si tal interés estaba en juego, como puede verse —por ejemplo— en el caso *Brunella Vda. de Weiser* (1079), en los que se refirió a la *función social* de la propiedad.

Por tal motivo, corresponderá acudir a los hechos y examinar si la afectación al derecho de propiedad sirve o no al interés social, sin partir de pautas establecidas de antemano, pero con una importante cantidad de precedentes de nuestro Alto Tribunal que sirven de guía para interpretar el caso. De cualquier manera, queda por verse si la jurisprudencia de la Corte IDH puede llegar a tener algún valor a pesar de la expresa reserva.

Cabe destacar que entre sus antecedentes figura el caso denominado "*Cinco Pensionistas*" (1080), por el que se declaró que los Estados pueden imponer limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social, de conformidad con el artículo 21 de la Convención. En ese sentido, el tribunal utilizó el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") como pauta interpretativa que le permitiera desentrañar el contenido de esos conceptos, con lo que dedujo que tales limitaciones sólo pueden establecerse "mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos".

3. La relación de propiedad

El otro extremo que deviene necesario aclarar es la forma en que se determina esa propiedad, se trata de los *bienes* del *sujeto*. En principio, de lo que se desprende del informe de la Comisión en el caso *Marzioni*, "el significado jurídico ordinario de la palabra propiedad se refiere 'al derecho de disponer de algo de cualquier manera legal, de poseerlo, usarlo e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho'". Es decir, implícitamente, queda establecido que este derecho se determina conforme el ordenamiento

(1078) CSJN, *Sánchez, María del C. vs. Administración Nacional de la Seguridad Social*, 17-05-2005, con cita de Corte IDH, caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, del 28-2-03, punto VII, párrs. 187, 112º, 116º y 121.

(1079) CSJN, *Brunella Vda. de Weiser*, *ya cit.*

(1080) Corte IDH, *Caso "Cinco Pensionistas"*, *ya cit.*

legal, la condición de titular del uso y goce de ciertos bienes se determina conforme la ley de los Estados parte. Esto es así, por cuanto ningún sujeto puede disponer de un bien en forma *legal* si no tiene un derecho sobre él. Esa relación real es determinada por la ley, es decir, es un requisito para disponer de un bien que exista esa relación entre el sujeto y el bien. Al respecto, en el mismo caso la Comisión agregó que se ha definido como propiedad “el dominio o derecho indefinido de usar, controlar y disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objeto determinados”.

Sin embargo, corresponde mencionar que existen excepciones a este origen legal de la propiedad, según el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. En esa ocasión la Comisión alegó que “a) la Comunidad Mayagna tiene derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral. Estos derechos ‘existen aún sin actos estatales que los precisen’. La tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un sólo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos. El territorio global de la Comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación; b) los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. El no reconocer la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al principio de no discriminación contemplado en el artículo 1.1 de la Convención”.

Este criterio fue aceptado por la Corte IDH que consideró “que artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua”, con fundamento en que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Por lo dicho, la fuente legal del derecho de propiedad no es un requisito excluyente para la protección que brinda el artículo 21, aunque las excepciones deben encontrar un fuerte basamento en la forma de vida del sujeto en su aspecto “material y espiritual”.

5. La expropiación

La regulación de la expropiación nace junto con la recepción del mismo derecho de propiedad privada. La razón es simple, anteriormente el sobe-

rano podía disponer de los bienes de sus súbditos. Estos no tenían ningún derecho frente al monarca absoluto, dado que todas las relaciones jurídicas dependían de su gracia y buena voluntad.

Una vez que la propiedad de los sujetos se excluye de su esfera de decisión, como uno de los derechos más preciados —según la literatura liberal del siglo XVIII y XIX—, deviene necesario regular situaciones en las que la comunidad, por diversos motivos, necesita imperiosamente contar con un bien. Los motivos que pueden justificar tales medidas son innumerables: defensa, infraestructura, patrimonios históricos, etcétera.

El elemento esencial, entonces, es la razón de utilidad pública o de interés social, por lo que de no existir tales circunstancias nos encontraríamos frente a una flagrante violación del derecho de propiedad. En ese sentido, nuestra Constitución Nacional exige una ley que declare tal circunstancia, requisito que no surge expresamente de la Convención, toda vez que sólo expone “en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Por otro lado, mientras que nuestra Constitución Nacional sólo se refiere a *utilidad pública* como fundamento para la expropiación, la Convención menciona también el *interés social*. A primera vista, no pareciera que el interés social sea una situación que no pueda subsumirse en el concepto de utilidad pública. Aún así, el tema queda abierto a futuras interpretaciones dado que no es correcto inferir que cuando la convención hace esa enunciación se refiera a concepto idénticos. Lo que podría ser aceptable, a nuestro criterio, es que el concepto de *utilidad pública* en nuestra Ley Fundamental implique el de interés social. Al menos tal parecería ser el criterio de nuestro Máximo Tribunal, que sostiene que “en la base de la expropiación se halla un conflicto que se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés particular” (1081).

Sin perjuicio de lo dicho, corresponde recordar que la reserva efectuada por la Argentina expresamente sustrae al conocimiento de la Corte IDH tanto las nociones de *interés social* como de *utilidad pública*, por lo que ambas sólo podrán ser calificadas por los tribunales locales. Dicho esto, es posible admitir que se puedan haber ampliado las causales de expropiación, pero sólo los tribunales locales podrán expedirse al respecto.

En lo que se refiere a la operatoria, cabe señalar que nuestra jurisprudencia ha establecido, en forma mucho más estricta que la Convención, los requisitos que deben cumplirse para efectuar una expropiación. En ese sentido, señala: a) indemnización previa y debida (1082), b) igualdad ante las cargas públicas “Aun cuando el expropiado no puede oponerse a la declaración de utilidad pública, sí tiene derecho a que su patrimonio no sea gravado más allá de lo que

(1081) CSJN, Fallos 318:445 y 326:2329.

(1082) CSJN, Fallos 318:445 y 320:1263.

consienta la igualdad ante las cargas públicas” (1083), c) la calificación legal de la utilidad pública (1084) y, d) el pago previo, es decir, la indemnización debe ser pagado íntegramente antes que el dominio se trasmita al Estado (1085).

6. *La usura y la explotación del hombre*

A. **La usura**

Al hablar de usura nos referimos al cobro excesivamente alto de intereses en un crédito. La Real Academia Española en la tercera y cuarta definición del vocablo expresa: “3. f. Interés excesivo en un préstamo. 4. f. Ganancia, fruto, utilidad o aumento que se saca de algo, especialmente cuando es excesivo”.

La connotación cuasi religiosa de la usura tanto en el Cristianismo como en el Islam son demostrativos de la larga historia que precede a esta práctica. Ambas religiones —la primera es mayoritaria en el ámbito interamericano— condenan la usura. En el fondo de esta controversia moral, se encuentran los orígenes de terribles luchas religiosas, y las razones —en parte— del nacimiento de otras ramas del cristianismo.

Dentro de la Convención, estimo debe dejarse de lado toda carga ideológica que pudiera tener el concepto. La razón de tal aproximación al tema estriba en la necesidad de que el texto pueda tener un carácter universal que no ofenda la dignidad religiosa de persona alguna. Es que resulta posible que una concepción de la usura con una fuerte carga religiosa sea proclive a manifestarse por un credo, enfrentando, quizás, a otros.

Con estas aclaraciones, el punto 3 de este artículo prohíbe expresamente la usura, y establece que tal interdicción debe estar establecida por ley. En la Argentina los contratos de crédito con tasas muy elevadas son considerados de objeto ilícito por resultar contrarios a la moral y las buenas costumbres (artículo 953 del Código Civil). Asimismo, existen otros institutos que protegen a un sujeto que fuera explotado por su necesidad o ligereza, como ser el caso de la lesión. Es decir, si bien la usura no se encuentra expresamente prohibida existen muchas previsiones normativas que indirectamente se refieren al caso de intereses excesivos. Un debate interesante se ha planteado en nuestro país respecto de la capitalización de los intereses, procedimiento llamado anatocismo.

¿Podría incluirse a esa figura dentro del concepto de usura? El artículo 623 del Código Civil permite el anatocismo cuando lo pacten las partes expresamente, o cuando el deudor resulte moroso de cumplir una manda judicial. Si bien en el segundo caso la capitalización parece más una sanción que

(1083) CSJN, Fallos 318:445 y 326:2329.

(1084) CSJN, Fallos 318:445.

(1085) CSJN, Fallos 318:445, 318:1786.

una convención, el primero si podría ser objeto de dudas. El tema, por cierto, ha sido debatido ampliamente en doctrina, pero es cierto que no puede afirmarse en términos absolutos que esta figura sea totalmente compatible con la Convención. La principal razón que alimenta nuestra posición es que muchas veces, en los contratos de consumo, los sujetos implicados tienen un poder de negociación dispar, de manera que la posible cláusula puede ser tildada de nula o inexistente. Es cierto que, en tal caso, podría quedar subsumida en el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor o en el instituto de la lesión (artículo 954 del Código Civil), es decir, existiría una protección indirecta frente a una situación de anatocismo.

Aún así, la pregunta subsiste para otras relaciones que por algún motivo no pudieran ser calificadas de consumo y la respuesta, en mi opinión, no es clara. La Corte de Casación Italiana, por ejemplo, declaró que el anatocismo está absolutamente prohibido en un caso bancario (1086). En ese sentido, si el resultado de la capitalización fuese un interés excesivo, que se traduce en una ganancia también excesiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos podría condenar al Estado a modificar la normativa respectiva.

B. La explotación del hombre por el hombre

El sentido de esta parte del artículo, debe ser interpretado dentro de su propio contexto. Esto así, por cuanto el artículo 6 ya prohíbe la esclavitud y la servidumbre. Entonces, por explotación debe entenderse una categoría distinta de las anteriores. El origen del término según la Real Academia Española se encuentra en el vocablo francés *exploiter* (sacar provecho de algo), y su segundo y tercer significado en español es “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio” y “utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”. Por lo tanto, estimo que esta categoría se refiere a las conductas que implican obtener un provecho propio a partir del trabajo ajeno. Es decir, incorporar en forma ilegítima propiedad gracias al trabajo de otro u otros sujetos.

La diferencia, al igual que en el caso de la usura, la da este concepto de abuso. Mientras en la usura, una actividad lícita y buena para la sociedad como el crédito es transfigurada hacia un instituto nocivo que coloca a los sujetos en una trampa de endeudamiento sin salida, relaciones de dependencia del tipo laborales, que son la base de nuestra economía, pueden transformarse en situaciones de explotación.

La protección es impuesta en miras de evitar que sujetos en una mejor posición económica puedan sacar provecho de otros en forma abusiva.

(1086) *Cassazione S.U. - Sentenza tombale contro l'anatocismo (sentenza N° 21.095 del 4-10-04).*

¿Cómo se manifiesta este *abuso*? Evidentemente, a partir de términos de intercambio totalmente injustos y descontextualizados de la realidad del país.

Este concepto no abarca únicamente las relaciones laborales, aunque dentro del marco de este artículo, sin embargo, sí tiene que ceñirse a cuestiones de tipo económicas. El problema que se presenta frente al intérprete es que la vaguedad de la palabra *abuso* es grande a la hora de analizar el caso en concreto. Lamentablemente, en muchos de nuestros países latinoamericanos las condiciones laborales muchas veces son cercanas a la explotación.

Es por este motivo que la protección se limita a que esas prácticas abusivas sean prohibidas por la ley, es decir, los estatutos relativos a las relaciones de trabajo deben prohibir expresamente toda práctica de esta naturaleza. La cuestión que queda por dilucidar es si una mera defensa formal es suficiente, y si el Estado cumple con su obligación con el simple dictado de la normativa correspondiente.

A priori, parece que tal conclusión no es válida, porque la protección brindada puede quedar en letra muerta. Ahora, ello no implica que puedan imponerse al país estándares descontextualizados. Por ello, a la hora de analizar los esfuerzos que realiza un Estado para cumplir con esta manda, debe ponderarse su situación política, económica y social. Resulta evidente que las malas condiciones laborales son un flagelo para muchos de los países, pero la forma de combatirlo no es sancionando a los Estados por no tomar medidas que son de imposible cumplimiento. Si los jueces, a la hora de resolver estos casos, se colocan en pedestales y simplemente dictan sentencias declarativas no ayudarán a resolver la cuestión de fondo en los países miembros.

7. El acceso al sistema de protección interamericano de derechos humanos en casos del artículo 21

Más allá de las estipulaciones de la Convención, si éstas no son aplicadas en los casos concretos, como cualquier norma jurídica se vuelven obsoletas. En ese sentido es muy interesante el caso "*Marzoni vs. Argentina*" (1087), en el donde el gobierno nacional sostuvo ante la Comisión que la cuestión se trataba de diferencias monetarias y no de privación de propiedad. El tema en disputa era el contenido de una condena indemnizatoria por despido, que fue tachada de exigua por efectos de la política monetaria.

La Comisión receptó en buena medida los argumentos del Estado Nacional y consideró que el derecho de propiedad estaba salvaguardado, y que este derecho no puede ampliarse de modo que comprenda una eventual indemnización o la mera posibilidad de obtener un fallo favorable en litigios referentes a la adjudicación de sumas de dinero. Sostuvo además que la información dada por el peticionario no tiende a demostrar que haya sido lesionado el uso o goce de un bien que le pertenece, o de un interés referente a un objeto sobre

(1087) CIDH, N° 11.673, informe 39/96.

el que hubiera adquirido derechos legítimos conforme la legislación interna, ni que el Estado lo haya despojado de sus derechos. Por lo tanto, la Comisión concluye que la cuestión del monto, en este caso de una indemnización laboral, no queda comprendida en los términos del artículo 21, sino que se trataría de un caso donde se utilizaría al sistema como una cuarta instancia judicial.

Existe una cuestión que merece especial análisis en este punto, referida a la supuesta imposibilidad de conculcar el derecho de propiedad en función del monto o el contenido que se le asigne. En ese sentido, según el criterio expuesto parece que en la medida que el Estado formalmente reconozca el derecho de propiedad, no puede objetarse el contenido que le asigne. Es decir, el sujeto tiene derecho a una indemnización, y con su otorgamiento queda salvada la responsabilidad del Estado, argumento que puede ser trasladado a un sinnúmero de situaciones.

En este sentido, una mera disputa respecto al monto, tal como lo plantea la Comisión, no es asunto de su competencia. Sin embargo, pueden existir casos donde si bien se reconoce el derecho en la práctica ésta queda totalmente conculcado, ya sea a partir de quitas, esperas, arbitrariedades en su cuantificación, etcétera. Evidentemente, se trata de casos donde puede afectarse el derecho de propiedad, que es cierto deben ser valorados con carácter restrictivo. Pero ello no es lo mismo que descartar a priori cualquier violación toda vez que el contenido del derecho es el derecho en sí mismo.

8. La afectación del derecho de propiedad, la doctrina de emergencia y la Convención

En función de la reserva efectuada por la Argentina, cuyo alcance ya fue comentado en el punto 2 de este comentario, quedan exceptuadas de la jurisdicción de la Corte IDH las “cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno”. Por lo que, si bien ella no puede emitir opinión respecto de la bondad de las medidas económicas, sí está habilitada para efectuar un análisis mínimo de las medidas tomadas por el Estado, las que no pueden conculcar el derecho de propiedad en forma absoluta. De otra forma hubiera debido reservarse todo el artículo.

La doctrina de la emergencia y su recepción por parte de nuestro Alto Tribunal no parece poder impugnarse por vía de la Corte IDH. La razón es que el Estado, cuando adopta medidas que afectan el derecho de la propiedad, lo hace basado en verdaderas situaciones de dificultad, lo que impide tildarlas de arbitrarias o descontextualizadas. Por lo tanto, quedan dentro del ámbito de la reserva en la medida en que superan exitosamente un escrutinio mínimo. Es cierto que en los casos más antiguos que aceptaron este tipo de medidas, como *Ercolano* (1088) y *Cine Callao* (1089), podría afirmarse que el Estado tenía otras vías de resolver la cuestión, y que la afectación del derecho

(1088) CSJN, *Ercolano*, 1922, Fallos 136:161.

(1089) CSJN, *Cine Callao*, 1960, Fallos 247: 121.

de la propiedad no cumplía con el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Aún así parece difícil que se habilite en casos como los mencionados la jurisdicción de la Corte Interamericana.

Si es difícil admitirla en esos casos, parecería imposible que dicho Tribunal tenga jurisdicción cuando efectivamente estaba en juego el sistema económico nacional. En esta línea de casos se encuentran *Peralta* (1090), *Banco de Galicia en autos: Smith* (1091), *Bustos, Alberto* (1092) y *Massa, Juan* (1093). Frente a tales situaciones de anormalidad y emergencia es indiscutible que la política económica está severamente amenazada y es allí donde, en mi opinión, adquiere total operatividad la reserva efectuada por la Argentina.

(1090) CSJN, *Peralta*, 1990, Fallos: 313:1513

(1091) CSJN, *Banco Galicia en autos Smith*, 2002, Fallos: 325:28

(1092) CSJN, *Bustos Alberto*, 2004, Fallos: 327:4495.

(1093) CSJN, *Massa Juan*, 2006, Fallos: 329:5913.

ARTÍCULO 22. DERECHO DE CIRCULACIÓN Y DE RESIDENCIA

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.

Concordancias: arts. 14, 18, 20 y 25 CN; 8 y 27 DADDH; 13 y 14 DUDH; 12 PIDCP

Delimitación del objeto de este comentario

Como vimos a lo largo de esta obra, los derechos humanos se aplican a todos los individuos bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación de raza, idioma, sexo, religión, origen nacional o social. Sin embargo, las normas sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos autorizan a los Estados a realizar ciertas distinciones en cuanto a sus nacionales y a los extranjeros bajo su jurisdicción. Así, algunos derechos, como los derechos políticos, o los derechos de circulación y residencia enumerados en el artículo objeto de este comentario, están sujetos a mayores restricciones para los extranjeros. Sin embargo, estas mayores restricciones son contrarrestadas con la incorporación del derecho humano a poseer una nacionalidad y a no ser privado arbitrariamente de ella. Por otro lado, en ausencia de la protección del Estado de la nacionalidad, las normas internacionales han creado ciertos mecanismos de protección que otorgan una tutela similar. Tal es el caso de los refugiados (1094) y de los apátridas.

El artículo 22 de la CADH, titulado derecho de circulación y residencia, no sólo recepta el ejercicio de este derecho en el territorio del cual uno es nacional o residente, sino también el ejercicio del “derecho al asilo”, figura de gran importancia en la protección internacional de la persona humana que le permite al individuo acogerse a la protección de otro Estado frente a una situación de persecución por motivos políticos, raciales, religiosos, nacionales, o pertenencia a determinado grupo social o ante situaciones de violencia generalizada o violación masiva de los derechos humanos en su país de origen (1095). Veremos que el contenido de este derecho no es del todo claro en el ámbito latinoamericano en donde se mezcla la institución del asilo político y diplomático y la del “refugio”. Por otro lado, este “derecho a buscar y recibir asilo” no ha sido recogido con igual extensión por otros instrumentos de derechos humanos. Por ello, se debe recurrir al principio *pro homine*, en virtud del cual, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, se debe aplicar la norma más amplia o a la interpretación más extensiva. Por el contrario, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria, se debe echar mano de la norma o de la interpretación más restringida (1096).

(1094) El caso de los refugiados lo analizaremos con más detalle al abordar el “derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero” conforme al inciso 7 del artículo 22 CADH.

(1095) En el ámbito latinoamericano, la Declaración de Cartagena incorpora esta causal. *Declaración de Cartagena sobre Refugiados*, adoptada por el *Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia*, del 19 al 22 de noviembre de 1984, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0008.pdf> (última vista: 15-6-2009).

(1096) MANILL, PABLO LUIS, *El Bloque de Constitucionalidad La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 223.

En un primer apartado, se delinearán sucintamente las características del derecho a circular libremente, residir y salir del propio país, haciendo hincapié en la interpretación que de estos derechos hicieron los órganos de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos. Seguidamente, abordaremos el tema de la expulsión de extranjeros del territorio de un Estado parte en la CADH, trazando las características del ejercicio de esta potestad del Estado en el marco de la protección de los derechos humanos. Finalmente, nos concentraremos en el “derecho a buscar y recibir asilo” describiendo elementos que demuestren que éste se constituye como un verdadero derecho humano en el ámbito latinoamericano.

Libertad de movimiento: derecho a circular libremente, residir, salir del propio país (1097).

La libertad de movimiento de una persona es uno de los derechos civiles más elementales que posibilita el goce de muchos otros. Consiste en desplazarse sin obstáculos dentro del territorio del Estado donde uno se encuentra, elegir libremente su residencia y se manifiesta en el ámbito internacional a través del derecho a salir del propio país. Sin embargo, en muchas oportunidades estos derechos se encuentran ilegítimamente restringidos por las autoridades gubernamentales.

En primer lugar, debemos dilucidar quiénes son las personas que pueden gozar de este derecho según los términos del artículo bajo análisis y haciendo una interpretación armónica con otros instrumentos de derechos humanos y con la propia Constitución Nacional. Tanto la CADH como el PIDCyP nos hablan de “toda persona que se halle *legalmente* en el territorio de un Estado” (1098), mientras que la DUDH es menos restrictiva al referirse solamente a *toda persona*. Los términos de la DADDH, en su parte pertinente, remiten al derecho de toda persona de fijar su residencia en el territorio del Estado del que es nacional y de transitar por él libremente. Por otro lado, nuestra Constitución Nacional, en el artículo 14, enumera los derechos civiles de los que gozarán *todos los habitantes de la Nación*, entre los cuales se encuentra el derecho de “entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino”.

Ello nos lleva al análisis del término *habitante* a lo largo de la jurisprudencia de la CSJN. Hay consenso en la doctrina y jurisprudencia en que dicho término incluye tanto a nacionales como a extranjeros, pero que estos últimos están sujetos a la reglamentación migratoria, en el sentido de que su permanencia debe ser legal (residentes permanentes, temporarios, turistas, etc.). Pero a la vez, se puede dar cuenta de otros casos en los que el Alto Tribunal otorgó al término *habitante* una interpretación más basada en los elementos fácticos del caso y no tanto en el status migratorio de la perso-

(1097) Arts. 22.1; 22.2; 22.3; 22.4 CADH; art. VIII DADDH; art. 12.1 PIDCP; art. 13.1 DUDH; art. 14, CN: entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino.

(1098) El destacado nos pertenece.

na (1099). Así, la CSJN reconoció que una persona era “habitante” por haber permanecido ocho años en territorio argentino, más allá de que no tuviera una residencia legal (como residente permanente, temporario o turista) y le otorgó la titularidad del derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del país en tanto *habitante* (1100).

Si bien es útil mencionar la jurisprudencia de la CSJN en esta materia, observamos que la mayoría de los casos que delinear la noción de habitante pertenecen a decisiones muy viejas del supremo tribunal, y no se encuentran aportes trascendentes en pronunciamientos posteriores.

Tanto el contenido del artículo 22 de la CADH como de disposiciones similares en otros tratados de derechos humanos establecen tres derivaciones de la libertad de circulación y residencia: a) derecho a salir de cualquier país, inclusive el propio (con la contracara del derecho a entrar en el propio país); b) la prohibición de expulsar a nacionales; c) la protección contra medidas de expulsión arbitrarias.

En cuanto al derecho a salir de cualquier país, éste se relaciona estrechamente con el derecho a buscar y recibir asilo (1101) y cobra importancia sobre todo en los Estados que no permiten la emigración libre de sus nacionales. Los Estados no están en libertad de impedir la salida, el ingreso o la permanencia en su territorio de sus propios ciudadanos. En este sentido, la práctica de exigir visas de salida a los ciudadanos, más allá de la exigencia de obtener un pasaporte o en el caso de los menores las debidas autorizaciones de los padres, constituye una violación al derecho de libre tránsito y residencia consagrado en el art. 22 CADH (1102).

La otra cara del derecho a salir del propio país es el derecho a entrar a él, o a regresar. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en varias oportunidades ha declarado que los Estados partes en la CADH o los Estados miembros de la OEA han faltado a sus obligaciones internacionales relativas al derecho de residencia y de tránsito en tanto le habían impedido a sus ciudadanos regresar a su país (1103).

Los nacionales quedan protegidos de ser expulsados de su país de origen en virtud de la prohibición de expulsar a nacionales, consagrada por el artículo 22.5 CADH. Ahora bien, otros instrumentos, o la Constitución Nacional

(1099) CSJN, *Bertone, Antonio s/hábeas corpus*, 1932, Fallos, 164: 290; *Cuesta Urrutia, Tomás Luis s/hábeas corpus*, 1944, Fallos, 200: 99.

(1100) *Bertone, Antonio s/ hábeas corpus, ya cit.*

(1101) El cual será objeto de tratamiento en el último apartado de este capítulo.

(1102) Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y miembros de sus familias en el Hemisferio, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., 16 abril 2001.

(1103) Comisión IDH, Informe de Fondo, Resolución N° 56/81, Caso 5713, *Alberto Texier (Chile)*, del 16-10-1981; Comisión IDH, Informe de Fondo, Resolución N° 40/79, Caso 2777, *Thelma King y otros (Panamá)*, del 7-3-1979.

misma, podrían ser interpretados extensivamente para consagrar una prohibición de expulsión a individuos que tienen una relación de integración o arraigo tal con un Estado, sin llegar a ser nacionales (1104).

La protección otorgada por esta norma internacional contra medidas de expulsión arbitrarias, será objeto de análisis *infra*.

No obstante, los derechos recién enunciados no son absolutos y la CADH autoriza ciertas restricciones. Tales restricciones, para ser legítimas, deberán cumplir con lo estipulado en el artículo 30 del mismo cuerpo legal, requisito que fue extensamente desarrollado por la Corte IDH en la OC-6/86(1105). Así, el artículo 22.3 exige que la restricción a los derechos enumerados esté dispuesta por “ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.”

En cuanto al derecho que nos ocupa, la Corte IDH en el caso Canese, Ricardo c. Paraguay precisó que:

El Estado debe definir en forma precisa y clara, mediante ley, los supuestos excepcionales en los que procede la medida cautelar de salida del país durante un proceso penal, requisito que hace a su legalidad y resulta necesaria para su compatibilidad con el art. 22.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impidiendo su incumplimiento la aplicación de dicha restricción, al no encontrarse definido su propósito y los supuestos específicos en los cuales se hace indispensable para cumplir con alguno de los fines establecidos en el art. 22.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos(1106).

Admisión y expulsión de extranjeros (1107)

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, órgano subsidiario de la Asamblea General cuyo mandato consiste en promover la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, tiene ac-

(1104) Ver texto del art. 12.4 PIDCP y jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos: Comunicación nro. 538/1993, *Stewart, Charles E. c/ Canadá*. En cuanto a la Constitución Nacional, podemos hacer mención a la posición doctrinaria de Germán BIDART CAMPOS y GABRIEL CHAUSOVSKY, quienes sostienen que, en virtud de que la Constitución equipara a nacionales y extranjeros en el concepto de habitante y que, según el artículo 14 todo habitante tiene el derecho de permanecer en el territorio argentino, y por ende, el de “no ser expulsado”, para ellos, la CN es más amplia que los tratados de derechos humanos que permiten la expulsión de extranjeros. BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1988, pág. 138; CHAUSOVSKY, GABRIEL, *El Estado y la Expulsión de Extranjeros*, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa Fe, 1997, pág. 169.

(1105) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, *La Expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9-5-1986.

(1106) Corte IDH, *Canese, Ricardo c. Paraguay*, del 31-08-2004.

(1107) Arts. 22.6; 22.9 CADH.

tualmente bajo estudio el tema “Expulsión de extranjeros”. Dicho tema fue incluido en la agenda de la Comisión en 2004 (1108) y desde entonces, el Relator Especial Sr. Maurice Kamto, ha presentado cuatro informes (1109), a lo cual se suma un extenso y muy interesante informe preparado por la Secretaría respecto de las normas y práctica de los Estados y organizaciones internacionales relativa a la expulsión de extranjeros (1110).

Más allá del ámbito material de aplicación del proyecto que está siendo elaborado por la CDI, es útil recurrir a la explicación que éste da respecto de algunas de las situaciones que pueden producirse en el tema de la expulsión de extranjeros. Así, puede ocurrir que un Estado tome medidas para evitar que los extranjeros crucen sus fronteras y se encuentren en su territorio para poder ampararse de los derechos humanos que allí rigen. De hecho, últimamente ha sido frecuente que los Estados extiendan los efectos de su legislación migratoria para poder detener a extranjeros ilegales que intentan llegar a las costas del Estado por mar. En este sentido, es conocida la política de los Estados Unidos, llamada *política de los pies secos, pies mojados*, por la cual, sólo los extranjeros (aplicado sobre todo en relación con los cubanos) que hayan podido poner un pie en tierra firme serán admitidos sin visa en Estados Unidos. Los que fueron interceptados en mar o se evitó que tocaran suelo estadounidense no tendrán ese derecho y serán devueltos a su país de origen (1111). Una práctica similar de impedir el acceso de los extranjeros antes de que estén en territorio del Estado es la relativa a las leyes sobre prevención y sanción del terrorismo (1112).

Ahora bien, estas situaciones tienen más que ver con la admisión de extranjeros y no tanto con la expulsión. Por ello, nos concentraremos ahora en este último aspecto. La Convención Americana admite que un Estado parte expulse a un extranjero que se encuentra en su territorio siempre y cuando lo efectúe en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dota a los extranjeros de dos garantías adicionales: “se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente...” (1113).

No cabe aquí emitir un juicio de valor sobre la facultad del Estado de ejercer el control de ingreso, permanencia y expulsión de extranjeros, facultad que reside en dicha entidad en virtud de su soberanía, sino que es menes-

(1108) Resolución Asamblea General, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 56 período de sesiones*, A/Res/59/41 (16-12-04).

(1109) U.N. Doc. A/CN.4/554 (2005); U.N. Doc. A/CN.4/573 (2006); U.N. Doc. A/CN.4/581 (2007); U.N. Doc. A/CN.4/594 (2008).

(1110) Asamblea General, Comisión de Derecho Internacional, *Expulsión de Extranjeros*. Memorando de la Secretaría, A/CN.4/565 (10-07-06), pág. 54.

(1111) *Id.*, pág. 54.

(1112) *Id.*, pág. 58.

(1113) Artículo 13, PIDCP.

ter remarcar que dicha potestad debe ejercerse respetando la protección de ciertos derechos humanos que se hallan comprometidos ante una medida de este tipo (1114).

La facultad del Estado de establecer su política migratoria no lo exime ni restringe en forma alguna de las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Si la adopción por el Estado de medidas de control migratorio entra en colisión con los derechos humanos básicos de los individuos pasivos de esa medida, el Estado incurriría en una restricción no autorizada del goce o ejercicio de tales derechos. Así, diversos órganos de protección de los derechos humanos han declarado la violación de derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a un recurso judicial efectivo, a la prohibición de discriminaciones y la protección de la vida familiar ante la adopción de ciertas medidas de control migratorio por parte del Estado. En palabras de la Corte Interamericana:

[...] es un atributo [del Estado] tomar decisiones soberanas acerca de su política de migración, las cuales deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana (1115).

En el mismo sentido, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que:

[...] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales tales como deportarlos a sus países de origen si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la Comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la Carta [Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos] y del derecho internacional (1116).

Estas reglas se reflejan en el derecho a la libertad personal, las garantías mínimas que debe contener todo proceso en el que se diriman derechos y obligaciones de los individuos y cómo se deben llevar a cabo las expulsiones

(1114) Ver en general SAN JUAN, CÉSAR, *Control Migratorio y Derechos Humanos*, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 2 -Número 1, pág. 278 y ss.

(1115) Corte IDH, *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana*, Medidas Provisionales, del 18-8-2000, párr. 4.

(1116) Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Comunicación N° 159/96- Union Inter Africaine des Droits de l' Homme, Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal et Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola*, decisión del 11-11-97, párr. 20.

de extranjeros para que éstas estén de acuerdo con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, la Corte IDH ha expresado en el caso *Ivcher Bronstein c/ Perú*, en donde se cuestionaba el procedimiento seguido para la expulsión de un extranjero, que las garantías del artículo 8.2 CADH se aplican también a los procesos destinados a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, entre ellos, el procedimiento seguido para la expulsión de un extranjero (1117).

Dichas garantías que deben rodear a una expulsión también se aplican a aquellos inmigrantes que no residan regularmente en el Estado, es decir, a aquellos que no posean una autorización otorgada por las autoridades migratorias (1118). Ello, por cuanto, en muchos casos, poder determinar la legalidad o ilegalidad de la entrada de un individuo requiere de una actividad probatoria mínima. Además, estas garantías están orientadas a evitar el peligro de violar el principio de *non refoulement* o *no devolución*, que analizaremos más adelante.

La Corte Interamericana en oportunidad de pronunciarse en la Opinión Consultiva Nro. 18/2003 titulada "*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*", luego de analizar el contenido del derecho al debido proceso a lo largo de su jurisprudencia y de la jurisprudencia de otros órganos de control de instrumentos de derechos humanos, expresó:

La Corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna (1119).

A mayor abundamiento, en lo que respecta al tema migrantes, la Relatoría de la OEA sobre los trabajadores migrantes ha dejado en claro que:

Los extranjeros que se encuentran legalmente en un territorio sólo pueden ser expulsados o deportados mediante decisión alcanzada con-

(1117) Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-2001, párrs. 101-110 y punto resolutivo nro. 2.

(1118) SAN JUAN, CÉSAR, *op. cit.*; Comité de Derechos Humanos, *Observación General Nro. 15* (27º período de sesiones, 1986), *La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, párrafos 9 y 10, HRI/GEN/1/Rev. 1. En esta observación general, el Comité expresó que: "el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados partes, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado parte".

(1119) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, del 17-9-2003, párr. 122.

forme a la ley (artículo 22, inciso 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Esto significa que los Estados deben legislar las atribuciones de deportación, y que las decisiones así tomadas forman parte de la actividad reglada de la administración pública y no de su esfera discrecional. Además, el sentido de “ley” en este artículo no se refiere sólo al aspecto formal de un acto del Poder Legislativo, sino que además, en sentido material, ese acto debe tener un contenido conforme a las normas constitucionales y al Estado de derecho, incluyendo conformidad con las obligaciones emanadas de tratados internacionales (1120).

Existe una larga serie de peticiones individuales en donde la Comisión Interamericana ha concluido en que los respectivos Estados partes involucrados habían violado el derecho de circulación y residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención. Entre otras situaciones, los casos tenían que ver con ciudadanos que debieron exiliarse forzosamente frente a amenazas y violaciones a sus derechos humanos (1121), a ciudadanos a quienes se les prohibió el ingreso a su país (1122) y otros que fueron expulsados de su país de origen o residencia sin ningún tipo de garantías (1123).

Prohibición de expulsiones masivas (art. 22.9 CADH)

La prohibición de expulsar colectivamente a extranjeros es otra de las claras limitaciones puestas al Estado a la hora de poner en práctica su política migratoria. Como lo expresa el Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familias en el Hemisferio:

[...] los instrumentos internacionales contienen una clara prohibición que es directamente aplicable a nuestra materia: son contrarias al derecho internacional las deportaciones colectivas (artículo 22, inciso 9, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Aunque este término no está explicado, nos parece que no hay un número mágico en el cual las deportaciones individuales, por su cantidad, se convierten en colectivas. En cambio, pensamos que la deportación colectiva es aquella que se hace sin hacer determinaciones individuales sino grupales, aunque en

(1120) Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser. /L/V/II.111, doc. 20 rev., 16-04-01.

(1121) BOLIVIA: Diego Morales Barrera, Caso 7824, Comisión I.D.H. 44, OEA/ser. L/V/II.57, doc. 6 rev. 1 (1982) (Informe Anual 1981-1982); BOLIVIA: Juan Antonio Solano, Caso 7823, Comisión I.D.H. 42, OEA/ser. L/V/II.57, doc. 6 rev. 1 (1982) (Informe Anual 1981-1982); EL SALVADOR: Elvis Gustavo Lovato Rivera, Caso 10.574, Comisión I.D.H. 174, OEA/ser. L/V/II.85, doc. 9 rev. (1994) (Informe Anual 1993).

(1122) GUATEMALA: Padre Juan Gerardi, Caso 7778, Comisión I.D.H. 83, OEA/ser. L/V/II.57, doc. 6 rev. 1 (1982) (Informe Anual 1981-1982).

(1123) GUATEMALA: Padre Carlos Stetter, Caso 7378, Comisión I.D.H. Informe de Fondo, Resolución N° 30/81, 25-06-81 (Informe Anual 1981-1982).

cada caso el grupo al que se aplican pueda no ser demasiado numeroso. Sería un contrasentido que un Estado pudiera burlar la prohibición de deportar un alto número de personas en un solo acto, simplemente repitiendo muchas veces la expulsión de varias decenas de personas a la vez, y así alcanzando el mismo número de expulsiones a lo largo de un período más o menos corto. En consecuencia, los Estados están obligados a hacer determinaciones individuales sobre expulsión o deportación en cada caso (1124).

La historia de los países del continente americano nos demuestra que en incontables ocasiones se han emitido actos administrativos de expulsión masiva de extranjeros.

Relación entre las medidas de control migratorio y el principio de *non-refoulement*

De acuerdo con el párrafo 8 del artículo 22 de la CADH, los Estados no pueden expulsar o devolver a un extranjero a un país en el cual corra peligro su vida o su libertad personal por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Esta regla, conocida como principio de *non-refoulement* o *no devolución*, es la piedra angular del derecho internacional de los refugiados (1125) y ha adquirido estatus de derecho internacional consuetudinario y aún de norma imperativa (*jus cogens*) al menos en los casos que implican el riesgo de tortura (1126). No obstante, en el ámbito americano se ha propugnado el reconocimiento de todo el principio como perteneciente al *jus cogens* (1127).

(1124) Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus familias en el Hemisferio, OEA/Ser./L/V/II.111, doc. 20 rev., *ya cit.*

(1125) O'DONNELL, DANIEL, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.

(1126) CONTARINI, EUGENIA C., *El Derecho Internacional de los Refugiados y su aplicación en la Argentina* en ABRAMOVICH, BOVINO & COURTIS (comp.), *La aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en el ámbito local*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 2007, pág. 393; ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Los Derechos Humanos y la Protección de los Refugiados*, Módulo autoformativo 5, vol. I, Ginebra, 2008, pág. 12, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6447.pdf> (última vista: 25-10-2008).

(1127) En ese sentido, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, *ya cit.*, Parte II, Conclusión quinta: "Reiter[ó] la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*".

Dentro de los instrumentos del derecho internacional de los refugiados, está consagrada en el artículo 33, párrafo 1 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados:

Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

A diferencia de esta convención sobre el estatuto de los refugiados, la disposición de la CADH relativa al principio de no devolución es más amplia, ya que se aplica a todo extranjero, independientemente de que pueda o no acceder a la condición de refugiado, es decir que tenga temores fundados de ser perseguido por una de las causales estipuladas en la definición de refugiado que veremos *infra*.

El principio tiene también su correlato en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (artículo 3) y en la Convención Interamericana contra la Tortura (artículo 13), en el sentido de que ambos tratados prohíben deportar a una persona a un territorio donde podría ser torturado.

Ahora bien, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados reconoce una excepción a la aplicación del principio de no devolución en el segundo párrafo del artículo 33:

Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

Por el contrario, las convenciones que prohíben la tortura y consagran el principio de no devolución, no reconocen excepción alguna a este principio. Ello, en virtud del carácter de norma de *jus cogens* de la prohibición contra la tortura. Tampoco existen excepciones a la prohibición de *non refoulement* en el párrafo octavo del artículo 22 CADH.

En virtud de este principio, en lo que hace al control migratorio que es una potestad del Estado, éste no podrá entonces ejercerlo de forma tal que viole el principio de no devolución. En la jurisprudencia interamericana existen varios casos en donde se ha encontrado violado el principio de no devolución (1128). Uno de los casos más paradigmáticos es aquél de la interdicción

(1128) CIDH, Informe Anual 1998, Capítulo III.1.a., párr 7. (la suspensión de la deportación de 120 cubanos detenidos en Bahamas, quienes habían solicitado el estatuto de los Refugiados e iban a ser deportados a Cuba); CIDH, Informe Anual de 2000, Capítulo III, C.1.u., párr. 58 (no expulsión y la garantía del derecho a solicitar y recibir asilo de un grupo de 800 ciudadanos colombianos que huyeron por razones de seguridad y se refugiaron en Venezuela); Comisión IDH, Medidas Cautelares,

de los haitianos. Allí, la CIDH dictó medidas cautelares para que Estados Unidos cesara en su práctica de detener en alta mar a barcos que se dirigían a sus costas y en los que viajaban haitianos y de hacerlos regresar a Haití sin concederles la posibilidad de demostrar que tenían derecho a ser calificados como refugiados o como solicitantes de asilo en el marco de la Declaración Americana. Asimismo, solicitó a Estados Unidos que tomara las medidas necesarias para que los haitianos que ya se encontraban en Estados Unidos no fueran devueltos a Haití sin que se estableciera si tenían derecho a ser calificados como refugiados, en tanto dicha práctica violaba también la legislación de los Estados Unidos, que prohíbe el *refoulement* o devolución por la fuerza de quienes genuinamente huyen de la persecución que sufren en su país de origen (1129).

Derecho a buscar y recibir asilo

El párrafo 7 del artículo 22 de la CADH refiere al derecho de toda persona 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 las convenciones internacionales”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene similar disposición —con casi idénticos términos— en su artículo XXVII. Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 14 estipula: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.” Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no consagra un derecho similar. La institución del asilo también está relacionada con el derecho internacional de los refugiados. Es necesario entonces precisar los distintos ámbitos de aplicación y dar cuenta de su evolución, sobre todo en el derecho regional latinoamericano, ya que el “asilo” en gran medida puede considerarse una contribución de América Latina al derecho internacional (1130).

En primer lugar, debemos distinguir entre *asilo territorial o interno* y *asilo externo o extraterritorial* (1131). El primer supuesto se da en el caso en que un

Nacionales Colombianos en Panamá, 25-4-2003 (la garantía del derecho de no devolución de los ciudadanos colombianos que se encontraban en la zona del Darién panameño que habrían sido objeto de operaciones de repatriación por parte del Gobierno panameño).

(1129) CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, del 1-2-1994, párr. 305.

(1130) O'DONNELL, *op. cit.*, pág. 599; MANLY, MARK, *La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en L. FRANCO (coord.), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Lanús y ACNUR, 2004, pág. 126.

(1131) DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 522; Ver, asimismo, para un excelente estudio en este sentido, SAN JUAN, CÉSAR, *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho*

Estado —en su territorio— otorga protección a un particular que llega a éste perseguido por motivos políticos y cuya vida o integridad física se encuentra en peligro por dichos motivos en el Estado de procedencia. Fue consagrado ya en el siglo XIX en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, cuyo artículo 16 —contenido en el título II “El asilo”— establece: “El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos [...]” El asilo territorial fue también consagrado por otros instrumentos, como la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954). Esta última convención estipula: “Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente [...] Ningún Estado está obligado a entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos” (arts. I y II).

El *asilo externo o extraterritorial* es aquel derecho de un Estado de conceder protección a individuos que se encuentren en lugares fuera de su territorio, pero que estén comprendidos en su competencia, por ejemplo: “recintos de misiones diplomáticas, consulados, navíos de guerra, naves del Estado afectadas a servicios públicos, aeronaves militares y los lugares pertinentes de un órgano de un Estado extranjero que puede ejercer autoridad sobre el territorio.” (1132).

El llamado *asilo político o diplomático* es una forma de asilo extraterritorial que depende en gran parte de consideraciones políticas y se aplica, en particular, cuando el asilo externo se lleva a cabo en misiones diplomáticas. Este tipo de asilo constituye una institución bien establecida en el derecho internacional regional latinoamericano y está regido por las Convenciones sobre el Asilo Diplomático (La Habana, 1928 y Caracas, 1954). Es un derecho que posee el Jefe de la misión diplomática acreditada de un Estado que le permite, por una parte, negarse a entregar a las autoridades del Estado de acreditación a personalidades políticas, súbditos de este último, que se refugian en los locales de la misión y, por otra parte, obtener para esas personas salvoconductos que les permitan expatriarse (1133).

En el caso *Haya de la Torre* (Colombia/Perú) ante la Corte Internacional de Justicia (1134), se discutía el alcance del derecho de asilo en la mencionada Convención de Asilo adoptada en La Habana en 1928. En síntesis, los hechos que dieron origen al caso fueron los siguientes: Víctor Raúl Haya de la Torre, jefe del Partido Alianza Popular Revolucionaria Americana, perseguido con

Internacional de los Derechos Humanos, en: L. FRANCO (coord.), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, op. cit.

(1132) Institut de Droit International, resolución sobre *El asilo en el derecho internacional público*, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, período de sesiones de Bath, septiembre de 1950, vol. 43, t. II, pág. 376.

(1133) *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant, Bruselas, 2001, pág. 96.

(1134) Corte Internacional de Justicia, *Asylum Case (Colombia/Perú)*, del 20-11-1950, I.C.J. Reports 1950, pág. 266.

otros miembros de su partido por el “delito de rebelión militar”, pidió asilo en la embajada de Colombia en Lima, el cual fue concedido y comunicado a las autoridades del Perú conforme lo requería el artículo 2, Segundo de la Convención aplicable. El gobierno del Perú se negó a entregar el salvoconducto solicitado por Colombia e impugnó ante la Corte Internacional de Justicia la legalidad del asilo acordado.

Como vemos, el asilo, *stricto sensu*, se gestó y desarrolló como un derecho interestatal, sujeto al arbitrio del Estado (1135) y no está rodeado de garantías para su determinación (debido proceso, no discriminación, derecho a recurrir la decisión, etc.); y, en el ámbito interamericano dio nacimiento a una costumbre regional. Esta modalidad de la institución del asilo se debió más que nada a que las persecuciones en Latinoamérica afectaban a individuos y se trataba en general de dirigentes políticos, sindicales o personalidades de la cultura (1136).

La siguiente recepción positiva del asilo fue ya en el contexto de los derechos humanos, iniciando la transformación del derecho de asilo desde una prerrogativa estatal hasta su concepción como derecho humano. En primer lugar, aparece en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948 en el ya citado artículo XXVII y es replicada —en similares pero no idénticos términos— en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 14. Es interesante destacar, como lo demuestra un estudio reciente sobre el tema, que “la consagración del asilo como derecho humano en la Declaración Universal y en la Declaración Americana no son hechos aislados” y que “los países latinoamericanos [...] ejercieron una influencia significativa en el proceso que condujo a la adopción del artículo 14 de la Declaración Universal en 1948”. (1137) Finalmente, el primer instrumento convencional que consagra al derecho al asilo como un derecho humano es el párrafo 7 del artículo objeto de este comentario.

Además de la práctica del asilo en el ámbito latinoamericano y su posterior recepción positiva en instrumentos de derechos humanos, existe el sistema universal (y posteriormente el regional) de protección de los refugiados.

(1135) Es ilustrativo de esta característica el artículo II de la Convención de Caracas sobre asilo diplomático de 1954: “Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”.

(1136) SAN JUAN, CÉSAR WALTER y MANLY, MARK, *Primera Parte. Informe General de la investigación. El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en L. FRANCO (coord.), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, op. cit. pág. 27.

(1137) MANLY, MARK, *La consagración del asilo como un derecho humano: Análisis comparativo de la Declaración Universal, la Declaración Americana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en L. FRANCO (coord.), *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, op. cit. pág. 127.

La definición contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 define a un “refugiado” como aquella persona que:

[...] 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 [...] (1138)

Sin embargo, las realidades regionales pronto demostraron que este enfoque era insuficiente para hacer frente a los aspectos específicos de los problemas de los refugiados en las distintas regiones. Así, en el ámbito africano se adoptó en 1969 la Convención de la Organización de la Unión Africana por la que se regulan los aspectos específicos de los problemas de los refugiados (1139). Por otro lado, la crisis de los refugiados cubanos de 1960, las afluencias de gran escala de refugiados provenientes del Cono Sur en la década de 1970, además de la crisis de refugiados centroamericanos de los años 80, llevaron a la extensión de la definición de refugiado en el ámbito latinoamericano a través de la adopción de la Declaración de Cartagena en 1984 (1140).

El Derecho Internacional de protección de los refugiados se ha constituido como una rama del derecho internacional de protección de la persona humana con sus propias fuentes e institutos específicos. La Convención de

(1138) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1951) y Protocolo de New York de 1967.

(1139) Según esta Convención, el concepto de *refugiado* comprende además de las personas abarcadas por la Convención de 1951: “El término ‘refugiado’ se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o 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”.

(1140) La Declaración de Cartagena, Parte II, conclusión tercera estipula: “[...] en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido 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” *ya cit.*

1951 estableció un núcleo de derechos y deberes básicos de los refugiados y formuló con claridad el principio de *non refoulement*, desarrollado en el punto anterior.

Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse el artículo 22.7 de la CADH a la luz de esta evolución de la institución del asilo y del refugio? En este sentido, es importante la mención que se realiza en el artículo 22.7 a los *convenios internacionales*. La Comisión IDH ha sostenido que dentro de estos convenios están incluidos los instrumentos sobre el derecho internacional de los refugiados (Convención de 1951 y Protocolo de 1967) (1141), constituyendo una especie de *lex specialis* (1142).

Integrando entonces las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional de los refugiados, podemos delinear el contenido del “derecho a buscar y recibir asilo” consagrado en el artículo 22.7 CADH. Este contendrá, como mínimo, los siguientes elementos: (1143) *non-refoulement*, no discriminación, acceso a un procedimiento con las debidas garantías para determinar si la persona reúne los requisitos para tener derecho al asilo, derecho a recurrir la decisión ante una instancia superior, que el asilo se otorgue con base en criterios objetivos previamente establecidos y conforme con los instrumentos internacionales aplicables, entre otras.

Un breve comentario sobre la jurisprudencia interna argentina

En un trabajo reciente, publicado en una obra colectiva (1144), fueron analizadas las decisiones de nuestros tribunales respecto de los derechos de los migrantes desde la reforma constitucional de 1994. Particularmente en lo que hace a uno de los temas objeto de este comentario —la expulsión de extranjeros— se llegó a la conclusión de que casi ninguna decisión de nuestros tribunales había tenido en consideración las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Asimismo, otro trabajo en la misma obra colectiva (1145), al analizar el tratamiento del derecho de los refugiados en los tribunales locales arribó a una conclusión similar.

Las decisiones de nuestra Corte Suprema que fueron allí analizadas y criticadas porque no eran respetuosas de los derechos humanos de los extran-

(1141) Comisión IDH, Caso N° 10.675 Estados Unidos. Decisión de la Comisión en cuanto al fondo del caso (Haitian Interdiction), Informe Anual 1996, Informes relativos a casos individuales, Informe N° 27/93 de fondo, 13-3-1997, párrs. 154-155.

(1142) SAN JUAN y MANLY, *ya cit.* pág. 63.

(1143) Ver lista exhaustiva en San Juan y Manly, *ya cit.*, págs. 72-73.

(1144) CERIANI CERNADAS, PABLO; MORALES, DIEGO R. & RICART, LUCIANA T., *Los Derechos de los Migrantes en la Jurisprudencia Argentina*, en ABRAMOVICH, BOVINO & COURTIS (comp.), *La aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en el ámbito local*, *ya cit.*, pág. 813 y ss.

(1145) CONTARINI, EUGENIA C., *El Derecho Internacional de los Refugiados y su aplicación en la Argentina* en ABRAMOVICH, BOVINO & COURTIS (comp.), *La aplicación de los Tratados de Derechos Humanos en el ámbito local*, *ya cit.*

jeros que estaban siendo expulsados fueron principalmente los casos *De la Torre* (1146) y *Cai Whenhuang* (1147). El primer caso se trataba de un ciudadano uruguayo que residía en la Argentina desde 1974 y había sido detenido en 1996 por la Policía Federal con el fin de proceder a su expulsión del país en virtud de la orden de expulsión dictada por la Dirección Nacional de Migraciones en el marco de la entonces vigente ley de migraciones (Ley nro. 22.439, conocida como “Ley Videla” por haber sido adoptada durante el gobierno de facto). La Corte declaró abstracto el recurso extraordinario interpuesto por los abogados de De la Torre debido a que a la fecha de resolución, el amparado ya había sido expulsado del país. Es así que la mayoría de la Corte convalidó su decisión en contradicción a las obligaciones internacionales del Estado argentino, en tanto todavía seguía vulnerado el derecho de De la Torre a entrar en el país y reunirse con su familia ya que la orden de expulsión contenía una prohibición de reingreso. Asimismo, la detención y expulsión del país de De la Torre decretada sin posibilidad de una revisión judicial de la medida, violentaba el derecho de De la Torre a la libertad personal, garantías judiciales, protección judicial y protección de la familia.

Como consecuencia de las alegadas violaciones de los derechos humanos de De la Torre incurridas por el Estado argentino en su expulsión del territorio argentino, se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1148). El caso llegó a la etapa de solución amistosa, en la cual el Estado argentino se comprometió a resolver la situación migratoria de De la Torre; a adoptar una nueva ley de migraciones (que fue finalmente adoptada en 2004 bajo el número 25.871); a dictar una regularización migratoria amplia, a la aplicación efectiva de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; a la aprobación y ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes, entre otras cuestiones.

En *Cai Whenhuang*, el máximo tribunal argentino —remitiendo a la opinión del Procurador General de la Nación— convalidó una medida contraria a las obligaciones internacionales del Estado al resolver un recurso extraordinario interpuesto por la DNM, y dejar sin efecto la sentencia de la instancia anterior que había hecho lugar al hábeas corpus a favor de nueve ciudadanos chinos y había ordenado su inmediata libertad. En dicha oportunidad, la Corte Suprema ignoró por completo la derogación de la vieja legislación migratoria y la entrada en vigencia de la Ley 25.871 a partir del 22 de enero de 2004. En la decisión no se indaga acerca de los derechos de las personas sujetas a una detención dispuesta por una jurisdicción administrativa migratoria ni sobre la eficacia de los recursos judiciales idóneos para el control de medidas de estas características.

(1146) CSJN, *De la Torre*, 1998, Fallos, 321:3646.

(1147) CSJN, *Cai Whenhuang, Yang Guoqiang y Yang Aiqiong*, 2004, Fallos, 327:931.

(1148) CIDH, Caso N° 12.306, *De la Torre J.C vs. Argentina*.

Sin embargo, La Corte Suprema —en su actual composición— ha emitido una serie de decisiones que sí han tenido adecuadamente en cuenta los derechos de los extranjeros. Haremos aquí un breve resumen de lo decidido en estos casos.

En el caso *Zhang* (1149), la cónyuge de un ciudadano chino residente en la Argentina solicitó la radicación en nuestro país con sustento en el “régimen de reagrupación familiar” y ésta le fue denegada porque se calificó su conducta de “proclive al delito” en el marco de la reglamentación de la vieja ley migratoria que regía al momento de los hechos (año 2000). La Corte Suprema, luego de remarcar la importancia que en la nueva ley de Política Migratoria Argentina reviste el principio de unidad familiar —la cual quedaba evidenciada por la competencia que se le otorga a la autoridad de aplicación para admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, a extranjeros que se encuentren comprendidos en algunas de las causales que obstan a su ingreso (art. 29, último párrafo de la ley 25.871)—, dejó sin efecto la decisión de la instancia anterior y devolvió los autos al tribunal de origen para que adoptara un nuevo pronunciamiento con el alcance indicado.

Respecto del derecho internacional de los refugiados, siguen sin existir al día de hoy decisiones de la Corte Suprema que versen sobre recursos judiciales respecto de la concesión o rechazo del estatuto de refugiado. Sin embargo, cabe destacar una serie de decisiones relativas a recursos ordinarios respecto de solicitudes de extradición en donde el tribunal suspendió dichos requerimientos mientras estuviera pendiente de resolución firme la petición de refugio de los requeridos. Entre estos casos podemos mencionar *Apablaza Guerra* (1150), *Barhoumi* (1151) y *Acosta González* (1152). Estas resoluciones vinieron a resolver una hipótesis no contemplada expresamente en la ley de cooperación en materia penal respecto de las causales de rechazo de la extradición. Así, el artículo 20 de dicha ley, sólo contempla la hipótesis en que la condición de refugiado ya se posea al momento de requerirse la extradición, en cuyo caso la requisitoria se devuelve por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores sin más trámite. En los casos mencionados, así como en el precedente *Mera Collazos* (1153), la petición de refugio se había planteado con posterioridad al pedido de extradición, durante el trámite judicial de ésta. Además, a diferencia de lo que ocurría en *Mera Collazos*, en *Apablaza Guerra*, *Barhoumi* y *Acosta González* todavía no existía decisión del Poder Ejecutivo Nacional respecto del refugio o ésta no se encontraba firme.

(1149) CSJN, *Zhang, Hang c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, 2007, Fallos, 330: 4554. La jurisprudencia aquí analizada está actualizada a junio de 2008.

(1150) CSJN, *Apablaza Guerra, Galvarino Sergio s/ arresto preventivo*, 2007, Fallos, 330:3379.

(1151) CSJN, *B. 868. XLII Barhoumi, Mohamed Ben Sadoc Ajili s/ extradición*, del 1-4-2008.

(1152) CSJN, *A. 2112. XLII Acosta González, Agustín y otros s/ extradición*, del 16-4-2008.

(1153) CSJN, *Mera Collazos*, 2002, Fallos, 325:625.

ARTÍCULO 23. DERECHOS POLÍTICOS

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Concordancias: Arts. 15, 16, 24, 25, 29, 32.2 CADH; 37 y 38 CN; 21 DUDH; 25 PIDCP; 20 DADDH.

CRISTINA ADÉN

“La esencia de... (la) ‘democracia constitucional’ reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones....” (FERRAJOLI, Luigi, La democracia constitucional).

I. Introducción

El concepto de derechos humanos se encuentra intrínsecamente ligado con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado y los derechos políticos, en tanto una de las formas en la que dichos derechos se manifiestan, deben ser analizados a la luz de este objetivo fundamental.

La reforma constitucional de 1994 estipuló la inclusión explícita (1154) de los derechos políticos en el plexo de la norma fundamental mediante una norma específica (artículo 37 CN (1155)) y a través de la jerarquía constitucional reconocida a diversos instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 75, inciso 22, CN).

Respecto de los instrumentos internacionales que adquirieron jerarquía constitucional con la reforma referida, puede indicarse que estos derechos humanos están reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23).

En este ensayo se analizará el juego de esta normativa, con especial referencia a la recepción de las directrices internacionales establecidas en materia de derechos políticos por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN, Máximo Tribunal Federal, Corte Suprema); todo ello en el marco de las obligaciones que para el Estado Nacional se derivan de las prescripciones de los artículos 1.1 y 2 de la CADH (1156).

II. De los derechos políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos

Los derechos políticos integran la categoría de derechos que tutelan las libertades públicas que nacen como producto de las tesis liberales clásicas en las que se resalta la posibilidad de proteger la libertad e intimidad del individuo frente al ejercicio arbitrario del poder por parte del Estado (1157).

(1154) Hasta la reforma de la Carta Magna en el año 1994, el ejercicio de los derechos políticos revestía un carácter implícito, cuyo reconocimiento se remitía al artículo 33 de la Constitución Nacional de 1853, fundado en los principios de soberanía popular y de la forma republicana de gobierno. En este sentido, COLAUTTI, CARLOS E., *Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1995, pág. 221 y ss.

(1155) La Constitución Nacional, en el artículo 37, “garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia” y consagra el voto “universal, igual, secreto y obligatorio”.

(1156) Conforme las prescripciones de la CADH, los Estados partes asumen el compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (artículo 1.1 CADH). En caso de que el ejercicio de esos derechos humanos no estuviera garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas “o de otro carácter” que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos (artículo 2 CADH). Por lo que, indudablemente, dentro de esa obligación internacional de garantía efectiva de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, deben destacarse las medidas a cargo del Poder Judicial.

(1157) VENTURA ROBLES, MANUEL E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos civiles y políticos”, *Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 42, 2005, pág. 39 y ss.

En concordancia con lo que se refirió en la introducción, estos derechos se incluyen en el catálogo de derechos humanos inherentes a la persona humana y deben ser afirmados frente al poder público en forma autónoma.

De esta manera, el poder público debe ejercerse al servicio de la persona y no puede ser utilizado lícitamente para lesionar u ofender los atributos inherentes a la misma.

Los derechos políticos pueden considerarse en sentido amplio como aquellos orientados a tutelar la participación o el protagonismo del individuo en la sociedad, entre los que también es dable incorporar a la libertad de expresión y a la libertad de asociación y de reunión, en tanto expresiones de las libertades públicas tuteladas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, puede decirse que el sujeto de los derechos políticos es concebido por la normativa internacional en términos más restrictivos que el sujeto de los otros derechos humanos, pues la nacionalidad es generalmente reconocida como requisito de su titularidad.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) como la CADH identifican al ciudadano como sujeto de los tres aspectos que revisten los derechos políticos, a saber: la participación en la gestión de los asuntos públicos, la participación en elecciones — voto y candidatura— y el acceso a las funciones públicas.

En tal sentido, han sido definidos estos derechos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) como aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país, son por esencia derechos que propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político (1158).

La Convención Americana reconoce y protege la participación política a través del derecho al sufragio activo como así también el derecho a ser candidato a un cargo electivo, y el establecimiento de una regulación electoral adecuada que considere el proceso político y las condiciones en que ese proceso se desarrolla, a fin de asegurar el ejercicio efectivo de ese derecho sin exclusiones arbitrarias o discriminatorias.

A continuación se desarrollará cada una de estas cuestiones por su íntima vinculación con el ejercicio de los derechos políticos, atendiendo fundamentalmente a su proyección en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema.

(1158) CIDH, Informe Anual 2006, Venezuela, párr. 210, ver en <http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/cap4d.2006.sp.htm> (2-12-09). En igual sentido, CIDH, Informe N° 137/99, Caso 11.863 (Andrés Aylwin Azócar y otros), 27-12-99, párr. 38, refiriéndose a las Resoluciones 510 (X-0/80); 543 (XI-0/81); 618 (XII-0/82); 666 (XIII-0/83); y 742 (XIV-0/84).

III. De la Democracia y los Derechos Humanos

La concepción de la democracia no sólo como un baluarte contra la restricción excesiva de los derechos humanos, sino también como un marco institucional para la realización de los mismos, suministra herramientas a los sistemas legales para consolidar los regímenes democráticos.

El sistema democrático y la vigencia del Estado de Derecho son cruciales para la efectiva protección de los derechos humanos, puesto que la plena vigencia de estos últimos ha pasado a formar parte esencial del contenido mismo de la democracia, inconcebible sin ellos (1159).

En este contexto, puede afirmarse entonces, que los principales instrumentos universales y regionales sobre derechos humanos reconocen la importancia de la democracia como valor y bien jurídico que determina la licitud de las restricciones de los derechos humanos.

En consonancia con lo afirmado precedentemente, puede aseverarse también la existencia de una relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos y el concepto de democracia, que como forma de organización del Estado, supone la vigencia de otros derechos humanos fundamentales.

Así se ha indicado que los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con un conjunto de otros derechos que hacen posible el juego democrático (1160).

En esa línea argumental, se ha sostenido que la relación entre democracia, los derechos políticos y derechos humanos ha sido reconocida por los Estados miembros de la OEA al aprobar la Carta Democrática Interamericana (1161).

Dicho documento caracteriza a la democracia representativa como uno de los pilares fundamentales en los que se asienta la tutela y la protección de los derechos humanos (1162).

(1159) CANTÓN, SANTIAGO A., La Experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y democracia. Revista IIDH, vol. 42, 2005, pág. 87.

(1160) Corte I.D.H., *Caso Castañeda Gutman*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 6-8-08.

(1161) CIDH, Informe Anual 2008, Venezuela, párr. 340. Ver en: <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/cap4.Venezuela.sp.htm> (2-12-09)

(1162) La Carta Democrática Interamericana de la OEA fue aprobada el 11 de septiembre de 2001 por la Asamblea General de la OEA en su primera sesión plenaria. Al momento de su aprobación, la Asamblea General resaltó que la Carta Democrática ha de ser entendida como fuente de interpretación auténtica de las previsiones contenidas en la CADH, en sentido estricto, en materia de Derechos Políticos.

En concordancia con esta perspectiva, en el preámbulo de la CADH, los Estados reconocen el propósito de consolidar en el Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertades personales y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de las personas, estableciendo así que los derechos esenciales incluyen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (1163).

De esta forma, es posible identificar como elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; el ejercicio del sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía popular y del carácter representativo de todo Estado de Derecho; la posibilidad de elegir y ser elegido; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (1164).

A los mencionados se adicionan como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto de los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa (1165).

No se puede soslayar, en ese orden de ideas, que el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que el pueblo es el titular de la soberanía política y en ejercicio de esta soberanía elige a sus representantes para que ejerzan el poder político. Estos representantes, además, son elegidos por los ciudadanos para aplicar medidas políticas determinadas, lo cual a su vez implica que haya existido un amplio debate sobre la naturaleza de las políticas a aplicar —libertad de expresión— entre grupos políticos organizados —libertad de asociación— que han tenido la oportunidad de expresarse y reunirse públicamente —derecho de reunión— (1166).

(1163) CIDH, Informe Anual 2006, párr. 209, en <http://www.cidh.org/annualrep/2006sp/cap4d.2006.sp.htm> (2-12-09).

(1164) Carta Democrática Interamericana, art. 3.

(1165) Carta Democrática Interamericana, arts. 4 y 5.

(1166) CIDH, Informe N° 137/99, Caso 11.863 (Andrés Aylwin Azócar y otros), *ya cit.*, párr. 31, refiriéndose a manifestaciones del ex miembro de la CIDH, el profesor Michael Reisman ha sostenido que: “*El gobierno de representación popular es un derecho humano reconocido. El artículo 21 (3) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la voluntad del pueblo debe ser la base de la autoridad de los gobiernos; esta voluntad debe ser expresada en elecciones periódicas y genuinas las cuales deben ser llevadas a cabo mediante sufragio universal e igual, por votación secreta o por procedimientos electorales equivalentes. Por ello la violación del derecho a un gobierno democrático ocasiona que todos los otros derechos humanos que dependen de la institución jurídica del Estado, se conviertan en asuntos que se ponen en las manos de la discreción de los dictadores. ... Las violaciones al derecho a la participación política no son de importancia secundaria. Ellas son violaciones muy serias a los derechos humanos*” (W. MICHAEL REISMAN. *Humanitarian Intervention and Fledgling Democracies*. 18. Foerham Int. L.J. 794, 795, 1995,

La CIDH asimismo señaló que toda persona tiene derecho a ejercer los derechos políticos en tanto que éstos constituyen el medio para asegurar el pluralismo necesario para garantizar los derechos reconocidos en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y fortalecer las instituciones democráticas.

La obstrucción o amedrentamiento a estas libertades dejan a las personas y a los diversos sectores de la sociedad sin instrumentos para defender sus intereses, protestar, criticar, proponer y ejercer el rol fiscalizador y de ciudadano activo en ejercicio de su soberanía popular dentro del sistema democrático (1167).

De esta forma se configura un círculo virtuoso en el que los derechos políticos encuentran su razón de ser, su alcance y sentido en el sistema democrático; constituyendo su ejercicio efectivo la reafirmación del mismo.

IV. De los Derechos Políticos y la Discriminación

Teniendo en consideración la operatividad de los tratados sobre derechos humanos respecto de los derechos políticos, se debe apreciar que éstos al obligar a la efectividad de tales derechos en jurisdicción interna de los Estados, prevén el derecho electoral activo y pasivo para impedir su cerceamiento, pero no tienen la finalidad de prescribir cómo han de ser las estructuras concretas de poder ni son hábiles, en consecuencia, para autorizar o vedar la reelección.

Por ese motivo, las normas constitucionales que vedan o limitan las reelecciones no vulneran ni el derecho a ser elegido de quienes no pueden serlo, ni el derecho a elegir de los que desearían la reelección, ni los derechos humanos emergentes de tratados internacionales, ni el poder electoral del pueblo que confiere legitimidad de origen a los gobernantes, ni la igualdad constitucional prohibitiva de discriminaciones arbitrarias, ni el derecho de los partidos a proponer candidaturas al electorado” (1168).

La Comisión entiende que cuando el artículo 23 de la Convención hace referencia al “sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores” requiere, al menos, que la soberanía popular pueda ejercerse sin discriminaciones injustificadas que impliquen una pérdida del valor real del poder del voto (1169).

(traducción libre). Ver en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.863.htm> (2-12-09).

(1167) CIDH Informe Anual 2007, Venezuela, párr. 276, ver en <http://www.cidh.org/annualrep/2007sp/cap4Venezuela.sp.htm>. (2-12-09).

(1168) BIDART CAMPOS, G. J., “El derecho ‘a elegir’ y ‘a ser elegido’ en el pacto de San José de Costa Rica y en el derecho interno”, ED 153, 1041.

(1169) CIDH, Informe N° 137/99, Caso 11.863 (Andrés Aylwin Azócar y otros), *ya cit.*, párr. 116.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que [los] derechos políticos puedan ejercerse de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación” (1170) y, a su vez, se ha consagrado el ejercicio efectivo de ese derecho sin exclusiones arbitrarias o discriminatorias (1171).

Por su parte, la CSJN ha manifestado respecto de la igualdad establecida por el artículo 16 de la Constitución Nacional que implica que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros” (1172).

En particular, el más Alto Tribunal ha establecido en la causa Hooft un importante antecedente para el ejercicio de los derechos políticos con fundamento en los lineamientos de la Convención Americana y que determina que cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el “origen nacional” corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que determina la inversión del *onus probandi* (1173).

V. Del Derecho al Sufragio

El derecho al sufragio tiene en el sistema democrático un carácter colectivo que se extiende más allá de la protección del derecho individual, pues todo el andamiaje institucional de la sociedad política se encuentra asentado en el efectivo ejercicio de ese derecho.

En ese orden de ideas, la Constitución Nacional establece que el ejercicio del derecho del voto está estrechamente relacionado con el principio de la

(1170) Corte I.D.H., *Caso Yatama*, del 23-6-05, párr. 192.

(1171) CIDH, Informe Anual 2008, Venezuela, párr. 340. Ver en: <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/cap4.Venezuela.sp.htm> (2-12-09).

(1172) CSJN, *Caille, Eduardo. Deliberto, Vicente*, 1928, Fallos 153:67, entre muchos otros.

(1173) CSJN, *Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 2004, Fallos 327:5118, considerándose 2º, 4º, 6º y sus citas. En este fallo la CSJN estableció que: “...tanto el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), como el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ambos equiparados jerárquicamente a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) establecen que “Todos los ciudadanos” deben gozar (o gozarán) “de los siguientes derechos y oportunidades”... “c) [De] tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. Ante preceptos tan explícitos, una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (“ciudadanos”, en los pactos) de primera clase (los “nativos” y los “por opción”), y otros de segunda clase (los “naturalizados”, como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique”.

soberanía popular que no refleja solamente el mero acto electoral individual sino también la conformación de la estructura gubernamental y del sistema de derechos de acuerdo con este principio y con la forma republicana de gobierno (1174).

La CSJN ha señalado también que el sufragio es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del pueblo del Estado, que en cuanto a actividad, exterioriza un acto político (1175).

Tal derecho individual al ejercicio del sufragio encuentra sustento en el principio de la soberanía del pueblo e importa también la tutela de un derecho colectivo a la participación de los ciudadanos en el gobierno del Estado, que resulta esencial para el sustento de la sociedad democrática y que ha sido reconocido desde los comienzos mismos del constitucionalismo argentino.

Dicho acto tiene por función la selección y nominación de las personas que han de ejercer el poder político y cuya voluntad se considera voluntad del Estado en la medida en que su actividad se realiza dentro del ordenamiento jurídico, ya que los que mandan lo hacen en tanto obedecen al orden legal en que fundan sus decisiones y los que obedecen lo hacen en tanto mandan a través de ese mismo orden legal en cuya formación participaron.

Esta participación se efectiviza por medio del sufragio, dando sentido al principio de que el pueblo, como titular de la soberanía, es la fuente originaria de todos los poderes. Estos poderes cumplen funciones confiadas a órganos elegidos por medio del sufragio e investidos de autoridad en virtud de la representación que se les atribuye. Esto hace que el sufragio adquiera carácter funcional, ejercido en interés no del ciudadano individualmente considerado sino de la comunidad política, a través del cuerpo electoral (1176).

En un caso de reciente data, la Corte Interamericana consideró que “[...] El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos” (1177).

(1174) Artículos 1º y 37 de la Constitución Nacional.

(1175) CSJN, *Ríos, Antonio Jesús*, 1987, Fallos 310:819.

(1176) CSJN, *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.*, considerando 10.

(1177) Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman, ya cit.*, párr. 148.

En ese mismo sentido la CSJN ha expresado que el sufragio es la base de la organización del poder; y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, elegir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación. El sufragio universal hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo. Todo otro sistema electoral niega la igualdad de los ciudadanos y, a diferencia del sufragio restringido, que clausura el acceso al poder al pueblo, su función es hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayorías, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida (1178).

En sentido similar, la jurisprudencia del Máximo Tribunal destaca que el sufragio es la base de la organización del poder; y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación (1179).

VI. Del derecho a formar partidos políticos

El rol que desempeña el sistema de partidos en una democracia, según la doctrina clásica, cumple un doble papel en la representación política. Esto es, encuadrando tanto a los electores, como a los elegidos, puede caracterizárselos como una especie de mediadores entre esos actores (1180).

En consecuencia, cobra virtualidad el carácter esencial atribuido por la doctrina constitucional al sistema de partidos (1181) y la relación que tienen con el ejercicio de los derechos políticos, puesto que la libertad de expresión, la de reunión y la de asociación revisten el carácter de condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto (1182).

La CIDH ha opinado ya sobre el valor que asigna al papel de los partidos políticos como órganos legítimos para representar en el proceso electoral las

(1178) CSJN, *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.*

(1179) CSJN, *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.*

(1180) DUVERGER, MAURICE. *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, 1980, pág. 89 y ss.

(1181) LINARES QUINTANA ha dicho que: “*el sistema de partidos políticos que funciona en un país determinado constituye una de las notas más importantes y significativas para definir el sistema político vigente*”. LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Sistemas de partidos y sistemas políticos*, 15.

(1182) El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “*La libertad de expresión, la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente*”, en Observación General N° 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), párrafo 12. Véase también el párrafo 8 relativo a la importancia de estas libertades para la participación directa.

individualidades que unifican su personería en esas entidades y los reconoce como institutos necesarios en la democracia (1183).

Por otra parte, en su Observación General N° 25, el Comité de Derechos Humanos señala que los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse, requiriendo que dicha participación se resguarde garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación (1184).

A su vez, en el resumen de su doctrina relativa a la democracia y a los derechos políticos publicado en 1991, la CIDH declaró que “el derecho a la participación política permite el derecho a organizar partidos y asociaciones políticas, que a través del debate libre y de la lucha ideológica pueden elevar el nivel social y las condiciones económicas de la colectividad, y excluye el monopolio del poder por un solo grupo o persona (...)” (1185).

En este contexto, los gobiernos tienen en relación con los derechos políticos y al derecho a la participación política la obligación de permitir y garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones, a menos que éstas se constituyan para violar derechos humanos fundamentales; el debate libre de los principales temas del desarrollo socioeconómico; la realización de elecciones generales, libres y con las garantías necesarias para que sus resultados representen la voluntad popular (1186).

Asimismo, la CSJN ha reconocido —aún antes de la reforma de 1994— que los partidos políticos, cuya existencia y pluralidad sustenta el artículo 1° de la Constitución, condicionan los aspectos más íntimos de la vida política nacional e incluso, la acción de los poderes gobernantes (1187).

(1183) La CIDH comparte la opinión de Linares Quintana respecto de que: “*La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos. En oportunidad de cada acto electoral, los partidos seleccionan a los candidatos entre los cuales el elector deberá optar al emitir su sufragio; con lo cual imponen el orden de la opinión pública, ya que si los ciudadanos votasen directamente, sin esta labor previa de las aseguraciones partidarias, sobrevendría el caos y la anarquía en los comicios, los votos se dispersarían desordenadamente y quienes resultasen elegidos carecerían de representatividad por el escaso número de sufragios que obtendrían*”. En CIDH Resolución N° 26/88, Caso 10.109 Ríos Brito (Argentina), párr. 10, publicada en su Informe Anual 1988, pág. 106.

(1184) Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 25, *ya cit.*, párr. 8.

(1185) CIDH, Informe Anual CIDH 1990-1991, Capítulo V, Sección III, “Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa en el sistema interamericano”.

(1186) *Ibidem* anterior.

(1187) Sobre los partidos políticos ha manifestado que: “*Coexisten como fuerzas de cooperación y oposición para el mantenimiento de la vida social, a cuya ordenación concurren participando en la elaboración y cristalización de normas jurídicas e instituciones y que, vinculados al desarrollo y evolución política de la sociedad*

En igual sentido, la CSJN ha señalado que los partidos políticos son esenciales para la existencia de la democracia representativa (1188) y tienen preeminencia en los sistemas democráticos (1189).

Entre otras caracterizaciones de los mismos, puede mencionarse que de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJN, la exigencia de un número mínimo de adherentes y votantes para otorgar y mantener respectivamente la personalidad política, reconoce sustento en las consideraciones según las cuales resulta razonable que el reconocimiento de los partidos y el mantenimiento de su personalidad se encuentren directamente relacionados con la existencia de un volumen electoral identificado con sus objetivos, pues de lo contrario se transformarían en estructuras vacías de contenido e ineptas para cumplir con la función que les es propia (1190)“.

En tal sentido, también estableció el Máximo Tribunal Federal que el reconocimiento de los partidos políticos no importa que éstos no se encuentren sujetos a regulaciones legales. En efecto, los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad (1191)“.

moderna, materializan en los niveles del poder las fases de integración y conflicto, convirtiendo las tensiones sociales en normas jurídicas”. Ver, CSJN, *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.*

(1188) La CSJN ha indicado en numerosas oportunidades que: “*Los partidos políticos constituyen organizaciones de derecho público no estatal, necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa y, por tanto, instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido, entre éstos y el partido en su relación con el cuerpo electoral y la estructura del Estado, como órganos intermedios entre el cuerpo electoral y los representantes*”. CSJN, *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.*; U.C.R. C.F.I. *partido Federal y FREJUPO s/ presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/89*, 1989, Fallos 312:2192; *Partido Obrero s/ art. 50 inc. c. ley 23.298 (Expte. N° 1661/90 CNE. Neuquén)*, 1992, Fallos 315:380 y *Partido Justicialista — Distrito Neuquén — s/ presentación suma de candidatos boletas PJ. — UCD*, 1996, Fallos 319:1645, entre otros.

(1189) En consonancia con la importancia otorgada a los mismos, el Máximo Tribunal Federal ha tenido en cuenta la preeminencia que detentan los partidos políticos en los sistemas democráticos. Así, en el caso “*Ríos Antonio Jesús*”, en su voto el Dr. Petracchi manifestó que “*la teoría constitucional europea e iberoamericana son completamente conscientes de que el Estado del siglo XX es un Estado de Partido y que el puesto de la soberanía popular ha sido prácticamente ocupado por la soberanía de partidos*”. Además, en ese caso, los otros miembros de la Corte Suprema sostuvieron el concepto de preeminencia de partidos que se deriva de la exclusividad de postulación de candidatos a los cargos públicos electivos que nuestra ley ha otorgado a los partidos políticos, en CSJN, *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.*

(1190) CSJN, *Partido Obrero s/ art. 50, inc. c. Ley 23.298 (Expte. N° 1661/90 CNE. Neuquén)*, ya cit.

(1191) CSJN, *Partido Obrero Capital Federal*, Fallos 253.133.

Esto se vincula con la posición sentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de que la Constitución ha confiado al Poder Legislativo la misión de reglamentar dentro de cierto límite, el ejercicio de los derechos que ella reconoce, y no es de resorte del Poder Judicial decidir el acierto de los otros poderes públicos en el uso de facultades que les son propias (1192)."

La CSJN ha establecido que cuando la norma es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación (1193), con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquélla, ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que equivaliese a prescindir de su texto (1194).

En este sentido, se declaró que no es admisible una inteligencia que importe dejar de lado los términos de la norma ya que su exégesis debe practicarse sin violación de su letra o su espíritu (1195).

En idéntica línea argumentativa señaló el Máximo Tribunal Federal que "sostener lo contrario cercenaría el derecho a la libre asociación política contenido en la cláusula XXII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre" (1196), puesto que: i) lo establecido en dicho instrumento internacional son "derechos y deberes" correspondientes al "hombre", y no es esa la cuestión planteada, que radica en las condiciones bajo las cuales puede tenerse por constituida una alianza electoral de "partidos políticos" (1197) y ii) porque es sabido que no hay derechos absolutos, toda vez que la Constitución Nacional garantiza su goce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (1198) y que la Corte Suprema tiene dicho que

(1192) CSJN, *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.*

(1193) CSJN, *Alianza "Frente para la Unidad" (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos - Romero Feris*, 2001, Fallos 324:3143.

(1194) Esta posición ha sido reflejada, en numerosos fallos como: CSJN. *La "Internacional Products Corporation" c/ Nación*, 1950, Fallos 218:56; *Ballvé, Horacio Jorge c/ Administración Nacional de Aduanas s/ nulidad de resolución*, 1990, Fallos 313:1007; *Cermac S.A. c/ DGI. s/ repetición DGI*, 1997, Fallos 320:1909; *Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación*, 1997, Fallos 320:2145 y *Ralph, Nelson Eliseo s/ extradición en causa Jefe de Operaciones Dpto. Interpol s/ captura*, 2000, Fallos 323:3055, entre otros.

(1195) CSJN, *Del Cioppo, Victor José c/ Nación*, 1965, Fallos 262:41; *Bravo de Quiroga, María Elena y otra*, 1970, Fallos 277:213; *Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio c/ Honorato y Cía. S.A.C.I.F.I. Mondino, Néstor Rodolfo c/ Trosolino, Juan Carlos*, 1978, Fallos 300:687 y *Fernández, José Oscar c/ Shell C.A.P.S.A. s/ diferencias de salarios*, 1997, Fallos 320:2647.

(1196) CSJN, *Partido Obrero Distrito Capital s/ caducidad de personería jurídico-política*, 1992, Fallos 315:1399, disidencia parcial del juez Petracchi.

(1197) CSJN, *Partido Obrero Distrito Capital s/ caducidad de personería jurídico-política, ya cit.*, disidencia parcial del juez Petracchi.

(1198) CSJN, *Budano, Raúl Alberto c/ Fac. Arquitectura*, 1987, Fallos 310:1045; *Graduados en Ciencias Económicas Asoc. Coop. de Servicios Prof. Ltda. c/ Consejo Prof. de Cien. Ec. de la Cap., Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur s/*

es legítima, en particular, la reglamentación del derecho de asociarse con fines políticos (1199).

El Comité de Derechos Humanos ha destacado como condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto a la libertad de expresión, la de reunión y la de asociación, las cuales deben protegerse plenamente” (1200).

Finalmente, tanto el artículo XXVIII de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, como el 32 de la CADH, reconocen la facultad de reglamentar el derecho de mención respetando como límite los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático.

VII. Del derecho a elegir y ser elegido

En el sistema representativo de gobierno, consagrado por los artículos 1 y 22 de la Constitución Nacional, el pueblo es la fuente originaria de la soberanía, y el modo de ponerla en ejercicio es el voto de los ciudadanos a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación (1201).

La CIDH entiende que los derechos a la igualdad política establecen la imposibilidad de que los Estados miembros de la Convención Americana den un tratamiento irrazonable distinto o desigual a sus ciudadanos a la hora de elegir a sus representantes. Por ello, estos derechos implican que los Estados partes no pueden reducir o diluir la posibilidad efectiva de elegir a sus representantes, dar mayor fuerza a los votos emitidos por otros miembros del colectivo, así sean representantes populares (1202).

El carácter representativo de las autoridades depende de que su designación haya tenido o no origen en las elecciones; que son los procedimientos a

rec. (art. 11, ley 20.476), 1988, Fallos 311:1132; Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/ Estado Nacional (PEN.) s/ daños y perjuicios (incidente), 1991, Fallos 314:1202; 314:1376; 314:1531; 315:2804; 321:3542 y 322:2817, entre muchos otros.

(1199) CSJN, *Del Cioppo, Victor José c/ Nación*, 1962, Fallos 253:133 y *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa*, 1994, Fallos 317:1195, voto del juez Fayt.

(1200) Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 25, *ya cit.*, párr. 12. Véase también el párr. 8 relativo a la importancia de estas libertades para la participación directa.

(1201) “Esquivel, Héctor Darío”, Fallos: 168:130; *Ríos, Antonio Jesús, ya cit.; U.C.R. C.F.I. Partido Federal y FREJUPO s/ presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/89”, ya cit.*, disidencia del juez Petracchi; *Partido Obrero Distrito Capital s/ caducidad de personería jurídico-política, ya cit.*; y *Partido Justicialista — Distrito Neuquén — s/ presentación suma de candidatos boletas PJ. - UCD., ya cit.*

(1202) CIDH, Informe N° 137/99, Caso 11.863 (*Andrés Aylwin Azócar y otros*), *ya cit.*, párr. 97.

través de los cuales el pueblo las designa. Se materializa así la relación entre quienes aspiran a ser designados y quienes con su voto realizan la designación. El primero es considerado el candidato; el segundo, individualmente se denomina elector y en su conjunto conforma el cuerpo electoral (1203).

El derecho a elegir y ser elegido en elecciones abiertas, realizadas por sufragio universal e igual, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (1204), cumple en la democracia representativa una función legitimadora esencial de la autoridad política.

Por ello, el vínculo entre electores y elegidos y la autenticidad de la representación sólo pueden lograrse a través de mecanismos que aseguren la más libre y amplia participación de los ciudadanos.

De allí el consenso logrado luego de un largo proceso de democratización y ampliación de la ciudadanía en las democracias modernas, al lograr imponerse el voto universal sin exclusiones o restricciones por razones de sexo, condición social o económica o privilegios (1205).

Sobre este aspecto debe tenerse presente lo establecido por la Corte IDH de que no debe confundirse en la relación entre derecho a elegir y derecho a ser elegido, lo que incumbe a los derechos humanos y lo que es propio de la organización del poder (1206).

En ese sentido la mencionada jurisdicción internacional, indicó que la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello (1207).

De tal forma, la participación electoral, el sistema de partidos políticos, la fisonomía estructural del poder y, el estilo de un sistema democrático, dejan suficiente espacio para que la constitución de cada estado —sin desmedro del derecho a elegir y a ser elegido— ordene la periodicidad y la alternancia de los elencos de poder, y establezca condiciones razonables de elegibilidad y de no elegibilidad, como por ejemplo, los supuestos de la no reelección.

(1203) CSJN, *U.C.R. C.F.I. Partido Federal y FREJUPO s/ presentaciones sobre la forma de computar los votos de las elecciones del 14/5/89, ya cit.*, y *Partido Justicialista — Distrito Neuquén — s/ presentación suma de candidatos boletas PJ. — UCD.*, ya cit.

(1204) Artículo 23 (1) (b) de la CADH.

(1205) CIDH, Informe N° 137/99, Caso 11.863 (*Andrés Aylwin Azócar y otros*), ya cit., párr. 95.

(1206) Corte I.D.H., Caso *Castañeda Gutman*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, N° 184, párr. 148.

(1207) Corte I.D.H., Caso *Castañeda Gutman*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, N° 184, ibidem anterior.

VIII. De las Restricciones al ejercicio de los Derechos políticos en los pronunciamientos de la CSJN

La CADH prevé restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos, las que no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas (1208).

El artículo 23 de la CADH, inciso 2, establece cuáles constituyen las restricciones legítimas a los derechos políticos, configurando cómo se ha afirmado una *fórmula sintética* desarrollada por el propio texto del mencionado artículo de la CADH destinado a establecer: i) por un lado, la palmaria necesidad de los Estados de adoptar todas aquellas medidas que se consideren vitales para garantizar el ejercicio de un derecho reconocido por el tratado en cuestión (*reglamentación*) y, ii) por otro lado, a enunciar aquellos criterios específicos que habrán de permitir la posible limitación de ese derecho (*restricción*) (1209).

Los derechos políticos constituyen la garantía básica de la democracia representativa y de cualquier otro derecho, incluso los más esenciales. Por tanto, toda diferenciación o restricción en esta materia requiere una justificación suficiente como necesaria, razonable y proporcionada para alcanzar la finalidad deseada por el Estado (1210). En consecuencia, al hablar de la posibilidad de diluir o reducir la capacidad efectiva del pueblo para elegir a sus representantes, mediante la designación de miembros de las cámaras legislativas sin legitimidad popular, se requiere un fin legítimo perseguido por el Estado (*rational test*) y que la medida asumida sea razonable y proporcional. En otras palabras, las restricciones o limitaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención deben justificarse por su “necesidad” en el marco de una sociedad democrática. Esta demarcación, en definitiva, viene determinada por la justificación de las medidas, sus motivos, su razonabilidad y su proporcionalidad (1211).

(1208) Corte IDH, OC 6/86 sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(1209) NADDEO, CECILIA C., “Recepción de estándares internacionales en materia de derechos políticos”; en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pág. 891.

(1210) El Comité de Derechos Humanos ha establecido que “*Los criterios generales sobre el derecho a presentarse como candidato a cargos electivos son la legalidad y la razonabilidad. Nadie debe ser privado de este derecho por la imposición de requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política. La afiliación a un partido político —y menos aún a un partido determinado— no debe ser requisito para presentarse como candidato, ni obstáculo a la presentación de una candidatura*”. Observación General N° 25, *ya cit.*, párrs. 10, 14, 15 y 17.

(1211) CIDH, *Andrés Aylwin Azócar y otros, ya cit.*, párr. 102.

Como se ha señalado, será el principio *pro homine* (artículo 29 CADH) la norma que advertirá que la posible aplicación de los criterios contenidos en el artículo 30 de la CADH (en particular, “razones de interés general” y “el propósito para el cual han sido establecidas”) habrá de ser descartada, en toda oportunidad, por la cláusula específica contenida en el artículo 23 inciso 2 de la CADH (1212), máxime si se toma en consideración el alto grado de especificidad de los criterios contenidos en la cláusula en cuestión (1213).

Luego de haber analizado las distintas manifestaciones de los derechos políticos, se pueden esbozar algunas consideraciones respecto de la afectación de tales derechos, más allá de lo que referimos *supra*.

Como se reseñara precedentemente, la plena vigencia de las libertades públicas —la libertad de expresión, de asociación y de reunión— también es imprescindible tanto para el derecho a participar en elecciones libres como para la participación directa en la toma de decisiones que afectan a la nación y a la comunidad.

El libre ejercicio de los derechos políticos requiere el respeto de los demás derechos humanos, sobre todo de la libertad y seguridad personal, en consecuencia, la eliminación e intimidación de dirigentes, militantes y hasta partidos y organizaciones políticas mediante la ejecución extrajudicial, la desaparición o la detención arbitraria es la forma más atroz de negar el derecho a participar de la vida política (1214).

Ahora bien, se ha sostenido que ciertos tipos de restricciones son, *a priori*, irrazonables y violatorias del ejercicio de los derechos políticos (1215), a saber: la discapacidad física, la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción, la situación económica y la afiliación partidaria (1216).

(1212) En ese marco, en cuanto al criterio para la validez de las restricciones a los derechos políticos, el artículo 23 de la CADH es un reflejo de lo establecido por el mentado artículo XXVIII de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Según el párrafo 2 del artículo 23, “*la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal*”. Asimismo, los artículos 15, 16 y 22 de la Convención Americana hacen hincapié en la relevancia de la democracia como criterio para determinar la validez de las restricciones a la libertad de reunión, asociación y circulación. Por su parte el artículo 29 de la CADH también enaltece el lugar ocupado por la democracia en esta materia, al disponer que “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (...)*”.

(1213) NADDEO, CECILIA C., *op. cit.*, pág. 892.

(1214) Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 25, *ya cit.*, párrs. 15, 16 y 17.

(1215) *Idem*, párr. 10.

(1216) *Ibidem*.

Sin embargo, otros requisitos como la nacionalidad o la capacidad legal no se consideran violatorios de los derechos políticos, explícitamente se ha reconocido en la CADH la facultad reglamentaria que tienen los Estados a ese respecto, en tanto que ella se infiere implícitamente de otros instrumentos que tutelan estos derechos (1217). Por su parte, los requisitos relativos a la residencia no se consideran irrazonables en sí, pero no deben ser formulados ni aplicados “de forma que impidan a las personas que carezcan de vivienda ejercer su derecho de voto” (1218), esto deviene concordante con el criterio sentado por la CSJN (1219).

En relación con la suspensión del derecho al voto en razón de una condena penal puede mencionarse que una medida de tal naturaleza tampoco resulta irrazonable en sí, pero siempre que el período de tal suspensión guarde la debida proporción con el delito y la condena” (1220).

De la misma forma, el preso sin condena no puede ser privado del derecho a votar (1221), estos lineamientos son plasmados en la jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal, como veremos más adelante, en las causas Mignone (1222) y en “Alianza “Frente para la Unidad” (1223).

(1217) Por ejemplo, el concepto de ciudadanía empleado por el PIDCP y la CADH para identificar al sujeto de los derechos políticos incluye no sólo el concepto de nacionalidad sino también la mayoría de edad. Esto último ha sido reconocido implícitamente por el Comité de Derechos Humanos al señalar que “(...) *el derecho de voto (...) deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos*”. Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 25, *ya cit.*, párrs. 4 y 10. Asimismo, el concepto de “capacidad legal”, empleado por la Declaración Americana, también incluye la mayoría de edad. Esta interpretación es confirmada por el hecho de que los derechos políticos *stricto sensu* no están contenidos en la Convención sobre los derechos del niño.

(1218) Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 25, *ya cit.*, párr. 11.

(1219) En el caso *Martínez, Lucía; Galíndez, Alejandro y Carrizo, Oscar del Valle s/ impugnación a la candidatura a gobernador del senador nacional José Luis Barriónuevo*, se estableció que: “...*el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, después de enumerar los ‘derechos políticos’ del ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegido y tener acceso a las funciones públicas establece que ‘[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente en proceso penal’ (el subrayado no es del texto). Lo reseñado revela que un condicionamiento como el consagrado por la Constitución local, en lo concerniente a la ‘residencia’, no parece, en principio, contradecirse con las pautas del Pacto*”; Ver CSJN, Fallos 326:2221.

(1220) Comité de los Derechos Humanos, Observación General N° 25, *ya cit.*, párr. 14.

(1221) *Ibidem*.

(1222) CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*, 2002, Fallos 325:524.

(1223) CSJN, *Alianza “Frente para la Unidad” (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos - Romero Feris, ya cit.*

En relación con la imposibilidad de reelección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que constituye una restricción compatible con el sistema democrático y con el artículo 23 de la CADH (1224).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe N° 30/93 “Petitorio Ríos Montt”, declaró inadmisibles las denuncias de Ríos Montt contra una cláusula de la Constitución de Guatemala que establecía la inelegibilidad permanente del petitorio. La CIDH consideró que dicha cláusula no constituía una violación a los derechos reconocidos por la Convención.

En el mencionado informe, la CIDH expresó que la condición de inelegibilidad para quienes hayan liderado movimientos o gobiernos de ruptura del orden constitucional (1225), se corresponde con principios jurídicos de relación internacional y de defensa común de la consolidación democrática de la región, para hacer efectivo el funcionamiento del sistema constitucional y para defender la integridad de los derechos de sus ciudadanos” (1226).

En lo que hace a las restricciones al acceso a las funciones públicas es de relevancia el criterio sentado por la CSJN en el caso “Hooft” (1227).

(1224) El 6 de octubre de 1994 en el caso *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Provincia de Santa Fe* la CSJN señaló que “la forma republicana de gobierno —susceptible, de por sí de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.— no exige necesariamente el reconocimiento del derecho de los gobernantes a ser nuevamente electos...y que los derechos de cada persona están limitados...por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática...no es dudoso que la restricción impugnada (imposibilidad de reelección del gobernador) resulta compatible con ese tipo de organización política y, por ende con el art. 23 de dicha Convención (Americana)”. La Corte señaló además que “...el principio de soberanía popular tampoco requiere que se reconozca al cuerpo electoral la facultad de mantener como representante a quien haya cumplido con su mandato en los términos en que originariamente había sido elegido” y que asimismo “...el mentado principio [de soberanía popular, frente a la imposibilidad de volver a elegir a quien cumplió su mandato] resulta adecuadamente preservado puesto que la limitación de que se trata ha sido establecida, precisamente, por los representantes del pueblo... al sancionar su constitución”. CSJN, *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa, ya cit.*

(1225) Condición consagrada en el artículo 186 de la Constitución de Guatemala. Ver CIDH Informe N° 30/93 referente al caso del Sr. Ríos Montt.

(1226) Entre algunos fundamentos señaló que “la...causal de inelegibilidad surge de un acto de Asamblea Constituyente elegida por votación democrática en la que el pueblo...decidió a través de sus representantes constituyentes...Estamos pues...dentro de aquellas condiciones que posee todo sistema jurídico constitucional para hacer efectivo su funcionamiento, y para defender la integridad de los derechos de los ciudadanos”. También expresó que “...es aceptable en el marco del Derecho Constitucional que el Estado establezca constitucionalmente ese término para los jefes de Estados elegidos democráticamente...”. Sostuvo además que “la efectividad de los derechos políticos y de la autenticidad de las elecciones ha llevado a distintas formas de reglamentación de la elegibilidad para ser presidente de un país, que deben ser consideradas como contexto de apreciación”. Ver CIDH Informe N° 30/93 referente al caso del Sr. Ríos Montt.

(1227) CSJN, *Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, ya cit.*

En este precedente el actor impugnaba la validez constitucional del artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires porque de acuerdo al principio de igualdad ante la ley y al de no discriminación, los argentinos naturalizados adquieren los atributos, derechos y calidades de los nacionales. La norma cuestionada, resultaba lesiva de ese principio reconocido en los tratados a que refiere el artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental y en los que inspiran la tutela de los derechos humanos. En razón que la demandada no justificó la restricción atacada se hizo lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

De esta manera en el caso se receptan los lineamientos en materia de derechos humanos establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), como el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1228).

En relación con el acceso a cargos electivos por parte de los procesados con autos de prisión preventiva firme, en la causa “Alianza Frente para la Unidad” (1229), la CSJN afirmó que debe rechazarse el argumento referido a que el artículo 23 de la CADH, carece de vigencia en el ámbito de los derechos electorales provinciales, pues desconoce que tal norma cuenta con jerarquía constitucional y destacó la relevancia del derecho al sufragio como base de la organización del poder y el derecho que tienen los ciudadanos de formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación (1230). Respecto de la privación de los derechos políticos de un ciudadano —encarcelado pero no condenado aún— la CSJN determinó que constituye una restricción inadmisibles de un derecho fundamental que no guarda relación ni con los fines de la detención ni con las necesidades de la organización del sistema carcelario (1231).

En ese sentido se declaró i) la inconstitucionalidad de los arts. 53 y 57 de la Constitución de la Provincia de Corrientes, en cuanto impiden ser diputado

(1228) Ambos equiparados jerárquicamente a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) establecen que *“Todos los ciudadanos” deben gozar (o gozarán) “de los siguientes derechos y oportunidades”... “c) [De] tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”*. Consecuentemente, su situación fue encuadrada en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art.1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

(1229) CSJN, *Alianza “Frente para la Unidad” (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos - Romero Feris, ya cit.*

(1230) CSJN, *Alianza “Frente para la Unidad” (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos - Romero Feris, ya cit., considerando 8º.*

(1231) CSJN, *Alianza “Frente para la Unidad” (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos - Romero Feris, ya cit., considerando 16º.*

o senador a los procesados con autos de prisión preventiva firme, y del art. 3 inc. d) del Código Electoral Provincial en cuanto inhabilita la candidatura de los detenidos por orden de juez competente, por ser contrarios al citado artículo 23 de la Convención Americana al no haber sido condenados y afectar la presunción de inocencia; ii) que la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos, constituye un violación a la CADH, en la medida que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que aseguren jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos y, iii) que en materia de interpretación de los tratados es preciso acudir al principio de la buena fe, según el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) y a las pautas hermenéuticas específicas que contiene la CADH, 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 (1232).

Estos lineamientos son reafirmados en el denominado caso “Mignone” (1233) en el que el señor Emilio Fermín Mignone, en su condición de representante del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) promovió una acción de amparo a fin que se adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio (artículo 37, Constitución Nacional) de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos y que, consecuentemente, se declare la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso d), del Código Electoral Nacional” (1234).

En el aspecto principal de su pronunciamiento el Máximo Tribunal realiza una interpretación de las restricciones admisibles al ejercicio de los derechos políticos concluyendo que la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos, constituye un número *clausus* y, por su propia naturaleza, de interpretación restrictiva (1235).

(1232) CSJN, *Alianza “Frente para la Unidad” (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos - Romero Feris, ya cit.*

(1233) CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, ya cit.*

(1234) El art. 3º, inc. d, de la Ley Nº 19.945 —Código Electoral Nacional— cuya constitucionalidad se discute en autos, dice que “están excluidos del padrón electoral” quienes se encuentren “detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”.

(1235) Así en su voto los Dres. Fayt y Petracchi señalaron que: “*resulta imprescindible observar que el adverbio de modo “exclusivamente” utilizado por el art. 23 de la convención citada, denota que el elenco de casos en los cuales se permite la reglamentación por ley interna del ejercicio de los denominados derechos políticos, constituye un número cerrado y, por su propia naturaleza, de interpretación restric-*

Reafirman su postura señalando que “la privación del sufragio a un ciudadano —encarcelado pero no condenado aún— constituye una restricción inadmisibles de un derecho fundamental que no guarda relación ni con los fines de la detención ni con las necesidades de la organización del sistema carcelario” (1236).

Finalmente en relación con el alcance que cabe otorgar al adverbio “exclusivamente” que emplea el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, añade el Dr. Boggiano en su voto, que dicho adverbio impone, de suyo, una interpretación restrictiva y una armónica hermenéutica de dicha norma con el artículo 32.2 del Pacto, según el cual: “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”, corrobora la conclusión a la que allí se arribó. En efecto, la especial índole de los derechos políticos, la presunción de inocencia y el alcance restringido de la prisión preventiva constituyen elementos esenciales de la seguridad, del bien común y de la forma democrática de gobierno (1237).

Este Tribunal ha señalado también que el sufragio es un derecho público de naturaleza política, reservado a los miembros activos del pueblo del Estado, que en cuanto a actividad, exterioriza un acto político (1238).

En el fallo la importancia otorgada al ejercicio del derecho del voto está estrechamente relacionada con el mencionado principio de la soberanía popular que no refleja solamente el mero acto electoral individual sino también la conformación de la estructura gubernamental y del sistema de derechos de acuerdo con este principio y con la forma republicana de gobierno (1239).

La diferencia esencial que se puede esgrimir entre estos dos pronunciamientos, se sustenta en el hecho de que la decisión adoptada en el caso Mignone la Corte Suprema de Justicia de la Nación exhortó a que los órganos políticos

tiva, por lo cual toda ampliación que la ley nacional haga de dicho elenco resulta contraria al instrumento internacional”. Adicionalmente establece al respecto que: “...desde tal perspectiva, teniendo en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos solamente alude a los casos de ‘condena, por juez competente en proceso penal’, resulta claro que la exclusión del padrón electoral referente a ‘...los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad...’ (categoría que el Código Nacional Electoral distingue claramente de los ‘...condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena...’ —art. 3, inc. e) no se ajusta a las directivas de dicho instrumento internacional, cuya superior jerarquía normativa deben los jueces declarar (art. 31 de la Constitución Nacional)”. Ver CSJN, Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, ya cit.

(1236) CSJN, Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, ya cit. Véase Voto de los Dres. Fayt y Petracchi.

(1237) CSJN, Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, ya cit. Ver voto del Dr. Boggiano.

(1238) CSJN, Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, ya cit.

(1239) Arts. 1º y 33 de la Constitución Nacional.

competentes en el término de seis meses implementen el derecho que se reconoce a los procesados, propiciando al legislador y/o al poder administrador a realizar una conducta alojada en la órbita de su competencia funcional (1240).

La sanción de la Ley N° 25.828 determinó la derogación del artículo 3 del Código Electoral, que vedaba el derecho al sufragio de los detenidos sin condena firme (1241) y, constituyó una demostración del rol jurídico-político del Alto Tribunal que logró superar la barrera de la causa y promovió una inexorable reforma legislativa (1242).

Asimismo, en el fallo Gottschau (1243), la CSJN establece un criterio hermenéutico respecto de las prescripciones del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25 del PIDCP, en tanto determina que deben interpretarse en consonancia con otros preceptos fundamentales (1244).

En este caso se establece como criterio de interpretación del Alto Tribunal que los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla. En otras palabras, que dichos instrumentos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción (1245).

(1240) CSJN, *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, ya cit.*, considerando 19°.

(1241) En el caso *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo ya cit.*, la CSJN dispuso: “*Que, en síntesis, si el sufragio universal hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo; si la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva; si sólo algunos derechos son restringidos en virtud de la detención pero, otros subsisten inalterados a intramuros del presidio y si la privación de los derechos políticos no guarda relación ni con los fines de la detención ni con las necesidades de la organización del sistema carcelario, corresponde concluir que la limitación contenida en el art. 3°, inc. d, del Código Electoral Nacional que excluye del padrón electoral a ‘los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad’, es contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales*”, considerando 20°.

(1242) ROBLEDO, NÉSTOR D., “Los derechos políticos de los procesados en el Código Electoral Nacional a la luz de la Ley 25.828”, JA, 2004-II-889.

(1243) CSJN, *Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*, 2006, Fallos 329:2986.

(1244) Así, por ejemplo, el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que dispone que los tratados de rango constitucional “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Y el art. 29, inc. b) de la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que establece que ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes” (en sentido análogo el art. 5.2 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

(1245) Verbigracia, en el caso *Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo ya cit.*, se decidió que, “*si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, ha-*

En este sentido, se entiende que se han registrado importantes avances en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de los derechos políticos de acuerdo a los lineamientos establecidos para su tutela en el orden internacional.

De esta forma, con la jerarquía constitucional otorgada a los tratados internacionales en el ordenamiento interno, el reconocimiento de los derechos políticos, su importancia para el régimen democrático y, principalmente, la interpretación de las restricciones admisibles a su ejercicio son algunos de los principales elementos que permiten vislumbrar en forma progresiva, el cumplimiento por parte de los tribunales locales de las prescripciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, fundamentalmente, en lo que refiere a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (1246).

Así, se observa un desarrollo progresivo de la jurisprudencia del Máximo Tribunal que se orienta ineludiblemente a la efectividad en el cumplimiento de las directrices de la Convención Americana y, en consecuencia, puede concluirse a partir del análisis de sus pronunciamientos recientes en materia de derechos políticos que se evidencia una actitud proactiva en línea con los preceptos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se verifica en el impulso a la concreción de acciones y medidas (1247) a fin que se traduzcan en el ejercicio efectivo de esos derechos tutelados por la CADH (1248).

bilitados para el empleo público conforme la cláusula genérica del art. 16 de la Constitución Nacional y con el alcance que se indicó precedentemente no puede acudirse a los tratados para limitar ese derecho”.

(1246) En cumplimiento de las prescripciones de los artículos 1.1 y 2 de la CADH. En el mismo sentido, ver CSJN, *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros*, 1992, Fallos 315:1492.

(1247) Ejemplo de esto lo constituye el caso Mignone, ya citado en este trabajo. En dicho pronunciamiento la Corte indicó: *“Reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo*. Consideró, en consecuencia, de estricta aplicación el antiguo principio: *ubi ius, ibi remedium*. En ese marco, la Corte estimó prudente disponer que el derecho de votar de los detenidos no condenados sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses (art. 12, inc. c, Ley 16.986). Ver CSJN, Fallos 325:524, considerando 19º.

(1248) Este principio de efectividad encuentra perfecta correspondencia con la normativa internacional en materia de derechos humanos y, en particular, con los deberes de respeto y garantía que los Estados tienen en este campo. En efecto, la Convención Americana y los pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señalan que es deber de los Estados no sólo respetar los derechos civiles y políticos sino, además, garantizar, sin discriminación alguna, su libre y pleno goce a toda persona sujeta a su jurisdicción (Convención Americana art. 1º; Pacto de derechos civiles y políticos art. 2º, ord. 1º). Por ello, estos pactos, señalan que los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, *“las medidas legislativas o de otro carácter que fuesen necesarias para hacer efectivos los derechos humanos (Convención Americana art. 2º; Pacto de Derechos Civiles art. 2º, ord. 2º).*

Se trata pues, de una importante conquista para el desarrollo de los derechos humanos en la región; que contribuirá al fortalecimiento de sus sistemas democráticos.

ARTÍCULO 24. IGUALDAD ANTE LA LEY

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Concordancias: arts. 1.1 CADH; 8, 16 y 75, inc. 23, CN; IIDADDH; 7 DUDH; 26 PIDCP; 3 PIDESC; 1 y 15 CEDAW; art. 2 CDN.

DIEGO FREEDMAN (1249)

Todos deben tener todo en común, participar en todo, y vivir de los mismo y no que uno sea rico y otro pobre y uno tenga muchas tierras y otro ni para que lo entierren [...] establezco una vida común para todos, una vida igual. La Asamblea de las Mujeres de Aristófanes.

Breve introito (1250)

Un periódico matutino nos relata un curioso experimento científico. Dos primates aislados en una jaula son habituados a recibir un mismo tipo de fruta —una manzana— como alimento, que parece saciar su apetito. Pero la situación se altera un día, cuando uno de los monos recibe otro tipo de fruta —una banana—. Ahí, mientras el mono que recibió el nuevo tipo de fruta disfruta de su alimento, el otro mono se encrespa, se siente tratado injustamente y arroja la fruta que comía habitualmente con furia (1251).

(1249) Agradezco los comentarios de Martín Hevia, que han significado correcciones de sumo valor en este ensayo.

(1250) En este análisis, no nos detendremos a evaluar la escasa efectividad de este derecho, sin embargo no podemos dejar de mencionar que su vulneración en nuestro país es intensa y extendida. Sin ánimo siquiera de dar un breve *racconto*, basándonos en un estudio del sociólogo Artemio López, si en la Argentina vivieran 100 personas; 27 vivirían con cuatro pesos por día, 10 vivirían con dos pesos por día, 7 vivirían con un peso por día, 3 serían graduados universitarios, 18 habitarían en villas de emergencia, 63 no tendrían cloacas, 58 no tendrían gas natural, 33 no dispondrían de agua potable, 48 dependerían exclusivamente del hospital público para proteger su salud, 30 serían menores de quince años de los cuales 18 serían pobres y 7 indigentes, 25 recibirían parte o todo su salario en negro y de cada 100 pesos existentes, los 20 habitantes más ricos se quedarían con 54 pesos y los 20 más pobres con 4 pesos.

(1251) Este tipo de experimentos han sido realizados por Frans de Waal, quien ha tratado de investigar si la moralidad tiene un origen natural. Este autor defiende una teoría por la cual “se considera que la moralidad es prolongación directa de los

Este experimento, más allá de sus implicancias científicas, podría ser un buen punto de partida para justificar el origen natural del derecho a la igualdad. De todos modos, debemos guardar cautela ya que la justificación naturalista de este derecho requeriría un estudio de mayor profundidad. Sin embargo, no podemos negar que siempre hubo destacados intentos filosóficos por naturalizar este derecho. La gran cantidad de reflexiones sobre el fundamento del derecho a la igualdad resulta inabarcables debido a que se han mantenido como una doctrina constante en todo orden social. Siempre fue necesario justificar un sistema político-social como igualitario, invariablemente, que no nos parezca hoy, aquí y ahora, que todos los hombres y mujeres hayan sido tratados como iguales (1252). Pero en todo régimen político y social hubo una idea de igualdad y una justificación de las diferencias de poder y riquezas, que pueden resultarnos falsa, objetable o incomprensible.

Este presupuesto conlleva necesariamente que al emprender la tarea de describir y analizar este derecho debamos ser conscientes de su camino histórico, de los diversos contenidos que fue adoptando y de las distintas teorizaciones fruto de regímenes sociopolíticos de los más variados signos ideológicos y fundados en diferentes cosmogonías. Esta complejidad, evidentemente, no podrá ser abordada en este ensayo y lo trataremos como un derecho humano, pero preferimos hacer esta introducción para salvaguardarnos de cualquier crítica a nuestro desarrollo por su carácter histórico que es imposible de ser evitado cuando abordamos un derecho tan antiguo como las justificaciones al orden social.

El derecho a la igualdad en los textos de las normas jurídicas

En el frío de los retenes se enteró que existía algo así como una escritura de derechos, la Constitución, que incluía hasta rancheros de cerdos y jayanes. Y supo más: esa misteriosa escritura afirmaba que grandes y chicos eran iguales. Redoble en Rancas de Manuel Scorza

El derecho a la igualdad está reconocido expresamente en el texto de la CADH, en su art. 24 cuando expresa que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (1253). Por su parte, el art. 1, inc. 1 de la CADH dispone espe-

instintos sociales que compartimos con otros animales”, FRANS DE WAAL, *Primates y filósofos. La evolución de la moral del simio al hombre*, Barcelona, Paidós, 2006, pág. 30.

(1252) Para Richard Rorty la extensión e intensidad del reconocimiento del derecho a la igualdad nos evidencia un progreso moral. Es decir que hay progreso cuando ocurre “[u]n aumento de nuestra capacidad de considerar un número cada vez mayor de diferencias entre las personas como irrelevantes desde el punto de vista moral”, RICHARD RORTY, *Truth and Moral Progress: Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pág. 11 en MICHAEL IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Ed. Paidós, Barcelona, 2003, pág. 30.

(1253) Este derecho se encuentra reconocido también en la DADDH, art. II; en la DUDH, art. 7; en el PIDCP, art. 26; en el PIDESC, art. 3; en la CEDAW, arts. 1 y 15 y en la CDN, art. 2.

cíficamente que “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (1254).

Estas normas internacionales se complementan con el art. 16 de la CN cuando dice que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Limitándonos a una comparación de ambos textos normativos, debemos decir que la CADH incluye el deber de protección de la ley en el art. 24, lo cual parece remitir a la igualdad en las prestaciones públicas estatales y no sólo a la prohibición de un trato discriminatorio. Por el contrario, ambos textos son coincidentes al disponer que todos los individuos (personas —CADH— y habitantes —CN—) son iguales ante la ley. No se aleja de estas consideraciones interpretativas, la Corte Interamericana cuando sostiene que la igualdad, como categoría jurídica, parte de concebir que no hay jerarquías entre las personas, todas tienen una *única e idéntica naturaleza*, una *dignidad esencial* (1255). Esto significa cierta generalidad en la aplicación de la Ley (1256).

(1254) La prohibición de la discriminación está consagrada expresamente en la DADDH, art. II; en la DUDH, art. 7; en el PIDCP, art. 26, en el PIDESC, art. 2; en la CEDAW, art. 1 y en la CDN, art. 2. Ver también la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial.

La Corte IDH ha considerado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal”, Opinión Consultiva, OC 4/84, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, del 19-1-84.

(1255) La Corte IDH ha sostenido que “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”, *ibidem*, párr. 55. En similar sentido, Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, del 28-8-02 y Opinión Consultiva, OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17-9-03.

(1256) “La igualdad de derecho, reconocida históricamente como igualdad jurídica o igualdad ante la ley, pretendió satisfacerse mediante la identificación con la definición de igualdad formal, reducida a la mera igualdad legal.

Principio básico y genérico. Formulación identificada con el liberalismo clásico. El resultado de tal alcance es que en tanto la ley o norma sea aplicada sin distin-

Esta aproximación, centrándonos en el trato interpersonal, implica que hay un trato igualitario cuando las personas reconocen a las otras como un igual, respetando el ejercicio de su autonomía personal. Una persona que considera al otro como igual, puede construir un lenguaje común y realizar acciones en coordinación, logrando que a través de la cooperación social se consigan ciertos objetivos colectivos (1257). Difícilmente, se den estas prácticas sociales cuando desde las instituciones estatales se discrimina, se reconocen personas “de segunda categoría”. El caso más significativo fue el nazismo y sobre la forma de “mirar” de este régimen político reflexionó Primo Levi al relatarnos su experiencia personal y la forma en que observaban a las personas. Al respecto nos relató que “[é]sa no era la mirada que se intercambian dos hombres; si hubiera sabido explicar exactamente la naturaleza de aquella mirada, que parecía provenir del otro lado del cristal de un acuario, a través del cual se contemplaran dos seres que viven en mundos diferentes, también habría podido explicar la esencia de la enorme locura del Tercer [Reich] alemán”.

Por su parte, la CN incluye una primera oración referida a la abolición de los títulos de nobleza, propio de la estructuración social criticada por los filósofos del Iluminismo. Asimismo, rechaza la existencia de fueros personales, evitando así que haya diferentes tribunales dependiendo de las características personales. Así también, el art. 16 de la CN agrega que la admisibilidad a los empleos públicos está dada por la idoneidad (1258), con lo cual, el rechazo en un empleo público

ciones a aquellos a quienes está destinada o dirigida, el principio de igualdad del sistema democrático está cubierto. No importa el porqué ellos, ni los efectos empíricos en el caso concreto”, CAYUSO, SUSANA, “El principio de igualdad en el sistema constitucional argentino”, *LL*, 2003-F, 1380.

(1257) “Para Anderson, ‘el punto’ de la igualdad puede identificarse en las metas de los movimientos políticos igualitarios. La oposición a los sistemas no igualitarios va dirigida hacia los órdenes sociales jerárquicos, en los cuales los seres humanos son clasificados de acuerdo a su ‘valor’. Dicho de otra manera, la desigualdad está más relacionada con relaciones entre personas ‘inferiores’ y ‘superiores’ que con la distribución de la riqueza. Conforme a este punto de vista, el igualitarismo debe buscar la abolición de ese tipo de relaciones sociales y no la mera compensación por desventajas no merecidas”, HEVIA, MARTÍN, COLÓN-RÍOS, JOEL, “El Nuevo y El Viejo Igualitarismo”, *Revista ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, Di Plácido, 2006, Año 5, nro. 5, pág. 110.

(1258) “[L]a Corte ha definido a tal recaudo como el conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o por reglamentos. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones”, CSJN, *Hooft, Pedro C. F.*, 2004, Fallos, 327:5118, con cita de CSJN, *Calvo y Pesini, Rocío*, 1998, Fallos, 321:194.

“Ello es así porque una de las condiciones requeridas por la Constitución Nacional para el ingreso a la función pública es la idoneidad (art. 16) —también lo es en la nueva constitución sanjuanina (art. 45)— la que, entendida como suficiencia o aptitud para una cosa, se valora mediante el establecimiento de incompatibilidades, para fijar las cuales se toma en consideración un obrar actual o pasado del individuo que hace resumir que sus intereses no se concilian con los de la función a desempeñar (doctr. de Fallos, 278:287; 299:428; 305:285)”, CSJN, *Magín Suárez, Luis*, 1987, Fallos, 308:2609. “Asimismo, ha considerado que los requisitos exigidos deben

por una causa que no esté vinculada con esta condición personal es atentatorio de esta norma constitucional. Finalmente, se establece que este derecho opera respecto de la asunción de deberes frente al Estado, es la igualdad de todos los individuos para permitir el sostenimiento y el logro de los fines públicos estatales.

Debe destacarse la especialidad del art. 1, inc. 1, de la CADH que remite a la prohibición de realizar distinciones en la efectividad de los derechos humanos —el art. 24 comprende todo derecho (1259)— cuando se fundamentan en los motivos expresamente previstos en la norma jurídica internacional (1260).

De ahora en más centraremos nuestro análisis en determinar básicamente las consecuencias jurídicas del derecho a la igualdad reconocido en ambos textos normativos, sin atenernos a las particularidades que ha reglado nuestra CN. Asimismo, intentaremos desentrañar el impacto que ha tenido la CADH y su aplicación por los organismos internacionales en la interpretación del texto constitucional en nuestro país.

El derecho a la igualdad: ¿derecho a igualar, derecho a desigualar o derecho a emparejar?

El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously

Generalmente, cuando describimos un derecho humano, si lo entendemos como una herramienta argumentativa en el discurso jurídico con el

estar vinculados con la competencia del agente y no para provocar un privilegio personal”, CSJN, *Mocchiutti, Juan*, 1997, Fallos, 320:2298.

(1259) “El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”, Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23-6-05.

(1260) “Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1”, Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.* A renglón seguido precisó que “El artículo 24 de la Convención ‘prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”. Este criterio ha sido mantenido en Corte IDH, Caso *Perozo vs. Venezuela*, del 28-1-09, párr. 379.

objeto de ser acreedor de un deber estatal en sentido fuerte, tratamos de exponer qué consecuencias jurídicas provoca su uso. Con el derecho a la igualdad, esta tarea se nos complica. Lo invito a leer los siguientes casos que demuestran las diferentes consecuencias jurídicas que se buscan alegando el mismo derecho (1261), algo que podría parecer extraño, pero que sucede con el derecho a la igualdad.

Caso 1: Derecho a igualar

El señor X está enfurecido, se siente discriminado, todos en la sociedad “Feliz” recibieron el bien “1” (1262) de parte del “Gran Hermano Estatal”, menos él. Por eso, él deduce una acción judicial sobre la base del derecho a la igualdad para obtener el bien “1”.

Caso 2: Derecho a desigualar

La señora Y está muy enojada, se siente discriminada, todos en la sociedad “Feliz” recibieron el bien “1” de parte del “Gran Hermano Estatal”, incluso ella. Pero ella, al igual que otras personas en similares condiciones, merecen el bien “2”, porque son distintas a las personas que reciben el bien “1”. Por eso, ella deduce una acción judicial sobre la base del derecho a la igualdad para que le comiencen a proveer el bien “2”.

Caso 3: Derecho a emparejar

El señor W está envidioso, se siente discriminado, todos en la sociedad “Feliz” recibieron el bien “1” de parte del “Gran Hermano Estatal” como le correspondía, pero la señora Y, que justo es su vecina presumida, recibió, además, el bien “2”. Por eso, él interpone una acción judicial sobre la base del derecho a la igualdad para que a Y le saquen el bien “2” y lo distribuyan entre todos o, sino es un bien divisible, que todos tengan igual posibilidad de acceso al bien “2”.

Si nos detenemos en el caso 1, que suele ser el caso paradigmático de afectación de derecho a la igualdad en la jurisprudencia y en los libros de doctrina jurídica, el pobre Sr. X reclama ser tratado igual que el resto de los integrantes de la sociedad “Feliz”. Solicita recibir el bien “1” como todos, ya que le parece injusta esta situación. El caso es similar a *Arenzón* (1263) en el

(1261) Debemos aclarar que se ha tratado de resumir las distintas consecuencias jurídicas que se procura que “las instituciones sociales se organicen y funciones asignando a todos iguales posibilidades de acceso a las ventajas de la vida en común”, Alegre, Marcelo, “¿Quién le teme a la igualdad?”, *Revista Doxa*, nro. 27, 2004, pág. 183.

(1262) Podría también ser el caso que el Señor X recibiera menor cantidad del bien “1”.

(1263) CSJN, *Arenzón, Gabriel D. c. Gobierno nacional, Ministerio de Educación - Dirección Nacional de Sanidad Escolar*, 1984, Fallos, 306:400.

que una persona se le negaba la posibilidad de matricularse en un instituto de carrera docente por ser una persona de baja estatura. En este caso, el Sr. Arenzón reclamaba que lo dejen matricularse como a las demás personas que no eran petisas. En conclusión, la igualdad sería un argumento jurídico para ser tratado igual que otras personas.

Ahora, el caso 2 es diametralmente opuesto. ¿De qué puede quejarse la Sra. Y si recibe al igual que todos el bien “1”? Justamente, ella considera que merece un trato distinto porque es diferente al resto, tal vez, alegue que pertenece a un grupo con características especiales (1264). En este caso solicita recibir sólo el bien “2” (1265), porque le parece injusta su situación. Este caso hipotético se asemeja al caso *Sisto* (1266), en el cual los reclamantes cuestionan la nulidad de la renuncia al divorcio vincular impuesta para todos los matrimonios. Los actores consideraban que por ser católicos practicantes debían ser tratados en forma diferente y en el acto matrimonial tenían derecho a renunciar al divorcio vincular (1267). En consecuencia, la igualdad sería un argumento jurídico para reclamar un trato distinto por poseer características personales diferenciales.

Finalmente, llegamos al caso más interesante y, tal vez, más cuestionado. Es el caso en que se puede sostener que se nivela hacia abajo (1268) y se ha asimilado este supuesto a la envidia (1269), aunque el caso 1 también podría

(1264) Acerca de la posibilidad que haya derechos genéricos y específicos según el grupo de pertenencia, apunta Michael Ignatieff al sostener que “no existe ninguna razón por la que los ciudadanos no pueden disfrutar de dos clases de derechos a la vez: aquellos que ya disfrutaban con el resto de la ciudadanía y los que disfrutaban de su estatus minoritario particular”, MICHAEL IGNATIEFF, *Derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2001, pág. 171.

(1265) En estos supuestos debe entenderse por bien al medio que permite satisfacer un derecho. No necesariamente se niega un derecho cuando se trata desigualmente, sino que muchas veces los medios son inadecuados para garantizar el acceso al derecho de ese grupo social.

(1266) CSJN, *Sisto, Verónica Eva y Franzini*, Martín Ignacio, 1998, Fallos, 321:92.

(1267) En este caso, el medio —matrimonio regulado en el Código Civil— era considerado inadecuado para garantizar el derecho al ejercicio de sus creencias religiosas y al modelo familiar previsto por los actores.

(1268) Para la exposición y refutación de la crítica de que el igualitarismo *nivela hacia abajo* ver ALEGRE, *op. cit.*

(1269) “La envidia es muy curiosa, porque tiene una larga y virtuosa tradición, lo que parecería contradictorio con su calificación de pecado. Es la virtud democrática por excelencia. La gente por ella tiende a mantener la igualdad. Produce situaciones para evitar que uno tenga más derecho que otro [...] Entonces la envidia es en cierta medida origen de la propia democracia, y sirve para vigilar el correcto desempeño del sistema. Donde hay envidia democrática el poderoso no puede hacer lo que quiera. Si hay quienes no pagan impuestos, comienza la reacción de aquellos que envidian esa situación y exigen que los privilegiados también paguen [...] Hay un importante componente de envidia vigilante que mantiene la igualdad y el funcionamiento democrático”, SAVATER, FERNANDO, *La envidia*, en http://www.fcjung.com.es/art_148.html, (16-7-09).

inspirarse en este sentimiento (1270). Acá el señor W recibe el bien “1” como toda la “Sociedad Feliz”, pero realmente le molesta mucho (o envidia) a Y que tiene el bien “1” y el “2”. En consecuencia, su reclamo determinará que se perjudique a Y, pero en beneficio de todos los miembros de la “Sociedad Feliz” que podrán acceder a una porción del bien “2” o a la igual oportunidad de poseer íntegramente el bien “2”. Algunos dirían que no se ve afectado el derecho a la igualdad. Es que entienden que no se puede utilizar un derecho para perjudicar a alguien. Nosotros vemos muy claramente que en estos supuestos se beneficia a alguien (toda los integrantes de la “Sociedad Feliz”), pese a perjudicar a Y (1271). En los supuestos anteriores, también alguien salía perjudicado. En el caso 1, todos los integrantes de la “Sociedad Feliz” iba a asumir el costo de dar el bien “1”, pero se solucionaba la situación del Sr. X. En el caso 2, los integrantes de la “Sociedad Feliz” iban a tener que darle el bien “2”, lo que puede implicar costos, y tal vez, tenga un excedente de bien “1”; pero se iba a solucionar la situación de la Sra. Y.

Una vez realizado este análisis sobre las consecuencias jurídicas, es decir, lo que se procura con el derecho a la igualdad, nos dedicaremos a exponer los supuestos en que debe ser considerarse que se ha afectado este derecho.

Derecho a la igualdad y sus modalidades de afectación

El análisis de los derechos del sistema jurídico no resulta una tarea sencilla. Los derechos reconocidos en el orden normativo presentan relaciones complejas entre sí. De modo que el estudio de la validez y eficacia de estos derechos es una tarea que se torna ardua y compleja requiriendo no sólo apreciar el contenido y los límites de cada uno de los derechos, sino las rela-

(1270) Incluso podría decirse que en el caso 1 se manifiesta más el sentimiento de envidia, ya que pudiendo reclamar que se le brinde el bien “1” porque tiene derecho a él, elige como argumento que toda la “Sociedad Feliz” recibe ese bien menos él. Exponiendo que el igualitarismo ha sido criticado sobre la base del argumento de la envidia, se ha dicho que a la igualdad “se la suele considerar un falso ideal que emana de uno de los peores vicios: la envidia. La creencia en la igualdad encubriría, o racionalizaría, para estos críticos, la envidia de quienes sienten que fracasaron en la vida hacia los miembros exitosos de la sociedad. Esta es la objeción más importante que vincula la igualdad con la envidia. Otras objeciones al igualitarismo que están centradas en el concepto de envidia, dicen que los igualitarios tienen la utópica esperanza de eliminar la envidia de la lista de disposiciones humanas, ignorando de este modo que ciertos trazos de la naturaleza humana y social no resultan modificables. Finalmente, algunos autores conservadores sugieren que las instituciones y políticas igualitarias, aparte de ser el resultado de impulsos envidiosos, refuerzan el nivel de envidia social existente”, ALEGRE, *op. cit.*

(1271) Estamos dejando fuera del análisis el conflicto que puede existir en una medida que empareje *para abajo* para realizar el derecho a la igualdad aumentando la pobreza de la población como plantea FARRELL, MARTÍN, *Una sociedad (relativamente) justa*, en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/inv_jurid/sociedad_justa.pdf, (16-7-09). En este caso, sólo se priva de un bien a un sujeto y se distribuye o se permite el acceso igualitario al resto; por lo tanto, no aumenta la pobreza en términos globales de la “Sociedad Feliz”.

ciones dinámicas que se dan entre ellos (1272). Recién ahí, los derechos comienzan a cobrar un mayor significado y se alejan de ser fórmulas vacías que sirvan como meros discursos legitimadores del ejercicio del poder público.

Esto es notorio respecto del derecho a la igualdad, ya que en cierto supuesto para poder determinar cuándo se encuentra afectado resulta necesario verificar la vulneración de otro derecho (llamémoslo, derecho vinculado) (1273). Por ello decimos que el derecho a la igualdad se ve vulnerado en situaciones en que un derecho —educación, salud, ocio— es reconocido a determinada persona o a un grupo de personas y no es otorgado arbitrariamente, sin causa justificatoria razonable (1274), a otra persona o grupo de personas (1275). En este sentido, afirmamos que el derecho a la igualdad se ve afectado cuando a una persona o grupo de personas no se les concede tal derecho —alimentación, cultura, asociación—. En este supuesto hay una afectación a la igualdad y de otro derecho vinculado que no es concedido (caso 1).

Una situación similar existe cuando un grupo es considerado vulnerable porque tiene extremas dificultades para acceder a un derecho, tanto por sus características distintivas, por las prácticas de la sociedad civil y por la regulación y las medidas adoptadas por el Estado en sus políticas públicas (caso 2) (1276). Supóngase que en los edificios escolares no se construyeran rampas que permitan el acceso de las personas discapacitadas. De modo que

(1272) Si consideramos que las libertades se expresan en derechos en el lenguaje jurídicos, esta afirmación resulta concordante con que “hay que poner de relieve que las libertades básicas forman una familia, y que es esa familia la que goza de primacía, no una libertad aislada por sí misma”, RAWLS, JOHN, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 2004, pág. 395.

(1273) Se ha dicho que “en su condición de garantía, aunque sustantiva y no meramente procesal, en tanto constituye un presupuesto para la efectividad de las diversas libertades o derechos interesa determinar cuál es en el sistema jurídico constitucional el parámetro para maximizar su tutela. La igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad como derecho interrelaciona con el resto de los derechos fundamentales, es presupuesto de su ejercicio y está alcanzado por el principio constitucional que establece que no hay derechos en su ejercicio absoluto”, CAYUSO, *op. cit.*, pág. 1380.

(1274) Debe profundizarse sobre lo que se entiende como *causa justificatoria razonable* en el próximo apartado.

(1275) Sin entrar en el debate de dimensiones ciclópedeas que representa el derecho a la igualdad, en este ensayo, intentamos ser consistentes con los principios de justicia de RAWLS por los cuales considera que “a) Cada persona tiene un derecho igual a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos. b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones. En primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y en segundo lugar, las desigualdades deben ser a mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad”, RAWLS, *op. cit.*, pág. 328.

(1276) Más adelante, desarrollaremos esta situación con mayor precisión.

las personas que utilizan sillas de ruedas no pueden o ven extremadamente difícil su acceso al derecho a la educación. En consecuencia, observamos que las personas discapacitadas, no sólo se encuentran privadas del goce del derecho a la educación, sino que en relación con las personas que no son discapacitadas están en una relación de desigualdad. Es por ello que necesitan políticas públicas especiales —trato diferencial del Estado—, lo cual significa que se adapte el acceso a los derechos a las vulnerabilidades específicas de este grupo social.

Pero también se ve afectado el derecho a la igualdad independientemente que se niegue otro derecho (caso 3), como en los supuestos en que un derecho es reconocido arbitrariamente en mayor magnitud a determinada persona o grupo de personas respecto de otra persona o grupo de personas. En estos casos sólo se ve afectado el derecho a la igualdad, el cual, no se vería afectado con una reducción de la autonomía del grupo beneficiado o con un aumento de la magnitud del derecho reconocido al grupo perjudicado por el trato desigual. Supóngase el caso que todos los hospitales estatales funcionan adecuadamente y garantizan el derecho a la salud según las exigencias de los estándares internacionales de derechos internacionales. Pero el Estado invierte el doble de dinero en los hospitales de una región del país, sin una causa justificatoria razonable, lo cual permite que presten un mejor servicio a sus usuarios. Evidentemente, los usuarios de otros hospitales no podrán reclamar que se vio afectado su derecho a la salud, ya que el Estado respondería que se ve plenamente garantizado de acuerdo a los estándares internacionales. Lo que sí pueden reclamar los afectados es que son tratados de forma desigual. Esto se solucionaría si el Estado invirtiera más en todos los hospitales o redujera la partida en la zona beneficiaria. Curiosamente, el reclamo de este derecho termina ocasionando una menor autonomía en el grupo antes beneficiado, pero justamente esta reducción implicará mayor cantidad de recursos públicos que pueden destinarse a garantizar una mayor igualdad en la sociedad y no a seguir favoreciendo situaciones inequitativas.

Como vemos, recién cuando estudiamos las relaciones del derecho a la igualdad con otros derechos, podemos obtener una mayor comprensión de su presupuesto y no queda en una mera fórmula vacía. En conclusión, vemos dos modalidades de afectación del derecho a la igualdad:

Modalidad 1: Afectación del derecho de igualdad y un derecho vinculado

Se niega sin causa justificatoria razonable o no se tiene en cuenta la vulnerabilidad de un grupo para el acceso a un derecho reconocido en el sistema normativo afectándose el derecho de igualdad y el vinculado (1277).

(1277) En relación con los derechos humanos, se pronuncia la Corte Interamericana que “El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir,

Esta modalidad coincide con los casos 1 y 2 y tienen en común que se afecta el derecho de igualdad (art. 24) y un derecho vinculado. En el caso que el derecho vinculado sea un derecho humano, podrá arguirse que se afecta el art. 1, inc. 1 de la CADH si el motivo es de los establecidos en el texto del articulado.

La diferencia de ambos supuestos radica que en el caso 1, se deberá demostrar que la distinción no tiene una causa justificatoria razonable. En cambio, en el caso 2, se deberá acreditar que el trato general no resulta razonable por la vulnerabilidad del grupo que dificulta el acceso al derecho vinculado. En caso que no se pueda acreditar estas cuestiones se decidirá que no hubo afectación al derecho de igualdad y al derecho vinculado. Muy probablemente, se argumente que el derecho vinculado es restringido en forma razonable.

Modalidad 2: Afectación del derecho de igualdad

Se concede en mayor magnitud un derecho a un individuo o grupo social, sin existir causa justificatoria razonable afectando así el derecho a la igualdad.

Esta modalidad coincide con el caso 3, antes reseñado y sólo se encuentra afectado el derecho de igualdad (art. 24 de la CADH).

Esta descripción nos permite desarrollar a una consideración teórica, que puede tener alguna relevancia práctica, a la hora de esgrimir argumentos jurídicos en una presentación judicial.

Una conclusión apresurada nos diría que en la modalidad 1 el reclamo judicial sería válido jurídicamente aún si se reclama solamente la afectación del derecho vinculado. Agregar que se ha afectado también el derecho de igualdad sólo sería un argumento jurídico superfluo, que no tendría relevancia en la decisión judicial. Imaginemos una presentación del caso *Arenzón* fundada exclusivamente en que se lo priva del derecho a enseñar porque existe una limitación irrazonable, sin recurrir en ningún momento al argumento que ha sido tratado en forma desigual. Muy probablemente un juez considerará que no hay fundamentos jurídicos para limitar el derecho a enseñar por la altura de las personas y resuelva el caso sin hacer valoraciones respecto de si se ha afectado el derecho a la igualdad. En consecuencia, ¿es superfluo en la modalidad 1 recurrir al derecho de igualdad?

cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”, Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 53.

Debemos responder por la negativa a la pregunta precedente, ya que hay dos razones para argumentar sobre la base de la afectación del derecho de igualdad.

1) Es probable que el derecho vinculado no sea un derecho humano, por lo tanto, si se argumenta que su restricción irrazonable vulnera también el derecho de igualdad; se da una situación violatoria de los derechos humanos. Lo cual tiene relevancia si el reconocimiento del derecho al reclamante confronta con derechos de terceros que no tienen jerarquía constitucional. De este modo, al alegar que se afecta el derecho de igualdad le da mayor jerarquía jurídica al reclamo individual. Por ejemplo, si una persona reclama por el derecho a participar en actividades deportivas (no es un derecho humano a nuestro juicio y supongamos que esté reconocido en el ordenamiento normativo infraconstitucional), el juez le dará la razón si su demanda, además de estar fundada jurídicamente, no vulnera derechos de mayor jerarquía normativa (constitucionales). En cambio, si esta persona alega que también se vio vulnerado el derecho a la igualdad (con jerarquía constitucional y categoría de derecho humano) el juez no podrá rechazar la demanda alegando que se afecta un derecho de mayor jerarquía (1278).

2) Ateniéndonos a una lógica prudencial, puede ser posible que el juez interprete que en el caso concreto no se ha afectado el derecho vinculado, porque entiende que sus límites son más acotados que lo que habíamos previsto en nuestro reclamo. Es muy difícil estar seguro de la extensión que dan los jueces a los derechos, por eso resulta justificado sumar al reclamo la afectación al derecho de igualdad para que se decida a nuestro favor cuando el juez considera que se produce la modalidad de afectación 2. Por ejemplo, si suponemos que estamos ante la modalidad de afectación 1 y reclamamos porque en la escuela pública de nuestro barrio (Escuela 2) no hay educación bilingüe, puede ser que el juez rechace nuestra demanda, porque el derecho a la educación no comprende el deber de prestar una educación bilingüe. En este caso, no alegamos que en la Escuela 1 se da educación bilingüe y sólo acceden los habitantes de ese barrio. Por el contrario, si hubiéramos alegado este hecho y fundado que, además de afectar el derecho a la educación, se vulnera el derecho a la igualdad podría ser posible que el juez, pese a no considerar que ocurre una modalidad de afectación 1, considere que se ha afectado sólo el derecho de igualdad (modalidad de afectación 2).

(1278) Evidentemente, se da una situación sumamente conflictiva cuando en un caso concreto se ven confrontados derechos de la máxima jerarquía normativa. Pero en ningún caso puede resolverse negando plenamente uno de los derechos, sino que tiene que decidirse por una solución que intente armonizar su efectividad.

Es por ello que no hacen superfluo en todos los casos, la alegación de la afectación del derecho a la igualdad cuando existe un derecho vinculado.

Ahora, hemos dejado un dilema pendiente, ya que la acreditación de que existe una afectación al derecho a la igualdad depende siempre de que se trate en forma diferente sin causa justificatoria razonable o que se dé un tratamiento a grupos vulnerable sin tener en cuenta sus particularidades. Pero resulta sumamente complicado definir en una situación concreta si realmente ocurre una afectación y los jueces cuentan con amplio poder discrecional para determinarlo. A continuación, analizaremos la doctrina judicial para apreciar cómo han actuado y qué han argumentado los jueces internacionales y locales para determinar la afectación al derecho a la igualdad.

La doctrina judicial en materia de derecho de igualdad

La igualdad que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a los unos de lo que no se concede a otros en iguales circunstancias. CSJN, Sánchez Viamonte, Julio en autos con Giustinian, Emilio, 1916, Fallos, 123:106.

Ocurre que la garantía de la igualdad no es una fórmula rígida e inmutable; tampoco es definible. Si pretendiéramos definirla sólo podríamos ofrecer un retrato borroso de las convenciones sociales y las creencias vigentes en una época determinada. Voto del magistrado Enrique Santiago Petracchi, CSJN, González de Delgado, Cristina, 2000, Fallos, 323:2659.

Consideraciones generales

En el ámbito interamericano se ha considerado, en primer lugar, que el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación normas jurídicas de carácter *ius cogens* (1279) y obliga a los Estados Parte a “no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas

(1279) Corte IDH, Caso *Yatama*, ya cit. En el mismo sentido, en la OC 18/03, ya cit., párr. 100 se dijo que “Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas”.

que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas” (1280).

Asimismo, se ha sostenido que no todo trato diferente viola el derecho a la igualdad (1281) si está justificada objetivamente y en forma razonable (1282) y se respeta el principio de aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (1283). Al respecto se ha considerado que debe existir una conexión proporcional fundada en diferencias de hecho y en los objetivos de la norma que realiza la distinción, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (1284). Se ha agregado que esta diferenciación debe poseer una “importancia suficiente para justificar un trato distinto, y ser necesaria y no únicamente conveniente o útil” (1285).

La valoración sobre la razonabilidad de la diferenciación debe ser separada en diferentes estadios analíticos según el voto del juez Rodolfo Piza que consideró que la distinción es legítima tras un test de razonabilidad, proporcionalidad y de adecuación (1286). Con referencia a la razonabilidad exige que las razones de la distinción no sean contrarias a la recta razón, la justicia y el bien común, aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. En relación con el criterio de la proporcionalidad exige que la distinción se adecúe a la posición lógica del derecho

(1280) Corte IDH, Caso *Yatama*, *ya cit.* y OC 18/03, *ya cit.*

La CSJN ha dicho que “este Tribunal admite que en el plano internacional el Estado argentino ha tomado el compromiso —al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos— de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”, CSJN, *D. de P. V., A. vs. O., C. H. s/ impugnación de paternidad*, 1999, Fallos, 322:2701.

(1281) ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, del 10-11-89, párr. 8.

(1282) Corte IDH, Caso *Yatama*, *ya cit.* y OC 18/03, *ya cit.* En esta Opinión Consultiva se denominó a estas situaciones como *distinciones*, reservándose el término de *discriminación* para el trato diferente que viola el derecho a la igualdad. Al respecto, se consideró que “se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”.

(1283) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1284) *Ibidem* y Corte IDH, OC 17/02, *ya cit.*

(1285) Voto del magistrado Hernán Salgado Pesantes en Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1286) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.* En similar sentido “para sostener que la diferenciación es constitucionalmente legítima no basta constatar que aquélla posee un fundamento objetivo y un fin amparado sino que, además, es necesario que las consecuencias jurídicas que resulten de la misma sean adecuadas —idóneas— y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere el principio de razonabilidad”, CAYUSO, *op. cit.*, pág. 1380.

o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, que encaje armónicamente en el sistema de principios y valores del ordenamiento jurídico. Finalmente, el criterio de adecuación exige que la diferencia sea acorde a circunstancias relativas, concretas y actuales de la sociedad —históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.— (1287).

En similar sentido, la jurisprudencia nacional suele afirmar, sin alejarse de la descripción legal, que el derecho a la igualdad obliga al “trato igualitario” a las personas. El “trato igualitario” implica que las personas que tienen características similares deben recibir un trato igual, mientras que las personas con características disímiles deben recibir un trato diferente. En consecuencia, no se prohíbe la discriminación, si tiene fundamento, aunque sea opinable (1288). En el caso *ALITT* han precisado que no puede delegarse el trato desigual al juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos (1289).

En los casos en que se discrimine sin fundamento o el mismo resulta irrazonable es posible reclamar por estar vulnerado el derecho a la igualdad. Esta es la fórmula que viene reproduciendo de antaño nuestra CSJN cuando interpreta el artículo 16 de la CN y que hemos tomado como primer epígrafe. Debemos decir que esta definición del derecho a la igualdad realizada por nuestro máximo intérprete constitucional se acopla al criterio mayoritario de la Corte IDH (1290) y no ha sufrido variaciones con la incorporación de la CADH en el bloque de constitucionalidad (1291). Debemos agregar que no

(1287) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.* En similar sentido, voto del magistrado Hernán Salgado Pesantes en Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1288) “La garantía constitucional de la igualdad sólo comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones y las distinciones establecidas por el legislador en supuestos que estime distintos son valederas en tanto no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación aunque su fundamento sea opinable”, CSJN, *Ferraris, Sergio Arturo*, 1981, Fallos, 303:1580. En igual sentido en *Aráoz Alfredo*, 1982, Fallos, 304:390; *Ariaudo de Zehnder*, 1983, Fallos, 305:823; *O’Gorman Jorge*, 1984, Fallos 306:1844; *Diorio Homar*, 1985, Fallos, 307:582; *Martinengo Oscar*, 1982, Fallos, 304:390; *Drysdale Juan*, 1927, Fallos, 149:417; *Dardanelli de Cowper*, 1984, Fallos, 306:1560; *Muñiz Barreto de Alzaga*, 1968, Fallos, 270:374; *Etchevarne Rafael*, 1922, Fallos, 137:105; *Criminal c/ Olivar Guillermo*, 1875, Fallos, 16:118 y *Gutiérrez Oscar*, 2006, Fallos, 329:1092, voto de los conjuces Juan Carlos Poclava Lafuente y Jorge Ferro.

(1289) CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual*, 2006, Fallos, 329:5266.

(1290) Con cita expresa de la OC 4/84, CSJN, *Zofracor S.A.*, 2002, Fallos, 325:2394, voto de los magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O’Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez y *D. P. V., A. c/ O., C. H.*, 1999, Fallos, 322:2001. Más recientemente, ver el voto del magistrado Maqueda en *RAD.*, 2007, Fallos, 330:3853.

(1291) “Que, con relación al planteo sustentado en la violación al derecho de igualdad ante la ley, este Tribunal ha interpretado que la garantía del art. 16 de

se ha receptado los diferentes estadios de análisis que propone el juez Piza; lo cual no quiere decir que la Corte nacional no realice ese análisis en forma integrada cuando evalúa la razonabilidad de la distinción.

En relación con el ejercicio del derecho, la CSJN ha considerado que el derecho de igualdad sólo es esgrimible por una persona y no por el Estado para reforzar el ejercicio de poder (1292), debe ser planteada por la persona que sufrió el trato desigual (1293) y no es argumento para considerar que no debe ser aplicada la ley en forma general cuando algunos la evadieron por inacción de la autoridad (1294).

Respecto de la forma federal de gobierno, se ha considerado que la facultad de producción de normas por parte de las provincias, en materia procedimental, por ejemplo, tiene como consecuencia la existencia de ciertas desigualdades. Sin embargo, las desigualdades no deben tener ser muy intensas, sino el principio de gobierno federal derogaría el derecho de igual impidiendo su coordinación armónica (1295).

la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos ocurientes según sus diferencias constitutivas, de tal suerte que no es la igualdad absoluta o rígida, sino la igualdad para todos los casos idénticos que importa la prohibición de establecer excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias (Fallos, 123:106); pero no impide que el legislador establezca distinciones valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezcan a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio, sino a una objetiva razón de discriminación (Fallos, 301:381, 1094; y 304:390)", CSJN, *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio, ya cit.*, voto de los magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi, Consid. 24); *Arce, Jorge D.*, 1997, Fallos, 320:2145; *Alonso, Jorge*, 1995, Fallos, 318:2611; *Almonacid Juan*, 1999, Fallos, 322:385, voto del magistrado Bossert; *Nápoli, Erika*, 1998, Fallos, 321:3630; *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe*, 1994, Fallos, 317:1195, voto del Dr. Carlos S. Fayt; *Lufthansa Líneas Aéreas Alemanas*, 1999, Fallos 322:2346; *Hanríquez Abdón Zenón*, 1997, Fallos, 320:52; *Kunkel, Carlos*, 1997, Fallos, 320:305; *Galli Hugo*, 2005, Fallos, 328:690; *Carrizo Hugo*, 1997, Fallos, 320:1395; *Passano, Angela*, 1997, Fallos, 320:196.

(1292) CSJN, *Universidad Nac. de Córdoba*, 2004, Fallos, 327:2435; *Bernasconi SA*, 1998, Fallos, 321:2933.

(1293) CSJN, *Almonacid, Juan, ya cit.*; *Epstejn de Kanonich, Zeldá*, 1965, Fallos, 262:86; *Flores, Elvio*, 1965, Fallos, 263:545.

(1294) CSJN, *Itapesca S.A.C.I. - Proyesur S.A. UTE (TF 9848-A)*, 2005, Fallos, 328:1750. Con cita de *La Martona S.A.*, 1945, Fallos, 202:130 y *Empresa "Vesta" de Construcciones*, 1957, Fallos, 237:239.

(1295) "Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía", CSJN, *Verbitsky, Horacio*, 2005, Fallos, 328:1146.

Casuística

De forma casuística podemos mencionar que se ha considerado como buenos justificativos para un trato desigual en el ámbito interamericano a:

| Motivo de la distinción | Derecho en juego |
|-------------------------------------|--|
| Nacionalidad | Obtención de la ciudadanía (1296). |
| Ser extranjero | Procedimiento para la deportación (1297). |
| Condición de migrante | Ejercicio de derechos políticos (1298). |
| Condición de migrante indocumentado | Control de tránsito diferenciado (1299). |
| Elección local y federal | Forma de organización de la elección (1300). |

En el ámbito nacional fueron considerados como buenos argumentos para un trato desigual:

| Motivo de la distinción | Derecho en juego |
|--|--|
| Estar imputado de la comisión de un delito vinculado con el tráfico internacional de estupefacientes | Garantías procesales (1301). |
| Haber sido empleado público estable | Indemnización por persecución política o gremial (1302). |
| Ejercer la segunda Presidencia de la Nación | Prohibición de reelección (1303). |
| Ejercer determinada función pública | Recibir un complemento bonificable (1304). |
| Escalafón administrativo | Derechos laborales (1305). |
| Grado de parentesco | Beneficios de la seguridad social (1306). |
| Ser acreedor estatal en una relación tributaria | Tener derecho a una tasa de interés superior (13067). |
| Clase de productos o industrias | Diferente tratamiento tributario (1308). |
| Región del país | Trato tributario beneficioso (1309). |
| Ser alianza electoral transitoria | No aplicación del régimen de la ley de lemas (1310). |
| Carácter público de la Universidad | Imposición tributaria (1311). |

(1296) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*

(1297) CIDH, Informe N° 2/92, caso 10.289, del 4-2-92.

(1298) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1299) *Ibidem.*

(1300) Corte IDH, Caso *Castañeda Gutman vs. México*, del 6-8-08.

(1301) CSJN, *Alonso, Jorge, ya cit.*, del voto de los magistrados Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor.

(1302) CSJN, *Kunkel, Carlos, ya cit.*

(1303) CSJN, *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe, ya cit.* y *Almonacid, Juan, ya cit.*, voto del magistrado Gustavo Bossert.

(1304) CSJN, *Muñoz, Ricardo*, 1996, Fallos, 319:1716.

(1305) CSJN, *Diarte, José Alberto*, 2003, Fallos, 326:2880.

(1306) CSJN, *Passano, Angela Esther, ya cit.*

(1307) CSJN, *Neumáticos Goodyear S.A. (TF 8659-A)*, 2000, Fallos, 323:3412.

(1308) CSJN, *Argentini, Héctor*, 2001, Fallos, 324:187 y *Cafés La Virginia S.A.*, 1997, Fallos, 320:1166.

(1309) CSJN, *Argentini, Héctor, ya cit.*, voto de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez y *Zofracor S.A., ya cit.* Ver el art. 75, inc. 19, de la CN.

(1310) CSJN, *Partido Demócrata Progresista*, 2003, Fallos, 326:2004.

(1311) CSJN, *Universidad Nac. de Córdoba, ya cit.*

| Motivo de la distinción | Derecho en juego |
|---|---|
| El interés superior del niño de preservar filiación biológica | Limitación de la adopción plena (1312). |
| No tener el carácter de padre o de hija o hijo. | Ejercicio de la acción de impugnación de paternidad (1313). |
| Regulación eleccionaria en la provincia | Derecho a ser reelegido (1314). |
| Tiempo de residencia en una provincia | Derecho a ser elegido (1315). |
| Jeraquía y competencia de los jueces | Monto de los haberes (1316). |
| Actividad comercial realizada | Carga tributaria (1317). |
| Ser enfermo de HIV. | Idoneidad en el ejercicio de los cargos públicos (1318). |
| Situación de endeudamiento extremo. | Exclusión de la terna para acceder al cargo de magistrado (1319). |
| Intangibilidad de las remuneraciones de los jueces | Exención tributaria (1320). |
| Ser dador de trabajo doméstico | Proporcionalidad de una sanción de multa (1321). |
| Categoría financiera (cobrable/incobrable) | Posibilidad de saldar deuda con títulos públicos (1322). |

Por el contrario en el ámbito interamericano, no se consideró como buen argumento para un trato diferenciado:

(1323) (1324) (1325) (1326) (1327)

| Motivo de la distinción | Derecho en juego |
|--------------------------------|---|
| Sexo | La obtención de la ciudadanía (1323). |
| Estatus migratorio | La obtención de la nacionalidad (1324). |
| Ascendencia extranjera | La obtención de la nacionalidad (1325). |
| Constituir un partido político | El ejercicio de los derechos políticos (1326). |
| Lengua indígena | Libertad de utilizar idioma en un centro de reclusión (1327). |

(1312) CSJN, *Recurso de hecho deducido por Luis Alberto Terroba en la causa I, E. H.*, 1999, Fallos, 322:1349, voto de los magistrados Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert.

(1313) CSJN, *D. de P. V., A. vs. O., C. H., ya cit.*

(1314) CSJN, *Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe*, 1994, Fallos, 317:1195.

(1315) CSJN, *Martínez, Lucía*, 2003, Fallos, 326:2221.

(1316) CSJN, *Facciuto, Omar A. c/ Ministerio de Justicia*, 2006, Fallos, 329:304.

(1317) CSJN, *Droguería del Sud S.A.*, 2005, Fallos, 328:4542.

(1318) CSJN, *B., R. E. c/ Policía Federal*, 1996, Fallos, 319:3040.

(1319) CSJN, *Carranza Latrubesse, Gustavo*, 2006, Fallos, 329:1723.

(1320) CSJN, *Gutiérrez, Oscar Eduardo, ya cit.*

(1321) CSJN, *DNM c/ Valmor SRK*, 2006, Fallos, 329:5567.

(1322) CSJN, *Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa*, 2009, Causa A. 1518. XXXIX y *Coronel, Jorge Fernando*, 2009, Causa C. 2682. XXXIX.

(1323) Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*

(1324) Corte IDH, Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, del 8-9-05.

(1325) *Ibidem.*

(1326) *Ibidem.*

(1327) Corte IDH, Caso *López Alvarez vs. Honduras*, del 1-2-06.

| Motivo de la distinción | Derecho en juego |
|--|---|
| Condición de migrante | No aplicación de reglas del debido procesal legal para deportarlos (1328). |
| Condición de migrante | Derechos laborales (1329). |
| Condiciones de acceder a la jubilación | Posibilidad de ser juzgado por responsabilidad disciplinaria en ejercicio de la función de juez (1330). |
| Opinión política | Acceso a la información por parte de un medio de comunicación (1331). |

En el ámbito local, se ha considerado que no eran adecuados motivos para un trato diferencial:

| Motivo de la distinción | Derecho en juego |
|---|--|
| Estar enfermo de HIV | Trabajo en funciones públicas (1332). |
| Desempeñar la función del fiscal | Inmunidad procesal (1333). |
| Desempeñar la función de Ministro de la Nación | Inmunidad procesal (1334). |
| Recursos económicos | Exención de los costos económicos del recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1335). |
| La edad avanzada | Ejercicio de la profesión de escribano público (1336) |
| Estar imputado de cometer delitos contra ciertos bienes jurídicos | Restricción en el acceso a la excarcelación (1337) |
| Haber sido víctima de un accidente de tránsito | Acceso a plan estatal de pago de indemnizaciones por lesiones (1338) |
| Constituirse en una asociación mutual | Acceso a concesión de radiodifusión (1339) |
| Ser hijo extramatrimonial | Derechos familiares (1340) |
| Ejercer el cargo de Director de una Sociedad Anónima | Determinación de la deuda tributaria sobre base presunta (1341) |

(1328) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1329) *Ibidem.*

(1330) Corte IDH, Caso *Apitz Barbera* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, del 5-8-08.

(1331) Corte IDH, Caso *Perozo*, *ya cit.*

(1332) CSJN, *B. R. E. vs. Policía Federal Argentina*, 1996, Fallos, 319:3040.

(1333) CSJN, *Romero Victorica, Juan Martín*, 2001, Fallos, 324:3397.

(1334) CSJN, *Cavallo, Domingo Felipe*, 2004, Fallos, 327:4376.

(1335) CSJN, *Veleiro, Emilio*, 1995, Fallos, 318:435.

(1336) CSJN, *Franco, Blanca Teodora*, 2002, Fallos, 325:2968.

(1337) CSJN, *Nápoli, Erika Elizabeth*, *ya cit.*

(1338) CSJN, *Risolía de Ocampo, María José*, 2000, Fallos, 323:1934.

(1339) CSJN, *Asociación Mutual Carlos Mujica*, 2003, Fallos, 326:3142.

(1340) CSJN, *Franco, Blanca Teodora*, *ya cit.* Téngase en cuenta el art. 17 de la CADH cuando expresa que “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

(1341) CSJN, *Buhar, Yaco*, 2003, Fallos 326:3437, voto de los magistrados Carlos S. Fayt y Adolfo Roberto Vázquez.

| Motivo de la distinción | Derecho en juego |
|--|--|
| Reclamo previsional | Agotamiento de vía jurisdiccional en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1342) |
| Ejercer la magistratura en el Poder Judicial provincial. | Remuneración judicial digna (1343). |
| Política educativa provincial | Derecho a iguales oportunidades educativas (1344). |
| Poseer un título público regido por la ley extranjera | Trato más beneficioso (1345) |
| Integrar la justicia provincial | Intangibilidad de las remuneraciones de los jueces (1346). |
| Equiparación a jueces surja de una disposición legal o reglamentaria previa y expresa. | Indemnización por incumplimiento de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones judiciales (1347). |
| Lapso prolongado de residencia en el país para las personas extranjeras. | Acceso a la prestación de seguridad social por discapacidad (1348) |
| Asociación civil que procura los derechos de las personas travestis y transexuales. | Adquirir la personería jurídica (1349) |
| No reverenciar los símbolos patrios ejerciendo objeción de conciencia | Enseñanza pública (1350). |
| Falta de recursos económicos. | Acceso a publicidad oficial (1351). |
| Vínculo familiar. | Acceso de derechohabientes al régimen general de indemnizaciones por accidentes laborales (1352). |

Asimismo, se ha afirmado que todo enriquecimiento injustificado afecta el derecho de igualdad (1353). Por el contrario, se ha concluido que la extinción o restricción de derechos por la modificación legislativa no es una afectación al derecho de igualdad (1354).

(1342) CSJN, *Iztcovich, Mabel c/ ANSeS*, 2005, Fallos, 328:566.

(1343) CSJN, *Chiara Díaz, Carlos Alberto*, 2006, Fallos, 329:385, voto de los magistrados Zaffaroni, Lorenzetti y Highton.

(1344) CSJN, *Ferrer de Leonard, Josefina*, 2003, Fallos, 326:2637.

(1345) CSJN, *Galli, Hugo G., ya cit.*

(1346) CSJN, *Gutiérrez, Oscar Eduardo, ya cit.*

(1347) CSJN, *Díaz Cabral, Marcelo Gonzálo*, 2006, Fallos, 329:2890.

(1348) CSJN, *RAD. c/ Estado Nacional, ya cit.*

(1349) CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual, ya cit.*

(1350) CSJN, *Asociación de Testigos de Jehová*, 2005, Fallos, 328:5993.

(1351) CSJN, *Editorial Río Negro S.A.*, 2007, Fallos, 330:3908.

(1352) CSJN, *Medina, Orlando Rubén*, 2008, Fallos, 331:250.

(1353) CSJN, *Gas del Estado S.E. (en liq.)*, 2003, Fallos, 326:2457.

(1354) CSJN, *Martinotti, Héctor Julio*, 1996, Fallos, 319:791. Ver *Hernando, Higinio Agustín*, 1976, Fallos, 295:694; *Fiori, Pedro Angel*, 1977, Fallos, 299:181; *Aráoz, Alfredo*, 1982, Fallos, 304:390; *Lucini, Humberto Julio*, 1985, Fallos, 307:493; *Conil Paz, César Alberto Adrián*, 1985, Fallos, 307:629; *Tinedo, Mamerto*, 1986, Fallos, 308:199; *Linares, Clara María Isabel*, 1992, Fallos, 315:839; *Córdoba, Oscar*, 1993, Fallos, 316:2483 y *Dentone, Ricardo Hernán*, 1995, Fallos, 318:1237.

Evidentemente, cada caso de los aquí reseñados daría lugar a un amplio y enriquecedor debate respecto del alcance del concepto de los buenos o adecuados motivos para un trato desigual; pero lamentablemente, no podremos exponerlo en este breve estudio conformándonos sólo con su mención.

Desde el plano teórico, recientemente receptado en la jurisprudencia de nuestra CSJN (1355), se ha considerado que una asignación inequitativa de derechos se justifica cuando tiene como fin maximizar los derechos de los sectores tradicionalmente desaventajados.

Escrutinio estricto

En el caso *Repetto* de la CSJN, específicamente en los votos de los magistrados Petracchi y Bacqué, se realiza un agregado a esta doctrina judicial, adhiriendo a la tesis del escrutinio estricto de las categorías sospechosas. Esto quiere decir que cuando el trato no igualitario se funda en un categoría sospechosa (en el caso, la nacionalidad) se está frente a un supuesto de discriminación (1356) presumiendo que afecta el derecho a la igualdad y debiendo argüirse un interés estatal urgente para salvaguardar las norma discriminatoria (1357). En los casos *Hoof* y *Gottschau* se ha señalado que el interés no

(1355) “Que un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”, CSJN, *Itzcovich, Mabel, ya cit.*, voto del magistrado Lorenzetti.

(1356) Ver al respecto, ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *ya cit.*, párr. 7.

(1357) “(7) Que, en consecuencia, cabe concluir —ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional— que toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad. Por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de la citada distinción debe acreditar la existencia de un ‘interés estatal urgente’ para justificar aquélla, y no es suficiente, a tal efecto, que la medida adoptada sea ‘razonable’”, CSJN, *Repetto, Inés M.*, 1988, Fallos, 311:2272. Ver *Calvo y Pesini, Rocío c. Provincia de Córdoba*, 1998, Fallos, 321:194 y los más recientes, *Gottschau, Evelyn Patrizia*, 2006, Fallos, 239:2986; *RAD.*, *ya cit.*, votos de los magistrados Petracchi, Argibay y Maqueda, y *Hoof, Pedro, ya cit.* En ese caso se sostuvo que el reclamante “[e]s juez de primera instancia provincial, pero está excluido de la posibilidad de ser camarista por su ‘origen nacional’. Consiguientemente, su situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Ello hace aplicable la doctrina europea, según la cual, la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el ‘origen nacional’), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (conf. Bossuyt, Marc en Pettiti Lous Edmond y otros ‘La Convention Européenne des Droits de L’Homme’, ed. Económica, París, 1995, comentario al

sólo debe ser “conveniente”, sino que debe tener el carácter de “sustancial”. En relación con los medios, no sólo deben ser *adecuados*, sino que deben *promover a los fines previstos* y ser la alternativa “menos restrictiva de los derechos en juego”. En el caso *R.A.D.* se consideró que no pueden alegarse dificultades presupuestarias y perjudicar exclusivamente a un grupo social (los extranjeros) (1358).

Se justifica este diferente control por parte del Poder Judicial en que se presume con los intereses de las personas pertenecientes a las categorías sospechosas no están representados o no son tenidos en cuenta debidamente en la deliberación democrático. Por ello, es necesario que intervenga el Poder Judicial, como revisor de las decisiones parlamentarias, para velar por los derechos de las personas tradicionalmente invisibilizadas en la deliberación pública (1359).

art. 14, pág. 477 y autores citados en las notas 6), 7) y 8)”. En el citado caso *Gottschau* se sostuvo que el art. 20 de la CN no comprende la igualdad en el acceso al empleo público.

(1358) “Analizando tales explicaciones, tenemos, por un lado, aquella referida a los límites presupuestarios que condicionarían la concesión de las pensiones. Al respecto, debe decirse que un argumento de tal clase no puede en modo alguno justificar una clasificación por el origen nacional como la que el decreto contiene, ya que si bien es cierto que el Estado debe, en principio, atenerse al presupuesto que se destina a una cierta actividad o prestación pública, resulta evidente que no puede pretender alcanzar tales fines haciendo destinatarios exclusivos de los costos de tal restricción a los extranjeros radicados en el país, a quienes la Constitución ha invitado para que habiten en nuestro territorio (Preámbulo; artículo 25). En otras palabras: las dificultades presupuestarias, si existieren, no pueden discriminar entre nacionales y extranjeros y afectar sólo a estos últimos”, CSJN, *RAD. c/Estado Nacional, ya cit.*, voto de los magistrados Petracchi y Argibay.

(1359) En este sentido, John Ely considera que cuando funciona mal el proceso democrático debe intervenir el Poder Judicial. Define los siguientes supuestos “1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, o 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz o voto, los representantes comprometidos con una mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad, o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos” (John Ely, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 1997, pág. 130). Esta solución también parece ser propuesta por Carlos Nino cuando considera que “los jueces, al igual que cualquier otra persona que deba adoptar una decisión sobre la base del derecho, debe primero decidir si los prerequisites para otorgar superioridad epistémica al procedimiento democrático por sobre su propia reflexión individual están efectivamente cumplidos”. Ver NINO, CARLOS, “Derecho, Moral y política” en MAURINO, GUSTAVO (editor), *Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política*, t. II, Buenos Aires, Gedisa, 2007, pág. 162. También esta tesitura es compartida en nuestro medio por ROBERTO GARGARELLA.

Hasta ahora la CSJN ha considerado también como categoría sospechosa el sexo (1360) y, en algunos votos en un reciente fallo, a los ancianos (1361). Las categorías sospechosas son definidas, en general, por la experiencia histórica tratando de evitar tratos no igualitarios contra grupos, que generalmente, son discriminados, marginados por la sociedad civil. Legalmente, deberían considerarse categorías sospechosas, los supuestos en que las normas internacionales prohíben discriminar (1362),

(1360) “[L]os actores no han mostrado (y mucho menos, demostrado) cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat, antes bien, dicho imperioso interés público consistiría en evitar dicha exclusión, con rapidez indeliberada, porque ella se apoya en un prejuicio que, como tal, no merece justificación alguna”, voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi en CSJN, *González de Delgado, Cristina*, 2000, Fallos, 323:2659.

La prohibición de todo tipo de discriminación incluida la formulada por motivo de sexo, se halla establecida en el art. II de la DADDH, en el art. 7 de la DUDH, en el art. 24 de la CADH, en el art. 26 del PIDCP, en el art. 1 de la CEDAW y en el art. 2 de la CDN.

(1361) “[L]a afectación en el cobro oportuno de créditos de la naturaleza expuesta debe ser evaluada, también, a la luz del principio de igualdad desde todas sus dimensiones, pues, debe reconocerse que en la sociedad existen múltiples discriminaciones como realidad cultural, fundadas en oscuros prejuicios, que la legislación y los jueces deben esforzarse por reducir y eliminar, dando vigencia al principio de igualdad ante la ley. Una de las más odiosas es la discriminación etaria contra los adultos mayores de la población, que asocia a éstos el estereotipo negativo de incapacidad física, intelectual y afectiva, y que, como toda discriminación excluyente, bajo el manto de la piedad hacia el ‘inferior’ postula una ‘tutela’ que no es más que la consagración de la marginación y la exclusión social. Esta discriminación se refuerza en circunstancias en que la competencia en el mercado laboral se agudiza por la escasa demanda y la consiguiente tendencia a excluir personas de esa competencia”, CSJN, *Itzcovich, Mabel, ya cit.*, votos de los magistrados Maqueda y Zaffaroni.

(1362) “Numerosos tribunales internacionales y nacionales competentes han impuesto a los gobiernos una carga redoblada de justificación de distinciones o clasificaciones basadas en factores como la nacionalidad, la raza, el color o el sexo”, CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, del 22-10-02.

“El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha considerado que el término ‘discriminación’ comprende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en categorías como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”, ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 18, *ya cit.*

En similar sentido, la Corte Interamericana ha sostenido que “[h]oy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”, Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*, párr. 101.

pero hasta ahora jurisprudencialmente, nuestro país ha reconocido estas categorías.

Debe agregarse que otra característica de la prohibición trato de desigual injustificado basada en una categoría sospechosa es que, según el texto de la CADH, es que no puede ser suspendida por los Estados aún en guerra, peligro público u otra emergencia (1363).

Conclusiones preliminares

Evidentemente, la casuística jurisprudencial nos demuestra que la determinación de una violación al derecho a la igualdad deja un marco discrecional de proporciones colosales al juez, el cual, de acuerdo a antecedentes judiciales, la situación concreta (1364) y sus valoraciones, prejuicios, percepciones, intuiciones y visión del mundo debe tomar una decisión. Aparte debe tener en cuenta la dinamicidad del reconocimiento de este derecho, lo que hoy nos puede parecer una buena razón para un trato inequitativo, mañana puede ser reconocida como irrazonable; asimismo, cierta categoría que hoy no nos parezca sospechosa, mañana puede ser sujeta a un criterio estricto y entendida como causal de trato discriminatorio (1365). Finalmente, cabe concluir que en la interpretación del derecho de igualdad se patentiza el poder político de la agencia

“En el caso argentino, la reforma constitucional de 1994 ha integrado al texto de la norma fundamental las disposiciones de tratados de derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional. El principio general de igualdad se ve así definido en disposiciones que califican de discriminatorias, y por tanto arbitrarias, actos o normas que establezcan diferencias por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, económicos o de nacimiento. El mandato es imperativo, acota la libertad del legislador y facilita el test de control. Se está descalificando determinados criterios de selección por atentar contra la igualdad de iure y de hecho”, CAYUSO, *op. cit.*, pág. 1380.

(1363) CADH, art. 27.

(1364) “Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”, Corte IDH, OC 4/84, *ya cit.*, párr. 58.

(1365) “Antes bien, como decía el juez Frankfurter es menester ajustar el significado de dicha garantía a los cambios de los tiempos, a las transformaciones de los puntos de vista y de las circunstancias exteriores. Uno de los efectos de la variación en los sentimientos de los hombres acerca de lo que es correcto y justo es, precisamente, su relevancia en el juzgamiento de cuándo una discriminación niega la igual protección ante la ley”, voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi, CSJN, *González de Delgado, Cristina, ya cit.*

judicial y la influencia que tiene la ideología política en el ejercicio de las funciones.

A continuación, trataremos el problema de realizar políticas igualitarias cuando intentan solucionar las dificultades para el acceso a los derechos de los grupos vulnerables (1366).

(1366) Sin ánimo de hacer una descripción de la falta de políticas públicas encargadas de responder al trato desigualitario y la discriminación, conviene citar la Presentación ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Refugiados y Migrantes), junto a la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH). En este informe se ha considerado que “En relación con los migrantes se ha considerado que son temas que deben ser abordados ‘Los altos costos y las numerosas trabas burocráticas propias del trámite de radicación que sufren los migrantes en situación de pobreza; la investigación seria y profunda de casos de agresión y violencia xenófoba; y la derogación de una abundante normativa que discrimina irrazonablemente en el acceso a derechos por razones de nacionalidad de la persona’. En relación con los asilados, ‘no se han desarrollado políticas eficientes en zonas fronterizas, de modo de asegurar el principio de no discriminación. Por lo demás, el Estado argentino no promueve medidas dirigidas a facilitar la integración social de los refugiados’. Se agrega que ‘la situación de los pueblos indígenas revela un preocupante retroceso, marcado por la falta de desarrollo de políticas y leyes dirigidas a la protección efectiva de sus derechos, así como por la adopción de medidas que han violado gravemente esos derechos, particularmente el derecho a la tierra y el territorio, el derecho a la consulta, a la participación y a la organización, el acceso a la justicia y el derecho a la identidad cultural y a la educación. Preocupan además casos de violencia, agresión e intimidación hacia miembros de comunidades y pueblos indígenas, así como la ausencia de medidas de prevención, investigación, sanción y reparación ante este tipo de acciones’. Finalmente, respecto de ‘las personas con discapacidad, el Estado argentino no implementa las medidas necesarias tendientes a eliminar la discriminación en el derecho a la educación, al trabajo y a la salud, entre otros, hacia esas personas. No se respeta la obligación de supresión de barreras físicas arquitectónicas, urbanísticas, del transporte —incluso en los propios edificios públicos— y han habido grandes retrocesos en cuanto a la educación *integrada* para niños con discapacidad. A su vez, la crisis de las obras sociales y del sistema de salud en general han dejado sin cobertura a cientos de miles de personas con necesidades especiales. Por último, el Estado incumple su obligación legal de destinar el 4% de los empleos públicos a personas con discapacidad”.

Por su parte, en el informe del Foro de Organizaciones No Gubernamentales que Luchan Contra la Discriminación se registró que “8 de cada 10 casos de discriminación denunciados en Capital Federal y el Conurbano tienen eje en cuestiones de salud, trabajo y etnia” [...] Los tres ejes de discriminación que encabezaron los porcentajes de denuncias son: Salud (43,16 %), Trabajo (27,10%) y Etnia (15,97 %). Otro dato preocupante es que ha reaparecido el conflicto religioso como eje de tensión en las relaciones sociales”, <http://www.periodismosocial.org.ar/notacompleta.cfm?id=1436>, (16-7-09).

Los problemas para igualar

Sólo el santo dogma de la igualdad puede indemnizar a los hombres de la diferencia muchas veces injuriosas, que ha puesto la naturaleza, la fortuna o una convención antisocial. Igualdad de Bernardo Montegudo

La democracia ha llevado a una política de igual de reconocimiento, la cual ha tomado varias formas a través de los años, y ha regresado en la forma de reclamos por el igual status de todas las culturas y géneros. The Politics of Recognition de Charles Taylor

Existen dos problemas para igualar a una persona. El primero es que algunas personas por circunstancias sociales o naturales tienen ciertas desventajas —por ejemplo, las personas discapacitadas—. Por lo tanto, deben disponerse medidas positivas para que accedan a los derechos que el resto de las personas que no tienen estas desventajas (1367). Justamente debe lograrse que no sea relevante las desventajas que sufren este grupo, que no tenga menos chances en la sociedad ser desaventajado.

El otro problema, un tanto más complicado, es que hay diferentes grupos en la sociedad con distintas características —niños (1368), mujeres, indígenas, migrantes (1369), homosexuales—, no podemos considerar que tienen desventajas; pero en algunos casos, en determinadas sociedades, son tratados como inferiores y privados de ciertos derechos. Ellas son personas desaventajadas o tratadas en forma desaventajada porque, como señala el juez Cañado Trindade existe una estructura social discriminatoria (1370). No necesariamente son minorías, pero la característica distintiva es que sus dificultades y la necesidad de medidas de acciones positivas (1371) no devienen de su conformación física, sino del modo en que la trata la sociedad. Esto impone el deber estatal de realizar acciones positivas, al menos por un tiempo (1372), para modificar su estructura institucional para no tratarlas en

(1367) En relación con los niños discapacitados, CSJN, *Lifschitz, Graciela*, 2004, Fallos, 327:2413.

(1368) Corte IDH, OC 17/02, *ya cit.*

(1369) Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*

(1370) *Ibidem.*

(1371) En particular, la Constitución Nacional prevé medidas de acción positiva en el art. 75, inc. 23, definiendo como grupos sociales beneficiarios a los niños, los ancianos, las mujeres y las personas discapacitadas.

(1372) ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General nro. 18, *ya cit.* En relación con el derecho a la salud la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido un tratamiento preferencial al derecho a la salud sobre dos aspectos: a.- la protección de la salud en relación con el interés superior del niño; b.- la protección de la salud en relación con los enfermos de HIV", Ariza Clerici, Rodolfo, *El derecho a la Salud en la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en http://www.juridice.com.ar/doctrina/salud.htm#_ftn68 (16-7-09). Esta línea ha sido mantenida en futuras decisiones judiciales para un niño discapacitado en CSJN, *Martín, Sergio Gustavo*, 2004, Fallos, 327:2127; para una

forma desaventajada y garantizar que la sociedad civil en los ámbitos privados tampoco lo haga (1373).

Obviamente, estamos hablando de categorías. Podrían argumentar que en una sociedad que no se comuniquen por vía oral, el sordomudo no sería una persona discapacitada. Pero entendemos que en la mayoría de las sociedades, por su propia conformación social, tienen desventajas que obligan a medidas públicas para igualarlo.

El trato igualitario para estos grupos no debe significar sólo hacer accesible de igual modo los derechos, sino que también debe significar darles igual participación en la sociedad, no someterlas a un modo de vida o de

niña discapacitada en *Maldonado, Sergio Adrián*, 2004, Fallos, 327:5210. También en un voto de la CSJN se ha sostenido que “en el caso de que una determinada política pública genere, como contrapartida, un grupo vulnerable y desfavorecido (como el que integra el actor), la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas, logro que jamás podrán alcanzar si no se encuentran satisfechas sus necesidades básicas y mínimas, que resultan inherentes a su condición de seres humanos”, *Ramírez, Juan Carlos*, 2007, Fallos, 330:2548, voto del magistrado Zaffaroni.

(1373) “[L]os Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”, Corte IDH, OC 18/03, *ya cit.*, párr. 104. “El Estado deberá analizar las situaciones que tiene al frente para establecer los medios que permitan el ejercicio, precisamente en esas situaciones, de los derechos universalmente asignados por la Convención Americana. Que éstos tengan un alcance universal no significa que las medidas que deban adoptarse para asegurar el ejercicio de los derechos y las libertades sean uniformes, genéricas, parejas, como si no hubiese diferencias, distancias y contrastes entre sus titulares. Conviene leer con atención el artículo 2 del Pacto de San José: los Estados deben adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades. La referencia a medidas ‘necesarias’ que ‘hagan efectivos’ los derechos, remite a la consideración de especificidades y compensaciones”, Corte IDH, Caso *Yatama*, *ya cit.*, voto del Juez García Ramírez. En relación con los pueblos originarios, en el ámbito interamericano se ha considerado que “La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”, *ibídem*, párr. 225.

pensar entendido como dominante. Esto implica reconocer sus diferencias, sus valores, sus visiones y sus metas y permitir su realización en forma equitativa (1374). Esto presupone el reconocimiento de que no hay una persona *moral* universal; sino que son diferentes grupos a los que debe brindársele igual oportunidad para el desarrollo personal de acuerdo a sus particularidades (1375).

(1374) Esta idea puede apreciarse en la obra *La Asamblea de las Mujeres* de Aristófanes. En primer lugar, las mujeres deben disfrazarse y actuar como hombres para poder participar políticamente, ya que les estaba vedado. Uno de los personajes expresa “Mujer B: [...] antes que nada tiré lejos de casa la navaja, para ponerme toda peluda y que no me pareciera a una mujer”. Por su parte, la protagonista, Praxágora dice “Vamos, subíais hacer al marido cuando iba a ir a la Asamblea o a salir, cada vez. Luego, cuando todo esto esté ya bien, ataos las barbas. Y en cuanto os las hayas sujetado bien, echaos encima los vestidos de hombres que sustrajisteis y después apoyaos en los bastones y marchad cantando una canción de esas de viejos, cogiendo las maneras de los hombres del campo”. Pero una vez que se decide en la Asamblea darles el poder a las mujeres, ellas se encargan de gobernar según su propia visión e ideología sustentada en la distribución igualitaria de los bienes y de los placeres sexuales. Esto es expuesto en un discurso de Praxágora, disfrazada de hombre, “Que sus maneras son mejores que las nuestras, os lo voy a hacer ver. Lo primero, tiñen sus lanas en agua caliente de acuerdo con la costumbre antigua; y eso todas y no puedes encontrar que hagan innovaciones. En cambio Atenas, si algo le sale bien, no por ello cree salvarse, sino se mete en alguna otra novelería. Sentadas hacen sus parrilladas como antes, llevan caras en su cabeza como antes, celebran las Tesmoforias como antes, cuecen los pasteles como antes, revienta a los hombres como antes, se sirven los mejores bocados como antes, les gusta el vino puro como antes, disfrutaban cuando las joden como antes. Varones, entreguémosle la ciudad y no andemos hablando ni les preguntemos qué es lo que van a hacer. Dejémoslas gobernar de una vez. Mirando estas cosas solas: lo primero, que como son madres querrán salvar la vida a los soldados; y luego, ¿quién podría enviarles raciones suplementarias más deprisa que una madre? Para procurar dinero, una mujer es lo más hábil y cuando manda, nadie es capaz de engañarla: porque están muy hechas a engañar. Lo demás me lo callo”. Ver ARISTÓFANES, *La Asamblea de las Mujeres*, Madrid, Cátedra, 2000, ps. 221 a 267.

(1375) “Una verdadera política de emancipación, que afirme como valor la diferencia de grupo, involucra una revisión radical del significado mismo de igualdad. El ideal asimilacionista presupone que igualdad social significa tratar a todos en base a los mismos principios, reglas y criterios. La política de la diferencia sostiene, por el contrario, que la igualdad en cuanto es participación e inclusión de todos los grupos, puede requerir a veces un tratamiento diferenciado de los grupos oprimidos o desaventajados”, I. M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, Milán, Feltrinelli, 1996, pág. 198. En FACCHI, ALESSANDRA, “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, Revista *¿Más Derecho?*, Buenos Aires, Di Plácido, 2006, Año 5, nro. V, págs. 62 y 63. Se ha agregado que “[u]na de las críticas más profundas que el feminismo, junto a otras corrientes de pensamiento contemporáneas, ha desarrollado y corroborado en relación con la cultura liberal se vincula con su falsa neutralidad; es decir, al hecho de que en la construcción de teorías, en la afirmación de derechos, en la elaboración de normas se haga referencia genéricamente, al menos a partir del momento en que la igualdad se ha impuesto como principio universal, a un sujeto neutro, sin raza, sexo, clase social, etc. Este sujeto, por el contrario, tiene

Esta participación debe ser garantizada fomentando o simplificando su inclusión en diferentes esferas como la enseñanza, la educación, el ejercicio de la función pública o de cargos electivos. De este modo, se asegura que grupos sociales tradicionalmente desaventajados participen de forma igual en las cuestiones públicas.

El problema final que queremos mencionar es que el desarrollo de políticas igualitarias cuando se enfrentan a tratos inequitativos enraizados en la estructura institucional y cultural de un país o una región requieren medidas intensas (1376). Estas medidas pueden consistir tanto en castigar los actos discriminatorios e indemnizar los daños provocados (1377), pero también conceder ventajas a los sectores tradicionalmente perjudicados, que inmediatamente se constituye en un trato desigual para las personas ajenas a estos sectores (1378). Es decir que resulta necesario discriminar para poder garantizar el derecho a la igualdad (1379). Este tipo de acciones conocidas

características precisas que corresponden a las del grupo dominante, y tomarlo como modelo significa la exclusión de o, en todo caso, la discriminación de otros sujetos: de individuos de culturas y religiones diversas de las dominantes, de clases sociales subordinadas, de las mujeres”.

(1376) Nuestra Constitución Nacional admite medidas de acción positiva para niños, mujeres, ancianos y discapacitados (art. 75, inc. 22).

(1377) Ley 23.592. Sin embargo, la CSJN, en el caso *Yañez, Mónica*, 2004, Fallos, 327:4679, ha considerado que decirle a otra persona que “se tienen que ir, vos sos una negra de mierda que no tendrías que vivir en un departamento [...] tienen que vivir en una tribu, que es el lugar de donde nunca deberían haber salido” no resulta discriminatorio.

(1378) “Como es sabido, las disposiciones legales y constitucionales referidas al llamado cupo o cuota femenina, integran el conjunto de las llamadas acciones afirmativas o de discriminación inversas o benignas. Estas medidas fueron cuestionadas desde diversos ángulos, alegándose que entrañan, en sí mismas, una desigualdad y cristalizan las situaciones discriminatorias. En ese sentido, varios países han comenzado a revisar su legislación sobre el punto, lo que ha generado un intenso debate. De todos modos puede compartirse que las leyes de cuota o cupos constituyen una forma de ‘discriminar o desigualar para igualar’ el modo en que se puede llegar a igualar a quienes no parten de la misma situación’ y que, por otro lado, no implican una modificación del principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional sino ‘colocar a las mujeres en el mismo plano que los hombres mediante las acciones positivas’”, Gelli, María Angélica, *Desarrollo humano, igualdad y constitución. (A propósito del Informe sobre Desarrollo Humano 1995)*, LL, 1996-B, 1096.

(1379) “En determinadas ocasiones es menester adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes, por su raza, sexo, religión, condición social, etc., se encuentran en una condición desigual. Es lo que se conoce por discriminación inversa y que nuestra Constitución admite en forma expresa, aunque bien podría sostenerse que ello era posible aún antes de la reforma. Es sumamente razonable que el legislador intente corregir una desigualdad de la realidad a través de una diferenciación jurídica. Existen casos en los que es menester discriminar para igualar, aunque suene contradictorio, cuando han existido patrones o constantes históricas de trato desigual. Se acude así a los llamados ‘programas de acción afirmativa’, cuyo propósito es reparar injusticias pasadas”, CNCiv., 16-12-02, *Fundación Mujeres en Igual-*

como “discriminación inversa” deben ser aceptadas si realmente nos queremos tomar en serio el derecho a la igualdad, de otro modo resulta muy difícil provocar los cambios necesarios en nuestras instituciones políticas y en la sociedad civil para garantizar una mayor efectividad del derecho a la igualdad (1380).

dad y otro c/Freddo SA s/amparo, <http://www.iurisdiccion.com.ar/fallo-freddo-igualdad>, (16-7-09).

(1380) Probablemente, un cambio de las estructuras institucionales y sociales requiera aun de medidas más intensas, que son denominadas redistribución transformativa y reconocimiento transformativo. Al respecto, Fraser ha señalado que “Los remedios transformativos típicamente combinan programas universales de bienestar social, sistemas tributarios progresivos, políticas macroeconómicas dirigidas a la creación de empleo total, un sector público grande, propiedad colectiva y/o pública significativa, y una transición democrática hacia la toma de decisiones sobre prioridades económicas básicas... Por lo tanto, su tendencia es el minar la diferenciación de clase. Los remedios transformativos reducen la desigualdad social sin crear clases de personas estigmatizadas y vulnerables que son percibidas como beneficiarias de un trato especial. Como resultado, tienden a promover la reciprocidad y la solidaridad en las relaciones de reconocimiento. Así, un enfoque dirigido a reparar injusticias distributivas puede ayudar a reparar también (algunas) injusticias de reconocimiento”, FRASER, NANCY, “From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist’ Age”, *New Left Review* 69, 1995, London, pág. 212 en HEVIA, MARTÍN, COLÓN-RÍOS, JOEL, *El Nuevo y El Viejo Igualitarismo*, *op. cit.* pág. 125.

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.

Concordancias: arts. 43 CN; 18 DADDH; 8 y 10 DUDH.

DIEGO FREEDMAN y SHUNKO ROJAS

Las personas que cometen violaciones de los derechos humanos, fuesen civiles o militares, se vuelven más descaradas cuando no tienen que rendir cuentas ante un tribunal. En una atmósfera social y política en la que prevalece la impunidad, es probable que el derecho a la reparación que tienen las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales sea una mera ilusión. Resulta difícil imaginar que un sistema judicial que vele por los derechos de las víctimas pueda mantenerse al mismo tiempo indiferente e inactivo ante los flagrantes delitos de quienes los han violado.

CIDH, Caso Morales, Pablo y otros.

El objetivo no es hacer que la justicia sea 'más pobre', sino hacerla accesible para todos, incluso para los pobres.

Mauro Cappelletti y Bryan Garth

Introducción (1381)

El artículo 25 de la CADH reconoce una garantía secundaria o jurisdiccional (1382), que más allá de su función jurídica, ha recibido diferentes denominaciones como “acceso a la justicia”, “derecho a la jurisdicción”, “derecho a la protección judicial” o “derecho de peticionar”, entre otros. En relación con el concepto de garantía, la Corte IDH ha entendido que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho (1383). En consecuencia, el derecho previsto en el art. 25 de la CADH consiste básicamente en la *posibilidad de toda persona de ser oída y peticionar ante las autoridades judiciales exigiendo el respeto de otros derechos que considera afectados o en peligro y la obtención de una respuesta adecuada*. El derecho a la jurisdicción es un derecho que funciona como “llave”, ya que permite, al menos formalmente, habilitar los mecanismos institucionales del sistema jurídico para la protección de los demás derechos. En definitiva, la concepción misma de un derecho consagrado normativamente es posible únicamente si el titular está en condiciones jurídicas y materiales de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye la consecuencia

(1381) En una encuesta de opinión pública se verificó que el 54% de las personas considera que no tiene acceso a la justicia y el 82% que la mayoría de la población no lo tiene. Ver “Estudio de opinión pública sobre el sistema judicial en *Abogados, percepción pública y justicia*, Colección Estudios nro. 46, Nueva Mayoría, Buenos Aires, 2005. En el Latinobarómetro 2007, un 10% considera que todos tienen igual posibilidad de acceso a la Justicia, el promedio de Latinoamérica es 22%, sólo Perú, con un 8% está debajo de la Argentina.

En nuestro análisis limitaremos metodológicamente el concepto de acceso a la Justicia como la posibilidad de acudir a los tribunales. Esto no significa que consideremos que los procedimientos judiciales sean el único, ni el mejor método para resolver los conflictos individuales y colectivos en una comunidad.

(1382) Siguiendo a Luigi Ferrajoli debe entenderse por garantías a “la expresión del vocabulario jurídico que designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”, FERRAJOLI, LUIGI, “Garantías constitucionales”, *Revista Argentina de Derechos Constitucional*, Buenos Aires, 2000, año 1, nro. 2, pág. 39. Estas garantías son clasificadas como primarias o sustanciales cuando consisten en “obligaciones o prohibiciones correspondientes a los derechos subjetivos garantizados” y como secundarias o jurisdiccionales cuando son “obligaciones a cargo de los órganos judiciales encargados de aplicar las sanciones o de declarar la anulación, ya se trate en el primer caso de actos ilícitos o de declarar actos inválidos que violan derechos subjetivos y con ellos, lo relativo a las garantías primarias”, FERRAJOLI, *op. cit.*, pág. 43.

Cabe reparar que esta concepción de *garantía* de FERRAJOLI es coincidente con uno de los conceptos de derecho subjetivo que desarrolla HANS KELSEN. En particular, expresa que el derecho subjetivo en sentido técnico puede ser definido como “el poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación”, KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993, pág. 147.

(1383) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, del 30-1-87, párr. 25.

de su derecho (1384). De lo contrario, el derecho se torna en una mera declaración sin fuerza vinculante efectiva.

La Corte IDH ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un *deber positivo* de garantía respecto de los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello implica la necesidad de un rol activo por parte del Estado y supone adoptar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos previstos en la Convención. En consecuencia, se ha considerado que la tolerancia del Estado a circunstancias que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la CADH (1385). Esto se traduce en el deber del Estado de remover todos los obstáculos para el acceso a la Justicia. Resulta importante destacar que en el caso *Cantos vs. Argentina*, la Corte IDH brinda al derecho a la protección judicial un nivel especial de tutela, es decir, los actos que constituyen su violación implican un umbral menor a los que normalmente se pueden esperar frente a otros derechos. En este sentido, estableció que cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una afectación del derecho al acceso a la justicia previsto en el artículo 25 de la CADH (1386). Por ello basta para configurar su afectación, el mero temor a tener que enfrentar un gasto excesivo o desproporcionado en caso de obtener una decisión judicial contraria a las pretensiones planteadas (1387).

Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento del derecho de acceso a la justicia tiene un efecto de prevención general respecto de las medidas del gobierno lesivas a los derechos humanos, ya que se le conceden a los individuos vías para obtener reparaciones y sanciones por dichas medidas. Es decir, el individuo puede reaccionar frente a un caso concreto y actual obteniendo el cese de la medida lesiva, la reparación y la sanción del responsable, pero, a

(1384) “Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si —al menos en alguna medida— el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho”, ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIÁN, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/Exigibilidad_de_los_DESC_Abramovich.pdf, pág. 11. (22-7-09)

(1385) Corte IDH, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamín vs. Trinidad y Tobago*, del 1-9-01, párr. 151 y Opinión Consultiva, OC 11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 10-8-90, párr. 34.

(1386) Corte IDH, Caso *Cantos vs. Argentina*, del 7-9-01, párr. 52.

(1387) *Ibidem*, párr. 55.

su vez, se desincentivan futuras y generales acciones lesivas por este derecho que se les reconoce a los individuos de acudir a vías institucionales.

La exigencia de que el acceso a la justicia sea ante una autoridad judicial implica que debe contar con las garantías institucionales de imparcialidad y de independencia respecto del gobierno, de organismos internacionales y de grupos de presión económicos y sociales. Estas garantías están reconocidas expresamente en el art. 8 de la CADH.

La protección de esta garantía es considerada fundamental en el sistema interamericano. Recordemos que, según la Corte IDH, el Estado de Derecho, la democracia y los derechos, libertades y garantías de las personas son consustanciales con el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la CADH (1388). Se ha considerado que estos elementos constituyen una tríada, por lo cual, cada uno de los componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros (1389). La Corte IDH ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del Estado de Derecho en una sociedad democrática (1390).

En la OC-8/87, la Corte IDH estableció que se trata de una “garantía judicial indispensable” (1391), esto es, que sirve para preservar la legalidad en una sociedad democrática (1392) y su suspensión no está permitida “bajo ninguna circunstancia” (1393), ni aun en los casos de estado de emergencia, ya que ella misma es la garantía de vigencia de los demás derechos no susceptibles de suspensión (conf. artículo 27 de la CADH). Cabe destacar, como lo hace notar la propia Corte IDH, que la CADH es el primer instrumento internacional de derechos humanos que prohíbe expresamente la suspensión

(1388) Véase Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas*, del 13-11-85, párr. 66; Opinión Consultiva, OC 6/86, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9-5-86, párrs. 30 y 34 y OC 8/87, *ya cit.*, párr. 20.

(1389) Corte IDH, OC 8/87, *ya cit.*, párr. 26.

(1390) Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, del 18-8-00, párr. 163. Ver también Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin, ya cit.*, párr. 163; Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, del 16-8-00, párr. 101 y Caso *de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)*, del 19-11-99, párr. 234. Ver también la posición de CAÑADO TRINDADE en Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, del 30-11-07, en donde sostiene que el derecho de acceso a la justicia es parte del *jus cogens*, postura que fue admitida por la Corte IDH en el Caso *Goi-burú y otros vs. Paraguay*, del 22-9-06.

(1391) La Corte IDH definió a las garantías judiciales indispensables como “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo (27.2) y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud”, OC 8/87, *ya cit.*, párr. 29.

(1392) *Ibidem*, párr. 42.

(1393) *Ibidem*, párr. 23.

de las “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos.

Análisis del artículo

“Toda persona”

Aquí se hace referencia al titular del derecho, al sujeto activo, y éste incluye tanto a las personas físicas como las ideales. Por su parte, el sujeto pasivo es en un sentido amplio el Estado, que debe asegurar que el sujeto activo acceda a un órgano judicial. Asimismo debe tenerse en cuenta que el derecho asiste no sólo a quien demanda sino también quien es demandado, esto es, incluye a toda aquella persona que, voluntariamente o sin su libre iniciativa, interviene en un proceso judicial.

Además, como se puede observar, al referirse a “toda persona” se garantiza el derecho a la igualdad.

“Recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo”

El artículo 25 de la CADH incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. La Corte IDH ha señalado que los Estados partes están obligados a suministrar los recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (1394).

La Corte IDH asimismo recalcó que no basta que el recurso esté previsto en la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que debe ser idóneo para determinar si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y remediarla. Aclara que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso, resulten ilusorios (1395). Estos casos acontecen cuando el Poder Judicial carece de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad, faltan los medios para ejecutar sus decisiones o se incurre en un retardo injustificado en el proceso (1396).

(1394) Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, del 29-7-88, párr. 90; Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, del 15-3-89, párr. 90; y Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, del 26-6-87, párr. 92; entre otros.

(1395) Posición mantenida por la Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, del 6-2-01, párr. 136; Caso *Cantoral Benavides, ya cit.*, párr. 164, Caso *Durand y Ugarte, ya cit.*, párr. 102; Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, del 31-8-01, párr. 113 y Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros), ya cit.*

(1396) Ver Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 9/87, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 6/10/87, párr. 24 y Caso *Ivcher Bronstein, ya cit.*

En consecuencia para ser efectivo, el recurso judicial debe ser sencillo y rápido (1397) y se ha precisado que la acción de amparo cumple con estas características (1398). Dentro de este género, se encuentran otras vías de protección, tales como el hábeas corpus, el hábeas data, la declaración de inconstitucionalidad y la acción declarativa de certeza, entre otros, que constituyen aspectos específicos de la protección judicial efectiva. Lo que se ha aclarado es que si bien el amparo puede limitarse a ciertas materias, debe preverse un recurso judicial similar de igual alcance para proteger los derechos humanos (1399).

Por otra parte, al referirse a la rapidez del recurso, la Corte IDH sostuvo que no se configura una afectación a la garantía de plazo razonable de duración del proceso judicial cuando el propio interesado a través de su conducta procesal contribuyó indebidamente a prolongar la extensión del proceso (1400).

Esta disposición no es una veda a establecer condiciones de admisibilidad formales (1401).

“Ante los jueces o tribunales competentes”

El órgano ante el cual se interpone el recurso debe ser competente. Entendemos que ello debe seguir las reglas establecidas en el orden interno, pero en los casos de violación inminente de un derecho fundamental, el requisito debe ser flexible y ceder frente a la necesidad de protección (1402).

En el Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin*, ya cit., párr. 186 se exige que el procedimiento sea imparcial y adecuado. En los casos *Ivcher Bronstein*, ya cit., párr. 139 y *Tribunal Constitucional vs. Perú*, del 31-1-01, párr. 96, se exige la independencia y la imparcialidad. En el Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, ya cit., párr. 134 se consideró que la efectividad del recurso se verifica en que debe extenderse un plazo razonable. En similar sentido se ha dicho que “El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”, Caso *Bulacio vs. Argentina*, del 18-9-03, párr. 115.

(1397) Corte IDH, Caso *del Tribunal Constitucional*, ya cit., párr. 90 y Caso *Cantos*, ya cit., párr. 52.

(1398) Corte IDH, Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, ya cit., párr. 131. En igual sentido, OC 8/87, ya cit., párr. 32 y Corte EDH, Caso *Keenan vs. the United Kingdom*, del 3-4-01, párrs. 122 y 131.

(1399) Corte IDH, Caso *Castañeda Gutman vs. México*, del 6-8-08, párr. 92.

(1400) Corte IDH, Caso *Cantos*, ya cit., párr. 57. Ver también Corte EDH, Caso *Guichon c. France*, del 21-3-00, párr. 24; Caso *Stoidis vs. Greece*, del 17-5-01, párr. 19 y Caso *Glaser vs. the United Kingdom*, del 19-9-00, párrs. 96 y 97.

(1401) Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*, ya cit., párr. 126

(1402) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido el dictado de medidas cautelares antes de declarar su competencia a fin de responder en forma inmediata a una afectación a un derecho fundamental, CSJN, *Salas, Dino*, 2009, Causa S. 1144. XLIV.

“Ampare contra actos”

Debe entenderse que la protección judicial es aplicable tanto contra conductas activas como omisivas cometidas por el Estado o por particulares (1403).

“Violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”

Lamentablemente, no se ha definido el concepto de derechos fundamentales, lo cual permite cierta discrecionalidad en el alcance de esta garantía. Claramente, el texto recorta el alcance de la garantía a los derechos fundamentales, sino hubiera dicho sólo derechos. La Corte IDH no ha ni siquiera arrojado una solución a este problema del texto al considerar que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la Ley (1404). Tal vez, una solución sería considerar que todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamental, mientras que los derechos reconocidos en normas infraconstitucionales deben ser definidos en el propio texto legal como fundamentales para que gocen de esta garantía a menos que sean una reglamentación de un derecho con jerarquía constitucional.

Al mismo tiempo, la redacción del artículo exige que el derecho fundamental que se proteja por medio de la acción judicial esté reconocido en la Constitución, en la CADH o en la ley. Puede surgir cierta controversia sobre el concepto de ley, en el sentido de limitarlo sólo a la ley formal (normas jurídicas generales emanadas del Poder Legislativo) o en sentido material (normas jurídicas generales emanadas de cualquiera de los tres poderes). Hasta ahora la interpretación del vocablo “ley” realizada por la Corte IDH se limitó exclusivamente al art. 30 de la CADH asimilándola a la ley en sentido formal (1405). De todos modos, trasladar esta interpretación a este artículo implicaría una restricción al momento de reclamar por un derecho fundamental reconocido en una norma jurídica general emanada de otro poder del Estado.

“Aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

La protección a los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden

(1403) Debe mencionarse que el artículo 43 de la CN 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”.

(1404) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 9/87, *ya cit.*, párr. 23.

(1405) Corte IDH, OC 6/86, *ya cit.*

ser legítimamente menoscabados. Esta prohibición no discrimina según el sujeto que lleva adelante la violación. Sin embargo, siendo el Estado el garante último del respeto de los derechos humanos, recae una carga aún mayor sobre él. Por ello, la Corte IDH ha sostenido que en la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (1406).

Entendemos que la aclaración que realiza el artículo respecto de la obligación que recae *también* en las personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales es redundante. Sin embargo, dado el traumático pasado en materia de derechos humanos que tiene la región, su inclusión expresa refuerza una idea esencial para el sistema de protección.

El inciso 2 del artículo 25 de la CADH establece que los Estados partes están obligados a;

“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”

La CIDH ha reconocido que la protección judicial que reconoce la CADH comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos como el amparo, que brinden la posibilidad, pero nunca la garantía de un resultado favorable. En sí mismo, un resultado negativo emanado de un juicio justo no constituye una violación de la CADH. En consecuencia, en esos casos no se produce una violación de los artículos 8 y 25 (1407). Lo fundamental aquí es que la resolución sea motivada y fundada (1408), así como razonable, congruente y justa, lo cual es una exigencia que deriva de la legitimación democrática del poder. Asimismo, resulta esencial que la persona tenga la posibilidad de impugnar la decisión a través de un recurso judicial. Es decir, la persona debe tener el derecho a que la decisión sea revisada por otra autoridad judicial (art. 8 de la CADH).

Asimismo, la Corte IDH consideró que la falta de ejecución de sentencias emitidas por el Poder Judicial después de casi ocho años de dictadas constituyen una violación al derecho de protección judicial (1409).

(1406) *Ibidem*, párr. 21.

(1407) CIDH, Caso *Marzioni vs. Argentina*, del 15-10-96.

(1408) Corte IDH, Caso *Castañeda Gutman, ya cit.*, párr. 94.

(1409) Corte IDH, Caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, del 28-2-03, párr. 141.

Derecho relacional o autónomo

En la Sociedad Feliz que cuenta con recursos distribuidos en forma igualitaria, autoridades que jamás lesionan los intereses individuales y colectivos y personas que respetan los planes de vida de los terceros y protegen los bienes públicos todos los derechos se encuentran efectivos. Hace muchos años que no hay un litigio contra el gobierno, ni entre las personas. Es por ello, que se decide eliminar el Sistema Judicial y destinar esos recursos para ayudar a otros pueblos no tan afortunados.

En el país Z, vive el individuo “1”, sabe con certeza que “2”, “3” y “4” sufrieron violaciones a su derecho humano “p” por el gobierno y que acudieron a la Justicia a fin de obtener una reparación, pero como el Presidente nombra y remueve a los jueces “a dedo” no adoptaron las medidas adecuadas para asegurar el derecho humano “p”.

Ambos casos que relatamos tienen una finalidad: discutir la posibilidad de considerar a la garantía prevista en el art. 25 de la CADH como independiente de la afectación de otro derecho humano. Hasta el momento, cada vez que se analizó su vulneración en la jurisprudencia de la Corte IDH fue en función de una afectación de otro derecho humano. Precisamente, porque me afectan el derecho humano “p”, recorro a la Justicia a fin de obtener una reparación y no tengo una respuesta adecuada. Por consiguiente, se me afecta el derecho humano “p” más la garantía de acceso a la justicia a fin de tutelar el derecho humano “p”.

Pero, la pregunta que surge es: ¿Podría existir una afectación de la garantía de acceso a la justicia independientemente que haya un derecho afectado o amenazado?

Aparentemente, en el utópico caso de la Sociedad Feliz uno podría decir que la Justicia es prescindible. Pero, lamentablemente, estamos lejos de ese ejemplo y en países en los cuales la mayoría de los derechos permanecen inefectivos, al menos para los sectores desaventajados —que son mayoría—, el Sistema Judicial no es un bien suntuario.

Por nuestra parte, vamos a interpretar que la CADH reconoce el derecho a exigir un sistema judicial con las garantías que aseguran su efectividad a la hora de tutelar los derechos —como la imparcialidad, la celeridad, la accesibilidad o la independencia—. Fundamos tal tesis en que la CADH ha previsto este derecho en un artículo independiente. A lo que cabe agregar que el deber de asegurar judicialmente los derechos humanos ya se encuentra reconocido en el art. 2.

Haciendo una lectura política, resulta fundamental concebir a este derecho como autónomo porque si la persona no cuenta con un sistema judicial eficaz y confiable están en permanente amenaza todos sus derechos humanos, más allá que no exista un peligro inminente. Esta amenaza estaría

dada por un contexto político que garantizaría la impunidad por cualquier violación a un derecho humano. La situación descrita ya es de por sí violatoria de los derechos humanos y justifica que el individuo recurra ante organismos internacionales a fin de obtener la protección que no le brinda el sistema judicial nacional. Creemos que no se puede exigir que las personas sean heroicas y esperen que un derecho sea afectado para obtener la protección judicial. Por lo tanto, el individuo "1" podría considerar afectado el derecho humano reconocido en el art. 25 y acudir ante los organismos interamericanos.

Jurisprudencia de la Comisión IDH y de la Corte IDH

Caso de las amnistías

Es importante destacar que, como lo ha señalado en numerosas oportunidades la CIDH, la aplicación de las leyes de amnistía, que impiden el acceso a la justicia en los casos de delitos de lesa humanidad, hace ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y su pleno ejercicio por toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ningún tipo (artículo 1.1 de la CADH).

En el Derecho Internacional Público, el otorgamiento de amnistías es un tema altamente controvertido. Detrás de él se encuentra por un lado la necesidad de mantener el orden y la búsqueda de la paz social, y por otro lado, la obligación de investigar los delitos ocurridos, esclarecer la verdad y, en su caso, castigar a los responsables. La legalidad de las amnistías en el Derecho Internacional varía según su tipo. Por un lado, se encuentran las amnistías absolutas, las cuales deniegan flagrantemente el derecho de acceder a la justicia y por lo tanto se encuentran internacionalmente prohibidas, en principio. Por otra parte, están las amnistías condicionales, que según las circunstancias se encuentran permitidas (1410).

(1410) Ver BOED, ROMAN, "The effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to prosecute alleged perpetrators of serious human rights violations", 33 Cornell International Law Journal 297, 2000, pág. 313; YOUNG, GWEN K., "Amnesty and Accountability", 35 U.C. Davis Law Review, California, pág. 479; ORENTLICHER, DIANE F., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", 100 Yale Law Journal 2537, págs. 2593-2594; AMBOS, KAI, "Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Perú, Bolivia, Chile and Argentina", 18 Human Rights Law Journal 7, 1997, pág. 20; CHERIF, BASSIOUNI M., "Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention", 31 Columbia Journal of Transnational Law 457, págs. 480-481; AMBOS, KAI, "Nuevo Derecho Penal Internacional", México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, pág. 44, SYLVIE-STOYANKA, JUNOD, *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Bogotá, CICR, Plaza & Janés Editores Colombia S. A., 1998, párrs. 4617-4618; ROHT ARRIAZA, NAOMI, *Impunity and Human Rights in International Law and practice*, Oxford University Press, New York, 1995, pág. 467.

Según la CIDH y la Corte IDH, la CADH garantiza que toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado tiene la posibilidad de acudir ante la Justicia para hacer valer sus derechos en un plazo razonable (1411) y, asimismo, impone a los Estados la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos (1412). Los Estados no pueden, para incumplir a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno (por ejemplo, una ley de amnistía) que obstaculicen la investigación y el acceso a la justicia (1413). En el caso *Barrios Altos vs. Perú*, la Corte IDH (1414) también consideró incompatibles con la CADH las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad para las violaciones graves de los derechos humanos (1415). Asimismo, agregó que esta garantía se vincula con el derecho de las víctimas sobrevivientes, sus familiares y la sociedad de conocer la verdad íntegra, completa y pública acerca de los hechos (1416).

Por último, debe tenerse en cuenta que la falta de ejercicio por parte del damnificado del derecho de protección judicial del artículo 25 de la CADH no exime al Estado de cumplir con la obligación (1417) indelegable y de oficio de investigar, procesar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos en un plazo razonable mediante un procedimiento imparcial, serio y efectivo (1418). Al respecto, se ha considerado que el Estado tiene el deber jurídico de prevenir la afectación de los derechos humanos,

(1411) Ver Corte IDH, Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, del 22-9-06; Caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, del 1-7-06; Caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, del 15-9-05 y Caso *Baldeón García vs. Perú*, del 6-4-06.

(1412) CIDH, Caso *Meneses Reyes c/ Chile*, del 15-10-96 y Caso *Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales*, del 29-9-99.

(1413) Corte IDH, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, del 27-11-98, párrs. 168 a 171, con cita de la sentencia de la Corte IDH del 8-3-98 en el Caso *de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, donde sostuvo 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. Ver también Corte IDH, Caso *La Cantuta vs. Perú*, del 29-11-06 y Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26-9-06.

(1414) Corte IDH, Caso *Barrios Altos vs. Perú*, del 14-3-01.

(1415) En relación con la invalidez de las autoamnistías, ver CIDH, Caso *Meneses Reyes, ya cit.* Desde ya, no es posible obviar que se ha cuestionado esta postura de la Corte Interamericana y la adopción que han realizado los tribunales locales porque ha aceptado restricciones en las garantías constitucionales de los imputados. Ver al respecto PASTOR, DANIEL, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, págs. 73 a 114.

(1416) En relación con el derecho a la verdad, ver CIDH, Caso *Ellacuría S.J., Ignacio*, del 22-12-99.

(1417) Esta obligación es de medios. Ver Corte IDH, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, del 12-8-08.

(1418) Corte IDH, Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, del 27-11-08.

de investigar seriamente con los medios a su alcance a fin de identificar a los responsables, de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Respecto de la obligación de investigar se ha detallado que debe ser asumida como una obligación jurídica propia y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima, de sus familiares o del aporte privado de elementos probatorios” (1419).

Derecho a la jurisdicción en la Jurisprudencia argentina

Mientras que en la CADH el derecho a la jurisdicción se encuentra expresamente previsto, ello no es así en la Constitución Nacional, en donde su mención es solamente implícita en su artículo 18. Se deduce que la protección del derecho a la jurisdicción deviene de la garantía de que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos”.

En este sentido, la CSJN ha interpretado que el derecho de acceso a la justicia consiste en la posibilidad de acceder a los tribunales y obtener de ellos una sentencia útil (1420). Por su parte, los tribunales deben perseguir la realización de la justicia (1421).

Es importante destacar que, acertadamente, la CSJN ha desarrollado un criterio amplio al reconocer el principio *in dubio pro actione*, con el fin de garantizar el derecho de defensa (1422) y evitar un situación de indefensión o de privación de justicia (1423).

En cuanto al alcance del derecho de acceso a la justicia, ha receptado la interpretación de la Corte IDH, expresada anteriormente en el voto de los magistrados Maqueda y Zaffaroni en el caso *Itzcovich* (1424), exigiendo la existencia de un recurso judicial eficaz, lo cual significa que deba ser sencillo y rápido. La CSJN efectuó especial hincapié sobre este tema en relación con reclamos de propiedad comunitaria por parte de los pueblos originarios (1425).

(1419) CIDH, *Informe 28/92*, Argentina, del 2-10-92. En similar sentido *Informe 29/92*, Uruguay, del 2-10-92; *Informe 43/00*, Caso *Alcides Sandoval Flores, Julio César Sandoval Flores y Abraham Andoval Flores*, del 13-4-00 y Caso *Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de la Peña y Pablo Morales, ya cit.*

(1420) CSJN, *Christou, Hugo*, 1986, Fallos, 308:155; *Moriña, Luis Rodolfo*, 1988, Fallos, 311:700 y CSJN, *Marchissio Raúl Oscar*, 1979, Fallos, 301:111.

(1421) CSJN, *Bartra Rojas, Héctor Ricardo*, 1983, Fallos, 305:913.

(1422) CSJN, *Serra, Fernando Horacio*, 1990, Fallos, 313:83.

(1423) Ello ocurre por ejemplo, cuando una persona debe dirigirse a un tribunal que aun no se encuentra en funciones. Ver la argumentación en el caso CSJN, *Bonorino Perú, Abel*, 1985, Fallos, 307:966.

(1424) CSJN, *Itzcovich, Mabel*, 2005, Fallos, 328:566.

(1425) CSJN, *Comunidad Indígena Eben Ezer*, 2008, Fallos, 331:2119.

En cuanto a la existencia de tribunales administrativos, que contravenga lo dispuesto por el artículo 109 de la CN, la CSJN ha entendido que ello no atenta contra la garantía de la defensa en juicio en la medida en que se otorgue al justiciable la oportunidad de acceder ante el Poder Judicial con el fin de que sea revisada la decisión administrativa (1426). De esta manera, se garantiza que un órgano independiente e imparcial decida la cuestión y, en su caso, purgue las deficiencias que pudieron haber ocurrido en el trámite administrativo (1427).

En materia penal se ha sostenido recientemente que el querellante tiene la facultad de impulsar la causa solicitando el sometimiento a juicio y acusando al imputado independientemente de la existencia de una acusación por parte del Ministerio Público (1428).

Un tema de particular importancia respecto del acceso a la justicia es el pago previo de un tributo conocido como “tasa de justicia” fijado, por principio general, según el monto demandado. En este sentido, el ex juez de la CSJN, Vázquez, largamente intentó desarrollar, lamentablemente sin mayor éxito, una postura que evitara que estos tributos se constituyeran en un impedimento u obstáculo adicional para el ejercicio del derecho de protección judicial. En sus votos consideró que cualquier pago debe hacerse al finalizar el pleito por la parte vencida (1429). Debe remarcar que aun cuando la jurisprudencia de la Corte aceptara el principio del pago de la tasa de justicia una vez obtenida la sentencia definitiva, ésta debe ser proporcional y razonable en relación con la capacidad económica y financiera del justiciable y el costo del procedimiento. En efecto, resulta totalmente irrazonable, atenta contra el principio de igualdad y vulnera la garantía del acceso a la justicia que el monto de la tasa de justicia se determine en virtud de la cuantía demandada y no por el costo del servicio de justicia y la capacidad contributiva de quien reclama por sus derechos (1430).

(1426) CSJN, *Casa Enrique Schuster S.A.I.C.*, 1987, Fallos, 310:2159; *César y Antonio Karam SCICA*, 1987, Fallos, 310:360; *Fernández Arias, Elena*, 1960, Fallos, 247:646 y *Estrada, Angel y Cía. S.A.*, 1961, Fallos, 251:155.

(1427) CSJN, *Farmacia Tte. Benjamín Matienzo S.C.S.*, 1982, Fallos, 304:1242; *Cas TV S.A.*, 1983, Fallos, 305:1878.

(1428) CSJN, *Santillán, Francisco Agustín*, 1998, Fallos, 321:2021. Esta posición fue ratificada recientemente en CSJN, *Edgardo Luis, Del’Olio, Juan Carlos*, 2006, Fallos, 329:2596 y *Quiroga, Edgardo Oscar*, 2004, Fallos, 327:5863.

(1429) CSJN, *Vattuone, Edgar A. c. Leiva, Mario L. y otro*, 2002, Fallos, 325:511. Puede asimilarse a esta postura sus votos en CSJN, *Molina, Hernán Darío*, 2003, Fallos, 326:119; *Urdiales, Susana Magdalena*, 1996, Fallos 319:1389; *Marono, Héctor c/ Allois, Verónica D.*, 1996, Fallos, 319:2805; *Pegaso Automotores S.A.*, 2003, Fallos, 326:121; *Buzzano, Patricia Mónica por sí y en representación, de sus hijos menores M., M., C., M. y F. C.*, 2003, Fallos, 326:106; *Giusti, Horacio Alberto*, 2002, Fallos, 325:3043 y *Castro, Juana Teresa*, 2000, Fallos, 323:3207.

(1430) FREEDMAN, DIEGO, “Tasa de Justicia, igualdad y acceso a la Justicia”, Documento de Políticas Públicas, Buenos Aires, Fundación CIPPEC, 2005.

En relación con el principio de *solve et repete*, la CSJN consideró que el contribuyente puede eximirse del previo pago del tributo cuestionado para acceder a la justicia cuando demuestra la imposibilidad real y efectiva de afrontarlo (1431).

Respecto del beneficio de litigar sin gastos, la CSJN en el caso *Siderman* (1432) consideró que su concesión depende de la prudente apreciación judicial de los medios probatorios incorporados. En los casos *Frigeri López* (1433) y *González Bellini* (1434) concedió el total o parcialmente el beneficio, pese a no encontrarse los peticionantes en un estado de indigencia alegando que basta acreditar que no se encuentran en condiciones de hacer frente a los gastos causídicos (1435). Por el contrario, lo ha rechazado cuando los demandantes eran empresarios como el caso *Apen Aike* donde afirmó que no se demostró la imposibilidad de obtener recursos, ya que se trata de una sociedad comercial que tiene necesariamente fines de lucro (1436).

Obstáculos para acceder a la Justicia

Hay condiciones básicas para constituir un Sistema de Justicia: a) un número adecuado de órganos judiciales; b) procedimientos igualmente idóneos y operativos; c) una distribución inteligente y funcional de competencias entre los tribunales; d) provisión de medios necesarios (funcionarios y empleados capacitados, infraestructura física, tecnología de la información) y e) mecanismos efectivos y transparentes de reclutamiento de los cuadros judiciales.

Ahora, una vez desarrollado el sistema de Justicia hay que garantizar la accesibilidad universal. Para ello, es necesario superar los obstáculos para el acceso a la justicia que responden a causas económicas, sociales y culturales que confluyen y se refuerzan mutuamente. Aunque se han intentado distintas clasificaciones (1437), en general se reconocen las siguientes barreras:

(1431) CSJN, *Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.*, 1989, Fallos, 312:2490.

(1432) CSJN, *Siderman, José*, 1997, Fallos, 320:1989.

(1433) CSJN, *Frigeri López, Mónica*, 2003, Fallos, 326:818.

(1434) CSJN, *González Bellini, Guido Vicente*, 2004, Fallos, 327:1032.

(1435) En similar sentido, CSJN, *García de Leonardo, Alberto*, 1990, Fallos, 313:1015; *Bertinat, Pablo Jorge*, 1994, Fallos, 317:1104 y *Carrera, Octavio Alberto*, 1997, Fallos, 320:1519.

(1436) CSJN, *Apen Aike S.A.*, 2003, Fallos, 326:4319.

(1437) CORREA SUTIL, JORGE, *Acceso a la Justicia y Reformas Judiciales en América Latina ¿Alguna experiencia de mayor igualdad?*, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/jcorrs.pdf> (22-7-09); GARGARELLA, ROBERTO, *Too far removed from the people. Access to Justice for the Poor: The Case of Latin America*, en http://www.undp.org/oslocentre/PAR_Bergen_2002/latin-america.pdf (22-7-09); BERIZONCE, ROBERTO, *Efectivo acceso a la justicia*, La Plata, Librería Editora Platense, 1987; THOMPSON, JOSÉ, *Acceso a la Justicia y Equidad: Estudio en siete países de América Latina*, San José de Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001; CAPPELETTI, MAURO y GARTH, BRYAN, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

a) Desconocimiento del derecho: el Derecho y el sistema judicial son realidades extrañas y complejas ajenas a la cotidianidad del pobre y excluido; las personas no conocen sus derechos, ni los procedimientos para efectivizarlos, ni los organismos a los que deben acudir. El derecho no se siente ni se vive como algo propio, ni como algo que se puede ejercer y reclamar ante el Estado en caso de violación (1438). A su vez, hay un desconocimiento del Derecho de los problemas de las personas más pobres y no se establecen mecanismos accesibles y apropiados para ellos (1439). Esto no resulta una casualidad, sino que el sistema político no suele reflejar los intereses de las personas más desaventajadas y el Poder Judicial no está integrado por personas pobres y realiza una interpretación del Derecho alejada de los intereses y problemáticas de este sector social. Es por ello que resulta fundamental que se estructure el sistema judicial sobre la base de un diagnóstico de los problemas jurídicos actuales y concretos de las personas (1440) y que se brinde información y formación jurídica (1441).

b) Falta de acceso a los servicios legales: aunque no todas las peticiones ante el Estado requieren de la intervención de un abogado, el acceso al siste-

(1438) GARGARELLA, *op. cit.* La primera razón identificada como obstáculo para el acceso a la justicia es la falta de conocimiento de a qué órgano acudir para resolver el problema jurídico. Este obstáculo ha sido señalado por el 24% de las personas que no acceden a la justicia, “Estudio de opinión pública sobre el sistema judicial”, *op. cit.* En un estudio realizado por la Fundación CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) en la zona de Moreno (provincia de Buenos Aires), en el 2004, se verificó que un 80% de los hogares no conocía a las instituciones u organismos que brindan servicios jurídicos gratuitos. A lo cual, cabe agregar que sólo un 35,5% de los hogares encuestados recibió algún tipo de capacitación jurídica. BÖHMER, MARTÍN; PUJÓ, SOLEDAD; FERNÁNDEZ VALLE, MARIANO y FREEDMAN, DIEGO, “Necesidades Jurídicas Insatisfechas. Un estudio en el Partido de Moreno”, Buenos Aires, Fundación CIPPEC, 2004, en <http://www.cippec.org/nuevo/pics/Informes%20y%20docs%20de%20trab.%20NJI.%20Un%20estudio%20en%20el%20partido%20de%20Moreno.pdf> (28-7-09).

(1439) Esta problemática es reseñada en el Informe de la CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia* en las Américas, respecto de las mujeres indígenas y afrodescendientes ubicadas en zonas rurales marginadas.

MANUEL SCORZA en sus *Cantares* refleja la lucha campesina en Perú durante mediados del siglo XX. Hay muchos pasajes en donde relata con claridad y simpleza la falta de acceso a las instituciones por parte de las personas económicamente desaventajadas. Podemos comenzar con el siguiente pasaje: “En la prisión había comprendido la verdadera naturaleza de su enfermedad. No lo veían porque no lo querían ver. Era invisible como invisibles eran todos los reclamos, los abusos y las quejas”, Scorza, Manuel, *Garabombo, el invisible*, Caracas, Monte Avila, 1977, pág. 190.

(1440) En este sentido, se han desarrollado diferentes experiencias como la encuesta de necesidades jurídicas insatisfechas.

(1441) En relación con el deber de brindar información, ver el Informe de la CIDH, *El Acceso a la Justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, 2007, en <http://www.cidh.org/countryrep/AccesoDESC07sp/Accesso-descindice.sp.htm> (22-7-09).

ma judicial sí lo exige (1442). Para garantizar un efectivo acceso a la Justicia todas las personas deben tener un igual y efectivo acceso a un abogado. Sin embargo, se trata de un servicio brindado, principalmente, por actores privados y sus honorarios son muy altos (1443) en la mayoría de los países (1444).

Téngase en cuenta que la Corte IDH ha considerado que se afecta el art. 24 de la CADH cuando una persona no accede por falta de recursos económicos a la asistencia legal (1445), por lo tanto, el Estado debe brindar servicios jurídicos gratuitos. La CIDH ha precisado que este servicio debe ser prestado a las personas que demuestran su indigencia (1446). Para cumplir con este deber se ha considerado que “los servicios jurídicos gratuitos deben ser parte de la práctica común de los abogados de la misma forma que la atención gratuita de los hospitales es práctica común, prestigiosa y motivo de orgullo de los médicos. Las facultades deben incluirlos como parte relevante de sus planes de estudios, no como meras técnicas de aprendizaje de trámites sencillos sino como servicios jurídicos relevantes y de impacto social. Los colegios deben también multiplicar sus servicios dramáticamente pero sobre todo ambos deben llevar sus recursos donde vive la gente (como los médicos van a las salitas de salud de los barrios, o utilizan las ambulancias, no esperan la urgencia encerrados en los hospitales generales)” (1447).

(1442) Los códigos procesales exigen que las partes se presenten con un abogado patrocinante.

(1443) “Según la ley de honorarios de los abogados que se desempeñan en el ámbito de la justicia nacional y federal, el mínimo de la retribución de un abogado es, dependiendo el asunto, de 300 pesos (proceso ejecutivo), 500 pesos (en juicios comunes) y 1.000 pesos (en procesos penales)”, Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005, pág. 49. En la investigación de la Universidad de la Matanza y la Asociación Civil Unidos por la Justicia sobre acceso a la Justicia, editada en febrero de 2005, se verifica que un 19% señala como causa principal de los problemas para el de acceso a la justicia la falta de dinero, es decir, por ser pobres; ya que no tienen suficientes recursos económicos para afrontar un procedimiento judicial, ni para pagarle a un abogado que le asista. Precisamente, en la investigación de la Fundación CIPPEC se verifica que casi un 70% de los hogares con problemas jurídicos no han accedido a los servicios jurídicos de un abogado. Un 15% de este grupo de personas, no consultó a un abogado porque no podía pagar sus servicios. De modo que la carencia de recursos económicos agrava intensamente el problema de falta de acceso a la justicia. Ver el documento en http://www.unidosjusticia.org.ar/proyectos/acceso/UNIJUS_UNLM_Acceso_a_la_justicia.pdf (22-7-09).

(1444) CAPPELETTI y GARTH, *op. cit.*

(1445) Corte IDH, OC 11/90, ya cit; Opinión Consultiva, OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17-9-03 e *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, del 22-10-02, párr. 236.

(1446) CIDH, Informe N° 81/05, Caso *Andrew Harte y Familia*, del 24-10-05; Informe N° 101/00, Caso *Rosa Margarita Aráuz y otros*, del 16-10-00, párrs. 55 y 57 e Informe N° 41/04, Caso *Whitley Myrie*, del 12-10-04.

(1447) BÖHMER, MARTÍN, “Introducción” en MAURINO, GUSTAVO, NINO, EZEQUIEL y SIGAL, MARTÍN, *Las acciones colectivas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pág. 8.

Finalmente, cabe remarcar que la CIDH ha considerado que la provisión de servicios jurídicos gratuitos debe ser acrecentada para favorecer el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia (1448).

c) Altos costos judiciales: los costos judiciales son muy altos en casi todos los países y recaen sobre las personas que pretendan utilizar al sistema la carga de pagar la mayor parte de los gastos. Estos costos no sólo incluyen los honorarios de los abogados y la tasa de justicia, sino también los jornales perdidos por tener que llevar adelante un proceso judicial y asistir a las audiencias o los viáticos. Notablemente, son las personas de menos recursos las que se encuentran materialmente privadas de acceder al sistema o que sufren con mayor intensidad este costo (1449). Lo cual implica tanto una vulneración del derecho de acceso a la Justicia y un trato desigual en relación con los sectores más pudientes. Esta situación contraría lo dispuesto por la Corte IDH en la Opinión Consultiva nro. 11. Allí se sostuvo que el Estado debe asegurar el acceso a los recursos judiciales de las personas de escasos medios económicos (1450).

En relación con el costo del procedimiento, la Corte IDH ha considerado que se requiere que los individuos puedan acceder a un proceso judicial sin el temor de verse obligados a pagar sumas “desproporcionadas” o “excesivas” (1451). Esta situación se agrava cuando para forzar el pago las autoridades proceden a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio.

Se ha precisado que el procedimiento para obtener la nacionalidad no sólo debe ser sencillo y simple, sino que también debe ser económico (1452).

Asimismo, la Corte IDH consideró que el cobro de honorarios profesionales, regulados con base en el monto de la litis (y no los transados entre la parte y los abogados correspondientes), pueden imponer al actor una carga desmedida y transformarse, en definitiva, en un elemento obstructor de la efectiva administración de justicia” (1453). De modo que no basta la existencia de un criterio objetivo y consagrado legalmente, sino que es necesario asegurar que no se fijen “sumas exorbitantes”, que superen los “límites que los hagan razonables y equitativos” o que sean “desmedidas y excesivas”.

d) Excesiva duración de los procesos: en una gran cantidad de países quienes reclaman deben esperar hasta varios años hasta que se satisfagan sus

(1448) CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, 2007 en <http://www.cidh.org/women/Acceso07/indiceacceso.htm> (22-7-09).

(1449) BERIZONCE, *op. cit.*; GARGARELLA, *op. cit.* y CAPPELETTI y GARTH, *op. cit.*

(1450) Corte IDH, OC 11/90, *ya cit.*

(1451) Corte IDH, Caso *Cantos*, *ya cit.*, párr. 55.

(1452) Corte IDH, Caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, del 8-9-05.

(1453) Corte IDH, Caso *Cantos*, *ya cit.*, párr. 56.

derechos. Los efectos de esta demora incrementan los costos y presionan en mayor medida sobre las personas económicamente desaventajadas (1454).

e) Dificultades para desarrollar acciones colectivas: las acciones colectivas pueden ser herramientas de gran utilidad para los sectores más pobres y desfavorecidos toda vez que el accionar de una persona beneficia a un conjunto mucho mayor que ve realizados sus derechos aun frente a la escasez de recursos para realizar el reclamo individualmente. Sin embargo, no se ha regulado expresamente estas acciones a nivel nacional (1455), y no se establecen incentivos específicos para llevar adelante este tipo de reclamos colectivos (1456). Asimismo, la jurisprudencia de la CSJN ha denegado en forma cuestionable la legitimación para promover acciones colectivas a asociaciones y al Defensor de Pueblo (1457) y ha sido dificultosa la ejecución de las sentencias (1458).

(1454) BERIZONCE, *op. cit.* y CAPPELETTI y GARTH, *op. cit.* También merecen leerse algunos fragmentos de los cantares de Scorza: “No. No dormí. La fatiga de ese muchacho, Crispín, me removió los recuerdos ¡Tan parecido al jovencito Lorenzo Chavalía que me acompañó, por esta misma ruta, a esconder nuestro Título en 1881! [...] ¿Era 1881? ¡Era! Yo tenía 63 años. ¿Quién ordenó que mi edad se detuviera? ¡Qué importa! El hecho es que estoy parado sobre el suelo de todas las generaciones detrás de esta queja. El maíz, los hombres, los ríos, las edades, brotan, crece, se exaltan, mueren, desaparecen. Lo único que permanece es nuestra queja. [...] ¿Alguien habrá dispuesto que exista una raza de hombres despiertos, condenados a recordar, a no dormir mientras no se absuelva nuestra queja?”, SCORZA, MANUEL, *El jinete insomne*, Caracas, Monte Avila, 1977, pág. 165. “Atesoro también lo que le dijo el personero de Ninao el día que le contó que su comunidad se preparaba a iniciar un juicio para recuperar sus tierras. ‘Antes de comenzar el juicio comprate un catre’. — ‘¿Para qué, profesor?’ — ‘Para esperar el fallo echado, tontonazo’. — ‘Por qué me insulta, doctor’ — ‘¿No sabés, carajo, que en el Perú nunca un indio ha ganado un juicio? No te lo dice el pobre diablo que habla. Un abogado ilustre lo tiene escrito en un libro tan espeso como la cojudez de todos lo que piensan que suplicando delante de los jueces se alcanza justicia’”, SCORZA, MANUEL, *Cantar de Agapito Robles*, Caracas, Monte Avila, 1977, págs. 192 y 193.

(1455) Lo cual ha sido remarcado por la CSJN en el caso *Halabi*, 2009, H. 270. XLII. En este precedente de la CSJN se han establecido los estándares para determinar la procedencia de las acciones colectivas.

(1456) MAURINO, NINO y SIGAL, *op. cit.*

(1457) Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, *op. cit.*, págs. 63 a 78. Se ha considerado que la legitimación de las asociaciones “cuando los derechos involucrados presentaban cuestiones que podían tener consecuencias en el patrimonio para cada uno de los asociados” y que el Defensor del Pueblo carece de legitimación cuando los particulares inician acciones individuales en defensa de sus derechos afectados. Ver los casos CSJN, *Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia*, 2003, Fallos, 326:3007; *Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos*, 2003, Fallos, 326:2998; *Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero*, 2003, Fallos, 326:663; *Asociación de Superficiales de la Patagonia*, 2004, Fallos, 327:2967; *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2004, Fallos, 327:1402; *Mondino, Eduardo*, 2003, Fallos, 326:3639 y *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*, 2003, Fallos, 326:4931.

(1458) MAURINO, NINO y SIGAL, *op. cit.*, pág. 303.

f) Utilización de instituciones informales por parte de los excluidos: para los sectores más pobres, el mundo jurídico es percibido exclusivamente como un instrumento de opresión y al servicio de intereses extraños en lugar de una herramienta de reivindicación y satisfacción de las necesidades reales, por ello recurren a mecanismos más eficientes y cercanos (1459). Sin embargo, no siempre estos mecanismos llegan a soluciones justas o pacíficas, ni implican procedimientos que respetan los derechos de las partes por igual.

g) Grandes distancias geográficas: los lugares donde se emplazan los centros de toma de decisiones suelen estar muy alejados de los barrios en los que viven y trabajan las personas más pobres. Las consecuencias son dobles, por un lado implica un alto costo de traslado hasta el centro del poder y, por otro lado, se refuerza la subcultura de la exclusión del sistema institucional (1460).

h) Altos niveles de corrupción dentro del sistema: La existencia y percepción de corrupción constituye un fuerte desincentivo para que las personas reclamen sus derechos ante la Justicia. Por otro lado, la corrupción redonda en un beneficio para quien cuenta con mayores recursos toda vez que puede obtener decisiones favorables a cambio de un pago de dinero (1461).

(1459) NORTH, DOUGLAS, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 y Anderson, Michael, *Access to Justice and Legal Process: Making Legal Institutions Responsive To Poor People in Less Developed Countries*, Brighton (United Kingdom), Institute of Development Studies, Working Paper 178, 2003.

(1460) GARGARELLA, *op. cit.* Esta problemática es advertida por la CIDH en el Informe *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia* en las Américas, *ya cit.*

También para ilustrar este obstáculo podemos citar otro bello pasaje de los cantares de Scorza: “—Lo importante es que el Virrey lea el recurso. —El Presidente, querrá decir usted. —Si el Virrey no lo aprueba, el recurso no vale. Si la Audiencia falla sin conocimiento del Virrey, tampoco sirve. Hay que empezar el trámite de nuevo. Por estos equívocos yo he caminado seis mil leguas. —Seis leguas, querrá decir usted. El Andarín suspiró. —Seis veces mil son seis mil”, SCORZA, *Cantar de Agapito Robles, op. cit.*, pág. 121

(1461) GARGARELLA, *op. cit.* Según los datos estadísticos un alto porcentaje (13%) no recurre a la Justicia porque no tiene confianza en el Poder Judicial según el estudio de la de la Universidad de la Matanza y la Asociación Civil Unidos por la Justicia. La imagen de la Justicia ha retrocedido en forma radical, en 1984 era favorable para un 57% de las personas, mientras que en 2001 sólo lo era para un 12% de los encuestados (Portal de la Justicia Argentina, en http://www.justiciaargentina.gov.ar/estadisticas/imag_jus.htm 22-7-09). Esto se concilia con la poca confianza en la Justicia que se registra en los informes elaborados por FORES, la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella y la Fundación Libertad. El índice de confianza en marzo de 2009 fue estimado en 48 (donde 0 representa el mínimo de confianza). Este indicador, salvo en una medición de 2006, nunca superó el valor de 50 desde el año 2004. Ver la investigación en: <http://www.foresjusticia.org.ar/investigacion-detalle.asp?IdSeccion=17&IdDocumento=68&idcategoria=22> (28-07-09). Por su parte, en el estudio realizado por la Funda-

Mediación

Los métodos alternativos de solución de conflictos puede constituir mecanismos válidos para garantizar la protección y plena vigencia de los derechos de la personas. Aun más, frente los innumerables obstáculos que enfrentan especialmente los grupos más pobres y desaventajados, la mediación o las demás formas alternativas de resolución de conflictos constituyen medios efectivos para salvaguardar los derechos de las personas e implican un avance hacia una cultura democrática del diálogo, la deliberación, la tolerancia y la paz social.

Sin embargo, para que ello ocurra, deben cumplirse con ciertas condiciones. En primer lugar, se deben asegurar las condiciones mínimas del debido proceso, garantizando la igualdad de oportunidades de las partes para ejercer su planteo. Asimismo, la decisión final alcanzada, si cumple con los requisitos necesarios de orden público, debe ser respaldada por la fuerza pública al igual que una sentencia judicial. En su defecto, debe preverse un recurso rápido, sencillo y eficaz que permita a cualquiera de las partes exigir el pronto cumplimiento de lo decidido.

Por otra parte, en los casos de mediación prejudicial obligatoria, como existe en algunas jurisdicciones de la Argentina, el proceso en su conjunto no debe verse dilatado en exceso y su cumplimiento no puede atentar contra la eficacia de la protección judicial.

En efecto, la CSJN sostuvo que el carácter obligatorio del procedimiento de mediación previsto en la Ley 24.573 no afecta el derecho constitucional de acceder a la Justicia, ya que luego de comparecer a la audiencia, las partes pueden dar por terminado el procedimiento y queda expedita en breve tiempo la vía judicial (1462). Además se precisó que la dilación que produce el tránsito previo por la etapa de mediación de la ley 24.573 para acceder a la vía judicial, en el supuesto en que las partes no arriben a un acuerdo, configura una reglamentación razonable del derecho de defensa.

ción CIPPEC, en la zona de Moreno, se comprobó que un 88% considera que el Poder Judicial no trata igual a todas las personas, discriminando a los pobres, principalmente. No podemos dejar de citar otro pasaje de SCORZA alusivo a esta problemática: "Los que se proclaman propietarios de la tierra en Cerro son gentes que se aprovechan la ignorancia o el miedo. Usurpan lo que nos pertenece desde el comienzo del mundo a los que sudamos sobre los surcos. [...] —Estamos reclamando estas tierras desde 1705, señor —insistió Agapito Robles. —He visitado a un abogado de Cerro de Pasco. Si iniciamos un juicio de recuperación de nuestras tierras y acompañamos a nuestro reclamo el plano catastral, la justicia no podrá menos que reconocer nuestro derecho. —Según sé, usted tiene sesenta y tres años. A su edad ¿piensa que el oficio de los jueces es impartir justicia? —No. —¿Entonces?", SCORZA, *El jinete insomne*, op. cit., pág. 61.

(1462) CSJN, *Baterías Sil - Dar S.R.L.*, 2001, Fallos, 324:3184.

ARTÍCULO 26. DESARROLLO PROGRESIVO

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Concordancias: arts. 2 PIDESC; 2.2 PIDCP; 24 CEDM.

JORGE AMOR AMEAL (1463)

1. Introducción

El artículo 26 CADH en particular, comparte el desafío que enfrentan los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en general, para su justiciabilidad en el ámbito local, regional y universal. Es que a pesar de la típica retórica en derechos humanos que indica que las dos categorías de derechos —civiles y políticos por un lado, y económicos, sociales y culturales por el otro— son universales, interdependientes, e indivisibles (1464), la comunidad jurídica internacional, regional y local ha tratado a través del tiempo a los derechos civiles y políticos de un modo más significativo (1465). Una prueba de ello es que la Convención Americana, si bien protege tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales, el capítulo

(1463) Agradezco a mis colegas Mariángeles Misuraca y Natalia Luterstein.

(1464) Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 14-25 junio 1993, Viena, Austria, Artículo 5: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*”.

(1465) CHAPMAN, A., and RUSSELL, S., *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2002, pág. 3.

dedicado a los primeros consta de 23 artículos mientras que el capítulo dedicado a los segundos, sólo de uno (artículo 26). Adicionalmente, en ese solo artículo, la CADH pretende regular la naturaleza de las obligaciones impuestas respecto de todos los DESC, como así también pretende reconocer una serie de esos derechos en particular: derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo, derecho a la seguridad social, derecho a la alimentación, derecho a la vivienda digna y derecho a participar de los beneficios del progreso científico, entre otros.

Una de las principales razones para el trato diferenciado entre derechos civiles y políticos, y los DESC es histórica-política, íntimamente vinculada con la Guerra Fría. Sin embargo, esas razones exceden el objeto de este estudio y carecen de mayor relevancia en la actualidad. Contemporáneamente puede afirmarse que el trato diferenciado de ambas categorías de derechos sólo puede justificarse en la diferente redacción utilizada en los tratados internacionales de derechos humanos al regular la naturaleza de las obligaciones de los Estados partes para cada categoría de derechos. En líneas generales, mientras que, respecto de los civiles y políticos se impone a los Estados la obligación de respetar, proteger y garantizar cada uno de los derechos —sin mayor salvedad—, respecto de los económicos, sociales y culturales aparecen fraseos como '*progresivamente*,' '*en la medida de los recursos a disposición*' y/o '*máximo recursos disponibles*,' que reflejan una distinción entre las obligaciones impuestas en un grupo y en el otro. Ello ha dado lugar a diferentes interpretaciones.

La primer y más común distinción popularmente esbozada es entre obligaciones positivas y negativas. Así, las obligaciones impuestas respecto de los derechos civiles y políticos fueron históricamente caracterizadas como negativas, en el sentido que sólo requerían a los Estados partes abstenerse de realizar actos que violaran los derechos establecidos en el tratado. Por su parte, se entendía, que la implementación de los DESC requería la intervención activa de los Estados partes, dado que sin ella no sería posible la realización de estos derechos. Estrechamente vinculado con ello, también se distinguía entre derechos que requerían una importante asignación de recursos para garantizar su ejercicio por los particulares en un Estado Parte y derechos libres de costo para el Estado. Así se entendía que los derechos civiles y políticos podían realizarse sin la inversión de recursos significativos por el Estado mientras que el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales requerían un alto compromiso de recursos y tal vez sólo reservado para los Estados partes más ricos o más desarrollados.

Si bien es cierto que el artículo 26 de la Convención regula la naturaleza de las obligaciones de los DESC, la cual es diferente al resto de los derechos consagrados, las distinciones arriba mencionadas sólo constituyen mitos que ya fueron erradicados. Hoy no caben dudas que la Convención impone obligaciones positivas y negativas respecto de ambas categorías de derechos. Por ejemplo, cumplimentar con el derecho a la integridad personal del artículo 5 de la Convención, requiere no sólo que los agentes estatales se abstengan de ejercer la de tortura u otros tratos crueles inhumanos o degradantes (obliga-

ción negativa), sino también, en caso que una persona haya denunciado un hecho de tales características, una investigación real y exhaustiva que identifique y sancione a los eventuales culpables (obligación positiva).

Respecto de la asignación de recursos, por ejemplo, es evidente, que establecer un servicio de administración de justicia, tal como se requiere para proteger todos los derechos civiles (artículo 3 al 22), u organizar los actos electorales requeridos por el artículo 23 de la Convención (derechos políticos), resulta extremadamente costoso y demanda a los Estados partes la asignación de recursos significativos en sus respectivos presupuestos a tal efecto.

No obstante lo expresado, la redacción del artículo 26 CADH resulta criticable. Al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), al establecer la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados partes, utiliza vocablos que resultan oscuros a la hora de concretizar las obligaciones impuestas por el tratado internacional. A pesar de ello y de las dificultades que enfrentan los DESC para su judicialización, se puede considerar que el intrincado artículo 26 de la Convención, al igual que el artículo 2 (1) PIDESC, presentan un muy buen efecto colateral: al referirse a la ‘progresividad’ y a los ‘recursos disponibles’, abrieron el debate en el forum internacional sobre la cuestión de la asignación de recursos para la completa realización de derechos humanos. Antes de la entrada en vigencia de estos instrumentos internacionales de derechos humanos, la cuestión del presupuesto y de la asignación de recursos para efectivizar el ejercicio de los derechos, era determinada por cada Estado bajo puertas cerradas, ajena a cualquier tipo de escrutinio o discusión por parte de la comunidad internacional. Consideramos importante que la comunidad de derechos humanos (defensores de derechos humanos, particulares titulares de derechos, actores y operadores locales, regionales e internacionales) den un paso más allá de la retórica con que se trabaja con estos derechos y se embarquen en un análisis de la debida asignación de recursos que imponen los tratados de derechos humanos. Esto no se debe a que existen derechos caros u otros sin costo, sino más bien por que en rigor de verdad la implementación de ningún derecho —ya sea económico, social, cultural, civil o político— resultará gratuita en términos presupuestarios. Por su parte, en palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*existe una estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, ya que las dos categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana por lo cual ambos exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse el sacrificio de unos en aras de la realización de otros*” (1466).

El presente comentario al artículo 26 de la Convención desea ofrecer las herramientas necesarias a los abogados que pretendan litigar exitosamente

(1466) CIDH, *Informe Anual*, 1983/4, pág. 137.

casos que versen sobre derechos económicos, sociales y culturales. Para ello, comenzaremos por realizar un análisis de la naturaleza de las obligaciones impuestas a los Estados partes de la Convención respecto de los DESC, siguiendo por ofrecer ejemplos de derechos económicos, sociales y culturales en particular, protegidos implícitamente por el artículo 26.

2. Naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 26 de la Convención

Como se ha mencionado, dada la diferente regulación que la Convención establece respecto de los derechos civiles y políticos, y los DESC, resultará de suma utilidad para el abogado litigante realizar un análisis de la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 26 CADH a los efectos de argumentar adecuadamente un caso que verse sobre derechos económicos, sociales y culturales en el orden interno al igual que en el internacional. Un conocimiento pormenorizado de los compromisos que asumió el Estado al ratificar la Convención, permitirá exigir su cumplimiento adecuadamente en sede judicial.

A los efectos de analizar la naturaleza de las obligaciones encerradas en el artículo 26 de la Convención nos valdremos de los informes de la CIDH, pronunciamientos de la Corte IDH, como así también de los del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (1467) (el Comité), cuyo valor a nivel regional ha reconocido la propia Corte Interamericana (1468).

Lo expresado por dichos órganos internacionales resulta de gran relevancia para este estudio. Es que según la jurisprudencia de nuestra C.S.J.N. en el caso *Giroldi* (1469), los tribunales locales al aplicar los tratados internacionales de derechos humanos constitucionalizados deben seguir las pautas interpretativas dadas por los órganos internacionales a cargo de su aplicación y monitoreo a los fines de evitar que el Estado vea comprometida su responsabilidad frente a la comunidad internacional.

El artículo 26 CADH establece:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económi-

(1467) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por los Estados partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28-05-1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.

(1468) Corte IDH, *Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28-02-2003. Serie C N° 98, párr. 147.

(1469) CSJN, *Giroldi* 1995, Fallos: 318:514.

ca y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

La redacción del artículo 26 es intrincada al grado que se ha argumentado que sólo establecía principios o derechos programáticos sin ninguna obligación concreta o inmediata para los Estados partes. Puede intuirse que tal interpretación era promovida especialmente por los gobiernos que pretendían desvincularse de sus obligaciones internacionales. Debido a la evolución de los derechos humanos en general y de los DESC en particular, los Informes de la Comisión, las Observaciones Generales y Finales emitidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, esta interpretación carece de sustento en la actualidad. En efecto, dicha interpretación subestima los principios de *bona fide* y *pacta sunt servanda* que gobiernan todo el derecho internacional público, como así también resulta contraria al objeto y fin de la Convención.

El artículo 26 requiere una doble exégesis, por una parte, identificar la naturaleza de obligaciones generales que impone respecto de todos los derechos económicos, sociales y culturales y luego, identificar cuáles de estos derechos en particular se encuentran implícitos en la Carta de la OEA.

Si bien las obligaciones generales de ‘adoptar providencias’, comprometiéndose ‘los recursos disponibles’ para ‘lograr progresivamente la plena efectividad’ de los DESC, deben ser entendidas como un todo interdependiente, para una mayor comprensión serán analizadas de modo separado.

2.1 La obligación de adoptar providencias:

El artículo 26 indica que una de las obligaciones de los Estados partes es ‘adoptar providencias’ para lograr la plena efectividad de los DESC. Así, la Convención reconoce que la plena efectividad o completa realización de estos derechos no tendrá lugar de modo instantáneo en ningún Estado parte, pero los Estados están obligados a tomar todas las medidas apropiadas orientadas a lograr ese objetivo. Según la Comisión “[s]i bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo.” (1470)

El artículo 26 en la versión francesa expresa la obligación de ‘adoptar providencias’ como ‘prendre des mesures’ (tomar medidas) la versión inglesa del

(1470) CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 Rev. 1, P. 25.

PIDESC expresa esta obligación como *'take steps'* (dar pasos), es decir que todas las lenguas transmiten el mismo sabor: la primera e inmediata obligación de los Estados es no permanecer inactivos a los efectos de satisfacer los DESC. Asimismo, se desprende del artículo 26 la obligación de los Estados de elaborar un Plan para la satisfacción de estos derechos. Un Estado Parte que carezca de un Plan para satisfacerlos, se encuentra infringiendo la Convención.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, entiende que la obligación de *'adoptar providencias'* implica que los Estados deben dar pasos deliberados, concretos y enfocados hacia la completa realización de los DESC a los fines de cumplimentar sus obligaciones internacionales al respecto (1471).

El Comité ha enfatizado en qué consiste la obligación de *'tomar medidas'* en sus Observaciones Finales (1472) respecto del PIDESC. Por ejemplo, en el caso Méjico, se planteó que *"El Comité pide que el Estado Parte vigile estrechamente la mortalidad de la mujer y tome medidas para disminuir la mortalidad provocada por el aborto ilegal. En particular, el Comité recomienda que el Estado Parte intensifique su campaña educativa con relación a la salud sexual y genésica de la mujer e incorpore estos temas en los planes de estudios de las escuelas"* (1473) (El destacado es agregado).

2.2 La obligación de comprometer los recursos disponibles

En los términos de la Convención, los Estados se encuentran obligados a adoptar providencias *'en la medida de los recursos disponibles'* para lograr la plena efectividad de los DESC. Este fraseo no impone que los Estados dediquen todos los recursos que disponen a los fines de realizar los derechos económicos, sociales y culturales, ni tampoco, como es obvio, partidas presupuestarias que no disponen. Sin embargo, sí impone la obligación de priorizar la asignación de recursos a los efectos de satisfacer los DESC. De acuerdo a los Principios de Limburg *"[e]n la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales"* (1474).

(1471) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 3*, párr. 2.

(1472) Todos los Estados partes del PIDESC deben presentar al Comité de DESC de la ONU Informes Periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos en su jurisdicción de acuerdo con el art. 16 del Pacto. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la ratificación del Pacto y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "Observaciones Finales".

(1473) Comité DESC, *Observaciones Finales Méjico*, E/C.12/1/Add.41, 8-12-1999, párr. 43.

(1474) Comisión Internacional de Juristas (CIJ), *Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1986, Limburg, Princ. N° 28.

Los Estados deben no sólo asignar sus propios recursos a fin de satisfacer los derechos de la Convención, sino también, los que se encuentren disponibles en la comunidad internacional a través de la cooperación y la asistencia tanto técnica como económica (1475).

En este sentido, la CIDH ha observado que este compromiso de lo Estados exige el uso efectivo de los recursos disponibles para garantizar un nivel de vida mínimo para todos. Para determinar si se han tomado medidas adecuadas para hacer valer y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, la Comisión prestará especial atención al uso equitativo y eficaz de los recursos disponibles y a la asignación del gasto público a los programas sociales para abordar el problema de las condiciones de vida de los sectores más vulnerables de la sociedad que históricamente se han visto excluidos de los procesos políticos y económicos (1476).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU chequea el cumplimiento de cada uno de los Estados partes respecto de la obligación de comprometer los recursos a disposición respecto del PIDESC, ya sean países pobres o desarrollados.

Por ejemplo, respecto a Camerún, el Comité ha recomendado en sus Observaciones Finales que *“el Gobierno adopte medidas para poner fin a la contribución obligatoria de los padres a la educación primaria de sus hijos. A ese respecto, el Comité insta al Estado Parte a que **dedique más recursos a la enseñanza, especialmente en infraestructura y recursos humanos, en particular en las zonas rurales**”* (1477) (El destacado es agregado).

En el caso de países ricos como Islandia, *“el Comité observa con inquietud que, según la información facilitada por la Universidad de Islandia, el 10% de la población vive bajo el umbral de la pobreza y advierte que la delegación no ha dado una explicación convincente al respecto. Toma nota de que el problema de la pobreza afecta en particular a las familias monoparentales, las parejas con niños, los agricultores, los estudiantes y los empleados domésticos. Las asignaciones del Estado Parte al bienestar social, a pesar de su relativa riqueza y los recursos de que dispone, son insuficientes para ayudar a esos grupos vulnerables”* (1478).

2.3 La obligación de satisfacer progresivamente los derechos consagrados en la Convención

Los Estados partes tienen la obligación de alcanzar progresivamente la completa realización de los derechos reconocidos en la Convención. Esto

(1475) Las obligaciones de cooperación internacional y asistencia técnica y económica que imponen el artículo 26 entre los Estados partes requerirían un Capítulo aparte de análisis.

(1476) CIDH, *Informe Anual 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev. 11-02-1994, págs. 524 y 533.

(1477) Comité DESC, *Observaciones Finales Camerún*, E/2000/22, párr. 357.

(1478) Comité DESC, *Observaciones Finales Islandia*, E/2000/22, párr. 82.

significa que la completa realización no es una obligación instantánea impuesta a los Estados. Sin embargo, es inmediata la obligación de embarcarse en la realización de los DESC y avanzar progresivamente hasta su completa satisfacción.

Resulta así una obligación de los Estados partes la continua mejora de las condiciones de disfrute de tales derechos. Consecuentemente, ello impone la obligación de moverse lo más expedito y eficientemente posible hacia el objetivo (1479). “*El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos*” (1480). A *contrario sensu*, cualquier estancamiento o regresión en la satisfacción de los derechos consagrados en el tratado, constituyen un incumplimiento a la Convención (1481).

La obligación del desarrollo progresivo exige, como mínimo, que la vigencia y acceso a los derechos receptados por el artículo 26 no se reduzca con el transcurso del tiempo (1482), siendo también necesaria la existencia de un incremento del disfrute de esos derechos (1483).

2.4 Obligación de satisfacer un contenido mínimo esencial de los derechos reconocidos

Al referirse a la realización de los DESC, la CIDH ha expresado que los Estados miembros tienen, independientemente de su nivel de desarrollo económico, la obligación de garantizar un umbral mínimo de estos derechos (1484). Dicha visión es receptada de una conocida construcción doctrinaria realizada por el Comité de DESC de la ONU que estableció:

(1479) Comité DESC, *Observaciones Generales N° 3*, párr. 9.

(1480) CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser. L/V/II.96, Doc. 10 Rev. 1, pág. 25.

(1481) CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, Capítulo 6, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 59 rev., 02-06 2000 Disponible en la web: http://www.cidh.oas.org/countryrep/Peru2000sp/capitulo6.htm#_ftnref5.

(1482) En este sentido, cabe destacar que “*cualquier medida deliberadamente regresiva, requiere la más cuidadosa consideración y debería ser justificada por el Estado Parte en referencia con la totalidad de los derechos de la Convención y en el contexto de utilización de los máximos recursos disponibles*” (Comité de DESC de la ONU, *Observaciones Generales N° 3*, párr. 9).

(1483) La República Argentina también ha sido sujeto de recomendaciones en este sentido, en particular a fin de que “*prosiga e incremente sus iniciativas para superar la escasez de vivienda y que le facilite en su próximo informe periódico datos estadísticos completos sobre la situación de la vivienda en el país*” (Comité DESC de la ONU, *Observaciones Finales Argentina*, E/2000/22, párr. 283). El Comité también ha instado —al considerar que el Estado Parte permanecía pasivo— a que “*evalúe nuevamente el Programa del seguro del empleo, con miras a ofrecer un acceso más amplio a las prestaciones y niveles más elevados, para todos los trabajadores des- empleado*” (Observaciones Finales Canadá, E/C.12/CAN/CO/0, párr. 54).

(1484) CIDH, *Informe Anual 1993*, Capítulo V. OEA/Ser.L/V/II.85. Doc. 8 rev. 11-02-1994. Disponible en la web: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.V.htm>

“Sobre la base de la extensa experiencia adquirida por el Comité, así como por el organismo que lo precedió durante un período de más de un decenio, al examinar los informes de los Estados partes, el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (1485).

Es decir que la cláusula de progresividad no exime a los Estados de satisfacer los elementos esenciales de cada derecho. Lo que se le permite a los Estados de modo progresivo es alcanzar la **plena y completa** satisfacción de los derechos. Las obligaciones esenciales son obligaciones inmediatas para los Estados partes (1486).

El Comité de la ONU ha ido aún más lejos entendiendo que para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esto significa un traslado de la carga de la prueba en el caso que un Estado desee justificar el incumplimiento de una obligación esencial por falta de recursos disponibles.

La doctrina de las *obligaciones mínimas* afirma que incluso en circunstancias extremadamente acuciantes desde el punto de vista presupuestario, un Estado posee obligaciones irreductibles que se presume puede cumplimentar (1487). Si bien dicha presunción es considerada por el Comité como *iuris tantum* (1488), ha demostrado ser, en la práctica, altamente aceptable y útil. Se presume que los Estados partes del PIDCP poseen un presupuesto que permite sostener al menos, un adecuado servicio de justicia y policía, al igual que celebrar elecciones periódicas, y no hay ninguna discusión en la comunidad internacional sobre la razonabilidad de dicha presunción.

(1485) Comité DESC, *Observación General N° 3*, párr. 10.

(1486) En consonancia, la CIDH ha expresado que “*la extrema pobreza en que se encuentran sumidos numerosos individuos en el hemisferio es una afrenta a la dignidad del ser humano. Mínimas condiciones económicas, sociales y culturales son requisito esencial para el pleno goce de los derechos humanos*” (CIDH, *Informe Anual 1993*, OEA/Ser.L/V/II.85, Doc. 8 rev. 11 febrero 1994, pág. 568).

(1487) CHAPMAN, A. y RUSSELL, S., *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2002, pág. 11.

(1488) Las presunciones *iuris tantum* aceptan prueba en contrario.

El Comité chequea la satisfacción de las obligaciones mínimas. Por ejemplo, al analizar la implementación del Pacto por parte de Colombia, expresó su especial preocupación por el hecho de que “**no se haya logrado todavía la educación primaria universal tal como se dispone en el Pacto. También le preocupa el descenso de la calidad de la educación secundaria y la situación laboral de los maestros.**” (1489) En este sentido ha recomendado la adopción de “**las medidas necesarias para asegurar el derecho a la educación primaria gratuita para todos**” y para “**mejorar la calidad de la educación secundaria y las condiciones materiales del personal docente.**” (1490) (El destacado es agregado).

3. Derechos Económicos, Sociales y Culturales implícitos en el artículo 26

Hasta aquí hemos analizado las obligaciones generales que impone el artículo 26 respecto de todos los DESC reconocidos en la Convención; pero, ¿cuáles son *‘los derechos [en particular] que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires’*? Aquí, como es constante en la cuestión de los DESC no faltaron los que entendieron que dicha Carta no contiene derechos sino principios, con lo que se concluía que el artículo 26 no protegía ningún derecho en sí. Dicha interpretación carece de sentido. Si se limitara a repetir los principios sobre economía, cultura, y ciencia que contiene la Carta, sin generar ninguna obligación para los Estados partes, sencillamente no tendría razón de ser. Sin lugar a dudas, este artículo, como es regla en todos los tratados internacionales de derechos humanos, impone leer la cuestión bajo una perspectiva de *derechos* y no de beneficios, asistencialismo o principios. Por su parte, la Carta de la OEA tampoco es una declaración de principios, sino un tratado internacional que genera obligaciones para los Estados que libremente decidieron ratificarla.

Como se verá a continuación, la mayoría de las *normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos* se encuentran dentro de las obligaciones de los Estados del Capítulo sobre Desarrollo Integral. De modo que pareciera que el artículo 26 CADH pretende que esas normas que configuraban obligaciones interestatales para los Estados partes de la OEA, configuren obligaciones/derechos respecto de las personas sujetas a su jurisdicción, tal como es la constante en el derecho internacional de los derechos humanos. A su vez, resulta ser la tendencia actual que el desarrollo de los Estados sea leído como un derecho, a través de lentes de derechos humanos (1491).

(1489) Comité DESC, *Conclusiones Finales Colombia*, E/C.12-121995, párr. 20.

(1490) *Ibidem*, párr. 26.

(1491) Ver *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4-12-1986. En particular el artículo 1 hace referencia al derecho al desarrollo como el derecho al disfrute de todos los derechos humanos:

A los fines de especificar qué DESC protege el artículo 26, otra opción que resulta tentadora sería recurrir a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (ver art. 29.d de la Convención). La Comisión también suele valerse de ella a los efectos de determinar qué derechos humanos se encuentran obligados a respetar los Estados partes de la OEA que no han ratificado la CADH. Sin embargo el artículo 26 nos deriva expresamente a la Carta, de modo que vale la pena, en primer lugar, interpretar qué DESC pueden derivarse directamente de ella, tal como requiere literalmente el artículo 26.

De acuerdo a la norma de reenvío de la CADH, los artículos de la Carta de la OEA que consagran DESC son al menos: el 34 sobre el derecho a la Educación, la Salud, el Trabajo, la Vivienda Digna y la Alimentación (1492); el 38 sobre el derecho a Participar en los Beneficios del Desarrollo Científico (1493), el 45 acerca del derecho del Trabajo y Seguridad Social (1494), el

“Artículo 1.— 1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él. 2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.”

(1492) Artículo 34:

Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas:

(...)

*Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos; **(Derechos del Trabajo)**.*

*Eradicación rápida del analfabetismo y ampliación, para todos, de las oportunidades en el campo de la educación; **(Derecho a la Educación)**.*

*Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica; **(Derecho a la Salud)**.*

*Nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos; **(Derecho a la Alimentación y Nutrición)**.*

*Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; **(Derecho a la Vivienda Digna)**.*

*Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna; **(Derecho a la Salud y Saneamiento)**.*

(1493) Artículo 38

*Los Estados miembros difundirán entre sí los beneficios de la ciencia y de la tecnología, promoviendo, de acuerdo con los tratados vigentes y leyes nacionales, el intercambio y el aprovechamiento de los conocimientos científicos y técnicos. **(Derecho a Participar de los Beneficios de los Progresos Científicos)***

(1494) Artículo 45

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de

49 y 50, respecto del derecho a la Educación (1495). Esta descripción de los derechos reconocidos, no configura un *numerus clausus*.

Como puede apreciarse, varias normas económicas, sociales, sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la OEA poseen implícitos DESC. En general pueden identificarse principalmente entre las obligaciones de los Estados partes en relación con el desarrollo (Capítulo VII —Desarrollo Integral). Por medio del artículo 26 CADH las obligaciones internacionales ya contraídas por los Estados que ratificaron la Carta de la OEA en las áreas económicas, sociales y culturales, configuran, a su vez, derechos para los ciudadanos sujetos a su jurisdicción. Es decir que a nuestro modo de ver, el artículo

desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica; (Derecho a la Seguridad Social).

El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; (Derecho al Trabajo, Derecho a las Condiciones Dignas de Trabajo y Derecho a la Seguridad Social)

Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; (Derecho a Formar Sindicatos, Derecho a Huelga).

(...)

Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, (Derecho a la Seguridad Social)

(1495) Artículo 49 **(Derecho a la Educación)**

Los Estados miembros llevarán a cabo los mayores esfuerzos para asegurar, de acuerdo con sus normas constitucionales, el ejercicio efectivo del derecho a la educación, sobre las siguientes bases:

La educación primaria será obligatoria para la población en edad escolar, y se ofrecerá también a todas las otras personas que puedan beneficiarse de ella. Cuando la imparta el Estado, será gratuita;

La educación media deberá extenderse progresivamente a la mayor parte posible de la población, con un criterio de promoción social. Se diversificará de manera que, sin perjuicio de la formación general de los educandos, satisfaga las necesidades del desarrollo de cada país, y

La educación superior estará abierta a todos, siempre que, para mantener su alto nivel, se cumplan las normas reglamentarias o académicas correspondientes.

Artículo 50 **(Derecho a la Educación)**

Los Estados miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos.

lo 26 CADH simplemente le agrega la perspectiva de *derechos* a obligaciones internacionales preexistentes en la Carta de la OEA, con sus modificaciones resultantes del Protocolo de Buenos Aires.

La CIDH ha avalado esta postura entendiendo que la Carta de la [OEA] en la reforma efectuada a través del Protocolo de Buenos Aires, en diferentes artículos, entre los que se destacan el 33, 44 y 48, consagra diferentes derechos económicos, sociales y culturales (1496). A su vez, de acuerdo con las reglas interpretativas del artículo 29 de la Convención, el artículo 26 no podría limitar o excluir los DESC reconocidos en la Declaración Americana u otro instrumento internacional.

4. Jurisprudencia

La Corte IDH no ha fallado aún ningún caso en el que encuentre una violación autónoma al artículo 26 CADH (1497). No obstante ello se ha pronunciado sobre el carácter jurídico y obligatorio de las obligaciones impuestas por dicho artículo (1498).

Por cuestiones históricas y políticas los DESC han sido relegados frente a los civiles y políticos. No obstante ello, esta tradición se encuentra en franca retirada. Al momento son cada vez más las decisiones judiciales que involucran derechos económicos, sociales y culturales en el orden interno (1499). Más allá del invalorable trabajo que realizan los organismos internacionales en torno a la protección, promoción y establecimiento de estándares de derechos humanos, la justiciabilidad de los DESC se cimentará de abajo hacia

(1496) CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26-02-1999. Capítulo III, párr. 4.

(1497) TARA MELISH, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Orville H. Schell, Jr. Center for Interantional Human Rights Yale School y CDES, 2003, pág. 380.

(1498) Corte IDH. *Cinco Pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28-02-2003. Serie C N° 98, párr. 147.

(1499) Ver, entre otras: — CN CAF, Sala V, *Viceconte, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional — M° de Salud y Acción Social — s/ amparo ley 16.986*, Causa N° 31.777/96 (*Caso de la Fiebre Hemorrágica*, amparo colectivo por Derecho a la Salud).

— CAyT CABA, *Agüero Aurelio Edwigio y Otros contra GCBA sobre amparo* (Art. 14 CABA) Causa N° 4437/00 (*Caso Vecinos de Villa La Dulce*, Derecho a la Vivienda Digna).

— CAyT CABA, *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo* (Art. 14 CABA), Expte. (Derecho a la Educación).

— CSJN, *Tobar, Leonidas c/ E.N. M° Defensa — Contaduría General del Ejército — Ley 25.453 s/ amparo*, N° Expediente: 348/2002, (Ley Déficit Cero — Derechos Laborales).

— CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN — PEN — ETOSS. 149/97 y 1167/97 s/proceso de conocimiento (ETOSS)*, sentencia del 11-05-2004. (*Caso 'Aguas Argentinas'*, Derechos de incidencia colectiva).

— CSJN, *Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F. y otros s/ daño ambiental*, Resolución del 13-7-2004. (Derecho Ambiental).

arriba, como suele ocurrir, mediante el trabajo de organizaciones de base y operadores jurídicos locales. Prueba de ello es la nueva jurisprudencia que se construye, de modo lento pero constante, en el orden interno en torno a los DESC.

La profundización del conocimiento de la naturaleza de las obligaciones estatales en relación con los DESC por parte de los operadores jurídicos permitirá elevar el nivel de la argumentación en torno a casos concretos y eventualmente se producirá jurisprudencia internacional al respecto.

En el ámbito universal, el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU adoptó el Protocolo Facultativo del PIDESC que habilitará al Comité a recibir denuncias individuales respecto de los Estados que lo ratifiquen, alegando la violación de estos derechos. En el orden regional, una recomendación de la CIDH o un fallo de la Corte IDH encontrando una violación autónoma al artículo 26, resulta a estas alturas inminente. Por su parte, el Protocolo de San Salvador (1500) —el instrumento regional específico de DESC— también generará eventualmente jurisprudencia internacional autónoma; aunque debe tenerse presente que este instrumento sólo autoriza denuncias individuales respecto del derecho a la educación y la libertad sindical, de acuerdo con su artículo 19.6.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos instala paradojas en torno a los DESC. Es que en la práctica, la ratificación de la Convención o del Protocolo de San Salvador, no conlleva necesariamente un mayor compromiso en el orden internacional respecto de los DESC sino que incluso podría ser leído del modo contrario. De hecho “la Comisión ha considerado poquísimos casos relacionados con DESC [de modo autónomo]. Aquellos que sí ha considerado han involucrado casi exclusivamente quejas según la Declaración (en lugar de la Convención)” (1501).

No obstante expresado, los organismos internacionales de derechos humanos funcionan de modo subsidiario, de modo que el cumplimiento de los tratados que reconocen DESC debe litigarse y ganarse, principalmente, en el orden interno. Aquí debe reconocerse que, si la jurisprudencia local sobre DESC no resulta copiosa, la invocación del artículo 26 CADH como fundamento jurídico de la pretensión, es aún más escasa. Ello se debe, sin dudas, a su intrincada redacción y al hecho que a los abogados les ha parecido más sencillo citar como fuente de derecho de sus pretensiones al PIDESC, que si bien no se destaca por la claridad en los términos en los que se estipulan las obligaciones de los Estados partes, resulta ser un documento específico, más completo y detallado sobre los derechos sociales, económicos y culturales,

(1500) Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17-11-1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

(1501) TARA MELISH, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale School and CDES, 2003, pág. 75.

sus contenidos y alcances. Sin bien, la Argentina ha ratificado el Protocolo Facultativo del PIDESC, cabe señalar que las decisiones del Comité en casos concretos configurarían recomendaciones para los Estados partes y no sentencias obligatorias. A diferencia de ello, las violaciones al artículo 26 CADH, luego de agotar recursos internos, pueden ser reclamadas ante la Comisión y ante la Corte IDH, subsidiariamente, respecto de los Estados que —como la Argentina— han ratificado la Convención y reconocido la competencia de la Corte IDH, cuyas decisiones son de carácter obligatorio. Es evidente que para el abogado litigante queda aún un largo camino por recorrer en cuanto a la justiciabilidad de los DESC. El presente trabajo pretende ser una invitación a transitarlo.

ART. 27. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS

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

La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3º (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4º (Derecho a la Vida); 5º (Derecho a la Integridad Personal); 6º (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9º (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12º (Libertad de Conciencia y de Religión); 17º (Protección a la Familia); 18º (Derecho al Nombre); 19º (Derechos del Niño); 20º (Derecho a la Nacionalidad); y 23º (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

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.

Concordancias: Arts. 1, 7, 8, 9, 25, 29, 30 CADH; 6, 18, 23, 28, 36, 75 inc. 29, 76, 99 inc. 3, 99 inc. 16 CN; 4 y 5 PIDCP.

DANIEL LEVI

Conviene dividir el nudo del presente comentario destacando los principales problemas que se suscitan en: a) la medida en sí; b) el hecho motivador; c) el principio de legalidad; d) la proporcionalidad de la medida; e) la temporalidad de la medida; f) la compatibilidad con las normas de Derecho Internacional Público; g) el principio de no discriminación; h) los derechos no susceptibles de suspensión; i) la permanencia de las garantías judiciales indispensables; y j) el deber de información.

El análisis de esta figura, dentro del sistema jurídico argentino, exigirá una interpretación formal algo más compleja que la mera concentración en el instrumento interamericano. Dado que la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en más “CADH”) goza actualmente de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), y teniendo en cuenta que el modo de juicio de las normas de tal carácter debe ser armónico y complementario por la doctrina del llamado “bloque de constitucionalidad”, el art. 27 deberá ser compatibilizado a la luz del art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) que, en casi idéntica forma, también reconoce la figura de la suspensión de garantías. Más allá del análisis integrado de ambas normas, que tienen similar jerarquía según el art. 75, inc. 22, CN, es el propio art. 27 de la CADH el que impone al Estado la prohibición de desatender obligaciones internacionales mediante la aplicación de la suspensión de garantías.

a) *La medida en sí*

Desde la sanción de la Constitución Nacional en 1853, en la República Argentina se dispusieron alrededor de 70 estados de excepción, en sus diversas formas. Si bien la mayoría de estas medidas se correspondió con el *estado de sitio* recogido en el art. 23 CN, también hubo lugar para el dictado de la *ley marcial*, el *estado de guerra interno*, el *estado de alarma*, y el *estado de emergencia* (1502).

De principio, el problema reside en que la CADH titula el art. 27 con el nombre de “suspensión de garantías”. Dentro de esta categoría (por cierto no utilizada por el PIDCP) se pretendió dar un marco general a las que hoy se conocen en el mundo académico como *situaciones de excepción* (1503) agrupándolas por los efectos causados por la medida política (1504). Si bien seguidamente se analizará la interpretación que debe hacerse de tal denominación, lo real es que el título de “suspensión de garantías” es bastante *poco feliz*, tal como se verá más adelante y constituye, sin lugar a dudas, un acto fallido del legislador interamericano que enriquece cierto análisis psicológico de la teoría política pero, como tal, lo complejiza.

(1502) Puede verse una amplia cronología de los estados de excepción en nuestro país, en VÍTOLO, A., *Emergencias Constitucionales I. El estado de sitio*, Ciudad Argentina, Buenos Aires 2004. En MONCAYO, G., “Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales. El aporte de las convenciones internacionales al Derecho público argentino”, publ. en ABRAMOVICH, V. *et al* (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 57 se destaca que las regulaciones excepcionales, propias de los estados de emergencia, han sido generalizadas en países del tercer mundo.

(1503) Noción general que utiliza, por ejemplo, AGAMBEN, G., en *Estados de Excepción*, Ed. Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.

(1504) En el art. 23 CN, se entiende que el *estado de sitio* es la figura formal particular, mientras que la *suspensión de garantías* es el efecto sustancial de tal medida.

Aquí puede encontrarse, entonces, el primero de los múltiples cruces existentes entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Ambos tribunales lo único que han hecho es demostrar el desacierto del título “suspensión de garantías”, dado que los dos hacen lecturas absolutamente intrincadas y forzadas para tratar de explicar que la palabra “suspensión” no significa suspensión. La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva (“OC”) 8/87 dice que “*no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto*” y aclara que “*lo único que podría suspenderse o impedirse sería [el] pleno y efectivo ejercicio [de los derechos]*” (1505). Porque, en realidad, en el párrafo segundo del art. 27 se prohíbe la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión. O sea que, el límite es tan sutil que se vuelve imperceptible. O mejor dicho, este conflicto terminológico empieza a demostrar la fuerza que tiene el estado de excepción para imponerse por sobre toda pretensión jurídica de encasillamiento lingüístico.

El verdadero problema reside en que la Corte Interamericana debió re-adaptar el significado de “suspensión de garantías” tal como se lo pensaba en la época en que fue redactado el artículo. En aquellos años los tribunales nacionales entendían literalmente que el estado de excepción *suspendía* las garantías constitucionales (1506). De hecho, en la *Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de Garantías de 1968* (1507) la figura se titulaba “suspensión de garantías o estado de sitio”. Probablemente, la elección por el término “suspensión de garantías” se hizo para poder abarcar las diferentes formas de excepción en que podía devenir una medida.

Esto empeora si se recurre a los *Principios de Siracusa* (1508) que inspiraron el art. 4 del PIDCP. En el inciso 39 se las denomina “medidas de *derogación*”. Sin embargo la interpretación se corrige con lo dispuesto por el art. 5 del PIDCP cuando establece que “*ninguna disposición del (...) Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado (...) para emprender (...) actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto...*”. Esto mismo lo dispone la CADH en su art. 29.

(1505) OC 8/87, consid. 18.

(1506) Puede verse por ejemplo el voto de la mayoría en el fallo “Sofía” (Fallos 243:504) de 1959.

(1507) Antecedente oficial directo del art. 27 CADH. En GIALDINO, R., “Estados de excepción o de emergencia en el derecho internacional de los derechos humanos y estado de sitio. ¿Una nueva norma constitucional?”, LL 2004-A-1323, se puede encontrar un breve resumen sobre los antecedentes al art. 27 CADH.

(1508) Los *Principios de Siracusa sobre la limitación o suspensión de disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* fueron propuestos por el Comité Internacional de Derechos Humanos en la Observación General N° 29, pto. 10, diciendo que “los Estados partes deben tener debidamente en cuenta la evolución del derecho internacional en cuanto a las normas de derechos humanos aplicables en situaciones de excepción”.

Por el lado del Derecho argentino, originariamente se reconoce al estado de sitio, contemplado en el art. 23 CN, como la situación de excepción por excelencia. En su texto dice: “*quedando suspensas allí las garantías*”. Es decir que se encuentra dentro de lo dispuesto por el art. 27 CADH. Pero aun así, el Derecho argentino agrega más vicisitudes. Porque lo cierto es que nuestra Carta Magna reconoce otros tipos de estados de excepción: la intervención federal (art. 6 CN) y el estado de emergencia o necesidad (arts. 76 y 99, inc. 3, CN). En cuanto a la primera figura, generalmente se la ha utilizado en complemento con el estado de sitio, con lo cual no entraría en conflicto con nuestro análisis. Pero en cuanto al estado de emergencia, éste ha introducido una nueva problemática en torno a si encarna o no la posibilidad de la suspensión de garantías (1509). En ese sentido, la Corte argentina fue reiterativa en cuanto diferenció que “la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos [a través de normas de emergencia] (...) debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido (...), y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, *no* suspende las garantías constitucionales” (1510).

La utilización de una lógica precaria podría dar a entender fácilmente que para la Corte argentina la emergencia y el estado de sitio son dos situaciones de excepción distintas. En tanto la primera importa un ejercicio amplio del poder de policía, por lo cual *limita temporariamente* el ejercicio de un derecho, en el caso del estado de sitio la Corte parece admitir la suspensión o mutación temporal de la sustancia o esencia de ese derecho (1511).

Es decir que, por un lado, la Corte Interamericana entiende la “suspensión de garantías (obligaciones y derechos)” no en sentido absoluto sino como la suspensión del pleno y efectivo ejercicio de los derechos. Por el otro, la Corte argentina dice claramente que el límite temporario al ejercicio de un derecho es propio de las normas de emergencia y no de los estados de sitio —que sí implican la suspensión de las garantías—. En cuanto a este aspecto, puede considerarse que, si bien el análisis relativista de la Corte Interamericana es de por sí forzado, el argumento esbozado por la Corte argentina es incoherente. En todo caso, si para la Corte argentina suspender implica mu-

(1509) Un análisis crítico sobre los usos y abusos del concepto de la “emergencia” en Argentina, y sus implicancias constitucionales, puede verse EKMEKDJIAN, M., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, 2000, coment. Art. 23 CN.

(1510) CSJN, *Russo, Angel, y otra c/ C. de Delle Donne, E*, 1959, Fallos 243:467; *Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público*, 2000, Fallos 323:1566. En este último fallo, “Guida”, la Corte sostuvo que si bien en la emergencia no quedan suspendidas las garantías constitucionales (a diferencia del estado de sitio), sí pueden suspenderse los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, en tanto no se alteren en su esencia.

(1511) Esta conclusión, no obstante, parece no haber estado siempre clara para el Poder Ejecutivo argentino, que ha llegado a ampararse explícitamente en el art. 27 CADH para dictar normas de emergencia, como el Decreto 246/2002.

tar la esencia del propio derecho, esto iría en contra del análisis que la Corte Interamericana hace en la OC 8/87 (1512).

Entonces, de acuerdo a la dogmática constitucional (y a los antecedentes del art. 27 CADH) al estado de sitio por ser tal se lo considera suspensor de garantías. No sucede lo mismo con el estado de emergencia que, para entrar dentro de la órbita del art. 27 CADH, deberá satisfacer dos requisitos básicos: que la emergencia declarada sea compatible con el hecho motivador contemplado en la Convención (por ejemplo, no bastará sólo con que se trate de una mera emergencia económica), y que las restricciones impuestas a sus efectos sean tales que configuren una suspensión en el sentido que lo entiende la Corte Interamericana (1513).

En conclusión, la “suspensión de garantías” a la que hace referencia la CADH no implica ni la derogación ni la suspensión de los derechos en su sustancia, sino solamente la restricción temporal a su *ejercicio*. Finalmente, en lo que respecta a las figuras locales, ha de concluirse que ambos, estado de sitio y estado de emergencia, constituyen —el primero siempre y el segundo en tanto suspenda o limite temporariamente el ejercicio de un derecho adquirido— estados de excepción que entran dentro de la categoría de “suspensión de garantías” y podrán situarse bajo el paraguas de protección y supervisión del art. 27 CADH.

b) El hecho motivador

El art. 27 CADH dice en su párrafo primero: “*En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte...*”. Como se ve, una primera lectura da una idea amplia de los supuestos fácticos que pueden dar lugar a las medidas de excepción. Esto vuelve a demostrar el inmenso campo de acción que es propio de los estados excepcionales.

Si bien la Corte Interamericana en la OC 8/87 ha reconocido que los distintos tipos de contextos de la emergencia revisten grados de carácter, intensidad y profundidad (1514); lo cierto es que no ha habido una delimitación muy estricta a la discrecionalidad del gobierno de turno para evaluar la situación (se ha limitado a decir, lo que no es poco, que las normas de excepción

(1512) Podría considerarse que probablemente el hecho de que la Corte argentina no haga lugar a que el estado de emergencia suponga la suspensión de garantías, se deba hoy a una suerte de armadura protectora contra posibles revisiones, precisamente, de la comunidad internacional.

(1513) Es importante no perder de vista que la Argentina ha hecho la siguiente reserva al ratificar la CADH: El artículo 21 queda sometido a la siguiente reserva: “*El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’.*”

(1514) OC 8/87, consid. 22.

deben interpretarse restrictivamente (1515)). De todos modos, la Comisión Interamericana en diversos informes ha recogido algunos criterios mínimos que pueden servir de guía (1516).

Por ejemplo, en el *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito* (1517), la Comisión ha dicho que los hechos motivadores deben ser acontecimientos de extrema gravedad. Así, ha considerado que “*la emergencia debe revestir un carácter grave, motivado por una situación excepcional que verdaderamente signifique una amenaza a la vida organizada del Estado*”. En ese mismo informe se cita a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en tanto habla de “grave emergencia nacional”. Siguiendo con el Sistema Europeo, también se traen a colación los comentarios de la Comisión Europea de Derechos Humanos, según la cual debe tratarse de un “*disturbio de importancia, ciertamente mayor que un mero desorden civil; que ese peligro debe ser actual, en el sentido que el daño a la seguridad es inminente y no latente o potencial*”. Aun así, se reconoce un margen discrecional para apreciar la existencia de esas amenazas a la vida normal.

Luego, en el *Informe anual 1980-1981* la Comisión Interamericana dice que “*para que pueda considerarse que hay una emergencia real, debe existir en el país una situación de extrema gravedad, como guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado*”. Lo mismo, en el *Informe 48/00* (1518) donde afirma que deben tratarse de “amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado”.

En el Sistema Universal, alrededor del art. 4 del PIDCP, los *Principios de Siracusa* establecieron dos requisitos para que se constituya el hecho motivador de la suspensión: “la existencia de una situación excepcional y que ésta implique un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación”. Este hecho debe afectar a toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él y además debe amenazar la integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial del Estado, o la existencia o el funcionamiento básico de las instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos convencionalmente reconocidos. Así, en el punto 40 de los Principios se establece que “el conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la Nación no pueden justificar derogaciones”. Lo mismo dice el punto 41 respecto a que “las dificultades económicas no pueden por sí solas justificar las medidas de derogación”. Todavía en el Sistema Universal, el Comité de Derechos Humanos de la

(1515) OC 8/87.

(1516) En el fallo “Bramajo” la Corte sostuvo que los informes de la Comisión deben servir de guía a los tribunales argentinos para interpretar los preceptos de la Convención Americana. Ver, CSJN, *Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa N° 44.891*, 1996, Fallos 319:1840.

(1517) OEA/Ser.L./V/II.62.doc.10 rev.3, Washington, 1984.

(1518) Caso 11.166. Walter Humberto Vásquez Vejarano - Perú, 13/04/2000.

ONU ha dicho en la *Observación General N° 29* (1519) que “no todo disturbio o catástrofe constituye situación excepcional que ponga en peligro la vida de la Nación”; y que en caso de conflicto armado deben regir las convenciones internacionales de Ginebra.

En fin, lo más importante a tener en cuenta en este apartado es que, por un lado, tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana admiten el control jurisdiccional de los hechos que dieron motivo a las medidas de excepción, si bien existe una gran amplitud discrecional para los Estados en las mismas descripciones. Y por otro lado, cabe destacar que la situación de peligro debe ser actual, real e inminente, lo cual impide a los Estados basarse en predicciones o meras especulaciones.

En el sistema interno del Derecho argentino también se establecen hechos motivadores de situaciones de excepción. El art. 23 CN de estado de sitio dice: “*En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de [la] Constitución y de las autoridades creadas por ella...*”. El art. 6 CN de intervención federal permite el accionar del Gobierno cuando no esté garantizada la forma republicana de gobierno, para “repeler invasiones exteriores”, o bien cuando las autoridades constituidas hubieren sido depuestas por sedición o por invasión de otra provincia. El art. 76 CN incluye la situación de “emergencia pública” y el art. 99, inc. 3, CN habla de “circunstancias excepcionales [que] hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por [la] Constitución para la sanción de las leyes”, a la vez que pueden aducirse “razones de necesidad y urgencia” para el dictado de decretos.

Como se ve, con la inclusión de estas dos últimas situaciones por la Reforma del '94 la excepcionalidad encuentra mayores cauces de admisión. En el caso del estado de sitio, la frase “conmoción interior” ha sido la puerta que abrió paso a las más diversas justificaciones (1520).

(1519) CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001.

(1520) Sólo en dos ocasiones el Estado argentino recurrió a la justificación del ataque exterior: en 1859, ante la declaración de guerra de Buenos Aires, y en 1865 por la guerra con el Paraguay. Luego todas fueron suspensiones por conmoción interior alegando desde el “desorden público” a razones meramente ideológicas y preventivas. Después de 1984, cuando la Argentina incorpora a su sistema legal la CADH, hubo cinco estados de sitio y dos estados de emergencia pública declarados.

En octubre de 1985 se justificó en la “perturbación por el accionar de sectores minoritarios tendientes a crear un clima de temor e inseguridad en la población y de pérdida de confianza en los organismos del Estado” (Decs. 2049/85 y 2069/85). En mayo de 1989 se alegó la “situación de grave conflicto social existente en la provincia de Santa Fe, que determina la existencia de un estado de conmoción interior e imposibilita el normal desenvolvimiento de las instituciones locales” (Desc. 714/89, 743/89, y 745/89, y Ley 23.662). En diciembre de 1990 se determinó la conmoción interior por la “actitud asumida por un grupo de personas que ha atentado contra la autoridad legal de Unidades del Ejército” (Decs. 2536/90 y Ley 23.902) y en diciembre de 2001 se decretaron dos estados de sitio justificados en “actos de violencia colectiva que ha provocado daños y puesto en peligro personas y bienes, con una magnitud que implica un estado de conmoción interior” (Decs. 1678/01, 16/01,

Asimismo, fueron declaradas dos emergencias públicas, en los años 1991 y 2002, y, en algún caso, reconociendo sobre todo la gravedad del estado económico, social y financiero del país. Para el caso del estado de emergencia, la Corte argentina ha ido formando un criterio: que exista una situación tal que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad (1521).

De todo lo antedicho se desprende que el marco situacional amplio dispuesto por el art. 27 CADH ha venido a confirmar, con muchos más límites, la discrecionalidad con que el Estado argentino utilizó siempre la conmoción interna. Pero, aunque la Corte argentina lo rechace con argumentos endebles como los esbozados más arriba, lo cierto es que la emergencia pública es admitida en el Sistema Interamericano como hecho motivador para la suspensión de garantías en tanto se funde en circunstancias realmente graves. Lamentablemente, la Corte argentina todavía no hizo acuse de recibo expreso del párrafo primero del art. 27 CADH, si bien en un solo decreto se ha amparado la declaración de la emergencia en el art. 27 y alguna jurisprudencia de Cámara ha razonado la emergencia conforme lo dispuesto por la Convención (1522).

A pesar de todo esto, lo que sí debe tenerse en claro es que la Corte argentina durante toda su historia siempre se ha mostrado reacia a revisar o controlar las causas fácticas que dieron origen a las declaraciones de excepción (1523), sin perjuicio de que el artículo 4 de la Ley 23.098 de Hábeas Data

18/01 y 20/01). Puede encontrarse también un resumen de los hechos utilizados para justificar la “conmoción interior” en GELLI, M. A., *Constitución de la Nación Argentina*, 3ra Ed., La Ley, 2005, coment. Art. 23 CN.

(1521) Ver CSJN, *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo*, 1990, Fallos 313:1513. También puede resultar interesante recordar el fallo “Perón, Juan Domingo”, donde la Corte describe como situaciones de emergencia aquellas que “derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios: a veces son acontecimientos de carácter físico; (...) a veces de índole económica; de un acontecimiento político (...) pues lo que hace que una situación tenga aquel carácter no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados”. Ver, CSJN, *Perón, Juan Domingo*, 1957, Fallos 238:76.

(1522) CNCiv., sala L, 28/04/2004, *Guerra, Liliana R. y otros vs. Ostachi, Juan F.*, Expte. 61787, Lexis Nexis Online; y CCiv. y Com. Mercedes, sala 1, 03/06/2004, *Compañía Industrial Cervecera S.A. c. Latasa, Nora S.*, Lexis Nexis Online.

(1523) Ver CSJN, *Granada, Jorge Horacio*, 1985, Fallos 307:2284. Aunque en casos de emergencia y necesidad (CSJN, Videla Cuello, Marcelo sucesión de c/ La Rioja, Pcia. de s/ daños y perjuicios, 1990, 313:1638), la Corte avanzó un poco más sobre el control de la declaración de la emergencia, si bien siempre partiendo de la presunción de la legitimidad de lo resuelto por el PEN, a partir de los datos provistos por este último, informes técnicos especializados, debates parlamentarios y hechos que fuesen de público conocimiento. Así, en el fallo “Peralta” tuvo la Corte

pareció abrir una puerta legislativa al control judicial en estos aspectos (1524). Esto se ha fundado hasta el día de hoy en la separación de poderes y la forma republicana de gobierno por lo que se les reconoce a los poderes Legislativo y Ejecutivo la discrecionalidad para evaluar las circunstancias. Es razonable que en este punto exista un conflicto expuesto entre la Corte argentina y la Corte Interamericana puesto que esta última, al no estar condicionada por ningún freno o contrapeso, puede arrogarse el control jurisdiccional sobre el hecho motivador que el Poder Judicial nacional no desea absorber.

c) *Legalidad de la medida*

El párrafo primero del art. 27 CADH dice que el Estado Parte “podrá adoptar disposiciones”. Esto no es más que el básico principio de legalidad *formal* que debe ser la fuente del estado de excepción, dentro de un marco de *estado de derecho*. Aquí se encuentra una de las mayores paradojas que los distintos autores señalan cuando resulta ser la propia ley la que dispone su falta de rigidez. Lo que podría decirse como *non exceptio sine lege* expresa en el sentido de la Convención la necesidad de que exista una norma previa que establezca la suspensión de garantías. El art. 27 menciona la palabra *disposiciones* sin hacer especificación de tipo ni tampoco estatuyendo quién deberá adoptarla ni a través de qué mecanismos. Lo que pretendió el legislador aquí, de un modo algo generoso, fue dejar al arbitrio de los sistemas nacionales la validez de las normas que dispongan la emergencia. Para la Convención la norma interna que adopte la suspensión de garantías será *formalmente* válida en tanto lo sea de acuerdo a su sistema interno. Así, en la *Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de Garantías de 1968*, cuando se discutió la incorporación de este requisito, se explicó que la disposición en cuestión debe ser “decretada oficialmente según el procedimiento establecido en la respectiva constitución”. La OC 8/87 se limita a decir, en cuanto a fundamentos, que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”. Precisamente,

que ir más a fondo del asunto y resolver sobre la existencia real de la necesidad. Ver, CSJN, *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo, ya cit.* En igual sentido, ver además, CSJN; Causa B 1888XLI *in re BankBoston N. A c/Jane, Javier Esteban y otro s/ejecución hipotecaria*, del 10/11/09.

En relación con el dictado de decretos de necesidad y urgencia, sin embargo, ha entendido que la mera referencia a una situación de urgencia que habría determinado la imperiosa necesidad de dictar el decreto, constituye una afirmación dogmática e insuficiente para justificar la emisión de disposiciones de carácter legislativo en los términos del art. 99, inc. 3), de la Constitución Nacional (CSJN, *Cooperativa de Transporte Fast Limitada*, 2003, Fallos 326:3180).

(1524) El artículo 4 de la Ley 23.098, en su inciso 1º, habilita al tribunal que entienda en el procedimiento de hábeas corpus a comprobar la “legitimidad” de la declaración del estado de sitio. Sin embargo, como puede verse en BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Ediar, 1998, p. 357, la Corte interpretó que ello no significaba habilitar a los jueces a revisar las circunstancias de hecho que toman en cuenta los órganos políticos para declarar el estado de sitio.

una de las garantías no susceptibles de suspensión es la del Principio de Legalidad en materia penal. Así lo ha dejado ver la Comisión Interamericana recientemente en el informe *Honduras. Derechos Humanos y Golpe de Estado*, de 2009, donde se hace un expreso hincapié en la legitimidad y la legalidad que debe revestir la declaración del estado de excepción. En dicho informe la Comisión ha destacado que la suspensión de garantías debe ser adoptada por un gobierno que ejerza el poder público en forma legítima dentro del contexto de una sociedad democrática, (1525) así como por bases legales suficientes. Por tanto, la situación de excepción no puede ser declarada por gobiernos de facto ni a través de meros anuncios de prensa sin sustento legal.

Por el lado del Sistema Universal, el art. 4 del PIDCP hace una salvedad importante cuando, aparte de las disposiciones a que hace mención la CADH, antes exige que el estado de excepción sea proclamado oficialmente. Por tanto, existen dos instancias de legalidad encadenadas: la primera norma que declara el estado de excepción y la segunda norma que dispone la suspensión de las garantías. En ese sentido, los *Principios de Siracusa* establecen que la norma debe ser una “proclamación oficial [dictada] a través de los procedimientos en virtud del Derecho Nacional antes del estado de excepción” (1526). Por su parte, la *Observación General N° 29* dice que el principio de legalidad es “esencial” y que en tanto dure el estado de excepción deberá actuarse dentro del marco constitucional (1527).

Es por eso que para analizar la validez de las disposiciones habrá que remitirse al sistema jurídico argentino y su procedimiento de promulgación de las leyes (arts. 77 a 84 CN) y posibles reglamentaciones por parte del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2, CN). Vale aclarar que en situaciones excepcionales la Constitución Nacional, luego de la Reforma del '94, consolidó la posibilidad de ampliar en cabeza del Poder Ejecutivo la potestad legislativa mediante los reglamentos delegados (art. 76 CN) y los decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3, CN).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la declaración del estado de sitio en el Derecho argentino puede hacerse de diversas formas taxativas: en caso de ataque exterior es facultad del Poder Ejecutivo declararlo con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 16, CN); y en caso de conmoción interior la potestad declarativa es del Congreso salvo que se encontrare en receso y lo hiciera

(1525) El respeto por las formas democráticas ya fue asentado tempranamente por la Corte Interamericana en la OC 08/87 cuando dijo que “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” (resaltado en WLASIC, J. C., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Ed. Juris, Rosario, 1998, coment. Art. 27 CADH). Mismo, como señala MONCAYO (*op. cit.*), ya en el Preámbulo de la CADH se exigía el comportamiento dentro del marco de las instituciones democráticas.

(1526) Puntos 42 y 43.

(1527) Punto 2.

el Poder Ejecutivo, caso en el cual deberá ser aprobada posteriormente por el Poder Legislativo (art. 75, inc. 29, CN).

Luego de la vuelta a la democracia y la adopción de la CADH, en mayo de 1989 y con el Congreso sesionando, el presidente Alfonsín dictó un decreto de necesidad y urgencia declarando el estado de sitio basándose en la conmoción interior (1528). Surgió un solo fallo en ese momento que, en segunda instancia, declaró la inconstitucionalidad del decreto (1529), pero la posterior confirmación por parte del Congreso amainó la discusión. Respecto de esto último (las posteriores confirmaciones por parte del Congreso), vale la pena tener en cuenta que en el reciente informe sobre la situación en Honduras, la Comisión Interamericana sostuvo que la posterior ratificación por el Congreso de ese país de las medidas adoptadas en forma ilegítima de origen, no alcanzaba para sanear los vicios originales (1530).

En cuanto al estado de emergencia, su declaración en nuestro país ha sido bastante más libre, dado que sus fundamentos siempre se basaron en causas económicas y sociales antes que estrictamente políticas. Siendo así, al no haber un peligro terminal —cuestión de horas— para el colapso de las instituciones políticas, lo correcto debe ser que el estado de emergencia sea declarado por ley del Congreso y que bajo su amparo, en todo caso, se dicten posteriormente los decretos necesarios. Con cierta deficiencia se ha seguido este mecanismo en las dos grandes emergencias públicas posteriores a 1983: mediante Ley 23.696 y Ley 25.561.

Hay, finalmente, una discusión tradicional, ya resuelta en la doctrina nacional, respecto a si los estados de excepción están por fuera o por dentro del sistema constitucional (1531). A nivel filosófico, se podría llegar a decir que los estados de excepción son una especie de agujeros negros del sistema jurídico, por medio de los cuales la realidad escapa hacia alguna otra dimensión política. Sin embargo, desde dentro del sistema jurídico (y en tanto haya un juez constitucional resolviendo la cuestión) puede concluirse que los estados de excepción no pueden hacer caer la Constitución que será su punto

(1528) Justificándose en la doctrina de los reglamentos de necesidad y urgencia “*que nuestros más distinguidos juristas han admitido (conforme considerando del decreto 8078/75)*”. Ver decreto 714/89.

(1529) CCNCrim. y Correc., sala V, 4/6/1989, “Barrionuevo”, LL 1989-A, 47.

(1530) Habría que analizar, respecto de este tema, qué incidencia puede tener en nuestro ámbito la reciente Ley 26.122 que estableció el procedimiento de revisión y validación de decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Legislativo. A la luz de lo comentado por la Comisión Interamericana, no parece que el seguimiento del procedimiento previsto en la citada ley pueda ser suficiente para validar la declaración de un estado de sitio mediante decreto de necesidad y urgencia.

(1531) Parte de esta discusión se da a raíz de que la Constitución chilena expresamente indica que se deja de lado la Constitución en los estados de sitio. Un análisis local sobre este dilema puede verse en DALLA VIA, A., “La emergencia constitucional en Argentina y América Latina”, en www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/COMPARATO/DallaVia.doc.

de partida y de llegada. Ya en 1893 la Corte Suprema dijo en el caso “Alem” que “*El estado de sitio, lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla, y lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos por ella instituidos, les sirve de escudo contra los peligros de las conmociones interiores o de los ataques exteriores (...)*”(1532). Por otro el nuevo art. 36 CN que establece que “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*”. En este último aspecto, la Comisión Interamericana ayudó a dilucidar la cuestión en el informe sobre la situación de Honduras, en el cual expresamente se concluyó en forma contundente que “la declaración de excepción por parte de un gobierno de facto carece de legitimidad de origen y es nula *ab initio*” (1533).

d) Razonabilidad de la medida

Las disposiciones que adopte el Estado parte siempre serán admisibles “en la medida estrictamente limitad[a] a las exigencias de la situación”, según lo establece el art. 27 CADH. A fin de aclarar esta frase, la Corte Interamericana en la OC 8/87 dice que “*resulta claro que lo permisible en unas de ellas [las situaciones] podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales (...) dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella*” (1534).

De este modo, la Corte Interamericana dispone un análisis realista y particularizado de las situaciones. Aquí es donde se vuelve sumamente importante el principio de legalidad. Va a ser la norma que declare la situación de excepción la que permita visualizar la finalidad *sustantiva* que persigue el legislador y a la cual deberá limitarse. Se aclara “sustantiva” puesto que en todo estado de excepción hay una finalidad subyacente que es la de mantener el estado de derecho y las instituciones democráticas. Por tanto, cualquier medida que se adopte durante la excepción deberá perseguir al menos de modo ulterior la consagración de esos preceptos fundamentales. En lo demás, dependerá de cada caso cuáles sean las exigencias. Por de pronto, el legislador, al dictar la norma de excepción, deberá explicitar qué motivaciones concretas la limitan.

(1532) CSJN, *Contra el Dr. Leandro N. Alem y el Dr. Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional*, 1893, Fallos 54:432; y en *Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo, ya cit.*, la Corte agrega que “el derecho de ‘emergencia’ no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella”.

(1533) Conclusiones de este tipo restarían toda validez a las doctrinas de facto que en su momento fueran admitidas por la Corte argentina en la famosa Acordada del 10 de septiembre de 1930.

(1534) Cabe reiterar que el principio internacional en la materia es el de la interpretación restrictiva de las normas de excepción.

Cuando la Corte Interamericana dice “proporcionalidad y razonabilidad” se refiere a los distintos caracteres que, en cierto modo, hacen a la legitimidad de la norma. Esto exige que la medida adoptada guarde una proporción con el fin buscado; es decir que a mayor gravedad a superar, mayor podrá ser la restricción y viceversa. Nunca el grado de restricción puede exceder el grado de peligro. Por lo demás, significa que la medida adoptada debe ser razonada; es decir que debe estar lógicamente motivada y satisfacer la necesidad (que tal restricción sea necesaria de acuerdo a la situación) y la subsidiariedad (que sea la medida menos restrictiva disponible para apaciguar las exigencias).

En el *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito* la Comisión Interamericana afirmó que “las medidas que se adopten deben ser proporcionadas al peligro (...) en materia de grado”. En el *Informe 48/00*, cuando interpretó la proporcionalidad, dijo que “este requisito se refiere a la prohibición de suspender *innecesariamente* ciertos derechos, imponer restricciones mayores a las *necesarias* y extender *innecesariamente* la suspensión a áreas no afectadas por la emergencia”. Es decir que la proporcionalidad no sólo es sustancial sino también territorial. Dichos conceptos se vieron confirmados también por la Comisión Interamericana en el informe sobre Honduras, donde se reiteró que “el alcance de las suspensiones debe ser el estrictamente necesario para paliar la situación de emergencia y eso implica limitar su alcance temporal, espacial y los derechos que se suspenden”.

Dentro del Sistema Universal, en tanto el art. 4 del PIDCP estatuye idéntica frase, los *Principios de Siracusa* disponen que “la gravedad (...) y ámbito geográfico de toda medida de derogación se adaptarán a lo *estrictamente necesario* para hacer frente a la amenaza a la vida de la nación y deberán ser proporcionales a su naturaleza y alcance” (1535). En un sentido negativo agregan: “Las exigencias de la situación no requieren estrictamente una medida cuando baste con las medidas normales permisibles en virtud de las cláusulas de limitación del Pacto para hacer frente a la amenaza de la vida de la nación”. Y finalmente, establecen que “el principio de la necesidad estricta se aplicará de manera objetiva. Toda medida responderá a un peligro real, claro, presente o inminente y no se podrán imponer simplemente por temor a un posible peligro”.

Como se ve, la proporcionalidad mantiene una relación muy estrecha con el hecho motivador que fue analizado anteriormente. Luego, en la *Observación General N° 29* se hacen mayores precisiones: “Este requisito guarda relación con (...) el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas (...) en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitacio-

(1535) Punto 51.

nes permitidas aun en circunstancias normales (...). El solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación". La proporcionalidad, entonces, debe estar tanto en la declaración de la excepción —en tanto debe ser necesaria— como también en las medidas que se adopten en consecuencia.

En el Derecho argentino, el análisis de la razonabilidad en el ejercicio del poder de policía está contenido en el art. 28 CN. Allí, el único límite que se reconoce es el de no alterar los principios, derechos y garantías constitucionales. Sin embargo, no hay límites precisos en la Constitución para situaciones excepcionales, sin perjuicio de lo instituido al respecto en la Ley 23.098 de Hábeas Corpus, tal como se señala más adelante. Estos principios más bien fueron desarrollándose en el ámbito jurisprudencial. En materia de estado de sitio, el primer caso que impartió ciertas pautas de razonabilidad fue el fallo "Alem" (1536). Allí la Corte dijo: *Toda medida que, directa o indirectamente, afecte la existencia de [los] poderes públicos, adoptada en virtud de las facultades que el estado de sitio confiere, sería contraria a la esencia misma de aquella institución y violaría los propósitos con los que se ha creado el art. 23 de la Constitución".*

Bastante más tarde, en el fallo "Sofía" (1537) la mayoría de la Corte estimaba la competencia judicial excepcionalmente *"si mediara transgresión franca y ostensible de los límites trazados por la Ley Fundamental en cuanto a la facultad de arrestar o trasladar personas de un punto a otro de la Nación; y, respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, cuando ellas sean clara y manifiestamente irrazonables, es decir, cuando impliquen medios que no guarden relación alguna con los fines del art. 23 CN"*. También allí se dijo que la suspensión debe estar *"en relación con la necesidad razonable de prevenir o reprimir la emergencia que le dio motivo"* (1538).

(1536) CSJN, *Contra el Dr. Leandro N. Alem y el Dr. Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional, ya cit.*

(1537) CSJN, *Sofía, Antonio, y otro*, 1959, Fallos 243:504.

(1538) Esta forma de interpretar los límites al estado de sitio se dio en llamar la "teoría finalista". Cabe recordar que, por otro lado, la disidencia dijo que "El estado de sitio constituye un régimen excepcional determinado por la necesidad pública que en cada caso origina. Esta necesidad es su justificación y, por lo mismo, su límite. En consecuencia, es de aplicación estricta y no puede extenderse más allá de la órbita que el legislador ha querido circunscribir (...); no hay un solo estado de sitio (...) sino varios y diversos estados de sitio, de extensión singular y diversa, según la necesidad pública que ellos tiendan a satisfacer (...). La declaración del estado de sitio no significa constitucionalmente el naufragio de todas las garantías individuales ni el sometimiento de todas las libertades (...). El estado de sitio produce la suspensión de las 'garantías constitucionales', pero esa medida no puede llevarse a efecto con cualquier alcance, sino con uno razonable, guardando la debida proporción con los motivos de la medida y con el objeto perseguido por ella". Los votos de ese fallo fueron decisivos para formar la doctrina de la razonabilidad que también

Finalmente, en el fallo “Granada” (1539), luego de la vuelta a la democracia y ya sancionada la Ley 23.098 de Hábeas Corpus, (1540) la Corte asentó: “El decreto (...) debe guardar razonable relación con la autorización legal de que emana”. De esta manera, a diferencia de lo que sucede con el hecho motivador, en ese caso el Poder Judicial sí se ha decidido a ejercer un control jurisdiccional estricto en cuanto a la razonabilidad de las medidas producto de la excepción (control afirmado años antes en el fallo “Zamorano” (1541)). Por su parte, el propio art. 23 CN le impone a la autoridad un límite de razonabilidad extra que es el de no poder condenar por sí ni aplicar penas; (1542) esta barrera fue confirmada en el fallo “Timerman” (1543). Más tarde, en el caso “Paz, Francisco c. PEN”, de 1989, la Corte señaló que el examen de razonabilidad de las medidas en estados de excepción (en el caso para garantizar el derecho de opción que brinda el art. 23 CN) “es una facultad irrenunciable de los jueces” (1544).

En cuanto a los estados de emergencia, el marco de razonabilidad de las medidas dictadas en su consecuencia fue diseñado alrededor de una doctrina denominada “poder de policía de emergencia”. Esta especie demanda un estudio más estricto que el poder de reglamentación normal (art. 14 CN) pero algo menor que en el caso del estado de sitio. En verdad, todo dependerá del grado de suspensión y de los derechos y garantías restringidos. Suele tomarse la doctrina del fallo “Avico c. de la Pesa” (1545), en cuyo dictamen se establece, como requisitos de la emergencia, que ésta tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de los individuos y que la suspensión sea razonable. También cabe resaltar el énfasis que se hace en los fallos “Smith” (1546) y “San Luis” (1547) respecto de que las medidas dictadas

fue complementado por el fallo “Primera Plana”: “El examen de razonabilidad de los actos producidos por el Poder Ejecutivo en uso de la facultades que le confiere el art. 23 CN puede abarcar un doble aspecto: a) relación entre la garantía afectada y el estado de conmoción interior; y b) verificación de si el acto de la autoridad guarda adecuada proporción con los fines perseguidos mediante la ley que declara el estado de sitio”.

(1539) CSJN, *Granada, Jorge Horacio, ya cit.*

(1540) El artículo 4, inciso 2º, de la Ley 23.098 de Hábeas Corpus instituyó la posibilidad de comprobar la *correlación* entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio.

(1541) CSJN, “*Zamorano, Carlos Mariano*”, 1977, Fallos 298:441.

(1542) Agravado por el artículo 4, inciso 3º, de la Ley 23.098 de Hábeas Corpus, que aclara que la privación de la libertad en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas.

(1543) CSJN, *Timerman, Jacobo*, 1978, Fallos 300:816 y *Timerman, Jacobo*, 1979, Fallos 301:771.

(1544) CSJN, *Paz, Francisco Oscar c/ Poder Ejecutivo Nacional*, 1989, Fallos 312:1882.

(1545) CSJN, *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.*, 1934, Fallos 172:21.

(1546) CSJN, *Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo*, 2002, Fallos 325:28.

(1547) CSJN, *San Luis, Provincia de c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos*, 2008, Fallos 331:1427.

deben ajustarse al marco legal que declaró la emergencia, que deben mantener una relación medio-fin con la situación originaria, y que no pueden alterar la sustancia de los derechos garantizados constitucionalmente.

Puede concluirse que el control de razonabilidad que ha ido formando la Corte argentina se asemeja en teoría a las exigencias interamericanas. Incluso, el análisis en casos de estado de emergencia se sostiene sobre las mismas bases del control del estado de sitio, aunque como los derechos y garantías involucrados en el primero no suelen ser estrictamente políticos la revisión es menos restrictiva.

Si bien la Corte argentina no recogió expresamente la exigencia de razonabilidad del art. 27 CADH, existe un fallo de segunda instancia que toma como fundamento de revisión el texto convencional y los criterios dispuestos en la OC 8/87 (1548).

e) La temporalidad de la medida

Este apartado va estrictamente ligado al anterior, en tanto que la temporalidad es requisito esencial de la razonabilidad de la medida. Sin embargo, conviene tomarlo por separado puesto que el art. 27 CADH le da entidad propia y además suele revestir una importancia superlativa, en cuanto establece que las disposiciones que se adopten deberán ser “por el tiempo estrictamente limitad[o] a la exigencia de la situación” (1549). Con esto puede decirse que no sólo debe ser temporal la medida dictada sino también sus efectos. En este sentido, la Comisión Interamericana dejó en claro que la medida no debe durar más que la emergencia (1550), ya que si fuera dictada por períodos de tiempo indefinidos o prolongados, sobre todo cuando se otorgan al Jefe de Estado una amplia concentración de poder, incluyendo la abstención del Poder Judicial al respecto, podría llevar a la negación misma de la existencia del Estado de Derecho (1551).

En el Derecho argentino esta condición ha sido recogida por cierta costumbre pero también fue afirmada jurisprudencialmente. Desde 1853 las declaraciones de estado de sitio solían contener en la misma norma la duración de la medida, extendiéndose en general por tiempos no muy extensos y muchas veces eran levantadas por los propios gobernantes ante la desaparición de la situación de excepción. Las medidas más extensas

(1548) CNCiv., Sala L, 28/04/04, “Guerra vs. Ostachi”.

(1549) La *Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de Garantías de 1968* agregaba: “y con efectos limitados a la vigencia de la misma”.

(1550) CIDH, *Información sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, del 16-5-84, OEA/ Ser. L/V/II 62.

(1551) CIDH, *Informe anual 1980-1981, del 16-10-81*; como en el *Informe 48/00*, <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11166.htm>.

fueron dictadas por los gobiernos *de facto* y la más larga fue la del período de la última dictadura militar que duró ocho años seguidos. En el citado fallo “Granada” la Corte dijo que “la extensión indefinida del estado de sitio demostraría, en realidad, que ha caducado el imperio de la Constitución que con él se quería defender”.

En cuanto al estado de emergencia, la mayoría de la Corte dijo en el fallo “Peralta” que “la ‘temporariedad’ que caracteriza a la emergencia (...) no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses. Todo lo que cabe afirmar razonablemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado”. Este criterio interpretativo resulta errado en tanto desvía la responsabilidad hacia la naturaleza de los hechos en vez de cargarla sobre el gobernante de turno que tiene el deber de solucionar la situación en la mayor brevedad posible. Tiene mayor plausibilidad la doctrina sostenida desde “Avico c. de la Pesa” (1552) según la cual uno de los requisitos que debe llenar y justificar una ley de emergencia es que “su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria”. De este modo, la norma que dicte el estado de sitio o la emergencia debe especificar un límite temporal.

Por su parte, respecto del dictado de decretos de necesidad y urgencia, la Corte Suprema ha expresado que ellos serán inconstitucionales por el sólo hecho de carecer de “márgenes temporales de vigencia”, pues habrían sido concebidos para “regir en todo tiempo”, es decir, “tanto en épocas de emergencia como en circunstancias normales” (1553).

Más allá del tiempo fijado en la norma, también se aconseja una revisión periódica sobre la necesidad de continuar con la medida. Así, los *Principios de Siracusa*, en el ámbito universal, disponen que “la constitución nacional y las leyes que rigen los estados de excepción dispondrán una revisión *pronta, periódica* e independiente, por la legislatura, de la necesidad de dichas medidas de derogación” (1554). En la Argentina, la última Ley 25.561 de emergencia ha fijado un plazo, aunque lo que suele hacerse es prorrogarlo continuamente. Esta prórroga permanente parece ser otro de los vericuetos que encuentra el estado de excepción imponerse con fuerza.

(1552) CSJN, *Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G., ya cit.*

(1553) En este sentido, la Corte aclaró que dicha incompatibilidad con la Constitución Nacional “no puede salvarse con el control concreto del ejercicio que en cada caso haga el Poder Ejecutivo de las facultades así conferidas, ya que la violación de los derechos y garantías resulta de la perpetua incertidumbre a que se verían sometidos los agentes públicos respecto de su régimen remunerativo, el que podría ser continuamente alterado, de modo que el afectado se vería en la necesidad de acudir frecuentemente a la justicia para confrontar la modificación con la sustancia de la relación de empleo originariamente concertada” (CSJN, *Tobar Leónidas*, 2002, Fallos 325:2059).

(1554) Punto 55.

f) Compatibilidad con las demás normas de derecho internacional

En el mismo párrafo primero del art. 27 CADH se dice: “siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional”. Esta frase, como veremos, resulta fundamental para cualquier interpretación que pueda efectuarse de los estados de excepción. Dependerá de cómo se interprete esta frase, toda nuestra lectura posterior de la situación.

Parte del problema que se suscita en este punto ha sido analizada en las *cuestiones metodológicas* aclaradas más arriba. Es decir, visto simplemente desde el derecho interno, la República Argentina incorporó en su Constitución, en el art. 75, inc. 22, una serie de tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. De acuerdo a la interpretación de la Corte argentina las normas constitucionales deben ser analizadas como un conjunto armónico de modo de compatibilizar el contenido de las mismas. Por lo tanto, el art. 27 CADH deberá estar, para la Corte argentina, en sintonía no sólo con el resto de las normas constitucionales sino también con los otros tratados de derechos humanos jerarquizados en el art. 75, inc. 22, CN. (1555) Por eso, es de gran importancia la interpretación que se efectúe del art. 4 del PIDCP y sus condiciones de vigencia en tanto la Corte argentina deberá complementarlo con la suspensión de garantías del art. 27 CADH.

Pero por el lado de la Corte Interamericana, el análisis no se restringe sino que, más aún, se amplía considerablemente. Para comprender esta afirmación debe recurrirse a otro artículo de la CADH, el art. 64. Allí dice: “los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” (párr. 1) y “la Corte (...) podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. En su primera opinión consultiva (OC 1/82) la Corte Interamericana aclaró lo dicho en ese artículo y entendió que “la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano”. Es decir que la Corte Interamericana no sólo puede cotejar la compatibilidad de las disposiciones del Estado Miembro respecto de otros tratados interamericanos sino que también puede interpretarlas de acuerdo a tratados del Sistema Universal del que fuere parte ese Estado.

(1555) Lo cual se acentúa en el análisis de la CADH en particular, dado que, tal como señala MONCAYO (*op. cit.*), en el instrumento de ratificación del Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 14 de agosto de 1984, se expresó que “El presente Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella”.

En este sentido, para la Corte Interamericana, las disposiciones que adopte el Estado en materia de suspensión de garantías deberá tener en cuenta no sólo los requisitos del art. 27 CADH, sino también todo límite de cualquier otra norma internacional (interamericana o universal) que el Estado hubiere contraído en cuanto a estados de excepción se trata.

Es decir que existen dos esferas de compatibilidad posible: una hacia adentro, con las normas de orden público internacional de derecho interno (por ej. art. 23 CN); y otra hacia fuera, con las normas internacionales contraídas tanto en el sistema interamericano como en el universal. Está de más decir que en todos los casos deberá estarse a las condiciones de vigencia de los tratados (1556). Finalmente, el art. 29 CADH y la OC 5/85 imponen que el cruce entre distintas normas internacionales siempre culmine en la situación más favorable para la persona.

Otra discusión que se plantea en este punto es si la palabra “disposiciones”, a la que se refiere la frase, alude al aspecto de validez formal de la norma o bien si se trata de un análisis sustantivo de la misma. Como la Corte Interamericana no aclara nada al respecto consideraremos, como otros autores, que lo que se debe compatibilizar es la totalidad de la norma, en su aspecto externo e interno.

En cuanto a las normas internacionales contraídas por la República Argentina en materia de estado de sitio, interesan en principio todos los tratados que tienen jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75, inc. 22, CN, en tanto contengan alguna norma que aluda a estados de excepción (1557). Luego, dentro del sistema universal, el art. 4 del PIDCP es el que más relación mantiene con el art. 27 CADH en tanto tiene una similitud casi total con el mismo. En el caso de este requisito particular, la frase es idéntica. Por tanto, algunas interpretaciones del art. 4 PIDCP pueden ser de utilidad. En ese sentido, la *Observación General N° 29* establece que “los Estados partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional”. Esto es sumamente importante por cuanto no sólo deberá haber compatibilidad con otro tratado sino también con las normas de *ius cogens* internacionales. Para completar esta postura, los *Principios de Siracusa* disponen que “*La proclamación de buena fe de un estado de excepción permite suspender obligaciones específicas del Pacto pero no autoriza una inobservancia general de las obligaciones internacionales. (...) En este sentido, deben tenerse especialmente en cuenta las obligaciones internacionales apli-*

(1556) Según lo dicho por la Corte Suprema en el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich”.

(1557) Si bien no se relaciona directamente con el requisito de compatibilidad, cabe traer a colación el fallo “Merck Química Argentina c. Gobierno Nacional”, de 1948, donde la Corte afirmaba en aquella época que “en tiempo de guerra, el derecho internacional prevalece sobre la Constitución”. Hecho que, como vimos, hoy no se interpretaría de la misma manera.

cables en un estado de excepción en virtud de los Convenios de Ginebra y de la OIT" (1558). En este último sentido la Comisión Interamericana en el caso "Abella", Informe 55/97, ha dejado en claro la importancia que cobra la Convención de Ginebra en conflictos armados.

g) El principio de no-discriminación

El último recaudo que contempla el art. 27 CADH en su primer párrafo es que las disposiciones adoptadas en virtud de la excepción "no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

El debate que suscita esta parte es por qué la Convención aquí hace una enumeración de tipos de discriminación. ¿Se trata de estipulaciones taxativas o enunciativas? Para peor, los antecedentes de la norma permiten hacer dos lecturas absolutamente confusas. Por un lado, la *Resolución sobre la Protección de los Derechos Humanos frente a la Suspensión de Garantías de 1968*, que describía el eventual art. 27, hacía una descripción mucho más amplia de los motivos de discriminación, idéntica a la que contiene el art. 1 CADH. Decía: "No entrañe discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Contrariamente, el art. 4 del PIDCP, que fue indirectamente la base del art. 27 CADH, dice: "no entrañen discriminación alguna fundada *únicamente* en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social". Lo inquietante de la cuestión es que en la versión final del art. 27 los legisladores prefirieron restringir el amplísimo marco que daba la Resolución de 1968 y que da el art. 1 CADH, pero también optaron por no colocar el "únicamente" del PIDCP que podía devenir en lecturas demasiado cerradas.

Sin embargo, hace pocos años, la Comisión Interamericana echó un poco de luz sobre el asunto. Así, en el *Informe 48/00* dijo: "Conforme a lo establecido en el artículo 27(1) de la Convención, *en concordancia con sus artículos 1 y 24*, la suspensión de derechos no puede implicar discriminación de ninguna especie contra una persona o un grupo". Por tanto, la interpretación amplia parece ser la más preferida hoy en día. Así puede verse en el informe sobre la situación de Honduras, donde la Comisión Interamericana hace hincapié en la frase "ningún tipo de discriminación". Finalmente, la Comisión también ha dicho que cuando las restricciones gubernamentales estén dirigidas a limitar los derechos de un grupo social, las razones en que se fundamentan deberán manifestarse explícita y estrictamente, a fin de determinar si el motivo que las provoca ha sido una discriminación racial (1559).

(1558) Punto 66.

(1559) CIDH, *Información sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, ya cit.*

h) Derechos y garantías que pueden suspenderse y los no susceptibles de suspensión

Este constituye, tal vez, el párrafo más importante de toda la CADH. La limitación contenida en el segundo párrafo del art. 27 probablemente sea la descripción más cabal de lo que ha pretendido ser la ética de los derechos humanos y su función proyectada en el Derecho Internacional Público. Este párrafo permite distinguir una ética propia de la segunda mitad del siglo XX y diferencia esta etapa del derecho internacional de cualquier otra.

Esta parte aclaratoria de la norma establece que la posibilidad de dictar un estado de excepción de ninguna manera autoriza la suspensión de determinados derechos; a saber: Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica; Derecho a la Vida; Derecho a la Integridad Personal; Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre; Principio de Legalidad y de Retroactividad; Libertad de Conciencia y de Religión; Protección a la Familia; Derecho al Nombre; Derechos del Niño; Derecho a la Nacionalidad; y Derechos Políticos.

Se ha planteado entonces una discusión muy fuerte en torno a una cuestión particular: ¿Se trata de una enumeración taxativa o enunciativa? Si bien hay quienes sostienen que consiste en un *numerus clausus* (1560), resulta más recurrente oír la respuesta que interpreta que por el principio de Derecho Internacional Humanitario *in dubio pro homine* cualquier duda suscitada sobre la limitación respecto de algún derecho humano no enumerado debe ser contemplada como no suspendible atento a que ello es más favorable para la persona (1561).

Esta clase de interpretaciones, cuya trascendencia no es menor, se suscita equivocadamente porque no comprende de manera adecuada la filosofía bajo la cual se concibieron estas limitaciones.

Cuando se piensa en el carácter taxativo o enunciativo de la enumeración del art. 27, debe comprenderse cuál es el objetivo de esa limitación (1562). Ciertamente, si se compara en serie todos los derechos allí enumerados, todos coinciden en que ninguno de ellos es posible sin ser absoluto o pleno. La suspensión en el ejercicio de alguno de esos derechos implica directamente su destrucción. Lo que conduce a sostener que los únicos derechos absolutos para la ética de los derechos humanos, son aquellos que son intrínsecos, en su conjunto y en su totalidad, a la subjetividad humana. Desconocer, por

(1560) MANILI, P., "El hábeas corpus bajo suspensión de garantías", en BIDART CAMPOS - PIZZOLO (H.), *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, t. 1, Ed. Jurídicas Cuyo, pág. 525.

(1561) SAGÜÉS, N., "Conexiones entre la declaración del estado de emergencia en el derecho constitucional argentino y en el Pacto de San José de Costa Rica. Su control judicial", LL 2004-A, 1320.

(1562) En la OC 8/87 la Corte Interamericana dijo respecto del párrafo 2 del art. 27 que la Convención debe interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta su objetivo y fin.

ejemplo, la personalidad jurídica es directamente despojar a una persona de su subjetividad, aniquilándola como humana (1563). La suspensión de cualquiera de esos derechos significa su derogación total y a la vez la supresión del carácter humano de la persona.

Entonces, a fin de evaluar si un derecho puede ser suspendido o no, debe recurrirse a esta línea de razonamiento. Es claro que no se trata de una enumeración taxativa en tanto existan otros derechos que resistan el mismo análisis. De hecho, la Corte Interamericana en la OC 8/87 mencionada más arriba incluyó la protección del hábeas corpus dentro de la enumeración (1564). Si bien se analizará esta modificación en el punto siguiente, es interesante resaltar cómo la Corte Interamericana introduce con el recurso de hábeas corpus también otros derechos no susceptibles de suspensión. En la OC 8/87 dice: “La función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su *desaparición* o la indeterminación de su lugar de detección, así como para *protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”. Es decir, acá aparecen dos cuestiones de suma importancia: la primera es que los derechos enumerados en el párrafo 2 del art. 27 resultan envolventes de otros que pueden ser deducidos de aquéllos; y la segunda es que se incluye a la desaparición (1565), la tortura y las penas crueles (1566) como conductas irrealizables en épocas de excepción.

Igual sentido puede extraerse de las interpretaciones efectuadas en el marco del Sistema Universal. Los *Principios de Siracusa* agregan como no susceptibles de suspensión el derecho a no ser torturado, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido sin libre consentimiento a experimentos médicos o científicos; y el derecho a no ser encarcelado por no cumplir un contrato. A su vez, la *Observación General N° 29* establece

(1563) Dice HANNA ARENDT en *Los orígenes de totalitarismo*, pág. 447: “El primer paso esencial rumbo a la dominación total es matar a la persona jurídica que hay en el hombre”.

(1564) Vale aclarar que este derecho estaba enumerado ya en la Resolución de 1968, pero luego no fue incluido en la redacción final del artículo.

(1565) Respecto de la desaparición forzada como conducta irrealizable en épocas de excepción, debe considerarse la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (adoptada por la Argentina con rango de jerarquía constitucional, según Ley 24.820), bajo la cual los Estados partes de la misma se comprometen a no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;

(1566) Respecto de la tortura y las penas crueles, puede tomarse también la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (de jerarquía constitucional en la Argentina), la cual dispone 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.

que “el hecho de que no se puedan suspender algunas disposiciones no significa que pueda ser discrecional la actuación en los otros derechos”. Siguiendo, alude a una categoría genérica como ser que “no se pueden suspender normas imperativas del Derecho Internacional Público” y enumera: normas sobre toma de rehenes y secuestros; sobre imposición de castigos colectivos; sobre privación arbitraria de la libertad; sobre juicios imparciales; sobre la presunción de inocencia. Tampoco permite la suspensión del castigo a los crímenes de lesa humanidad; la protección de las minorías; la prohibición de deportar o trasladar forzosamente a la población; y la prohibición de realizar propagandas de odio.

En el sistema argentino es importante distinguir la imposibilidad de suspender el derecho de opción a salir del país, previsto por el art. 23 CN. Si bien durante la última dictadura militar existieron precedentes denegatorios de tal derecho (1567), luego una sucesión de fallos estableció la no susceptibilidad de suspensión del derecho de opción (1568).

Un caso aparte de discusión sucede con los derechos económicos, y en nuestro país mucho se habló al respecto en situaciones de emergencia. Nuestro razonamiento es el mismo: sólo se prohíbe la suspensión de derechos que son intrínsecos al ser humano y que de verse suspendidos temporalmente en su ejercicio implicaría no sólo la aniquilación del derecho sino también del carácter humano de la persona. En el caso de los derechos económicos, en ningún caso serían susceptibles de suspensión las necesidades básicas sin las cuales se pondría en riesgo la supervivencia o la dignidad humanas, ni aquellos derechos económicos sin los cuales no fuese posible el goce de los otros derechos no susceptibles de suspensión. Así, se podrá estar a los arts. 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que impiden a los Estados la destrucción o limitación excesiva de los derechos allí consagrados. Subrayando además que toda limitación a esos derechos deberá tener como fin último el bienestar general de la sociedad (1569).

(1567) Ver fallos “Ercoli” (Fallos: 296:372) y “Tizio” (Fallos: 299:294).

(1568) Ver fallo “Moya” (Fallos: 303:696).

(1569) Para ahondar en estos imperativos económicos pueden verse las Observaciones Generales Nros. 14 y 15, y la Declaración E/C. 12/2001/10 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por otro lado, cabe destacar que en nuestro Derecho interno pueden encontrarse dos fallos de Cámara que analizan los derechos económicos a la luz del art. 27 CADH. En un caso, se rechazó la demanda por considerar que el derecho de propiedad no se encuentra entre los previstos por dicho artículo (CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 03/06/2004, “Compañía Industrial Cervecera SA c. Latasa, Nora S.”, Lexis Nexis Online). En el otro, se declaró la inconstitucionalidad del art. 16 de la Ley 25.563 por considerar que violaba, entre otros, los derechos humanos garantizados por el 27 de la CADH (CCiv. y Com. Morón, sala II, 26/02/2002, “Sindicato de Empleados y Obreros de Comercio y Afines - Zona Oeste c. Project S.R.L.”, LLBA, 2002, 232).

i) Las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos

Concatenado con el apartado anterior, cabe realizar un análisis por separado de la faceta jurisdiccional que se relaciona con los derechos no susceptibles de suspensión. La CADH dice al final del art. 27, inc. 2: "... ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos". Para comprender las implicancias de esta parte, habrá que recurrir a dos opiniones consultivas que se consideran definitivas en la materia: la OC 8/87 y la OC 9/87.

En la OC 8/87, la Corte Interamericana brinda los lineamientos generales para calificar el término "garantías judiciales indispensables", de modo que no queden dudas sobre su sentido, el que es reiterado en la OC 9/87. La Corte define a las "garantías" como los "medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia". Es decir que alude no a los derechos garantizados sino a las herramientas que permiten vehicularlos y hacerlos *efectivos*. Se trata de una inferencia lógica y realista: está claro que un derecho que no puede ser ejercitado, al fin y al cabo sería letra muerta (1570). Y luego agrega, para complementar el significado de "indispensables", que lo son "aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son *idóneos* para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere (el art. 27) y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud".

Por un lado, la palabra "ordinariamente", hace ver que la intención de la Corte y de la CADH es confrontar un momento político de absoluta inestabilidad con un estado jurisdiccional casi incólume. De modo que la actividad judicial, en momentos de estado de necesidad, se mantenga lo más *ordenada* y *ordinarizada* posible.

Por el otro, la palabra "plenitud" refuerza la idea del apartado anterior: los derechos no susceptibles de suspensión no son todos los derechos humanos (como se podría interpretar por el principio *pro homine*) sino aquellos que sólo *son* de manera *plena* y cuya limitación implicaría directamente su extinción.

Lo que hace pensar que, si la política en el estado de excepción baña todos los aspectos de la esfera social, su límite es, o intenta serlo, el estrado judicial. La Corte Interamericana, en ese sentido, agrega que "las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales", y además sentencia fuertemente que "*Estando suspendidas las garantías, algunos límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de*

(1570) Basta con recordar el fallo "Moya, Benito" de la Corte Suprema, donde tuvo que intervenir la Justicia porque al actor no se le efectivizaba el derecho de opción expresado en el art. 23 CN. Ver CSJN, *Moya, Benito Alberto*, 1981, Fallos 303:696.

los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes 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" (1571). Puede citarse también la Observación General N° 29 que establece para el PIDCP que "sólo un tribunal de Derecho puede enjuiciar y condenar". Sigue diciendo la Corte Interamericana: "lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción". Esto abre la posibilidad de que el Poder Judicial, al tratar un caso particular, deba sí o sí expedirse, no sólo sobre el derecho por tutelar en ese caso, sino también sobre la legalidad de las actuaciones del Poder Ejecutivo en el estado de excepción (lo que significa que deberá realizar el examen de la medida en sí, del hecho motivador, la proporcionalidad, temporalidad, etc.).

Pero además, a la exigencia de *independencia e imparcialidad*, se agrega la de *sustanciación*; esto es que deberá existir una fase probatoria, aunque sea mínima, que justifique la afectación de los derechos de una determinada persona. Así, la Corte Interamericana agrega: "Frente a la necesidad de optar entre la libertad individual y la *hipotética* y no *demostrada* peligrosidad, debe elegirse la primera corriendo los riesgos que ello impone" (1572). De lo que se culmina que tal sustanciación debe ser "de conformidad con las reglas del debido proceso legal" (art. 8.1 CADH). La *Resolución de 1968* hablaba de "derecho al proceso regular". Esto último hace a la "forma democrática representativa de gobierno" y resulta de fundamental aplicación puesto que su infracción en la legislación nacional vuelve no aplicable el requisito de interponer y agotar los recursos de jurisdicción interna, pudiendo accederse directamente al Sistema Interamericano (art. 46.2 CADH).

En el Derecho argentino, existe un fallo interesante de la Suprema Corte de Buenos Aires, que sentó jurisprudencia en estos aspectos. Se trata del fallo "Leiva", de 1984, donde afirmó que "El estado de sitio es un recurso transitorio y extremo para preservar y no para suprimir la Constitución Nacional, y al Poder Judicial le cabe el conocimiento de las causas en que se cuestiona la razonabilidad de las medidas por los particulares durante su vigencia" (1573). A nivel nacional, cabe citar los fallos "Moya", "Solari Yrigoyen" y "Granada", en donde la Corte Suprema reiteró que "sí está sujeta al control jurisdiccional

(1571) OC 8/87, pto. 24. En la OC 9/87 vuelve a reiterar en el pto. 35 que "En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros".

(1572) Citado en la OC 8/87, pto. 41, y extraído del Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, OEA/ Ser.L/V/II.49, doc. 19 del 11 de abril de 1980, pág. 252.

(1573) SCBA, 06/07/84, *Leiva Horacio y otro c. Swift Armour S.A.*, DT, 1984-B-1436.

la aplicación concreta de los poderes de excepción del Presidente sobre las libertades constitucionales” (1574).

El amparo

Tanto en la OC 8/87 como en la OC 9/87, la Corte Interamericana enfatiza en la calidad de las garantías judiciales que, valga la redundancia, hacen efectiva la efectiva protección de los derechos no susceptibles de suspensión. Haciendo una remisión al art. 1.1 de la CADH, que es el que impone a los Estados partes “garantizar (el) libre y pleno ejercicio” de los derechos, la Corte hace derivar el derecho de toda persona, según el art. 25.1 de la misma Convención, “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”. Aquí aparecen cinco términos principales que hacen de condiciones de la garantía: *sencilla*, *rápida*, *efectiva*, *judicial*, y *legal* (sumados al de *idónea*). También reconoce la Corte que el art. 25.1 es de carácter general y recoge la “institución procesal del amparo”.

Esta es la herramienta que provee a partir de la Reforma de 1994 la Constitución Argentina en su art. 43, que había sido reconocida ya en la práctica por la Corte Suprema en los fallos “Siri” y “Kot” a mediados del siglo XX y legislada en la Ley 16.986.

En cuanto al carácter directo o subsidiario del recurso en nuestro Derecho, pareciera que la intención de la CADH y sus interpretaciones por parte de la Corte Interamericana permiten concluir que el amparo procede a pesar de la existencia de la vía administrativa y que no es necesario agotar el procedimiento administrativo para poder interponerlo, a menos que exista otro medio judicial más idóneo, en cuyo caso el tribunal que entienda en el caso deberá demostrar la mejor protección (1575).

El hábeas corpus

“El amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos”, señala la Corte Interamericana en la OC 8/87 (1576). De esta manera, se dejó en claro que este tipo de recurso forma parte de los no susceptibles de suspensión en estados de excepción. En este sentido, la Corte agrega que “la función que cumple el hábeas corpus (es la de ser) medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir

(1574) CSJN, *Moya, Benito Alberto, ya cit.*; *Solari Yrigoyen, Hipólito*, 1983, Fallos 305:269, y *Granada, Jorge Horacio, ya cit.*

(1575) Así lo entiende también GIL DOMÍNGUEZ, A. en “Opinión Consultiva 9 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Garantías judiciales en estados de emergencia”, incluido en BIDART CAMPOS - PIZZOLO (H.), *Derechos Humanos. Corte Interamericana*, t. II, Ed. Jurídicas Cuyo, pág. 579.

(1576) Punto 34.

su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (1577). Vale advertir que ya en la Resolución preliminar de 1968, se proponía como no susceptible de suspensión la protección contra la detención arbitraria.

Uno de los casos que la Corte Interamericana tomó como paradigmáticos para dictaminar de esta forma es el *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina*, elaborado por la OEA en 1980. En nuestro país, unos pocos años antes de la OC 8/87 hubo ya un avance notorio en el tema abordado: la aprobación en 1984 de la Ley 23.098 de hábeas corpus (que en su art. 4 impide su suspensión en estado de sitio) y la resolución del caso “Granada” (1578) por la Corte Suprema, donde se analizaron los decretos 2049/85 y 2070/85 dictados por el presidente Alfonsín, a la luz de la doctrina del estado de sitio y las disposiciones del hábeas corpus. El precedente que dio lugar a esta evolución fue el caso “Timerman” (1579), emitido por la Corte Suprema en medio de la dictadura militar, donde se hizo lugar al recurso de hábeas corpus prohibiendo al Poder Ejecutivo la aplicación de penas, sustentado en el límite jurisdiccional al estado de sitio y la supremacía del principio del debido proceso (1580).

Hoy, la prohibición de suspender el recurso de hábeas corpus en estado de sitio se encuentra contenida en el art. 43 CN a partir de la Reforma del ‘94.

El hábeas data

Si bien la Corte Interamericana no parece haber hecho una referencia expresa a este instituto, cabría contemplar su no susceptibilidad de suspensión como garantía judicial indispensable, atento a dos argumentos puntuales. El primero es que el art. 43 CN lo incluye dentro de las acciones expeditas y rápidas, tal como lo exige la Corte Interamericana. El segundo es que muchas veces la desprotección de los datos personales ha llevado a que los gobiernos nacionales adopten medidas discriminatorias, hecho que precisamente prohíbe el art. 27 CADH. De modo que, al menos de manera preventiva, debe tenerse en cuenta este recurso como indispensable en estados de excepción.

(1577) Punto 35.

(1578) CSJN, *Granada*, Jorge Horacio, ya cit.

(1579) CSJN, *Timerman*, Jacobo, ya cit.

(1580) Se puede recordar también una disidencia del Dr. Alfredo Orgaz en el fallo “Iscaro” (Fallos: 236:632), donde si bien se rechazó el recurso de hábeas corpus, este juez sostuvo como no susceptible de suspensión la libertad de comunicación de los abogados con sus defendidos. Otro fallo importante en la materia es “Menem, Carlos c. Videla, Jorge y otros”, de 1985, donde la Corte parece decir que el hecho de que un arresto se lleve a cabo conforme el art. 23 CN no obsta a la posibilidad de que se esté consumando el delito de privación ilegítima de la libertad.

j) *El deber de información*

El inciso 3º del art. 27 CADH dispone 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*”.

Probablemente sea éste el aspecto menos desarrollado interpretativamente por la Corte Interamericana y por los autores, tal vez por el escaso cumplimiento que ha suscitado y por la falta de una sanción visible frente a su infracción.

Lo que sí es cierto es que este requisito ha tenido mucho mayor desarrollo en el Sistema Universal y el Comité Internacional de Derechos Humanos se ha expedido en algunas oportunidades al respecto.

Hay varias preguntas que surgen a raíz de la redacción del presente inciso: ¿Qué objetivo persigue? ¿En qué momento exactamente debe hacerse la notificación? ¿Al inicio o luego de finalizado el estado de excepción? ¿Pueden intervenir los organismos internacionales sin que el Estado parte haya notificado? ¿Qué sanciones podrían caberle por omitir el aviso?

Como se ha explicado más arriba, se deberá trabajar en armonía y complementación entre la normas interamericanas y las del PIDCP, asumiendo que el respeto que los Estados partes deben tener por sus obligaciones internacionales importan tanto a uno como a otro sistema, además de que en ambos casos en nuestro país existe una jerarquía constitucional ya mencionada.

El Comité Internacional de Derechos Humanos, en la *Observación General N° 29*, ha interpretado dos finalidades respecto del mismo requerimiento: por un lado, permitir que el organismo internacional pueda evaluar el respeto del tratado por el Estado parte; y por otro, posibilitar la vigilancia a los otros Estados parte. De todos modos, en la misma Observación General el Comité tiene dicho que el deber de vigilancia “no depende de la notificación”. Es decir que no hace falta que el Estado parte informe para que se haga la supervisión correspondiente (1581).

Está claro que esta notificación no está pensada para que los ciudadanos se enteren de los derechos que les han suspendido, puesto que para ello fue previsto anteriormente el deber de cumplir con el principio de legalidad y de

(1581) Independientemente de ello, bajo el sistema interamericano los estados de excepción están entre los cinco criterios principales que llevan a la Comisión Interamericana a prestar especial atención sobre un Estado (Informe Anual de 1997).

observación de los principios democráticos que imponen dar a publicidad a las medidas para que éstas tengan fuerza de ley (1582).

El problema en la redacción del inc. 3º del art. 27 CADH está, también, en que no especifica de manera exacta el momento en que debe hacerse la notificación y si se trata de una o más. Esto sí lo soluciona el PIDCP que al final del art. 4 dice: “Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada la suspensión”. De este modo, ante el Secretario General de Naciones Unidas deberán darse, por lo menos, dos avisos: uno, inmediatamente al momento de dictar el estado de excepción; y el segundo, inmediatamente al momento de darlo por terminado.

Otra cuestión tiene que ver con cuál debe ser el contenido de la notificación. El inc. 3º del art. 27 CADH habla de tres elementos: las disposiciones cuya aplicación se haya suspendido, los motivos que hayan suscitado la suspensión, y la fecha de fin de la suspensión. Nuevamente, el Comité Internacional de Derechos Humanos se ha encargado de aclarar y aún enriquecer el contenido. En la *Observación General N° 29* se adiciona el “deber de informar otras obligaciones internacionales que hagan al estado de excepción”. Por su parte, los *Principios de Siracusa* también aconsejan que la notificación contenga “información suficiente” y que se acompañe una copia de la proclamación de la emergencia, junto con la de las normas constitucionales o legales que la regulen.

En cuanto a las consecuencias que puede deparar el incumplimiento de este requisito al Estado parte, hay varias versiones. Por el lado del Sistema Interamericano, hay quienes opinan que a través del *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Bolivia de 1981* la Comisión Interamericana expresó que la notificación hace a la posibilidad de ejercer la suspensión, y quienes, por el contrario, ven a este requisito como una obligación formal que no obsta al derecho del Estado de suspender las garantías. El Comité Internacional de Derechos Humanos ha sido más concreto y estricto al respecto haciendo una presunción en contra del Estado parte de que no existen razones válidas que puedan legitimar la excepción.

Para culminar con el análisis de este inciso, es interesante ver la siguiente evaluación de compatibilidades que realizó el Comité Internacional de Derechos Humanos en el *Informe Anual 2001* respecto de la situación de Estados Unidos y Guatemala: “11. La Comisión observa que los Estados Unidos es Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de acuerdo al Alto Comisionado para Derechos Humanos de Naciones Unidas, Estados Unidos no ha notificado al Secretario General de Naciones Unidas, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Pacto, sobre las medidas de emergencia que puedan justificar la derogación de las obligaciones de los Estados

(1582) Al menos es uno de los requisitos en la legislación argentina, bajo el art. 2 del Código Civil.

Unidos conforme a ese tratado. Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por lo tanto, no está obligado, bajo el artículo 27 de la Convención, a notificar a los Estados parte, 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 de las garantías constitucionales y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. Sin embargo, como Estado miembro de la OEA, Estados Unidos debe respetar los derechos fundamentales de los individuos contenidos en la Carta de la OEA y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por lo tanto, la Comisión, de acuerdo con los artículos 18 y 20 de su Reglamento, continuará monitoreando la situación de derechos humanos en Estados Unidos en cuanto a la observancia y protección de los derechos humanos contenidos en la Carta de la OEA y la Declaración Americana. 14. El Estado de Guatemala, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, informó al Secretario General de la OEA tanto de la declaratoria y la prórroga del Estado de Alarma emitida en los decretos Gubernativos número 1-2001 y 2-2001, como la declaratoria del Estado de Sitio en el Departamento de Totonicapán, emitida mediante el Decreto Gubernativo número 3-2001.

En ese mismo informe la Comisión reportaba el estado de sitio dispuesto en Argentina hacia finales de 2001, aunque en este caso la Comisión no mencionó que la disposición del estado de sitio ni su posterior levantamiento hayan sido notificados debidamente a los organismos internacionales.

Es interesante advertir que, en algunas ocasiones en que los Estados no han efectuado la notificación correspondiente, la Comisión Interamericana ha cursado notas a los gobiernos requiriendo explicaciones al efecto (1583).

(1583) Por ejemplo en el Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Bolivia, OEA, doc. 6, 1/7/81.

ARTÍCULO 28. CLÁUSULA FEDERAL

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas por las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicciones de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

3. Cuando dos o más estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

SANTIAGO EYHERABIDE

a) Los párrafos 1 y 2 del artículo 28 (1584)

La redacción del artículo tiene la apariencia de una obligación respecto del cumplimiento de la Convención en los Estados de estructura federal. Así, de acuerdo con el primer párrafo los poderes federales deben cumplir la Convención y, según el segundo párrafo, esos mismos poderes federales deben tomar las medidas necesarias para que los estados que componen la federación (las Provincias en el caso de la Argentina) tomen a su vez las medidas que hagan efectivo el cumplimiento de la Convención dentro de su propio ámbito de competencia.

El primer párrafo, sin embargo, puede ser leído simplemente como una elegante introducción al segundo, habida cuenta de que la obligación de

(1584) Para un exhaustivo desarrollo de las cuestiones que suscita este artículo puede verse en el trabajo de ARIEL E. DULITZKY, *Federalismo y Derechos Humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. VI, 2006, págs. 199-249.

cumplimiento de la Convención por parte de un Estado surge directamente del depósito del instrumento correspondiente (de ratificación en el caso de la Argentina) y a partir de la fecha de entrada en vigencia que a cada país le corresponda sin necesidad de que ningún artículo lo diga. En efecto, todo el proceso que se inicia desde la negociación del contenido de una convención tiene el sentido de que ese texto sea, para los estados que manifiesten su consentimiento en obligarse, justamente obligatoria.

Por otra parte el segundo párrafo, más allá de su formulación en términos de una obligación de medios del Estado Federal al que nuestra Corte ha sabido sacarle provecho, introduce lo que tradicionalmente opera como una excepción de incumplimiento de un tratado.

Si este párrafo no existiera, de conformidad con el Derecho Internacional Público, y particularmente por lo dispuesto en los artículos 29 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, la CIDH (igual que cualquier otro tratado), debe cumplirse en la totalidad del territorio del estado parte de que se trate y no pueden alegarse como justificativo de un incumplimiento las disposiciones de derecho interno (en este caso su estructura federal y la distribución de competencias).

Esta solución, incuestionable desde el punto de vista de la unidad como sujeto de derecho internacional de los Estados y de la necesidad de no frustrar las expectativas de cumplimiento que de buena fe el resto de los estados mantienen sobre los acuerdos internacionales, suele plantear algunos inconvenientes a los países que poseen una estructura federal, como la Argentina, pues no todas las facultades se encuentran en cabeza del gobierno nacional sino que solamente cuenta con las que le fueron expresamente concedidas. Esta organización, que no se pretende criticar, es el origen de las dificultades.

Nuestro sistema establece que las competencias originarias pertenecen a las provincias y solamente las competencias delegadas a través de la Constitución Nacional son facultad del Estado Nacional —art. 123 Constitución Nacional—.

Sin embargo, como se ha visto, el Pacto reconoce derechos a los habitantes de los Estados partes pero sin considerar si, en un estado federal, las facultades de regulación y la posibilidad de garantizar estos derechos se encuentran en manos del gobierno nacional o de los Estados que lo componen.

Esto podría llevar, hipotéticamente, a un dilema de violación de normas, dado que por un tratado la responsabilidad internacional comprometida ante un incumplimiento es la del Estado Nacional pero por otra parte, hay violaciones a los Derechos Humanos que las autoridades federales no podrían evitar o hacer cesar sin violar a su vez las normas sobre organización federal y distribución de poderes entre Estados locales y el Estado federal.

En el caso particular de la Argentina este problema puede ser sorteado desde el propio derecho interno por varias vías (ver al respecto comentario a los artículos 1 y 2 CIDH). La más sencilla es que la Convención posee jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) y el art. 5º de la CN condiciona la garantía del gobierno federal a las Provincias en el goce y ejercicio de sus instituciones, a que cada una de ellas dicte a su vez una constitución que esté de acuerdo con los principios declaraciones y garantías de la CN.

Con ello, y la lógica de concatenaciones del ordenamiento jurídico en la que no cabe extenderse aquí, las Provincias ya están obligadas a cumplir la CIDH además de que, si la violaran, se produciría la apertura de la jurisdicción federal para el reestablecimiento inmediato en el goce del derecho violado y otros remedios constitucionales que puedan resultar necesarios.

Evidentemente, no todos los estados federales que negociaron la convención poseen la misma regulación en su derecho interno o bien no querían enfrentar los problemas políticos que la aplicación efectiva de este mecanismo puede acarrear.

Por ello, si bien el segundo párrafo del art. 28 está redactado como una obligación (circunscripta a que el Estado nacional prevea todo lo conducente para que el Estado local garantice la vigencia de la Convención en cuanto corresponda a su competencia), lo cierto es que una cláusula federal típicamente está destinada a operar como excepción de incumplimiento para el Estado parte que la alegue, al menos por un tiempo desde la ratificación o adhesión a la Convención (que tampoco se encuentra especificado).

En definitiva, estas cláusulas suelen introducirse como una excepción a las reglas generales antes explicadas que emanan de los artículos 29 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y por lo tanto permiten a un estado parte alegar su derecho interno como justificativo de un incumplimiento a la Convención (en los casos que la violación se produce en un ámbito de competencia exclusiva de un Estado local).

El límite a esta excepción, gracias a la forma oblicua en que fue establecida la cláusula federal en la Convención, sólo podría verificarse si se demuestra que el Estado parte no ha tomado *“las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.”* Puesto que además la cláusula establece que esas medidas deben tomarse de inmediato, podría discutirse si, transcurrido un plazo razonable (la categoría de “plazo razonable” opera siempre como un enemigo en materia de exigibilidad de cumplimientos) desde el ingreso de un estado a la Convención, la posibilidad de alegar esta excepción caduca. Ello depende de la consideración de esta cláusula como una obligación de medios o de resultado para el Estado parte.

Pero lo cierto es que, para hacer efectiva la responsabilidad de un Estado por incumplimientos de las jurisdicciones locales si se llegara a alegar esta cláusula, se desencadena un problema adicional bastante complejo, que es la determinación de la falta de acciones suficientes dentro de un plazo que no está claro. Y todo ello, no para el directo cumplimiento de la convención sino respecto de un simple esfuerzo (tampoco delimitado con claridad) para que sean luego aquellos estados locales los que tomen medidas que sí hagan efectivo el cumplimiento de la CIDH (lo cual también implica un plazo adicional no determinado).

Este panorama no resulta para nada alentador. Basta recordar que los estados locales tienen fuerzas de seguridad (que suelen ser fuente de violaciones a la convención), sistemas judiciales (que suelen ser fuente de violaciones a la convención), poder administrativo (que suele ser fuente de violaciones a la convención), etc. Y que ante esas violaciones el Estado federal podría eximirse de responsabilidad internacional bajo las moderadas exigencias de esta cláusula.

Ahora, si bien lo explicado es el significado y la proyección del texto de modo literal, la Corte Interamericana ha interpretado esta cláusula de un modo diferente.

Justamente en un caso donde la Argentina fue demandada la Corte Interamericana trató la cuestión:

En el caso Garrido y Baigorria (reparaciones) la Comisión solicitó expresamente a la Corte que se expidiera sobre el artículo 28 de la Convención. Según surge de la sentencia del 27 de agosto de 1998 la Argentina había mencionado esta disposición o había hecho referencia a su estructura federal en tres oportunidades. Sin embargo, cabe recalcar que luego la mera mención de esta norma en una oportunidad como justificativo de su falta de responsabilidad internacional, desde el principio reconoció expresamente su responsabilidad. Esto derivó en un pronunciamiento no muy contundente sobre el tema.

El fundamento principal de la Corte en cuanto a esa mención hecha por Argentina del art. 28 de la Convención se refería a una particularidad del caso concreto y del país sujeto al pronunciamiento, porque se afirmó que nuestro país violaría el *principio de estoppel* si intentara alegar ahora esta cláusula teniendo en cuenta que “*desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal*”. De este modo, si bien específicamente la Argentina no podría haber alegado el artículo 28 como excepción de incumplimiento, la Corte no explicó cuál era su interpretación general de esa disposición.

Luego la Corte fue más allá y dijo que: “*según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura*

federal para dejar de cumplir una obligación internacional". Pero aquí sólo se hacía referencia a las "dificultades" que la Argentina había mencionado tener para adoptar ciertas medidas en virtud de su estructura federal. Y en cualquier caso, no fijó el alcance de esa jurisprudencia centenaria" para este caso concreto, donde justamente hay una disposición deliberadamente establecida para operar como excepción a ella.

Luego, en la Opinión Consultiva N° 16, la Corte dijo, en el párrafo 140:

...de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,

[u]n tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

La Corte ha constatado que de la letra y espíritu de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no se desprende la intención de establecer una excepción a lo anteriormente señalado. Por lo tanto, la Corte concluye que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

Y en el punto resolutivo 8 de esa Opinión:

Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria.

Esto resulta interesante, pues parece mostrar un deseo de la Corte en cuanto a la no relevancia de la estructura federal o unitaria para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Pero no hay que engañarse, si se lee con detenimiento, y pese a cierta ambigüedad, se observa que la Corte hace referencia a una Convención (de Viena sobre Relaciones Consules) que no tiene en "la letra y espíritu" la intención de establecer una excepción. Sin embargo la CIDH sí la tiene y es la que estamos analizando. En otras palabras, el artículo 28 es el caso sobre el que no se expidió la Corte pues *una intención diferente se desprende de él* [el tratado] *o consta de otro modo.*

Finalmente, en un caso más reciente, "Penitenciarías de Mendoza" (medidas provisionales), cuya sentencia es del 18 de junio de 2005, el Juez A. Cançado Trindade encaró expresamente la cuestión. Allí sostuvo (párrafo 27):

*En el presente caso de las Penitenciarías de Mendoza, **tampoco podría el Estado pretender eximirse de responsabilidad internacional** por violaciones de los derechos humanos —no ha indicado que pretende hacerlo, sino todo al revés, se ha portado de manera esencialmente constructiva ante esta Corte—, **por razones de orden interno ligadas a su estructura federal**. Este punto tampoco puede pasar desapercibido.*

Luego el Juez Cançado Trindade citó el fallo de Garrido y Baigorria en aquello de la *jurisprudencia centenaria* que mencionáramos párrafos antes y la OC N° 16 (“*independientemente de su estructura federal o unitaria*”).

No obstante haber hecho referencia a estos pasajes sin mencionar también las limitaciones con que se expresaron en aquellas oportunidades, no agregé argumentos adicionales que aclararan por qué un Estado Federal no podría alegar esa excepción.

En definitiva, con el transcurrir de los años la Corte parece avanzar hacia una decisión que impide alegar esta cláusula. Ello con el fundamento de que un estado no puede justificar el incumplimiento de un tratado en disposiciones de su derecho interno (fundamento que sería válido si ese art. 28 no existiera). Pero no se exponen, ni podrían exponerse, argumentos claros y contundentes al respecto. Hay que recordar que esta cláusula se puso justamente para que los estados **SÍ** puedan alegar su derecho interno.

En términos concretos, no se trata de que alguien se esté notificando ahora de que ello no es posible, el artículo 28 creaba deliberadamente esa excepción. Lo que sí se desea ahora es que la excepción contemplada sea vencida por la propia regla. Ello nos alegra a todos, pero es muy difícil de hacer sin serias complicaciones lógicas, por lo que los avances deben ser parcialmente indirectos y solapados.

Desde ya, podría ser apresurado entender esa cláusula como un defecto de la CIDH, al menos sin tener en cuenta una cuestión política importante. Al momento de negociar y adoptar el texto de una Convención, esta obviamente no se encuentra vigente y ningún Estado ha manifestado su consentimiento en obligarse. Consecuentemente, esta etapa presenta una tensión natural entre dos objetivos. Por un lado, lograr el mejor contenido para el tratado, que en este caso, significa el mayor número de derechos y garantías para los individuos con el consiguiente aumento de las obligaciones de los Estados y sin excepciones de incumplimiento. Pero por otra parte, se busca lograr que la mayor cantidad posible de Estados manifiesten su consentimiento en obligarse por el tratado. Así, un tratado perfecto no sirve de nada si ningún estado está dispuesto a obligarse en tales términos. En el contexto histórico en el que se adoptó esta Convención, ese artículo puede haber sido una medida necesaria para lograr el mejor equilibrio posible entre esos dos objetivos (Brasil, Argentina, Venezuela, Canadá, México y Estados Unidos tienen estructura federal).

Más allá de todo lo anterior, aunque el artículo 28 de la CIDH es una cláusula federal y, como tal, está concebida para ser alegada por los Estados en el ámbito de la responsabilidad internacional, su forma de redacción le ha permitido a nuestra Corte Suprema extraer provecho de ella en la resolución de casos internos.

Así, en los casos *Beviacqua* (1585) y *Monteserín* (1586) nuestra Corte realizó una útil lectura del segundo párrafo del artículo 28 para su aplicación en el ámbito interno, extrayendo de allí que el Estado Nacional, con independencia de la competencia y responsabilidad que corresponda a las jurisdicciones locales, no puede desligarse de las obligaciones asumidas bajo el pretexto de que corresponde a aquellas darles cumplimiento.

En otras palabras, a la obligación de cumplimiento de la Convención que poseen las Provincias y que la Corte ha destacado en numerosos fallos, se le añadió en virtud del artículo 28, también una obligación del Estado Nacional, lo que constituye una lectura perfectamente válida y valiosa de esa cláusula desde el punto de vista del derecho interno.

La conclusión que puede extraerse de esta cláusula “en funcionamiento” es entonces positiva.

Sucede que en principio debería ser un arma de doble filo: Por un lado, litigando en los tribunales argentinos, un reclamo por una violación a los derechos humanos en una cuestión que es de competencia local generaría responsabilidad de las Provincias (de por sí obligadas a cumplir la convención) pero también de la Nación (que sería “solidariamente” responsable gracias al artículo 28). Sin embargo, la contracara de este beneficio sería que por el otro lado, si el reclamo no fuera satisfecho hasta alcanzar la instancia internacional, allí esta cláusula operaría como una excepción de incumplimiento.

Ahora bien, con la postura de la Corte Interamericana en materia de interpretación del artículo 28 que se ha desarrollado, parece muy claro que esa contracara negativa del arma ha quedado totalmente desafilada.

b) El tercer párrafo del artículo 28

La situación prevista en el tercer apartado pretende contemplar procesos sobrevinientes encarados por dos o más Estados partes en la Convención que puedan implicar una modificación de su personalidad jurídica internacional o de cualquier otro modo afecten su capacidad futura de garantizar por sí solos el cumplimiento del pacto en el ámbito en el que se comprometen a hacerlo al momento de ratificar o adherir a la Convención.

(1585) CSJN Fallos 323:3235.

(1586) CSJN Fallos 324:3571.

Existen fundamentalmente tres supuestos en los que esta disposición podría, según sus términos, adquirir relevancia en la actualidad.

El primer caso está expresamente mencionado en la Convención y consiste en el acuerdo de dos Estados para integrar entre sí una federación. El análisis de este proceso carece de mayores complicaciones teóricas teniendo en cuenta que la cláusula se aplica cuando ambos estados son parte de la convención y la obligación que impone no se opone a las pautas existentes en materia de sucesión de Estados. En efecto, esta solución resulta compatible con la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978 elaborada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (aunque cabe aclarar que esta Convención aún no ha entrado en vigencia).

El segundo caso posible, queda comprendido en la expresión "*otra clase de asociación*" y es sustancialmente análogo al anterior. Comprendería supuestos de absorción o fusión de Estados partes de la Convención pero donde el sucesor no sea constituido como una Federación sino bajo otra modalidad de organización. En este caso también se deben tomar las medidas para el efectivo cumplimiento de la convención en "*el nuevo Estado así organizado*".

Al cubrir sólo estos dos casos, esta cláusula deja sin solución numerosas posibilidades de sucesión de Estados que pueden producirse. Sin embargo, lo cierto es que tampoco podría hacerlo.

Para casos como los de separación de territorios o de Estados de reciente independencia, imponer esta obligación carecería de sentido la mayoría de las veces habida cuenta de que el nacimiento del Estado sucesor usualmente no es consecuencia de un proceso negociado en el que pueda establecerse razonablemente que el Estado predecesor cuide que el Estado sucesor cumpla la Convención. De todas formas para estos casos regirá el Derecho Internacional Público independientemente de lo que diga la Convención.

Tampoco se establece obligación alguna cuando en los convenios asociativos de cualquier especie se encuentre involucrado algún Estado que no sea parte en la Convención.

Podrían intentarse algunas interpretaciones de la norma que impliquen la obligación para el Estado Parte de la Convención de tomar las medidas necesarias para que continúe el efectivo cumplimiento de la Convención. Sin embargo, cabe anticipar que eso no es lo que surge de su texto.

Sin duda sería deseable que un Estado parte de la Convención negocie cualquier acuerdo asociativo con un estado que no sea parte sobre la base de una condición ineludible de continuar con el cumplimiento de la Convención. Pero no parece adecuado que ello surja como una obligación previa que emane de la propia Convención, pues significaría una imposición de límites al ejercicio de la soberanía de los Estados y a su capacidad de determinar su propia

estructura que va más allá de los compromisos que razonablemente puede imponer un tratado, incluso si éstos son de Derechos Humanos. Los complejos procesos y cambios políticos en los que se produce la sucesión de Estados no permiten establecer esta posibilidad de modo genérico y abstracto.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que el nuevo sujeto de derecho internacional que surge del acuerdo no se libera de la obligación de garantizar el goce de los derechos humanos en su territorio por el mero hecho de no suceder al Estado predecesor como parte de esta Convención (si éste fuera el caso), habida cuenta de que tal obligación surge de distintas fuentes de derecho internacional independientes a la Convención Americana.

El tercer supuesto no parece haberse tenido en cuenta al momento de elaborar la convención, pues se debe a la evolución del contexto internacional y a la difusión de modalidades de relación entre Estados que no eran tan habituales en esa época y menos en esta parte del mundo. Se trata de las asociaciones de Estados en las que ninguno de los integrantes cede su carácter de Estado soberano pero sí crean instancias de acción y creación de normas que poseen una jerarquía supralegal (sería “otro tipo de asociación” pero que no da lugar a un “nuevo Estado así organizado”. Tal el caso, por ejemplo, del MERCOSUR. Si bien los ámbitos sobre los que tiene injerencia este tipo de asociaciones de estados no suelen tener relación con cuestiones que puedan afectar derechos humanos, hay casos donde ello sí puede suceder. Para este tipo de asociaciones, a las que estrictamente las palabras empleadas en la Convención no las comprende pero que podría interpretarse que es por una cuestión de épocas, debería entenderse que los incumplimientos a la Convención en los que pudieran incurrir constituirían un incumplimiento de la Convención de cada uno de los Estados que la compongan (dando por tanto lugar a responsabilidad internacional) tanto respecto del derecho humano de que se trate, como de este párrafo del artículo 28.

Por lo demás, no puede dejar de mencionarse que este párrafo no posee demasiada virtualidad, fuera del supuesto que se acaba de mencionar y que como se dijo, no estaba originalmente concebido al redactar la Convención. En efecto, el Derecho Internacional Público establece, luego de un proceso que deriva en una sucesión de estados, cuál es el gobierno y territorio sucesor del anterior, si es que lo hay. Si lo es, estará obligado por la Convención en su calidad de sucesor (tanto de este tratado como del resto de las obligaciones y derechos de todos los tratados de los que el Estado predecesor fuere parte), no por lo normado en este párrafo, sino por el consentimiento en obligarse prestado en el momento de ratificación o adhesión correspondiente del Estado predecesor. Si no lo es, ni este párrafo del artículo 28 ni nada de toda la Convención, le genera obligación alguna ni compromete su responsabilidad internacional.

A partir de esta circunstancia el “cuidado” que establece como obligación resulta más un deseo que una disposición con contenido práctico, en tanto

la violación de ese “cuidado” no tendría destinatario posible, pues el Estado al que estaba dirigida, deja de existir y si el nuevo lo sucede, no debe tener cuidado sino cumplir todas las obligaciones que surgen de la Convención. Obviamente, si no lo sucede, no hay ningún cuidado que exigirle a nadie. Finalmente, si pese al nacimiento de un nuevo Estado, el Estado predecesor todavía subsiste como tal con parte del territorio (posibilidad que, en realidad, este párrafo no tuvo en cuenta expresamente), nada sería más injusto que endilgarle responsabilidad internacional alegando falta de cuidado porque el otro Estado que acaba de crearse no cumple la Convención, en tanto las violaciones efectivas que se produzcan luego serán cometidas, en lo que respecta al Estado subsistente que es parte de la Convención, por un tercero.

ARTÍCULO 29. NORMAS DE INTERPRETACIÓN

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Concordancias: art. 5, 24 y 25 PIDESC; art. 5, 46 y 47 PIDCP.

JOSEFINA COMUNE y NATALIA LUTERSTEIN (1587)

Introducción

La interpretación de los tratados internacionales se encuentra regulada tanto a través de normas consuetudinarias como de normas convencionales, particularmente a través de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969. Los artículos 31 y 32 de dicho instrumento establecen los medios de interpretación aplicables a los tratados internacionales (1588). Los

(1587) Agradecemos los comentarios de Mariángeles Misuraca, que han resultado de gran valor para el desarrollo del presente trabajo.

(1588) El artículo 31 establece las reglas generales de interpretación: la buena fe conforme al sentido corriente atribuido a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. El contexto comprende todo acuerdo referido al tratado concertado con motivo de su celebración y todo instrumento formulado por una o más partes y aceptado por las demás. Asimismo, junto con el contexto deberá tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes referido a la interpretación del tratado o su aplicación, la práctica ulterior y toda norma pertinente de derecho internacional. Por su parte, el artículo 32 establece los modos de interpre-

tratados de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, responden a las características de un tratado, tal como está definido en el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena de 1969, por lo que los mencionados artículos son aplicables a su interpretación.

Sin embargo, estos tratados presentan características propias que los diferencian de los tratados internacionales clásicos. Ello fue puesto de resalto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que —al igual que por su par europea (1589)— ha afirmado que los tratados de derechos humanos protegen los derechos fundamentales independientemente de la nacionalidad de los seres humanos, ya que los Estados asumen esas obligaciones, no ya por la reciprocidad con los demás Estados contratantes, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (1590).

La Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en la misma línea, sosteniendo que en tratados como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, los Estados no buscan defender intereses propios, sino que al momento de adopción y ratificación de la Convención tienen en cuenta el interés común de la comunidad internacional en su conjunto (1591).

En consecuencia, al interpretar un tratado de derechos humanos, debe tenerse presente esta diferencia y no aplicar sin más el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969. A la luz de esta circunstancia, la Conferencia Preparatoria de la Convención Americana adoptó el artículo 29, que establece criterios de interpretación específicos para la Convención (1592).

La Corte IDH, en la interpretación de las normas de la CADH y de su propio reglamento, ha observado las directrices de interpretación establecidas en el artículo 29 y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, y además ha tomado en consideración la naturaleza y los valores comunes superiores en que se inspira la Convención (1593).

La Convención Europea de Derechos Fundamentales no posee una disposición equivalente al artículo 29 de la CADH, pero dos de sus normas

tación complementarios, aplicables cuando la interpretación lleve a un sentido oscuro o ambiguo, o a resultados manifiestamente irrazonables o absurdos. Estos son los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración.

(1589) Corte EDH, Caso *Irlanda vs. Reino Unido*, del 18-01-78, párr. 239.

(1590) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, del 24-09-82, párr. 29.

(1591) CIJ, Opinión Consultiva, “Reservas a la Convención sobre Genocidio”, del 28-5-51, *I.C.J. Reports 1951*, pág. 23.

(1592) El ex Juez de la Corte IDH se ha referido a esta cuestión denominándola la “humanización del Derecho de los Tratados”. Voto razonado del Juez Cançado Trindade Cançado Trindade en Corte IDH, Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, del 11-03-05.

(1593) Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, del 28-11-03, párr. 91.

contienen preceptos similares a los incisos a) y b). Así, el artículo 17 prohíbe limitaciones a los derechos reconocidos por la Convención, y el artículo 60 dispone que ninguna de las disposiciones convencionales deberá ser interpretada de forma de limitar o afectar los derechos y libertades reconocidos en el derecho interno o en otro instrumento internacional (1594). La Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar la Convención, ha aplicado directamente las reglas dispuestas en la Convención de Viena de 1969, aun cuando ha sostenido, como ha sido dicho *supra*, que los tratados de derechos humanos se diferencian de los tratados clásicos, al establecer obligaciones objetivas que se benefician de una aplicación colectiva, y no responden a intereses individuales de cada Estado parte (1595).

El artículo comentado.

El artículo 29 establece los criterios de interpretación específicos de la CADH y es aplicable a cualquier caso contencioso o consultivo que tramite por ante la Corte IDH o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), los dos órganos de protección del sistema interamericano.

Los criterios interpretativos son los siguientes:

- a) Ninguna de las disposiciones de la CADH puede ser interpretada en el sentido de suprimir derechos o libertades reconocidos en el Pacto o limitarlos en mayor medida que la ya prevista.
- b) Las disposiciones de la CADH no deben ser interpretadas en el sentido de delimitar el goce o el ejercicio de los derechos libertades reconocidos en las leyes internas de los Estados partes o reconocidos en otro instrumento del que sean parte dichos Estados.
- c) Las disposiciones no deben interpretarse en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.
- d) Las disposiciones de la CADH no deben ser interpretadas en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

(1594) Ver al respecto Gros Espiell, Héctor, "Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa" en Nieto Navia, Rafael (editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1994.

(1595) Corte EDH, Caso *Irlanda c. Reino Unido*, ya cit. Para mayor información acerca de la tarea interpretativa de la Corte Europea de Derechos Humanos ver ORAKHELASHVILI, ALEXANDER, "Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights" en *14 European Journal of International Law* (2003), 3, págs. 529-568.

Los cuatro criterios interpretativos establecidos hacen referencia a la propia CADH, a los derechos internos de los Estados partes, a la forma democrática representativa de gobierno y a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Todos ellos deben ser interpretados de forma de no limitar o restringir los derechos y garantías reconocidos por la Convención Americana.

Como fue mencionado *supra*, el inciso a) encuentra una disposición similar, aunque no idéntica en el artículo 17 del Convenio Europeo, al igual que el inciso b) en relación con el artículo 60 del mismo instrumento. Asimismo, vale señalar que uno de los antecedentes del inciso b) es el artículo 19.8 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1596).

Como puede apreciarse, el criterio general de interpretación que ordena el artículo 29 es un criterio amplio a favor del ejercicio y goce de los derechos y libertades reconocidos en la CADH. Este principio es denominado principio "*pro homine*".

El Principio Pro Homine

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó el principio *pro homine* a través de su Opinión Consultiva N° 5 de 1985, indicando que si a una misma situación le son aplicables la CADH y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. En consecuencia, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado o la que prevé la restricción menor (1597).

Nuestros tribunales se han referido al principio *pro homine* en diversas ocasiones, aunque no siempre lo han hecho a través de una referencia expresa al artículo 29 de la CADH, reconociendo que este principio informa todo el derecho de los derechos humanos (1598).

En esta línea, puede citarse la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo en el caso "*INADI vs. E.N. —M° Interior— Dto. 957/01 —Ley 25.453 s/amparo ley 16.986*" (1599). Allí, el Dr. Litch dijo que "no debe obviarse que el principio *pro homine* opera como criterio hermenéutico que informa todo el sistema de los derechos huma-

(1596) Adoptada en 1944. El inciso establece que: "*En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación*".

(1597) Corte IDH, Caso *Masacre de Mapiripán*, del 15-09-05, párr. 106. Ver además Corte IDH, Caso *Ricardo Canese*, del 31-08-04, párr. 181; Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* del 2-07-04, párr. 184 y Caso *Baena Ricardo y otros, ya cit.*

(1598) CSJN, *Portal de Belén*, 2002, Fallos 325:292, párr. 11.

(1599) CN CAF, Sala I, 4-10-01, *INADI*, Causa: 17.455/01.

nos, cuya activación permite acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos o el mantenimiento de los mecanismos de tutela de los derechos humanos o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos, o su suspensión extraordinaria de ellos o de los mecanismos de tutela”.

Los tribunales de nuestro país han aplicado el principio *pro homine* respecto de la garantía de la doble instancia, reconocida en el artículo 8.2(h) de la CADH en relación con las normas procesales que regulan la concesión del recurso de casación (1600). En este sentido, en el caso “*Lavín, José L. y otra*” (1601) la Cámara de Casación hizo referencia a informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para afirmar la necesidad de que el recurso de casación sea lo suficientemente flexible, tanto en su regulación como en su interpretación, para que pueda satisfacer las exigencias del Pacto de San José de Costa Rica (1602), requisitos que no concurren en el caso del recurso extraordinario federal. En consecuencia, se afirmó que los jueces debían interpretar conforme el principio garantizado en nuestra Constitución Nacional hasta tanto el Código Procesal fuera modificado.

En este orden de ideas, se ha afirmado que el principio *pro homine* no es un mero principio, sino que puede ser considerado una “*directriz de preferencia de normas*”, que modificaría la jerarquía de normas de nuestro ordenamiento. Así, si un derecho se encuentra reconocido de forma más restringida en la Constitución Nacional que en un tratado ratificado por nuestro país, deberá prevalecer dicho tratado. Al contrario, si es la Constitución Nacional la que ofrece el alcance más amplio, entonces será ésta la que predominará. Y aun más, si es una ley interna la que ofrece el contenido más beneficioso para el derecho, entonces será aquella la que prevalecerá por sobre la Carta Magna y los tratados internacionales (1603).

Sin embargo, la Corte Suprema ha señalado que “no es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la Constitución Nacional se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Ley Fundamental establece. Más aún, el propio Derecho Internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine*, lo que está claramente expresado en el art. 75, inc. 22, CN, al establecer el principio no derogatorio” (1604).

(1600) Artículos 456 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación.

(1601) CN CP, Sala III, 12-07-04, *Lavín, José L. y otra*.

(1602) Al respecto ver Corte IDH, Informe 55/97, del 18-11-97.

(1603) SAGÜÉS, NÉSTOR, “Variables en el ejercicio del derecho de réplica”, LL, 1996-A, 689.

(1604) CSJN, *Simón, Julio H. y otros*, 2005, Fallos, 328:2056; JA, 2006-III, 350, párr. 30 y Voto del Dr. Zaffaroni, párr. 28.

Así, el Alto Tribunal ha establecido que la Constitución Nacional siempre estará en la punta de la pirámide jurídica de nuestro ordenamiento.

En el mismo caso, pero en su voto en disidencia, el Ministro Fayt sostuvo que el artículo 18 de la Carta Magna, respetuoso del principio *pro homine*, impediría que pueda aplicarse retroactivamente una derogación al régimen de prescripción de la acción penal. En consecuencia, consideró que parecería un contrasentido que la jurisprudencia de la Corte IDH que dispone, sobre la base de los artículos 1.1., 8 y 25 de la CADH, el deber de garantía de perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos, pueda condecirse con la supresión del principio de legalidad como derecho de la persona sometida a enjuiciamiento penal, ello en virtud del artículo 29.b) (1605).

Sin embargo, en ocasiones, los tribunales han descartado la aplicación del principio *pro homine*, cuando las circunstancias fácticas del caso no encuadraban en la normativa que se perseguía aplicar. Por ejemplo, en el caso “*Kejner, Natalio vs. Ministerio del Interior*” (1606), en el que se discutía el alcance de las leyes reparatorias por las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo rechazó su aplicación al caso por considerar que la situación personal del recurrente no encuadraba en los supuestos de estas leyes, aun cuando la Ley 24.823 prevé que en caso de duda sobre el otorgamiento de la indemnización, deberá estarse a lo que sea más favorable al beneficiario o sus causahabientes o herederos, conforme al principio de la buena fe, receptando de esta manera el principio *pro homine* (1607). En efecto, la Cámara consideró que tal normativa regulaba la Ley 24.411, que establece el beneficio indemnizatorio para los familiares de las víctimas de desaparición forzada. En el caso en especie, el Sr. Kejner había tenido que exiliarse por pesar contra él una orden de captura internacional, luego de que el Gobierno militar hubiera intervenido su empresa, deteniendo a todos sus directivos, por lo que su situación no encuadraba en la mencionada norma. La Cámara además rechazó la aplicación de la Ley 24.043 (aplicable a las personas que hubiesen estado a disposición del Poder Ejecutivo nacional o que siendo civiles hubiesen estado a disposición de autoridades militares en el período comprendido entre el 6 de noviembre de 1974 y el 10 de diciembre de 1983 y, en ambos casos, aunque hubiesen tenido proceso o condena judicial) porque el recurrente nunca estuvo detenido en el país.

El principio *pro homine* también ha sido aplicado para rechazar ciertas restricciones a los derechos individuales, como por ejemplo en el caso “*Santiago Thomas*” (1608), en el cual se discutía la constitucionalidad del delito

(1605) *Ibidem*, párrs. 61 y 62.

(1606) CN CAF, Sala II, 18-09-01, *Kejner, Natalio*, párr. 12.

(1607) Artículo 6º, Ley 24.823, regulatoria de la Ley 24.411.

(1608) CN Crim. y CF, Sala II, 9-5-06, *Santiago Thomas*, JA, 2006-III, 507.

de tenencia de estupefacciones para uso personal. Allí, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, sostuvo que el derecho a la privacidad contenido en las declaraciones y pactos incorporados con jerarquía constitucional a nuestro ordenamiento impiden la injerencia arbitraria en la vida privada de las personas”. Asimismo, señaló que estos instrumentos internacionales establecen la prohibición de limitar los derechos y libertades reconocidos en mayor medida que la prevista en ellos, citando, en consecuencia, el artículo 29 de la CADH, que consagra el principio *pro homine*. A más, la Cámara Federal citó la OC 6-86 sobre la legitimidad de las restricciones a los derechos individuales, que la Corte IDH consideró supeditada a su derivación de “leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito por el cual han sido establecidas”.

Sobre la base de este esquema interpretativo, la Cámara sostuvo que sería contradictorio al principio *pro homine* afirmar que por ofender el orden y la moral pública pueda restringirse la privacidad individual, y que no sería legítima la restricción si no se verificara afectación a bien jurídico alguno, ya que ello implicaría una intervención punitiva excesiva y una intromisión estatal en los derechos individuales.

En este punto, cabe mencionar también la relación del artículo 29 de la CADH con los artículos 1 y 2 del mismo instrumento: el artículo 1 establece el deber de los Estados de garantizar el respeto a los derechos humanos y el artículo 2 prevé que en el caso de los Estados que aún no garanticen el ejercicio de los derechos y libertades como indica el artículo anterior, asumen el compromiso de adoptar “medidas legislativas o de **otro carácter**” (el resaltado es agregado) necesarias para hacerlos efectivos. Es decir que el sistema busca que las respuestas del Estado en el respeto de los derechos y libertades sea a su vez creativa para dar soluciones; existiendo además la restricción mencionada del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. Así, medidas de “otro carácter” podrían involucrar resoluciones judiciales que adapten al sistema de derechos internos, las obligaciones internacionales, en el contexto histórico del estado democrático, junto con sus principios y valores.

En palabras de Bidart Campos, “quiere decir que un sistema de derechos que se considera completo y total tiene silencios, tiene implicitudes, tiene carencias normativas, no obstante lo cual, nutrido en el arsenal principista-valorativo, abastece en plenitud a los derechos, sea que muchos consten en normas, sea que otros les falten normas de reconocimiento” (1609). Es decir que el principio de interpretación *pro homine* receptado en el artículo 29 de la CADH puede ser considerado como parte del “arsenal principista-valorativo” necesario para completar un sistema de derechos.

(1609) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna” en NIETO NAVIA, Rafael (editor) *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 1994, pág. 39.

El efecto útil de la Convención Americana de Derechos Humanos. Interpretación del objeto y fin de un tratado

El inciso a) del artículo 29 establece el primer criterio interpretativo y se relaciona con la coherencia interna del texto de la propia CADH. Este inciso busca proteger la vigencia del llamado “efecto útil” (*effet utile*) del instrumento, que persigue garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención (1610). Una interpretación que llevase a suprimir el goce y ejercicio de los derechos o libertades reconocidos en la CADH violaría este principio y la privaría de efectos.

Este principio ha sido relacionado con el método teleológico, que se basa en el objeto y fin del tratado para su interpretación (1611). La aplicación combinada del artículo 29 y de la regla del objeto y fin tiene como consecuencia una interpretación menos restringida que la interpretación de un tratado internacional clásico. La interpretación de un tratado de protección de derechos humanos debe estar guiada por consideraciones de un interés general superior o un orden público (1612).

El principio del efecto útil adquiere una importancia trascendental en el plano del sistema de protección de derechos humanos, y así lo ha resaltado la Corte IDH al citar a su homóloga europea (1613). La Corte Interamericana ha subrayado que la Convención debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias (1614).

En el caso “*Constantine y otros*” (1615), la Corte IDH debió resolver una excepción preliminar interpuesta por Trinidad y Tobago referida a la incompetencia del tribunal en función de una reserva realizada por el Estado al reconocer la competencia contenciosa de la Corte IDH. Esta disponía que Trinidad y Tobago reconocía tal competencia, pero sólo en la medida en que sus decisiones no contraviniesen su derecho interno. Al interpretar la reserva, la Corte, sobre la base de lo dispuesto en el inciso a) del artículo 29, afirmó que la aceptación de la validez de la reserva llevaría a afirmar que, si bien el Estado había aceptado su competencia, ella perdía todo efecto por estar

(1610) Corte IDH, Caso *Tribunal Constitucional*, del 24-09-99, párr. 36.

(1611) Artículo 31.1 Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

(1612) Voto razonado del Juez Cançado Trindade Cançado Trindade en el Caso *Caesar*, ya cit., párrs. 4 y 6.

(1613) Conf. Corte EDH, Caso *Soering*, del 26-01-89, párr. 87.

(1614) Conf. Corte IDH, Caso *Ivcher Bronstein*, del 24-09-99, párr. 45 y Caso *Tribunal Constitucional*, ya cit., párr. 44.

(1615) Corte IDH, Caso *Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, del 01-09-01, párr. 81.

supeditada al derecho interno, facultando a Trinidad y Tobago a decidir en cada caso concreto el alcance de su propia aceptación, en detrimento de la función contenciosa de la Corte IDH (1616). En este caso, la Corte hizo además aplicación de las reglas generales establecidas en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados al sostener que una interpretación como la alegada por el Estado tornaría ilusorios el objeto y fin de la CADH, es decir, la protección de la persona humana (1617).

Interpretación dinámica de la Convención Americana de Derechos Humanos

Los tratados de derechos humanos tienen la particularidad de ser adoptados con el fin de ser aplicados a un universo infinito de situaciones. No buscan regular un negocio particular ni tienen una duración determinada, sino que establecen obligaciones objetivas para los Estados partes que deben cumplir hasta el momento en que decidan denunciar el tratado y dejar de ser parte (1618). En consecuencia, al interpretar un instrumento como la CADH debe tenerse presente la necesidad de adaptarlo a la época en que debe aplicarse, y no basarse solamente en lo que pudo haber sido la intención de sus autores hace casi 40 años.

La Corte Internacional de Justicia ha adherido a esta postura y ha sostenido que un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico en vigor al momento en que la interpretación se realiza (1619). La jurisprudencia de la Corte IDH se ha ido desarrollando en el mismo sentido. En la OC-10/89 sostuvo que el análisis del status jurídico de la Declaración Americana no puede analizarse a la luz de su significado e interpretación de 1948, sino que el análisis debe considerar la evolución alcanzada desde su adopción hasta el momento actual.

Así, la Corte IDH ha hecho aplicación de una interpretación evolutiva que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la CADH y con las establecidas en la Convención de Viena de 1969 (1620).

(1616) *Ibidem*, párr. 83.

(1617) Ver Corte IDH, Caso *19 Comerciantes*, del 5-07-04, párr. 173, entre otros.

(1618) La CADH dispone en su artículo 78 que los Estados partes podrán denunciarla luego de 5 años de su entrada en vigor y mediante un preaviso de 1 año. Asimismo, el Estado no se desligará de los hechos que pudiendo constituir una violación de obligaciones, se hallan cumplido antes de la fecha en que la denuncia produzca efectos.

(1619) CIJ, Opinión Consultiva, "Consecuencias legales para los Estados de la Presencia Continua de Sudáfrica en Namibia (Africa del Sudoeste) a pesar de la Resolución del Consejo de Seguridad 276 (1970)", del 21-6-71, págs. 16-31.

(1620) Corte IDH, Caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, del 19-11-99, párr. 193 y Caso *Masacre de Mapiripán*, ya cit., párr. 106.

En este sentido, en el caso de la “*Masacre de Mapiripán*”, la Corte sostuvo que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales (1621). Así, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 29.b), realizó una interpretación evolutiva del artículo 22.1 de la CADH y consideró que la Convención protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte (1622).

La Corte IDH ha sostenido que la aplicación de un criterio de interpretación dinámica de la CADH ha tenido un impacto positivo en el derecho internacional general porque ha servido para desarrollar su aptitud para regular las relaciones entre el Estado y los individuos bajo su jurisdicción (1623).

La jurisprudencia nacional se ha referido a la pertinencia de una interpretación dinámica de nuestra Carta Magna. En el caso “*Mazzeo, Julio L. y otros*” (1624), el Ministro Fayt, en su voto en disidencia, afirmó que nuestra Constitución es el resultado de un proceso histórico (1625) que no concluye con su sanción en 1853. La interpretación y vigencia de nuestra Carta Magna, requieren una constante integración con la realidad viviente de cada época (1626) “de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata (1627)”. Así, el Ministro adoptó una interpretación dinámica de la Carta Magna, aunque con ciertas limitaciones referidas a los cimientos fundamentales de la Constitución Nacional.

Esta interpretación dinámica se relaciona directamente con lo que se ha denominado el sistema integral de protección de los derechos humanos.

Sistema integral de protección de los derechos humanos

En su jurisprudencia, la Corte IDH ha desarrollado el concepto “interacción interpretativa” entre los distintos instrumentos internacionales de protección internacional de los derechos de la persona humana sobre la base de lo establecido por el artículo 29.b) de la Convención Americana. Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que sean pertinentes para el caso concreto de los que sea parte el Estado, aun aquellos que

(1621) Corte IDH, Caso *Masacre de Mapiripán*, ya cit., párr. 187. En el mismo sentido, la Corte EDH ha afirmado que la Convención es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones presentes. Ver Caso *Tyler vs. Reino Unido*, del 25-04-78, párr. 31.

(1622) Corte IDH, Caso *Masacre de Mapiripán*, ya cit., párr. 188.

(1623) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 1-10-99, párr. 115.

(1624) CSJN, *Mazzeo*, 2007, Fallos 330:3248.

(1625) CSJN, *Mattaldi Simón Limitada S.A.*, 1946, Fallos 205:614.

(1626) CSJN, *Merk Química Argentina S.A.*, 1948, Fallos 211:162.

(1627) CSJN, *Camps*, 1987, Fallos, 310:1162.

no existían al momento de la adopción de la CADH, deben ser analizados al momento de interpretar el contenido de la Convención.

Este criterio fue elaborado en una de las primeras referencias hechas por la Corte IDH al artículo 29 de la CADH en la Opinión Consultiva 1 (1628). Allí la Corte IDH afirmó que la CADH busca integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos, y que uno de los artículos que así lo evidencia es el artículo 29, que busca evitar la exclusión *a priori* de la competencia consultiva de la Corte IDH de tratados internacionales de protección de derechos humanos con base en su fuente, siempre que éstos obliguen a los Estados americanos (1629). Aun cuando éstos no hayan sido adoptados dentro del marco o los auspicios de este sistema interamericano (1630).

En el mismo orden de ideas, la Corte IDH aplicó el artículo 29 para justificar que al interpretar la Convención en uso de su competencia consultiva, puede ser necesario para la Corte interpretar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1631). Dentro del sistema interamericano de protección hay Estados miembros de la OEA para quienes la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que los se refiere la Carta de la organización porque no han ratificado la CADH. Si bien para los Estados partes de la CADH, ésta es la fuente concreta de sus obligaciones, en virtud de lo establecido por el artículo 29.d) aquéllos no se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA (1632).

A través del tiempo, han surgido en el marco del sistema interamericano nuevos instrumentos que regulan determinados derechos o situaciones de forma particular, como por ejemplo la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura o la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Todos estos instrumentos han sido tenidos en cuenta por la Corte IDH al momento de resolver algún caso relacionado con su contenido, especificando de esta manera, el alcance de cada derecho involucrado.

A modo de ejemplo, en el caso “*Castro Castro*” la Corte IDH hizo una lectura conjunta de la CADH y de la Convención de Belén do Pará, que enuncia deberes estatales específicos relacionados con los derechos de las mujeres y complementa el contenido de la primera (1633).

(1628) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 1/82, “*Otros Tratados*” Objeto de función consultiva de la Corte (art. 64 CADH), del 24-9-82.

(1629) Corte IDH, OC 1/82, *ya cit.*, párr. 42.

(1630) *Ibidem*, párr. 48.

(1631) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, del 14-07-89, párr. 36.

(1632) *Ibidem*, párr. 45.

(1633) Corte IDH, Caso *Castro y Castro vs. Perú*, del 25-11-06.

A más, la Corte IDH se ha referido a instrumentos internacionales adoptados por fuera del sistema interamericano. Así, en el caso de la “*Masacre de Mapiripán*” afirmó que en virtud de lo establecido por el artículo 29.b), las obligaciones que se derivan del derecho internacional humanitario deben ser tenidas en consideración porque complementan e integran la protección del individuo y son además de utilidad para la interpretación de la CADH (1634).

En el mismo caso, y sobre la base del mismo razonamiento, la Corte IDH precisó el contenido y alcance del artículo 19 (1635) de la CADH, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño (1636). Este instrumento ya había sido invocado por la Corte en el mencionado caso “*Los Niños de la Calle*”. Allí, la Corte IDH hizo referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño para determinar el sentido de las “medidas de protección” a las que alude el artículo 19, alegando que ambos instrumentos forman parte de un “muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños” (1637).

En el mismo orden de ideas, en la OC-18/03, la Corte IDH resolvió que podía contestar la opinión solicitada por México acerca de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados interpretando la Declaración Americana, la Convención Americana, la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ser todos estos instrumentos que protegen derechos humanos y que son aplicables a los Estados americanos (1638).

Nuestra Corte Suprema también ha aplicado el principio *pro homine* con miras a establecer una más amplia protección de la persona humana a través de la aplicación de diversos tratados de derechos humanos. Así, en el caso “*S., V. vs. M., D.A.*” (1639) recurrió al principio de la buena fe y a las pautas hermenéuticas específicas de la CADH y de la Convención sobre los Derechos del Niño citando para ello el artículo 29 de la CADH y el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que recepta también el principio *pro homine* (1640).

Por otro lado, si bien el artículo 29 ha sido utilizado por la Corte IDH para fundamentar la referencia a otras ramas del derecho internacional, como el derecho internacional humanitario, la Corte ha hecho una distinción entre la

(1634) Corte IDH, Caso *Masacre de Mapiripán*, *ya cit.*, párr. 115.

(1635) Medidas de protección para los niños.

(1636) Corte IDH, Caso *Masacre de Mapiripán*, *ya cit.*, párr. 153.

(1637) Corte IDH, Caso *Villagrán Morales*, *ya cit.*, párr. 194.

(1638) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 18/03, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, del 17-9-03, párr. 55.

(1639) CSJN, *S., V. c/ M., D. A.*, 2001, Fallos 324:975.

(1640) El artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “*Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado parte; o b) El derecho internacional vigente respecto de dicho Estado.*”

interacción interpretativa y la aplicación de otros instrumentos internacionales, señalando que si bien el tribunal puede hacer referencia a otros tratados a los efectos de interpretar el alcance y contenido de los derechos reconocidos en la CADH, sólo está autorizada a aplicar esta última (1641). Es decir, si bien la Corte IDH puede traer a colación otros instrumentos internacionales, sólo tiene facultad para decidir sobre la responsabilidad de algún Estado parte sobre la violación de algún derecho establecido en la CADH o en otro instrumento internacionales que amplíe su competencia como órgano de aplicación de dicho instrumento (1642).

Ahora bien, el inciso b) del artículo 29 establece también que no se puede “delimitar el goce o el ejercicio de los derechos o libertades reconocidos en las leyes internas de los Estados partes”. Es decir que la CADH propone el correlato al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, que establece que un Estado parte de un Tratado no puede invocar su derecho interno para incumplirlo. Aquí, un Estado no podría invocar la CADH para incumplir con una ley que sea más favorable a la persona humana, todo esto en concordancia con el principio de progresividad del mismo instrumento regional.

Alcance de los derechos reconocidos en la Convención Americana

La Corte IDH ha aplicado el artículo 29 de la CADH para precisar el alcance de otros artículos, como por ejemplo el artículo 4.2 y 4.4 (restricciones a la pena de muerte) y el artículo 13.2, que establece la posibilidad de restringir el derecho a la libertad de expresión. En la OC-3/83 (1643) interpretó conjuntamente los artículos 29 y 30 (alcance de las restricciones) para definir el sentido del artículo 4, incisos 2 y 4. Allí aplicó las reglas establecidas en la Convención de Viena de 1969, considerándolas reglas generales del derecho internacional. Sin embargo, aclaró que en materia de tratados de derechos humanos, el método más adecuado es el método objetivo, que recoge la primacía del texto por sobre los elementos subjetivos relacionados con la mera intención de las partes, aunque luego hizo referencia a los trabajos preparatorios, si bien sólo para confirmar la interpretación textual (1644).

En la OC-5/85 (1645) la Corte IDH afirmó que para conocer el objeto y fin del tratado debían aplicarse los criterios establecidos en el artículo 29.c) y d) y el artículo 32 de la CADH (correlación entre deberes y derechos). Ambos artículos hacen referencia al sistema democrático (“instituciones democrá-

(1641) Corte IDH, Caso *Las Palmeras*, del 4-02-00, Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 5.

(1642) Como por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo XIII.

(1643) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 03/83, *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 Y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)* del 8-09-83.

(1644) Corte IDH, OC 03/83, *ya cit.*, párrs. 50 y 58.

(1645) Corte IDH, Opinión Consultiva, OC 5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 13-11-85.

ticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas), por lo que concluyó que las restricciones deben vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas (1646). Este aspecto será estudiado en el siguiente apartado.

En diversas ocasiones, la Corte IDH ha realizado comparaciones entre la CADH y otros instrumentos internacionales para señalar aspectos particulares del alcance de determinados derechos. Sin embargo, como fue afirmado en la OC-5/85, este método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más de que estén presentes en cualquier otro tratado internacional, conforme lo establece el artículo 29 (1647), ya que así como las regulaciones de la Convención no restringen otros instrumentos internacionales, tampoco podría admitirse que esos otros instrumentos limiten la Convención (1648). En este sentido, el Juez Cançado Trindade ha sostenido que las limitaciones previstas en los tratados de derechos humanos deben ser interpretadas restrictivamente (1649).

A la hora de interpretar y aplicar los tratados de derechos humanos, los tribunales nacionales deben considerar las decisiones de los órganos de protección internacional creados por dichos instrumentos y el alcance dado por ellos a los derechos de la CADH y demás instrumentos del Sistema Interamericano.

Ello ha sido sostenido expresamente por la Corte IDH en el caso “*Almonacid Arellano*” al decir que los jueces no sólo deben tener en cuenta el tratado, sino también la solución interpretativa que la Corte IDH haga (1650).

Así también lo entendió nuestra Corte Suprema de Justicia en el caso “*Simón, Julio H. y otros*” (1651), en el que afirmó que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como las recomendaciones de la Comisión son pauta de interpretación de la CADH. En la misma línea, el Alto Tribunal sostuvo en el caso “*Mazzeo*” el valor vinculante de la interpretación de la CADH realizada por la comunidad internacional (1652).

Sistema democrático

El inciso c) del artículo 29 de la CADH establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o se derivan de la forma democrática republicana de gobierno”. Así, los conceptos de forma demo-

(1646) *Ibidem*, párr. 42.

(1647) *Ibidem*, párr. 45.

(1648) *Ibidem*, párr. 52.

(1649) Corte IDH, Caso *Hilaire vs. Trinidad y Tobago*, del 1-9-01, párr. 17 de su voto razonado; Caso *Constantine, ya cit.*, párr. 17 de su voto razonado y Caso *Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, del 1-09-01, párr. 17 de su voto razonado.

(1650) Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otro vs. Chile*, del 26-9-06, párr. 124.

(1651) CSJN, *Simón, ya cit.*

(1652) CSJN, *Mazzeo, ya cit.*

crática y republicana de gobierno y sociedad democrática se transforman en pautas de interpretación, es decir, en parte del contexto del texto de la CADH (en los términos del artículo 31 de la Convención de Viena de 1969). Vale mencionar que, tanto la Carta de la OEA, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vinculan a los derechos humanos con la democracia.

La interrelación entre democracia y derechos humanos tiene lugar debido a que, por un lado, “el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un pueblo libre” (1653). Sería imposible vislumbrar la efectivización de determinados derechos humanos sin un marco político democrático. Por otra parte, los derechos humanos también hacen con la razón de ser de la democracia (1654). El juego de las minorías en relación a las mayorías permite que éstas tengan el derecho a disentir y que se produzca la orientación periódicamente de la conducción del Estado a través de las elecciones. Ahora bien, el solo hecho de la existencia de un régimen democrático no implica que no se incurra en violaciones de derechos humanos ni que por esto se desnaturalice la democracia.

Cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue creada en Santiago de Chile en el año 1959, se adoptaron varias resoluciones sobre el sistema interamericano de derechos humanos, y en su respectiva Declaración se proclamó que tanto el respeto de los derechos humanos como el ejercicio de la democracia representativa en sede interna garantizarían la efectividad de la armonía entre las Naciones Americanas.

El Preámbulo de la Convención reafirma el propósito de los Estados Americanos de “consolidar en [el] Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre”. Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29.c de la Convención.

Se ha sostenido que la inclusión de estos conceptos en el artículo 29 significa que los derechos humanos deben interpretarse en el contexto de la democracia, es decir que los Estados asumen dos tipos de obligaciones respecto de los tratados de derechos humanos: 1) conferir vigencia a los derechos reconocidos, y 2) aplicarlos en su jurisdicción interna (1655).

(1653) Conf. VASAK, K., *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, trad. al esp. de Sabaté y Rodellar, UNESCO/ Serbal, Barcelona, 1984, Vol. 1, págs. 27 y sig.

(1654) NIKKEN, PEDRO, “Democracia, Desarrollo y Derechos Humanos”; ponencia presentada en el XXII *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos: “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”* organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

(1655) BIDART CAMPOS, *ya cit.*, pág. 44. Allí se refiere a la vigencia sociológica de los derechos humanos, es decir, a la eficacia en el cumplimiento, en la aplicación y en la efectividad, diferenciándola de la vigencia normativa, que sólo se refiere al hecho de que los derechos estén escritos en algún instrumento.

ARTÍCULO 30. ALCANCE DE LAS RESTRICCIONES

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

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

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

I.— Las restricciones permitidas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.— De las restricciones y las leyes

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

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

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

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

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

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

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

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

II.— El principio de legalidad.

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

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

(1673) *Ibidem*, párrs. 16 y 17.

(1674) *Ibidem*, párr. 38.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III.— **Las competencias reglamentarias y legislativas del Poder Ejecutivo**

1.— *Decretos Reglamentarios.*

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

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

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

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

(1686) *Ibidem*, párr. 39.

(1687) *Ibidem*, párr. 44.

(1688) CADH, art. 12.3.

(1689) CADH, art. 15.

(1690) CADH, art. 16.2.

(1691) CADH, art. 22.3 y 22.6.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.— *Decretos Delegados*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 31. RECONOCIMIENTO DE OTROS DERECHOS (1710)

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77 (1711)

Concordancias: art. 29 PIDESC; art. 51 PIDCP.

AGUSTINA FREIJO

Con la inclusión de este artículo se puede observar la clara intención de los constituyentes de esta Convención, que la misma tenga una naturaleza abierta y que capte la esencia dinámica de la ciencia jurídica, es decir que sea un instrumento de protección de los derechos y libertades del hombre, aggiornable a las necesidades y a la evolución del ser humano (sujeto pasivo y activo de la normativa en análisis) y a su contexto (ambiental, jurídico, geofísico, cultural, etc.).

Por otro lado no debería perderse de vista que este instrumento es de un carácter tan amplio que en ciertas ocasiones podría opacarse el objetivo último del mismo. Los grandes juristas y legisladores se pasan la vida en busca de un ideal, el cual es correcto que exista, y al cual se debe intentar llegar y del cual, a su vez nunca se debería desviarse, sin embargo este ideal es un ideal

(1710) En el presente comentario se impone efectuar un especial agradecimiento a la colaboración creativa de la Dra. Fernanda Salomón, sin la cual, el mismo no hubiera sido posible.

(1711) **Artículo 76.**

1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención.

2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados partes, entrarán

Artículo 77.

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados partes en el mismo.

tan elevado y abstracto que muchas veces se opaca la necesidad de lo cotidiano. Esto fue captado por escritor latinoamericano Eduardo Galeano en su libro "Patatas arriba. La escuela del mundo al revés" Editorial Catálogos.

No se puede dejar de observar, que este artículo al contemplar la incorporación de nuevos derechos y libertades, en el caso en que este procedimiento es concretamente llevado a cabo, no debería tenerse en cuenta como una reforma, dado que no ataca la esencia misma de la Constitución Nacional, sino que sólo la convierte en una herramienta idónea capaz de adaptarse a las distintas realidades que constantemente se van suscitando en la vida cotidiana de un país. En el convencimiento de que el derecho positivo no es sino el marco regulador de las conductas de una sociedad, y por obviedad, expresión misma de la sociedad a la que se dirige, es que también es necesariamente flexible y adaptable.

La rigidez absoluta de una norma es su mismo certificado de defunción, por lo que se entiende que la proyección del artículo en cuestión, que plantea la posibilidad de inclusiones futuras de nuevos y complejos derechos y el rango constitucional que representan los tratados internacionales, no son sino, una herramienta excelente que pretende una economía jurídica y procesal al flexibilizar el derecho positivo a las necesidades cambiantes de sus propios destinatarios, que no son otros que su propio pueblo, razón única de su existencia.

Así por medio de este artículo fueron incorporados hasta la fecha sólo 4 Protocolos Adicionales a la Convención, de los cuales uno no fue ratificado aun por la Argentina.

De este modo se encuentran dentro de los derechos y libertades protegidos por esta Convención y, en consecuencia, por la Constitución Nacional de la República Argentina:

- **El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador".** Adoptado en San Salvador, El Salvador el día 17 de Noviembre de 1988, por la Asamblea General en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones (1712). Ratificado por Argentina el 30 de Junio de 2003 y depositado el instrumento el 23 de Octubre de 2003.

El mismo fue instituido a sabiendas de que "los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales (ya han) sido reconocidos en anteriores instrumentos internacionales (...) resulta de gran importancia que éstos (derechos) sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar América" (1713). "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona huma-

(1712) Ver. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (20-6-09).

(1713) Protocolo de San Salvador, Prólogo.

na (...). Recordando que (...) sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (y el conjunto de derechos inherentes al hombre en general).

- **“Protocolo Adicional para Prevenir y Sancionar la Tortura” (1989).** Adoptado en Cartagena de Indias, Colombia el 9 de diciembre de 1985 en el décimoquinto período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General. Firmado por Argentina el 2 de octubre de 1986, ratificado con fecha 11 de noviembre de 1988 y depositado el instrumento el 31 de marzo de 1989 (1714).

El artículo 2º dice “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.” de este modo, no se puede dejar de observar la cercanísima relación con el protocolo anteriormente mencionado. Ya que muchas de las imposibilidades que azotan a Latinoamérica, y, sobre todo la pobreza, podrían caer dentro de la definición recién citada.

- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención de Belem do Pará” (1996)** (1715). Adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General firmada por Argentina el 10 de junio de 1994, ratificada el día 9 de mayo de 1996 y depositado el respectivo instrumento con fecha 5 de julio de 1996.

Esta Convención al tener una amplia protección de los derechos de la mujer genera lo que en palabras de Carlos Nino se denomina “*discriminación inversa*” que al contrario del uso de popular de la palabra no tiene ninguna connotación negativa, al contrario. Es un tipo de discriminación legítima que tiende a la equiparación de ciertas desigualdades. Y genera obligaciones directas al Estado para lograr su objetivo global.

- Y por último, el “**Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de**

(1714) <http://www.oas.org/juridico/firmas/a-51.html>

(1715) <http://scm.oas.org/Reference/spanish/CIDH/O.%20Convencion%20de%20Belem%20do%20Para.doc> (20-6-09).

Muerte" (1716). Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General de conformidad con el artículo 4. Este Protocolo sin embargo no fue aun ratificado por la Argentina. Sin embargo conforme al artículo 4° de la Convención en análisis "(...) tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente" y en la Argentina esto no representa trasgresión alguna ya que en el ámbito civil la pena de muerte no existe como castigo penal.

Por el momento no existen nuevas incorporaciones conforme al artículo en análisis. Por lo tanto la comunidad americana toda queda a la espera de nuevos protocolos adicionales en pos de los derechos humanos.

(1716) <http://scm.oas.org/Reference/spanish/CIDH/I.%20Protocolo%20relativo%20a%20la%20pena%20de%20muerte.doc> (20-6-09).

ARTÍCULO 32. CORRELACIÓN ENTRE DEBERES Y DERECHOS (1717)

1— Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.

2— Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Concordancias: arts. 29 DUDH, 28, 29 y 30 DADDH.

AGUSTINA FREIJO

Introducción

En palabras de la Corte IDH, este artículo es un *criterio de interpretación* (1718). El mismo sirve para armonizar los derechos y libertades con las limitaciones y deberes de los particulares.

La segunda parte del presente artículo tiene una correlación con los arts. 14, 19 y 28 de nuestra Constitución Nacional y de allí que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema no haya hecho un pleno y/o explícito uso del mismo, ya que puede subsumirlo en las normas constitucionales mencionadas.

Ahora bien, es sabido que los derechos de los particulares no son absolutos, que los mismos están sujetos a reglamentación —luego veremos mediante qué instrumento estatal debe realizarse la misma— la que no puede desnaturalizar el derecho reglamentado so riesgo de convertirse en irrazonable y, por último; que todo aquello que no esté prohibido, está permitido para los individuos, y que las acciones privadas de los hombres “*que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”. Estas prescripciones han sido consagradas desde un primer momento por nuestro texto constitucional y peculiarmente su fuente no es la Constitución norteamericana.

(1717) En el presente comentario se impone efectuar un especial agradecimiento a la colaboración creativa de la Dra. Fernanda Salomón, sin la cual, el mismo no hubiera sido posible.

(1718) Corte IDH, OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas*, del 15-11-85.

Punto de partida

Desde que todo caso de derecho se refiere siempre a una contraposición de valores o derechos en juego donde las partes antagónicas de un caso fundarán sus pretensiones en un valor o derecho que chocará con el de la contraparte y además, desde que el derecho no es otra cosa —en términos ego-lógicos— que conducta en interferencia intersubjetiva, resulta que la Corte Suprema ha enarbolado una larga jurisprudencia sobre las limitaciones de los derechos y libertades de los individuos, de tal forma que:

a) el Máximo Tribunal ha tratado desde sus comienzos los problemas suscitados por las limitaciones a los derechos y libertades de los particulares, originando una vasta jurisprudencia al respecto;

b) por otro lado, en base a ello, sigue remitiendo en la mayoría de los casos a su doctrina judicial sin aplicar la interpretación de este art. 32 efectuada por los tribunales internacionales competentes;

c) y por último, “la ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2º, esto 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” (1719).

Por lo tanto, resulta necesario analizar cuáles son los criterios que han utilizado los tribunales internacionales en la interpretación y aplicación de este precepto y ver cómo se interrelacionan con los principios de nuestra Constitución nacional al respecto. Es decir, el art. 32 CADH puede ser subsumido en el juego de los arts. 14, 19 y 28 de la Constitución nacional (como finalmente ocurre en la práctica), de forma tal que los tribunales nacionales no tienen siquiera la necesidad de mencionarlo en sus fallos sin por eso incumplir la CADH. En esta inteligencia, el *quid* de la cuestión reside en averiguar si cuando los tribunales nacionales aplican los arts. 14, 19 y 28 mencionados lo hacen siguiendo la pauta interpretativa del art. 32 o si por el contrario, siguen aplicando el mismo esquema interpretativo tradicional omitiendo las consecuencias necesarias que se derivan de aplicar el art. 32 CADH en las *condiciones de su vigencia*.

Para ello, puntualizaremos cuáles son las condiciones de vigencia del art. 32 de acuerdo a la interpretación y aplicación del mismo por parte de los organismos internacionales correspondientes.

El principio pro homine.

El punto de partida es que “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado” (1720). Asimismo, vale resaltar el principio *pro homine*, que

(1719) CSJN, *Giroldi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación - causa N° 32/93*, 1995, Fallos 318:514.

(1720) Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado”, *LL*, 1997-F, 696, comentario al fallo de la CSJN in re *Arce*,

“es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” (1721).

Este principio modifica definitivamente —y por si alguna duda quedaba— la estructura constitucional misma, colocando a los derechos como eje principal del constitucionalismo actual y a la organización política a los efectos de servir como garantía y protección de estos derechos (1722).

La reserva legal

Sobre este punto cabe señalar que las limitaciones a los derechos y libertades sólo pueden ser efectuadas por ley emanada del Congreso de la Nación. Esto surge claramente de los siguientes artículos constitucionales: *a*) 14 (Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio); *b*) 19 (Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe); y *c*) 28 (Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio). Este plexo normativo se condice perfectamente con el art. 30 de la CADH y la doctrina de la Corte IDH al respecto (1723).

La razón de ser de esta doctrina tiene basamento en que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que es-

reproducido también en GORDILLO, AGUSTÍN, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, pág. 165 y ss.

(1721) Ver PINTO, MÓNICA, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en AA.VV., ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (COMPILADORES), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, págs. 163-171.

(1722) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, pág. 27; también, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “El valor normativo directo de la Constitución española de 1978”, en *Problemas del derecho público al comienzo de siglo*, Madrid, Cívitas, 2001, pág. 105 y ss.

(1723) Ver Corte IDH, OC-6/86, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, del 9-5-86. En esta OC la Corte ha señalado “que la palabra «leyes» [...] significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento previsto en las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”, (ver párr. 38).

tén 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 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” (1724).

En base a este plexo normativo y a la interpretación y aplicación de los tribunales internacionales competentes es dable concluir que en nuestro ordenamiento interno *no existen zonas de reservas de la administración* (1725).

Ello es así pues “todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso, con la única salvedad de que tal regulación no sea irrazonable” (1726). A mayor abundamiento cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte IDH obliga a que toda regulación de los derechos fundamentales sea efectuada mediante ley emanada del Congreso.

Otro fundamento es que la zona de reserva de ley significa un ámbito de libertad y que la errónea utilización de la denominada zona de reserva de la administración lo que viene a significar es un ámbito de poder (1727). Esto, obviamente, es contrario a la jurisprudencia de la Corte IDH (1728).

Finalmente resta señalar que en ningún artículo de nuestra Constitución nacional se hace referencia a ninguna zona de reserva de la administración, aún más, todos los *supuestos* reglamentos autónomos pueden quedar perfec-

(1724) Corte IDH, OC 6/86, *ya cit.*, párr. 22.

(1725) Ampliar en GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, FDA, 2000, 5º ed, Parte General, Cap. VII, pág. 21 y ss. Ver también FIORINI, BARTOLOMÉ A., “Inexistencia de las reservas del poder administrador”, *LL.*, 152-964. Del mismo autor, *Derecho Administrativo*, t. I, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, págs. 163-165.

(1726) GORDILLO, *Tratado*, t. 1, *op. cit.*, Cap. VII, pág. 23.

(1727) FIORINI, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, t. 1, págs. 163-165.

(1728) Ver Corte IDH, OC 6/86, párr. 27, donde expresó que “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*” (el destacado es nuestro).

tamente subsumidos como reglamentos de ejecución, los que sí están expresamente regulados en el art. 99, inc. 2º, del texto constitucional.

Por lo tanto, otro argumento de peso con base supranacional se suma para que los tribunales eliminen en forma definitiva del ordenamiento jurídico argentino la denominada zona de reserva de la administración (1729).

La vaguedad de los términos

a) Como se ha señalado, “el principal obstáculo para una aplicación unívoca de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de conceptos indeterminados” (1730). En el artículo en cuestión, existen varios términos que llevan a zonas grises, como por ejemplo, “la seguridad de todos”, el “bien común”, las “justas exigencias en una sociedad democrática”.

Ahora bien, ha expresado la Corte IDH que “podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público”, es decir, “es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común”, pero sin embargo ello no indica que “en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado”. De esta manera, “El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas” (1731).

En lo referente al alcance que la Corte le otorga al término “bien común”, cabe citar que “dentro del contexto de la Convención, 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” (1732).

(1729) La jurisprudencia de los tribunales nacionales ha aceptado esta teoría, ver al respecto el análisis jurisprudencial de COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La denominada «zona de reserva de la administración» y el principio de la legalidad administrativa”, en CASSAGNE, JUAN CARLOS (DIRECTOR), *Derecho administrativo. Obra Colectiva en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 193 y ss.

(1730) THOMPSON JIMÉNEZ, JOSÉ, “Las cláusulas limitativas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Compilación de trabajos académicos del curso interdisciplinario en derechos humanos (1983-1987)*, J. THOMPSON J. (ED.), San José, IIDH, 1989, págs. 29-53, especialmente pág. 39, citado por PINTO, *op. cit.*, pág. 168.

(1731) Corte IDH, OC-5/85, párrs. 64/65.

(1732) *Idem*, párr. 66.

Esta conceptualización tiene gran importancia en pos de la actividad de los poderes públicos. En lo referente a la actividad estatal, entonces, el bien común o el interés público, no es el interés del gobierno de turno, sino que cada integrante de la comunidad debe ver reflejado su interés personal en el interés común (1733). Esto acota el marco de actuación de los poderes públicos, ya que el límite es expreso, pues el interés público o bien común, como señala Gordillo, es “*sólo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes — actuales y/o futuros— y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redundando en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad*” (1734).

b) Sin embargo, la Corte Interamericana es consciente de “la dificultad de precisar de modo unívoco” este concepto, así como que el mismo puede ser utilizado “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” (1735).

Al respecto expresa 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 (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñidas 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” (1736).

Y en este sentido señala que “puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el

(1733) Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, 6° ed., Buenos Aires, FDA, 2003, Cap. VI, § 5.1, pág. 29.

(1734) GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado...*, t. 2, *op. cit.*, Cap. VI, § 5.1, pág. 29. Ver también Tribunal en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, *Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires IX Distrito s/amparo*, 4-VI-2002; Juzg. CA N°1 La Plata, *Eco-dyma*, 11-IV-2004 con nota de INÉS D'ARGENIO, “Un juez contra el eje autoritario del derecho administrativo”, *LL, SJDA*, 2004 (noviembre), pág. 7 y NATALIA MAINETTI/ DANIELA ALETTI, “El Poder Ejecutivo provincial vs. La Justicia efectiva”, *LL, SJDA*, 2004 (octubre), pág. 16. Ampliar en: GORDILLO, *op. cit.*, cap. VI, § 5.1 a § 5.4, págs. 28-32; xx Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, secc. A, § 84 a § 87, págs. 143-9, 2ª ed. en prensa; “La cuestión del interés público vinculado a la emergencia”, en MILJIKER, MARÍA EVA (Coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2003, págs. 31-40; ARIAS, LUIS FEDERICO, “Derecho Administrativo: ¿ciencia jurídica o ciencia ficción?”, en SCHEIBLER, GUILLERMO (Coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2005, págs. 101-9 y ALETTI, DANIELA / BONINA, NICOLÁS, “La verdad material: ¿Mito o realidad?”, *LL*, 2006-D, 1043.

(1735) Corte IDH, OC-5/85, párr. 67.

(1736) *Ibidem*.

funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana” (1737).

De aquí obtenemos otra conclusión fundamental que no ha sido seguida por la Corte Suprema en el caso *Bramajo* (1738), “no puede limitarse un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico interno [*y tampoco por el supranacional, agregamos*] utilizando como argumento la vigencia del tratado” (1739).

De esta manera, los términos orden público y bien común no pueden utilizarse como medios para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real a derechos garantizados por la Convención o por el ordenamiento constitucional interno. Y cuando estos términos se utilicen para restringir algún derecho, tal restricción deberá estar ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática.

c) La Corte IDH ha señalado al respecto que estas restricciones fundadas en el bien común o en el orden público deben ser necesarias (1740). Al respecto señaló —basada en la doctrina de la Corte Europea de Derechos Humanos— “que ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la ‘existencia’ de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna.’ (Eur. Court H. R., **The Sunday Times case**, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (**The Sunday Times case, supra**,

(1737) Corte IDH, OC-5/85, párr. 66.

(1738) Ver CSJN, *Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa N° 44.891*, 1996, Fallos 319:1840; y el comentario de ABREGÚ, MARTÍN, “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”, en ABREGÚ/COURTIS (compiladores), *La aplicación...*, op. cit., págs. 3-31 especialmente, pág. 21 y ss.

(1739) ABREGÚ, op. cit., pág. 21.

(1740) Advertimos, sin embargo, que este principio de necesidad no se aplica a todos los derechos por igual o, dicho de otro modo, se lo aplica pero con distintas graduaciones.

párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., **Barthold** judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26)" (1741).

Por lo tanto, el Estado ante una restricción que sea cuestionada debe demostrar que fue necesaria en el sentido señalado *supra*, es decir, que *entre varias opciones para alcanzar un objetivo determinado, se ha escogido aquella que restringe en menor medida el derecho protegido*.

Nuestra Corte Suprema ha señalado "[q]ue la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica "adecuación" a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada." (1742) Sin embargo, al igual que en el caso de la Corte IDH, este principio no se aplica a todos los derechos por igual, aunque debiera, pues este estándar jurídico hace hincapié en que la estructura constitucional tiene como eje los derechos y la organización política existe y sirve para proteger y garantizar a los primeros (1743), así como también que el interés público o bien común no es una enteología metafísica determinada por los gobernantes de turno, sino que debe ser la materialización de una mayoría de intereses concretos individuales coincidentes, utilizando las palabras de Gordillo (1744). Es decir, este nuevo estándar jurídico contiene un distinto juicio axiológico y por ello debiera extenderse su aplicación a todos los derechos.

De allí que consideremos que a partir de este estándar debiera modificarse sustancialmente el análisis de razonabilidad (1745) en el derecho interno, pues ya no es la parte quien deberá demostrar que la restricción no es proporcionada, sino que es el Estado —mediante la inversión de la carga de la prueba— quien debe demostrar que la misma es la que menos restringe el derecho protegido a efectos de cumplir con los objetivos perseguidos (1746).

(1741) Corte IDH, OC-5/85, párr. 46.

(1742) CSJN, *Hooft, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 2004, Fallos 327:5118.

(1743) Ver *supra*, nota 5.

(1744) Ver *supra*, notas 16 y 17.

(1745) Ver GORDILLO, *Tratado...*, t. 1, *op. cit.*, Cap. VI, pág. 39 y ss.

(1746) Cabe señalar que en materia de derechos sociales, por el principio de progresividad o no regresividad de los derechos humanos, los tribunales nacionales aplican esta regla, es decir, ante una restricción a un derecho que se venía garantizando con anterioridad, el Estado debe demostrar debidamente que a pesar de una austera y prolija administración, continuar garantizando el derecho en cuestión derivaría en perjuicio de otras prestaciones de mayor valor social; ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "Una prestación de salud justamente discernida por vía de amparo", *ED*, 144: 224.

d) De esta manera “las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno” (1747).

Por lo que en estos objetivos colectivos —que propenden al bien común— los particulares deben ver representados sus propios objetivos, caso contrario, no se tratará del bien común ni de objetivos colectivos.

A su vez, la Corte ha señalado que “Un Estado no tiene discreción absoluta para decidir sobre los medios a adoptarse para proteger el “bien común” o el “orden público” (1748). Y por lo tanto, “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor medida escala el derecho protegido” (1749).

De esta manera, orden público y bien común constituyen conceptos jurídicos indeterminados, que serán utilizados válidamente cuando el Estado cumpla con los requisitos mencionados *ut supra*.

e) En cuanto a las limitaciones a los derechos y libertades de los seres humanos, cabe señalar que las mismas deben emplearse de manera estricta (1750) ya que “El ejercicio de la autoridad pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” (1751).

Asimismo, para que una medida que afecte los derechos protegidos por la Convención sea considerada válida debe “1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos” (1752).

En cuanto al significado del término la “seguridad de todos”, la Comisión señaló en un caso llevado a su examen, que si bien es necesario tomar ciertos recaudos para las visitas a los prisioneros en pos de la seguridad pública, éstas deben ser establecidas por ley y la misma debe establecer con precisión los supuestos en que deben utilizarse, para reducir la discrecionalidad del aplicador. Ya que “Aunque la medida en cuestión puede adoptarse excepcionalmente para garantizar la seguridad en ciertos casos específicos, no puede

(1747) CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506, *Sra. X c. Argentina*, del 15-10-96, párr. 58.

(1748) CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506, *Sra. X c. Argentina*, ya cit., párr. 59.

(1749) *Ibidem*, párr. 74.

(1750) *Ibidem*, párr. 57.

(1751) *Ibidem*, párr. 51.

(1752) *Ibidem*, párr. 60.

sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública” (1753).

De esta manera, “La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. Para justificar las restricciones de los derechos personales de los visitantes no basta invocar razones de seguridad. Después de todo, se trata de buscar un balance entre el interés legítimo de los familiares y de los presos de realizar visitas sin restricciones arbitrarias o abusivas, y el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías” (1754).

Es decir que, en este caso, al igual que en el del interés público, no puede utilizarse sin más el argumento de la seguridad de todos para restringir derechos de manera arbitraria o abusiva. En fin, en cada caso deberá acreditarse cuáles son los supuestos que ponen en riesgo la seguridad pública y de qué manera, para poder desprender de ello cuáles serán las restricciones que se implementarán, las que deberán ser proporcionadas y constituir las opciones menos restrictivas.

f) En cuanto al término democracia, cabe señalar que es el sistema más adecuado para el desarrollo de los derechos y valores humanos.

La primera parte del artículo

a) “(E)n la vida de un hombre está la vida de todos los hombres” (1755), lo cual significa que cada hombre —que es único y distinto— pertenece a un género más amplio. Es decir, todos nacemos, nos desarrollamos y morimos; todos reímos, lloramos, sufrimos y nos sentimos felices; todos, en definitiva, pasamos por circunstancias similares, con la salvedad del tiempo y el lugar en el cual nos toca vivir. Ergo, cada daño que nosotros hacemos para con el otro, en realidad nos lo estamos infringiendo a nosotros mismos como género.

Como escribió San Agustín *ama y haz lo que quieras*, pero debe ser un amor hacia uno mismo, hacia los otros, y hacia la naturaleza. Se trata, en fin, de una antigua idea filosófica: encontrar el justo medio del que hablaba Aristóteles, mediante *la armonía entre uno, los otros y el resto* (1756).

(1753) CIDH, Informe N° 38/96, Caso 10.506, *Sra. Xc. Argentina, ya cit.*, párrs. 64 y 68.

(1754) *Ibidem*, párr. 70.

(1755) CASONA, ALEJANDRO, *La barca sin pescador*, 22° ed., Buenos Aires, Losada, 1991, Acto Tercero, pág. 148.

(1756) Y comprender que todos somos uno. Como escribió CASONA “Para sufrir con el dolor ajeno, lo primero que hace falta es imaginación”, CASONA, *op. cit.*, Acto Tercero, pág. 148. Para una perspectiva del alcance psicológico de este término medio, ver el excelente trabajo de FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós, 1973.

De tal forma, no podemos olvidar que cada individuo es parte integrante de una sociedad, es decir, de un conjunto de individualidades que funcionan pura y exclusivamente con la coparticipación conjunta y lograda de cada una de estas personas.

b) El primer deber que cada uno tiene para con la comunidad es ayudar a su progreso, no sólo en términos económicos; sino colaborar, coadyuvar en todos los sentidos posibles y siempre desde el lugar que a cada uno le toque vivir. El resto de los deberes positivos o específicos sólo son consecuencias o desprendimientos de este primer deber. Por ello, esta primera parte del artículo en cuestión es una plataforma de acción, una postulación de principios. Esta conclusión resulta importante para un país tan presidencialista como el nuestro: no debemos esperar todo de tal o cual gobernante, porque a cada uno de nosotros desde el lugar que ocupemos nos compete la comunidad a la que pertenecemos y somos útiles para algo. Y todos podemos contribuir a su desarrollo.

El desarrollo de nuestra comunidad es una tarea de todos, particulares, asociaciones, ONGs, gobiernos, etc. No hay que sentarse a criticar y esperar que el otro comience. El primer paso siempre debe darlo cada uno de nosotros (1757).

c) En cuanto a los deberes de la familia, consideramos que lo más importante es resaltar la función de la misma dentro del esquema de la sociedad y del Estado mismo, ya que la importancia de la familia como generadora

(1757) Uno de los problemas con el que nos enfrentamos es progresar hacia una nueva cultura ciudadana, y que todos entendamos que cada uno puede hacer algo para ello. LONDOÑO, ROCÍO, “La Cultura Ciudadana como estrategia integral para fortalecer la convivencia urbana (Las experiencias de Bogotá)”, en *Urbe et Ius*, Buenos Aires, Edición III, Otoño MMV, págs. 49-60, da cuenta de una experiencia que tuvo inicio en la ciudad de Bogotá, Colombia. Señala esta autora que en esta ciudad se desarrolló un programa de Cultura Ciudadana, que fue definido de la siguiente manera: “Cultura ciudadana es el conjunto de costumbres, acciones y reglas mínimas compartidas que generan sentido de pertenencia, facilitan la convivencia urbana y conducen al respeto del patrimonio común y al reconocimiento de los derechos y deberes ciudadanos. Su propósito es desencadenar y coordinar acciones públicas y privadas que inciden directamente sobre la manera como los ciudadanos perciben, reconocen y usan los entornos sociales y urbanos y cómo se relacionan entre ellos en cada entorno. Pertenecer a una ciudad es reconocer contextos y en cada contexto respetar las reglas correspondientes. Apropiarse de la ciudad es aprender a usarla valorando y respetando su ordenamiento y su carácter de patrimonio común” (p. 50). Esta autora cita unas palabras del alcalde ANTANAS MOCKUS, “La innovación clave fue asumir que un gobierno local puede, con el fin de cambiar o de consolidar algunos comportamientos, intentar con éxito influir de manera puntual sobre la cultura y la conciencia y no sobre la ley y sus mecanismos de aplicación” (p. 50). Además, la autora especifica los distintos resultados de esta experiencia, que aunque son lentos, también son positivos.

de los valores y constructora de la personalidad del individuo es indiscutible (1758).

En la familia el individuo adquiere los primeros modelos de conducta, y aprehende la mayoría de los valores que lo regirán en su vida adulta. Asimismo, como una de las instituciones primarias, el individuo comienza a forjar su personalidad (1759), qué es lo que se espera de él, etc. Por ello, la familia actúa como la célula principal del ser humano-individuo en su primer contacto con el mundo exterior. Los deberes de cada uno para con la familia deben partir de considerar en su magnitud la importancia de esta institución y coadyuvar a que sea un cultivo de aprendizaje y valores, de modelos y optimismo respecto de la sociedad cívica, pues el parasistema (1760) y su práctica se aprenden y desarrollan en la familia (1761). Ergo, luego no podemos quejarnos de reglas de juego “parasistemáticas” que nosotros mismos hemos enseñado a aprovechar a nuestros hijos.

No debemos olvidar que desde el fallo *Sejean* (1762), la familia debe también ser considerada dentro de la categoría “tiempo”, es decir, debe percibirse el cambio social que en ella reside para no quedarnos en compartimentos estancos (1763).

Consideraciones finales

Como puede observarse, todavía resta mucho por hacer. En definitiva, aun cuando los tribunales nacionales puedan obviar la mención al art. 32 CADH en virtud del juego de los arts. 14, 19 y 28 de la Constitución nacional, la aplicación de estos últimos se hace omitiendo también las consecuencias que se derivan de la interpretación del art. 32 por parte de los organismos internacionales. Es decir que, indirectamente por omisión, se violenta el art. 32 CADH, ya que se impide que las consecuencias de tal criterio interpretativo —en palabras de la propia Corte IDH— hagan raíz en nuestro derecho interno, tal como acabamos de ver.

La tarea corresponde a todos, pues, tal como establece la primera parte del artículo en comentario, *toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad*, en nuestro caso, todos y cada uno de nosotros, desde nuestro propio ámbito de acción, tenemos el deber de enfatizar y solicitar la plena vigencia de la normativa sobre los derechos humanos tal como

(1758) Como explica FILLOUX, J.-C., *La personalidad*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, pág. 64 y ss.

(1759) O personalidad básica, como explica FILLOUX, *idem*.

(1760) Ver GORDILLO, AGUSTÍN, *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, reimpresión, Madrid, Cívitas, 1995.

(1761) Como señalamos en BONINA, NICOLÁS, “El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado”, en *Res Pública Argentina*, 2006-1, pág. 91.

(1762) CSJN, Fallos 308:2268.

(1763) Como sucedió en CSJN, *E., F. E., s/ Sucesión ab intestato*, 1987, Fallos 310:1080.

ha sido interpretada y aplicada por los organismos internacionales correspondientes y, para que ello suceda, resulta fundamental receptor las consecuencias jurídicas que los organismos internacionales han desprendido del criterio interpretativo del art. 32 CADH.

Finalmente, la omisión de tal aplicación redundaría en una violación al texto constitucional consagrado en el art. 75, inc. 22, párr. 2º y a la propia jurisprudencia de la CSJN a partir del ya citado caso *Giroldi*.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE ENERO DE 2013
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA

