

# REVISTA DERECHO CONSTITUCIONAL

---

CONSTITUTIONAL LAW MAGAZINE

Año 1 · Nro. 1. Noviembre 2019

ISSN Versión online: 2683-9016



UBP  
UNIVERSIDAD  
BLAS PASCAL

Revista de la Sala de Derecho Constitucional y  
Derecho Procesal Constitucional  
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)  
Universidad Blas Pascal



# REVISTA DERECHO CONSTITUCIONAL

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS  
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL | Córdoba, Argentina.

---

Año 1 · Nro. 1. Noviembre 2019 // ISSN Versión online: 2683-9016



# REVISTA DERECHO CONSTITUCIONAL

---

ISSN Versión online: 2683-9016

## CONSEJO EDITORIAL

- DIRECTOR: DR. LORENZO BARONE  
(UNIVERSIDAD BLAS PASCAL – UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA)
- SECRETARIO AB. HUGO ZANATTA  
(UNIVERSIDAD BLAS PASCAL)
- SECRETARIO AB. MATIAS DANTE BERARDO  
(UNIVERSIDAD BLAS PASCAL – UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA)

## CONSEJO CIENTÍFICO

- DR. RICARDO HARO  
(UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA – UNIVERSIDAD BLAS PASCAL)
- DR. HUGO VALDEZ  
(UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA – UNIVERSIDAD BLAS PASCAL)
- DR. GUILLERMO FORD  
(UNIVERSIDAD BLAS PASCAL – UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CÓRDOBA)
- DR. ALBERTO ZARZA MENSAQUE  
(UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA – UNIVERSIDAD BLAS PASCAL)
- ING. NESTOR PISCIOTTA  
(UNIVERSIDAD BLAS PASCAL)

## DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

- MAURICIO TAGLIAVINI



Copyright © 2019 by Editorial UBP  
Todos los derechos reservados

**Director**  
Néstor Pisciotta  
Av. Donato Álvarez 380  
CP X5147ERG Argüello, Córdoba  
Argentina  
Tel: 54 (0351) 414-4444  
Para mayor información  
contáctenos en [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)  
O vía e-mail a: [editorialUBP@ubp.edu.ar](mailto:editorialUBP@ubp.edu.ar)

**Publicación editada e impresa en**  
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,  
ya sea total o parcial, en forma idéntica o  
con modificaciones, escrita a máquina por el  
sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso,  
etc., que no fuera autorizada por  
Editorial UBP, es violatoria de derechos  
reservados. Su infracción está penada por  
las leyes 11.723 y 25.446. Toda utilización  
debe ser solicitada con anterioridad.

#### **Revista Derecho Constitucional**

Publicación anual de la Sala de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: [salaconstitucional@ubp.edu.ar](mailto:salaconstitucional@ubp.edu.ar)

ISSN (Versión online): 2683-9016

Esta Revista no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

# ÍNDICE

---

<b>EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS FACULTADES PRIVATIVAS DE LOS PODERES ESTATALES, EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA</b> Ricardo HARO .....	<b>11</b>
<b>LAS CONSTITUCIONES HISTORICAS</b> Walter F. CARNOTA .....	<b>28</b>
<b>ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO</b> Tomas Guillermo RUEDA .....	<b>38</b>
<b>EL DISEÑO CLÁSICO O ANGLOSAJÓN DE JUICIO POR JURADOS Y LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE MOTIVAR: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTER- AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.</b> Carlos Martin VILLANUEVA .....	<b>51</b>
<b>LA TRASCENDENCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL</b> Carlos Hugo VALDEZ .....	<b>69</b>
<b>EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. LA NUEVA CARA DE UN DERECHO TAN VIEJO COMO POLÉMICO</b> Oscar PUCCINELLI .....	<b>79</b>

**LOS DERECHOS INDIVIDUALES AFECTADOS HOMOGÉNEAMENTE Y  
LOS PROCESOS COLECTIVOS COMO INSTRUMENTO PARA SUPERAR  
OBSTÁCULOS AL ACCESO A LA JUSTICIA. (A DIEZ AÑOS DEL CASO  
HALABI)**  
Ramiro ROSALES CUELLO ..... 92

**ALGUNOS APORTES EN TORNO A LA ACCIÓN DECLARATIVA DE  
INCONSTITUCIONALIDAD Y A SU CARÁCTER PREVENTIVO.**  
Elcira María TORRES ALIAGA .....105

**NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA MUTACIÓN DEL SISTEMA DE  
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN  
ARGENTINA**  
Andrés Marcelo DE GAETANO ..... 121

---

# EDITORIAL

La Revista Derecho Constitucional es una publicación de la Sala de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

El objetivo central de esta nueva publicación es profundizar los conocimientos y fomentar el desarrollo de actividades en juristas, docentes y alumnos mediante el estudio de las instituciones típicas del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional.

Asimismo, se pretende continuar el desarrollo académico y científico de los egresados de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional y de la Diplomatura en Amparo Constitucional que se dicta en la UBP, además de los docentes y miembros de la comunidad, estimulando su participación a través de la presentación de artículos.

La publicación es anual, pudiendo los profesores y egresados de posgrado ser participantes invitados permanentes a presentar contribuciones, además de recibir la colaboración de autores externos con reconocida trayectoria en el tema.

En este primer volumen, se ofrecen al lector nueve trabajos de doctrina, que se refieren a temas actuales y relevantes en el ámbito del Derecho Constitucional (cuestiones políticas no justiciables, tipologías de constituciones históricas, la constitucionalización del derecho privado y los juicios por jurado), y del Derecho Procesal Constitucional (la trascendencia del estudio del Derecho Procesal Constitucional, habeas data, procesos colectivos, acción declarativa de inconstitucionalidad, y sistemas de control de constitucionalidad).

**Lorenzo Daniel Barone**  
**Hugo Zanatta**  
**Matias Dante Berardo**



---

# 1. DOCTRINAS

---



# EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS FACULTADES PRIVATIVAS DE LOS PODERES ESTATALES, EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

---

## THE JURISDICTIONAL CONTROL OF THE PRIVATE POWERS OF THE STATE POWERS, IN THE DOCTRINE OF THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE ARGENTINE NATION

---

RICARDO HARO<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

El control jurisdiccional del ejercicio de las llamadas *facultades privativas* de los poderes del Estado, forma parte como un capítulo específico comprendido dentro del planteo general de las denominadas cuestiones no justiciables o cuestiones políticas.

Se realizara en la primera parte un análisis sobre la normatividad y arbitrio político, las cuestiones políticas y los presupuestos del acto estatal, la zona de reserva política, y ¿Cuándo procede o no, el control judicial?.

Luego se desarrollan las facultades privativas y las cuestiones políticas, con algunos pronunciamientos paradigmáticos de la Corte Suprema sobre la justiciabilidad de las facultades privativas, para llegar a las conclusiones finales.

### ABSTRACT

The jurisdictional control of the exercise of the so-called exclusive powers of the powers of the State, forms part as a specific chapter included in the general statement of the so-called non-justiciable issues or political issues.

In the first part, an analysis will be carried out on the normativity and political discretion, the political issues and the budgets of the state act, the political reserve zone, and when does the judicial control

---

<sup>1</sup> El presente trabajo con algunas modificaciones, es similar al presentado para su publicación en los Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba 2019. Profesor Emérito de las Universidades Blas Pascal y Nacional de Córdoba. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

proceed or not?

Then the private powers and political issues are developed, with some paradigmatic pronouncements of the Supreme Court on the justiciability of the private powers, to reach the final conclusions.

PALABRAS CLAVE: El control jurisdiccional - Constitución Nacional - Facultades Privativas - Cuestiones políticas no justiciable - Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

KEY WORDS: Jurisdictional control - National Constitution - Private Powers - Non-justiciable political issues - Court Supreme Justice of the Nation.

## I. A MANERA DE PROEMIO

### 1. Lo jurídico y lo político; el mundo jurídico y el mundo político

El tema referido al control jurisdiccional del ejercicio de las llamadas *facultades privativas* de los poderes del Estado, forma parte como un capítulo específico comprendido dentro del planteo general de las denominadas *cuestiones no justiciables* o *cuestiones políticas*. Es por ello que de modo previo al estudio de aquél, sea necesario señalar que en el trasfondo conceptual de las "cuestiones políticas", surge con decisiva necesidad, la caracterización de *lo político* y de *lo jurídico*. Con Alberto A. Spota<sup>2</sup> quien ha analizado tan agudamente las relaciones de "lo jurídico" con "lo político", podemos expresar que el ordenamiento jurídico establece normativamente el señalamiento de una conducta debida y enuncia una sanción para el supuesto de incumplimiento de esa conducta, de forma tal que la coacción efectivizada objetivamente, se constituye en elemento esencial de "*lo jurídico*".

Desde otra perspectiva, en "*lo político*" campea el arbitrio, como capacidad para decidirse libremente entre opciones que han sido dadas o para crear nuevas opciones, produciendo respuestas eficaces en la superación de los desafíos o incitaciones recibidas por el poder político. En este sentido recurrimos a la reconocida sabiduría del eminente politólogo español Luis Sánchez Agesta<sup>3</sup>, quien con la claridad y profundidad que lo caracteriza, nos señala que *la acción política es actividad social no sujeta a normas jurídicas*, esto es, actividad no normalizada jurídicamente. En la vida social hay actos ordenados, cuya realización y eficacia están previstos por una norma jurídica y que se cumplen de acuerdo con lo que esa norma prescribe. *La acción política, en cambio, no es regular*, cumplida de acuerdo con una regla, sino acción creadora, impulso de lo nuevo y de lo imprevisto. Cuando discurre en el cuadro de una norma, esta norma contiene un amplísimo margen de discrecionalidad en cuanto a la realización o no del acto, su tiempo, sus contenidos.

Atendamos ahora a lo que con notable agudeza el profesor alemán Gerhard Leibholz, nos señala al manifestar que la jurisdicción constitucional que ejerce el Tribunal Constitucional Federal alemán, penetra dentro del dominio de lo político, dado que en contraposición a la jurisdicción civil, penal o administrativa, la constitucional es competente para una clase especial de conflictos jurídicos: los conflictos jurídicos sobre materias políticas, en los que el elemento político, bajo ropajes jurídicos, se convierte en el objeto principal de la decisión judicial. Uno de los básicos principios de la jurisdicción constitu-

---

2 "Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente", Plus Ultra, Buenos Aires 1975, pp. 24/25 y 86 y concordantes.

3 "Principios de Teoría Política", Editora Nacional, Madrid 1972, p. 59.

cional es que los litigios y controversias de índole y planteamiento puramente políticos (distintos de los conflictos de contenido político y planteamiento jurídico) estén excluidos de la jurisdicción. Afirma que las controversias políticas puras (para nosotros “no justiciables”) en contraposición a los litigios jurídicos sobre materias políticas (para nosotros “justiciables”), son conflictos que no pueden ser resueltos por la mera aplicación de normas jurídicas.<sup>4</sup>

Aún sin entrar en hondas especulaciones sobre el complejo tema de *lo jurídico y lo político*, inviábiles en el presente estudio, lo cierto es que a nadie se le escapa en una aproximación básica pero correcta del tema, que la distinción entre *lo político y lo jurídico* aparece como manifiesta a poco que se repare que una cosa es el *ámbito de la política* y otra el *ámbito de lo jurídico* dentro del cual debe desenvolverse toda la actividad estatal en un Estado de Derecho. Parafraseando a *Ortega y Gasset* que nos decía que “el derecho es realidad social, pero no es toda la realidad social”, nosotros podemos afirmar “que el derecho es realidad política, pero no es toda la realidad política”.

A esta altura de las reflexiones que venimos desarrollando, consideramos de trascendental importancia afirmar que en manera alguna dudamos que *toda actividad humana*, ya sea personal, social o política, se mueve siempre dentro del gran marco que le fija el derecho, a través de mandamientos, prohibiciones y permisiones. Dicho de otro modo, indiscutiblemente toda conducta o comportamiento en dichos ámbitos, siempre estarán enmarcados por un orden jurídico, ya sea preciso y minucioso o amplio o espacioso que, así como le asegura el legal y razonable ejercicio de sus legítimos derechos y potestades, así también le fija los límites a las diversas dimensiones de sus actuaciones, pues si bien es cierto que invariablemente en ellos habrá aspectos discrecionales y de libre arbitrio, también es cierto que en manera alguna podrán ejercerse ilimitada o absolutamente.<sup>5</sup>

Atendamos la crítica que formula el recordado maestro Germán Bidart Campos cuando señala que la retracción del control judicial en las cuestiones políticas, importa una construcción defectuosa que tiene vigencia en nuestra constitución material por obra del derecho judicial derivado de la Corte Suprema. Para él, el no juzgamiento de las cuestiones políticas viola el derecho a la jurisdicción de la parte afectada, en cuanto le impide obtener una sentencia que resuelva la cuestión política propuesta o comprometida en la causa; asimismo implica también declinar el ejercicio pleno de la función de administrar justicia, impidiendo remediar la eventual inconstitucionalidad de las actividades que, por configurar cuestiones políticas, quedan exentas del control judicial, con lo cual la responsabilidad del Estado se esfuma pese a la infracción constitucional.<sup>6</sup>

Sabido es que, no obstante que el orden jurídico estatal nutre toda su validez de la supremacía de propia Constitución como Ley Fundamental que realiza el reparto de las competencias supremas del Estado y enmarca todas las manifestaciones de la actividad política, no podemos ignorar que diversos momentos del desarrollo de dicha actividad política, necesariamente se nutren de comportamientos, libertades y elecciones, donde lo jurídico deja amplios espacios a la decisión de las múltiples opciones válidas para el logro de objetivos de bien común.

Ello así, sostenemos que pretender encerrar o “encorsetar” la vasta y compleja dinámica realidad política, en un hermético sistema jurídico que todo lo contemple y todo lo regule, y en consecuencia, donde todos sus aspectos y contenidos puedan ser compulsados y controlados desde una perspectiva normativa, es una posición utópicamente errónea

4 Problemas Fundamentales de la Democracia Moderna”, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, Colección Civitas, 1971, pp. 149/154.

5 HARO, Ricardo, Control de Constitucionalidad, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2008, p. 218

6 BIDART CAMPOS, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires 1993, pp. 520/21.

que por ignorar la diferenciación entre *lo jurídico* y *lo político*, nos conduce necesariamente a conclusiones desacertadas.

## 2. Normatividad y arbitrio político

Conforme con la diferenciación hasta aquí expuesta, resulta indispensable distinguir las dos perspectivas que manifiesta *todo acto estatal* en el ejercicio de las atribuciones de los órganos del poder, a saber: a) *La perspectiva normativa*, reglada o estrictamente jurídica; b) *La perspectiva del arbitrio*, de lo discrecional o estrictamente político.

Y esto es así, porque si bien es cierto que lo jurídico siempre trasunta una dimensión política que lo inspira, también lo es que lo político -como expresión de la voluntad estatal- tiende a implementarse a través del derecho y siempre dentro de su marco. De allí que en los actos estatales advirtamos por una parte, la perspectiva *jurídica* en que predominará un contenido estrictamente *jurídico*; por otra, la perspectiva *política*, integrada por los ingredientes *políticos* necesarios en el ejercicio de toda potestad gubernamental; y, finalmente, aquéllos actos en que se conjuguen equilibradamente ambos contenidos: *la normatividad jurídica y el arbitrio político*.<sup>7</sup>

En conclusión, podemos afirmar que, en la consideración de la legislación y, en particular, en toda norma jurídica, encontraremos por una parte, contenidos juridizados que deben ser debidamente cumplimentados, y por otra, posibilidades políticas que se abren a la libre meditación y elección del gobernante, similarmente como en el Derecho Administrativo nos encontramos con la paradigmática distinción de los *aspectos reglados* y los *aspectos discrecionales* del acto administrativo.

## 3. Las cuestiones políticas y los presupuestos del acto estatal

La formalización jurídica de todo acto estatal presupone:

a) La constitución de un órgano que lo emita; b) La competencia o atribuciones legales de dicho órgano; c) El procedimiento que la CN o la ley establezcan para el ejercicio de su competencia; d) Las situaciones fácticas y requirentes de la realidad social que exigen de la decisión y acción gubernamental, soluciones a los problemas de la convivencia. Ello así, es indudable que la normatividad jurídica primará en los tres primeros presupuestos (constitución del órgano, su competencia y el procedimiento). Por el contrario, es en el cuarto presupuesto (decisión y acción gubernamental ante situaciones fácticas), en el que sienta sus reales con mayor virtualidad, el arbitrio, la visión y la imaginación política, evaluando los problemas y tomando las decisiones que se estimen más eficientes.

---

7 HARO, Ricardo, ob. cit. P. 218/219

A fin de complementar lo expuesto, puede consultarse la doctrina de los constitucionalistas argentinos, que en su mayoría afirma una actitud favorable hacia una mayor justiciabilidad de las tradicionalmente llamadas "cuestiones políticas" a partir de una posición moderada basada en la convicción de que siempre existirán algunas "no justiciables". En cambio, otros juristas, los menos, se han inclinado hacia una categórica afirmación de la "plena justiciabilidad de todas las llamadas "cuestiones políticas". En tal sentido podemos señalar: Joaquín V. Gonzalez, "Manual de la Constitución Argentina", Edit. Estrada, 1951, pág. 321; Juan A. González Calderón, "Curso de Derecho Constitucional", Edit. Kraft 1960, pág. 106; Carlos María Bidegain, "Cuadernos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1975, T. I - 127 a 139. En similar sentido: Legón Faustino J., en "Tratado de Derecho Político General", Ediar, 1961, T. II - 367; Segundo V. Linares Quintana, "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Plus Ultra 1981, T. I - 561/93; Cesar Enrique Romero "Derecho Constitucional", Abeledo Perrot, 1966, T. II - 755 y ss.; Jorge R. Vanossi, "Teoría Constitucional", Depalma 1976, T. II - 177/211; Néstor P. Sagües, "Recurso Extraordinario", Depalma, 1984, T. I - 147/51, y en "Mundo Jurídico y Mundo Político", Ediciones Depalma, Bs. Aires 1978, pág. 174; Humberto Quiroga Lavié, "Derecho Constitucional", Cooperadora de Derecho, Buenos Aires, págs. 491/94; Pablo A. Ramella, "Derecho Constitucional", Depalma, 1982, págs. 219/223; Alberto B. Bianchi, "Control de Constitucionalidad", Edit. Ábaco, Bs. As. 1992, págs. 381/82; Miguel Angel Ekmekdjian, "Tratado de Derecho Constitucional", Depalma, Bs. As. 1995, T. III, págs. 334/36; a) Alberto Ricardo Dalla Via, "Manual de Derecho Constitucional", LexisNexis, Buenos Aires, 2004; b) Adolfo Gabino Zíulú, en "Derecho Constitucional", Depalma, Bs. As., 1997, t.I, págs. 113/16; c) Mario A. R. Midón, en "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004.

#### 4. La zona de reserva política

Como hemos sostenido en anteriores oportunidades, nosotros entendemos que la discrecionalidad y el arbitrio propio de los actos estatales, no es otra cosa que *un margen o ámbito de libre disposición, dentro del marco jurídico y según pautas axiológicas que hacen a la necesidad, oportunidad, conveniencia y eficacia de la decisión que se vaya a tomar*. La valoración de estas pautas –de suma importancia– constituyen una *zona de reserva política* en la cual, el gobernante buscará prudentemente, la mejor solución entre muchas alternativas. Reiteramos: *Esta libre disposición dentro del marco normativo, es lo no justiciable*, porque es el aspecto verdaderamente “político” en la actuación del órgano.

Lo que escapa a la competencia del Poder Judicial, compartimos con Segundo V. Linares Quintana, es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política, pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los tribunales de justicia.<sup>8</sup>

Por lo tanto, es preciso tener muy presente que la “cuestión política” no se tipifica por pertenecer al ámbito político o por la finalidad política que persiga, sino que la cuestión debe ser en sí misma, esencial, objetiva y exclusivamente política, sin contenido ni configuración jurídica precisamente prescripta.

#### 5. ¿Cuándo procede o no, el control judicial?

El control judicial es básicamente un control de juridicidad constitucional y legal, por el cual los tribunales verifican si en el caso sub-examine, se han cumplido o no las prescripciones jurídicas, ya sea en las conductas que impone, como en las que prohíbe y en las que permite.

De allí que para nosotros constituya el meollo del asunto, poder afirmar que *existe justiciabilidad, en todo aquello en que los principios y las normas constitucionales o legales, han regulado de tal forma la cuestión sub-examine, que en menor o en mayor medida, pueda realizarse el juicio cierto, concreto y objetivo, que permita detectar y declarar alguna violación a la regulación constitucional o legal*, mediante un adecuado juicio comparativo de compatibilidad.

Dicho de otra forma más concisa y sustancial, nosotros entendemos que *existe justiciabilidad respecto de todo el ámbito de lo normado y en toda la hondura de lo normado, pero nunca más allá de lo normado*.

En cambio, entendemos que no procede la justiciabilidad:

- a) En lo relativo a la *apreciación o juicio sobre la existencia o no de una situación fáctica*, que si bien puede estar prevista en la constitución o en la ley, no posee una configuración o forma jurídica lo suficientemente precisa y determinada, razón por la cual su existencia queda librada fundamentalmente a la valoración política (v.g. la conmovión interior para declarar el estado de sitio (art. 23 CN), o la utilidad pública para la expropiación (art. 17 CN).
- b) Igualmente estimamos justiciable, el ejercicio de facultades privativas por parte de cualquiera de los poderes, si han respetado las normas jurídicas que lo rigen, tanto en el *debido proceso sustancial*, es decir, en cuanto al contenido normativo, como en el *debido proceso formal* o adjetivo, es decir, cuando se han dado cumplimiento a las normas que regulan el órgano y el procedimiento para actuar esa facultad privativa.
- c) Finalmente tampoco aceptamos la justiciabilidad en todos los casos en que los poderes estatales, frente a concretas situaciones (económicas, culturales, sociales, etc),

8 LINARES QUINTANA, Segundo V., “Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, t.I p. 632.

deban realizar un juicio de prudente valoración política *sobre la necesidad, la oportunidad, la conveniencia, el mérito o la eficacia* de las respuestas que deben darse a dicha demanda. Todo ello sin perjuicio, lógicamente, de la justiciabilidad en caso que trascendiendo esas coordenadas, el órgano competente haya actuado en forma manifiestamente irrazonable o inicua, en los actos concretos de ejecución que afecten los derechos y garantías constitucionales.<sup>9</sup>

## 6. Mayor justiciabilidad y el gobierno de los jueces

A pesar del progresivo avance de la doctrina judicial respecto de la justiciabilidad de las “cuestiones políticas”, la CS ha sido cautelosa con la adopción de posiciones extremas, pues no sin razón, ha sostenido que el *ejercicio incontrolado de la función jurisdiccional irrumpiendo en el ámbito de las atribuciones reservadas a los otros poderes, constituye una anomalía constitucional axiológica*, caracterizable como pretensión de “gobierno de los jueces”, según la peyorativa expresión acuñada por la doctrina francesa. La politización de la función judicial que trae aparejada la decisión por aquella de puntos esencialmente injusticiables por su naturaleza preponderantemente “política”, puede engendrar además de una grave desviación de justicia, un ejercicio distorsionado de la función jurisdiccional.

Creemos poder compartir plenamente la sustancia de esta doctrina, pues según lo venimos afirmando, la *justiciabilidad debe llegar hasta donde llega toda la amplitud y las implicancias del bloque de juridicidad* (constitucional y legal). Es allí donde el Poder Judicial ejerce su *trascendental función moderadora* en el sistema constitucional, moderación que debe lograr tanto: a) Entre el poder constituyente y los poderes constituidos b) Entre los diversos poderes del gobierno federal; c) Entre el gobierno federal y los gobiernos de provincias; y d) Entre el Estado y la Sociedad.

Pero los tribunales con la CS a la cabeza, no pueden caer en un desmesurado “*activismo judicial*”, impulsados por un errónea pretensión de sentirse y considerarse los custodios exclusivos de la CN e inmiscuyéndose en tópicos inherentes a una perspectiva exclusiva o puramente política, propios de los departamentos políticos. Sería lamentable que ejerciendo el control de constitucionalidad, los jueces de todas las instancias con la CS a la cabeza, *pretendieran erigirse en los supremos y finales contralores de todas las actividades estatales*, sin advertir que *no toda actividad estatal es controlable judicialmente* en las diversas facetas o aspectos que la integran.

Ello no nos impide sostener con igual énfasis que siendo la CS custodio e intérprete final de la Carta Magna y del reparto de las competencias supremas del Estado que realiza, cumple dicha función desde su propia e indelegable perspectiva jurídico-política, ejerciendo el control de constitucionalidad de los actos estatales, control que si bien es jurídico, posee vastas y profundas connotaciones políticas.

El Poder Judicial a través de este control, ejerce una de las funciones relevantes como poder del Estado, pues no es dable concebir que sólo sea político el poder de elaborar la ley (*le pouvoir d'établir*), y no lo sea el poder de enervarla por inconstitucional, marginándola del orden jurídico válido (*le pouvoir d'empêcher*).<sup>10</sup>

## 7. A modo de recapitulación

1) Nos enrolamos decididamente en la corriente que propugna *un avance prudente pero vigoroso de la justiciabilidad de las llamadas “cuestiones políticas”*, según las pautas precedentemente establecidas en este trabajo.

<sup>9</sup> HARO, Ricardo, ob. cit. p. 222.

<sup>10</sup> HARO, Ricardo, ob. cit. pp. 223/24.

2) Si bien debe atenderse a la “naturaleza” o al “ámbito político”, o a los “fines políticos” del caso, lo realmente definitorio es que una *cuestión es justiciable, en todas las implicancias que afecten el “bloque de juridicidad”*, los principios y la normatividad constitucional, legalo reglamentaria. Allí donde penetra la juridicidad, debe penetrar la revisibilidad jurisdiccional.

3) Dado que en cualquier acto estatal siempre habrá ámbitos normados y otros librados al arbitrio político (zonas regladas y otras discrecionales), *más que de “cuestiones políticas”, creemos necesario hablar de “aspectos políticos”* de las atribuciones ejercidas por los órganos estatales. Siempre habrá un margen, amplio o pequeño para el arbitrio político, que se sustenta en un plano de libertad opcional dentro de un marco legal permisivo. De allí que -y esto es de trascendental importancia- la función judicial sea *secundum legem*, mientras que la función propiamente política, sea *secundum arbitrium*.

4) Deben los Tribunales Federales ir morigerando lo que se ha dado en llamar la “auto-restricción” o *“self restraint”*. Es preciso que la CS asuma el responsable compromiso institucional que le compete como cabeza de Poder dentro del Estado, evitando abandonar espacios competenciales, que en muchas oportunidades serán ocupados por la arbitrariedad, ante la ausencia de un correcto control jurisdiccional, garantía última de un verdadero Estado de Derecho.

5) Descartamos de plano la politización del Poder Judicial que significa el procurar la plena justiciabilidad de todos los actos estatales y descargando en los jueces, problemas y controversias que exorbitan la naturaleza de su función judicial, en *una equivocada visión que pretende constituir a los magistrados, en la última instancia que el sistema político ofrece para la solución de todos los conflictos*.

## II. LAS FACULTADES PRIVATIVAS Y SU JUDICIABILIDAD

### a. Las facultades privativas y las cuestiones políticas

Pasando ahora al segundo apartado de nuestra exposición, cabe señalar que según una inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), escapa a la competencia del Poder Judicial (PJ), controlar el modo como los poderes políticos ejercitan las facultades que la Constitución Nacional (CN) les ha otorgado privativamente, las generalmente llamadas *facultades privativas*. Esta expresión la consideramos un estándar judicial, que por su falta de plena precisión, puede llegar a ser usado como “fórmulas de goma” en la expresión de Gény.

Para una mayor eficiencia de la doctrina de la división y equilibrio de los poderes, sabido es que existen atribuciones que si bien por un lado, tienden a afianzar la *independencia o separación* de los diversos Departamentos del Gobierno, por otro las hay que procuran lograr el *equilibrio de los poderes*, mediante la *colaboración y el control* entre ellos. Esto implica evidentemente la existencia de *facultades privativas* en los Departamentos del Estado, pero de ningún modo ello significa que necesariamente pueda surgir de su naturaleza “privativa”, lisa y llanamente, la irrevisibilidad judicial, pues *presentar una simetría entre “facultades privativas” y “facultades no justiciables”, no sólo es errónea, sino que constituye un expediente fácil para acentuar un Poder Judicial más encerrado, “autista”, compartimentado y autorrestringido (self-restraint)*.

Si aceptásemos la errónea simetría que señalamos, congruentemente *tendríamos que aceptar que “facultades privativas” tan específicas como v.g. la sanción de una ley por el Congreso, o el veto de un proyecto de ley o el dictado de un decreto reglamentario por el Poder Ejecutivo, o igualmente las sentencias del Poder Judicial, marginarían por esa sola circunstancia el control jurisdiccional*, aún cuando pudieran ser abiertamente

violatorias al orden constitucional o legal, todo lo cual es a todas luces inaceptable y manifiestamente aberrante.

Nosotros creemos que más que de "facultades privativas" de los poderes políticos, es preciso hablar de un "*juicio o valoración privativos*" que esos poderes deben realizar sobre la configuración de los supuestos que hagan procedente el ejercicio de las atribuciones que les otorga la CN (mérito, oportunidad, conveniencia, etc), juicio que lógicamente *no es justiciable*.

Por lo tanto, las llamadas *facultades privativas*, serán susceptibles de control jurisdiccional, toda vez que en su ejercicio afecten formal o sustancialmente el "debido proceso constitucional o legal", pues es inaceptable desde todo punto de vista, *que existan "facultades privativas"* en los poderes del Estado que, por su calidad de tales, no sólo puedan ser ejercidas al margen de los parámetros que hacen a su constitucionalidad, sino que además *pretendan evadir el control de constitucionalidad jurisdiccional*, esencial a la vigencia de la supremacía constitucional.

*De aceptar la paridad entre facultades privativas y facultades no judiciales*, nos llevaría a tener que "sacralizar" y admitir situaciones realmente irritantes en un Estado de Derecho, pues es a todas luces indispensable recalcar que no se puede aceptar que haya facultades privativas que autoricen la violación de la legalidad constitucional. En cambio, en el ejercicio de dichas facultades privativas, existen *juicios privativos* que hacen al ámbito exclusivamente discrecional de su actuación en el marco de la superlegalidad constitucional.

El principio de la separación de los poderes y el necesario auto-respeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia, impone que *en el ámbito de las facultades que le son privativas con arreglo a lo prescripto por la CN*, la función jurisdiccional de los jueces *no alcance al modo de ejercicio* de tales atribuciones, puesto que si así no fuere, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades propias de las demás autoridades de la Nación. En tal sentido es de tener muy presente que el alto Tribunal ha sostenido: *Esta Corte, incluso al ejercer el elevado control de constitucionalidad, debe imponerse la mayor medida*, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades que le son propias, cuanto en el respeto de las que la CN asigna, con carácter privativo, a los otros poderes federales y a las autoridades provinciales (Fallos: 263-265, Partido Justicialista, 1965; en igual sentido, Fallos: 32-120; 170-246; 210.1095; 242-73; 254-43; 313-63 de 1990; 321-3236, de 1998, entre otros).

#### **b. Tesis restrictiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

En éste tan polémico tema, las *facultades privativas* han sido invocadas permanentemente en su momento por la CS –en nuestro criterio erróneamente– para fundamentar la irrevisibilidad de las mismas en numerosos antecedentes jurisprudenciales. Sólo hemos escogido el caso "*Partido Justicialista*" de 1965 (Fallos: 263-265), pues allí encontramos una apretada síntesis de la pertinente doctrina judicial negatoria. En efecto, recordando la "regla elemental de nuestro derecho público" sentada en el caso "*Cullen v. Llerena*" (Fallos: 53-420), la CS nos recuerda que *las facultades que la CN ha establecido como propias y exclusivas de los otros poderes, son privativas de éstos y no pueden ser revisadas o interferidas por los magistrados judiciales, en cuanto a la forma de su ejercicio, y asimismo nos recuerda que "En tanto no se discuta la existencia de las atribuciones propias de otro poder, la revisión del acierto de sus actos no incumbe a los jueces"* ("*Ávila Posse*" de 1962, Fallos: 254-43).

Esta Corte, incluso al ejercer el elevado control de constitucionalidad, *debe imponerse la mayor medida, mostrándose tan celosa en el uso de las facultades que le son propias,*

cuanto en el respeto de las que la CN asigna, con carácter privativo, a los otros poderes federales y a las autoridades provinciales (en igual sentido, Fallos: 32-120; 170-246). Conforme a ello, en 1990 la CS explicitó aún más este principio restrictivo al expresar que *no puede admitirse que el órgano jurisdiccional obligue al Poder Ejecutivo a la remisión al Senado de un pliego para la promoción de un diplomático*, ya que se trata de un acto político de dicho poder, a quien la CN ha atribuido en forma exclusiva y excluyente su ejercicio ("Colombo Murúa", Fallos: 313-63).

### **c. Avances hacia la justiciabilidad**

Un moderado pero nítido avance en la justiciabilidad, se produjo en la sentencia del 13 de mayo de 1993, en la causa "*Apoderados y Electores de la Alianza Frente de la Esperanza*" (Fallos: 316-972), cuando la CS con notable claridad conceptual, afirmó que *"es inherente a la función del Tribunal ante el cual se ha planteado una controversia referente al ejercicio de facultades privativas de otros poderes, interpretar las normas que las confieren para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una "cuestión política" inmune al ejercicio de la jurisdicción"*. Decidir si un asunto ha sido conferido a otro Poder del Estado o si ha habido excesos en su ejercicio, es una delicada tarea de interpretación constitucional y una responsabilidad de la Corte, como último intérprete de la Constitución" (En similar sentido, Fallos: 321-3236 de 1998).

En el caso "*Pelaez*" de 1995 (Fallos: 318-1967), la CS consideró justiciable por ser de aplicación la Ley de Habeas Corpus 23.098, la causa en que se debía esclarecer las facultades del Senado para arrestar a una persona. Coincidentemente estimó que si se ha invocado ante el Poder Judicial la protección de la libertad ambulatoria, que se vería cercenada *por una orden de arresto del Senado, se configura una "causa"* y entonces, no hay otro poder por encima del de la CS para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias.

Ratificando a *contrario sensu* de la precedente doctrina, cabe recordar el caso "*Polino y otro*" de 1994 (Fallos: 317-341), en el que se declaró improcedente el recurso extraordinario interpuesto en contra del rechazo de la acción de amparo incoada por Héctor T. Polino y Alfredo P. Bravo, en su carácter de ciudadanos y diputados nacionales, a fin de que se declare la nulidad del proceso legislativo de la ley 24.309 que autorizó al P.E. a convocar al pueblo para elegir convencionales que reformarían la CN. Sostuvo la CS reñidamente, que la atribución de declarar la invalidez constitucional de los actos de los otros poderes reconocida a los tribunales federales, ha sido equilibrada poniendo como límite infranqueable la necesidad de un "caso concreto" en el que se persigue la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan. Esto es así, dado que el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que este requisito de un "caso" o "controversia judicial" sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes.

### **d. ¿Cuándo procede o no la justiciabilidad de una facultad privativa?**

Una declaración categórica en el tema expuso la CS al afirmar que *"es inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren las potestades que son privativas de los otros poderes para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una "cuestión política" inmune al ejercicio de la jurisdicción"* (entre numerosos, Fallos: 316-972; 321-3236; 322-2370). Ello no obstante, asimismo afirmó que *"la función*

jurisdiccional de los jueces no debe alcanzar a interferir con el ejercicio de los actos que otros órganos del Estado han cumplido en el ámbito de las facultades que les son privativas y con arreglo a lo prescripto por la Constitución Nacional” (Fallos: 317-126).

Quizás uno de las causas en que la CS reseñó los presupuestos fundamentales tanto para negar como para aceptar el control jurisdiccional, fue el caso “Prodelco” de 1998 en el que por unanimidad, se dejó sin efecto el fallo apelado que hizo lugar a la acción de amparo promovida por la Diputada Nacional Cristina Zuccardi y por la Asociación Protección del Consumidor “Prodelco” y declaró la inconstitucionalidad del art. 2º del Dto. 92/97 del P.E.N., por el cual se aprobaron las modificaciones a la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico.

Para ello, la CS expresó (Fallos: 321-1252), que desde antiguo se ha sostenido que *la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones*, toda vez que es el judicial el llamado para sostener la observancia de la CN, y de ahí que un desborde de esta eminente atribución en desmedro de las facultades de los demás, revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público. El límite de la facultad de revisión judicial se encuentra ubicado en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado. En las causas en que se impugnan actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que les son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación que se debe evitar (en similar sentido Fallos: 155-248; 254-45; 311-2580; 316-972; 320-2851; 321-1187; 322-1988; 324-2299; 326-417 del año 2003; entre muchos otros), lo cual significaría -reiterándolo expresado *supra*) una cuestión de la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (Fallos: 321-3226; 322-2370).

Declaró asimismo que si bien todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda -en principio- excluido de la revisión judicial (Fallos: 98-107; 165-199; 237-271; 307-1535; entre mucho otros), ello no obsta a que planteado *un caso concreto* -una causa en los términos del art. 116 CN- se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y los actos administrativos, y una vez constatada su iniquidad manifiesta, corresponda declarar su inconstitucionalidad (en igual sentido ver Fallos: 325-28 del 1º/2/2002”).

Y de otro lado afirma que el Poder Judicial ejerce un verdadero control de constitucionalidad cuando verifica si los actos de los otros dos poderes se han cumplido dentro de sus respectivas esferas de actuación, lo cual exige un delicado ejercicio de interpretación constitucional y una responsabilidad de la Corte como último intérprete de la Constitución, que permite definir en qué medida el ejercicio de ese poder puede ser sometido a revisión judicial, “facultad esta última que sólo puede ser ejercida *cuando haya mediado alguna violación normativa que ubique los actos de los otros poderes fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere o del modo en que esta autoriza a ponerlas en práctica*”.

Asimismo sostuvo que la tradicional jurisprudencia del Tribunal postula que *las razones de oportunidad, mérito, o conveniencia* tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que le son propias, *no está sujetas al control judicial* (cita a Fallos: 98-20; 147-402; 160-247; 238-60; 251-21; 275-218; 295-814; 303-1029; 308-2246; entre muchos otros).

Pero estimamos preciso señalar aquí, que este último criterio no es absoluto, porque la propia CS ha establecido la excepción que hace procedente la revisibilidad judicial en

estas cuestiones de oportunidad, mérito, o conveniencia, cuando los criterios adoptado por los otros Poderes resulten irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, sean arbitrarios o irrazonables, o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 328-566 de 2005; 329-385 de 2006).

Planteada una causa, no hay otro poder por encima del de la Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativos, judicial y ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias, porque es inherente a las funciones de un tribunal de justicia, *interpretar las normas que confieren las facultades privativas de los otros poderes, para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una "cuestión política"*, inmune al ejercicio de la jurisdicción (Fallos: 324-3358).

### **e. Algunos pronunciamientos paradigmáticos de la Corte Suprema sobre la justiciabilidad de las facultades privativas**

A partir de la variada plataforma argumental del alto Tribunal sobre la justiciabilidad que hemos expuesto precedentemente, se dictaron numerosas sentencias ante muy diversas situaciones institucionales, entre las cuales hemos escogido las que a continuación resumiremos:

#### *a) Sentencias de los Jurados de Enjuiciamiento de Jueces provinciales*

Reconociendo la potestad privativa de las provincias para la organización y el funcionamiento de los tribunales de enjuiciamiento para magistrados locales, en virtud de la autonomía provincial reconocida por la CN (arts. 5, 122 y concs.), la CS declaró que las sentencias de dichos tribunales configuran una "cuestión justiciable" y no constituyen en principio ámbitos vedados al conocimiento del Poder Judicial, no para resolver el conflicto de poderes, sino para hacer valer a favor de personas individuales la garantía federal de la defensa en juicio y del debido proceso ( "*Graffigna Latino*", Fallos: 308-961; asimismo entre muchos otros, en Fallos: 310-2845, "*Magin Suárez*"); 318-908; 329-3021 del año 2006; etc).

Esta doctrina está vigente hasta la actualidad, como lo pone de manifiesto la explícita y fundada sentencia dictada en el caso "*Rojas Ricardo F.*", del 7 de Octubre de 2008 (Fallos: 331-2195), en la que la CS afirmó que la competencia privativa y excluyente de la autoridad provincial para establecer el régimen de nombramiento y remoción de sus funcionarios deriva fundamentalmente de lo dispuesto por el artículo 122 de la CN, norma que excluye categóricamente la intervención del gobierno federal en la integración de los poderes locales; consecuentemente, la revisión de las decisiones adoptadas por los órganos de juzgamiento de magistrados y funcionarios establecidos en las constituciones provinciales fenece dentro del ámbito local de acuerdo con las normas que se hayan dictado al efecto, y sólo con carácter excepcional puede admitirse la intervención de la Corte cuando los planteos efectuados en el recurso extraordinario revelen en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo a las reglas del debido proceso que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa.

#### *b) Sentencia de Jurados de Enjuiciamiento de Jueces Federales y resoluciones del Senado respecto de Jueces de la Corte Suprema de Justicia.*

Con iguales fundamentos en el debido proceso y en la defensa en juicio, la CS declaró que tanto las sentencias del Jurado de Enjuiciamiento para los magistrados federales inferiores (v.g. caso "*Brusa*", Fallos: 326-4816 del año 2003; caso "*Lona*", Fallos: 327-46 del año 2004); como las resoluciones del Senado Nacional en los juicios políticos a los

jueces de la propia Corte, v.g. caso "*Moline O'Connor*" (Fallos: 327-1914 del año 2004); caso "*Boggiano*" (Fallos 329-3235 del año 2006), eran revisables judicialmente al sólo efecto de examinar si se han violado o no, las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso.

En "*Moline O'Connor*" el Tribunal sostuvo que al asignarle al Senado de la Nación una especial y limitada función judicial, le es exigible la observancia de reglas de procedimiento que preserven las garantías de defensa en juicio y del debido proceso que debe reconocerse a toda persona sometida a un juicio, no con el rigor que le es exigible a un tribunal penal, pero sí con la precisión y el cuidado que deje a salvo el efectivo derecho de defensa en juicio. La observancia de dichas reglas procesales, constituye materia revisable judicialmente para ejercer el control de validez constitucional de tales procedimientos, sin que ello implique el re-examen de las decisiones de fondo que puede dictar el cuerpo político por estar en la zona de exclusión donde residen las cuestiones políticas no justiciables.

*c) Respecto de Miembros del Ministerio Público*

En la sentencia recaída en la causa "*Benitez, Omar Danilo*" el 20 de Octubre de 2009 (Fallos: 332-2307), el Alto Tribunal afirmó que el recurso directo reglado por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal con respecto a las decisiones finales del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación (ley 24.946, art. 20, inc. 8°), representa una inequívoca definición por parte del Poder Legislativo de presentarse una cuestión contenciosa y justiciable por ante la justicia federal con arreglo a lo dispuesto en el art. 116 de la Ley Fundamental y en el art. 2 de la ley 27.

*d) Incorporación de legisladores al Congreso Nacional*

Un fallo realmente premonitorio en el que ya se atisbó la posibilidad de la justiciabilidad en este tópico, fue el dictado por la CS en 1998, en la causa "*Prov. de Chaco*" (Fallos: 321-3236) en el que paradójicamente rechazó dicha justiciabilidad por no darse los presupuestos de su procedencia. No obstante, el alto Tribunal reiteró que es inherente a las funciones de un tribunal judicial interpretar las normas que confieren las potestades que son privativas de los otros poderes para determinar su alcance, sin que tal tema constituya una "cuestión política" inmune al ejercicio de la jurisdicción (idem en Fallos: 322-2370). Si ante la impugnación del Partido Justicialista, el Senado actuó de modo que no excede el marco fijado por el art. 64 de la CN, ni se aparta en forma evidente de lo previsto en la cláusula transitoria cuarta de la Ley Fundamental, ni de las leyes que reglamentan su ejercicio, no resulta susceptible de revisión judicial el modo en que ese poder ha sido ejercido. (En igual sentido la CS se expidió en el caso "*Haquim, Carlos G.*", Fallos: 324-2299 de 2001).

A partir del año 2001 y por diversas circunstancias procesales, emitió en tres oportunidades pronunciamientos en el caso "*Antonio Domingo Bussi*" (Fallos: 324-3358; 326:4468 y 330:3160 el 13 de Julio de 2007), quien no obstante haber sido electo diputado nacional por la provincia de Tucumán, la Cámara de Diputados le negó su incorporación invocando *inhabilidad moral y política e inidoneidad constitucional* por su participación en la represión del Proceso Militar de 1976/83. Presentada la acción de amparo, y luego del embrollado trámite judicial con las consiguientes decisiones de la CS, atendiendo a las limitaciones que nos impone este estudio, sólo reseñaremos la doctrina que el alto Tribunal expuso en dichas oportunidades.

Por una parte, sostuvo que *configura cuestión justiciable el conflicto planteado por la negativa de la Cámara de Diputados a la incorporación de un legislador*, con sustento en objeciones de orden ético derivadas de haber ocupado un cargo público durante el último gobierno de facto y en virtud de la atribución que le concede el art. 64 CN respecto del examen y aprobación de los títulos de los legisladores, atribución no es exclusiva ni excluyente, en tanto el art. 116 CN establece que incumbe al Poder Judicial el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por ella. *Es función del Poder Judicial precisar el alcance de las normas jurídicas que atribuyen facultades a los poderes del Estado* -en el caso el Congreso- pues dicha tarea exige una interpretación de la CN a fin de establecer si tales poderes existen y su ejercicio puede someterse a revisión judicial.

Por otra parte señaló que, *planteada una causa, no hay otro poder por encima de esta Corte, para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los Departamentos Legislativo o Ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a las provincias, sin que tal tema constituya una "cuestión política"*, inmune al ejercicio de la jurisdicción atendiendo a que el Tribunal es el intérprete final de la Constitución (doctrina de Fallos: 316-972).

Finalmente afirmó que una interpretación que llevara al extremo la no justiciabilidad de las decisiones del Congreso, anularía el diálogo de poderes que la CN sustenta, y podría producir el desamparo de los ciudadanos que pertenecen a minorías, al quedar sujetos a lo que decidieran mayorías circunstanciales.

Esta doctrina ya había sido ratificada en el año 2003 en la causa *"Alianza Frente por un Nuevo País"* (Fallos: 326-1816), en la que se controvertía la pertenencia de una banca de senador nacional y, posteriormente, fue reiterada el 8 de abril de 2008 en el caso *"Patti, Luis A."* (Fallos, 331:548), haciendo lugar al amparo que el actor, en su condición de diputado electo, promovió contra la resolución de la Cámara de Diputados que rechazó su incorporación como miembro del Cuerpo.

#### *e) Trámite de la formación y sanción de las leyes en el Congreso*

En el caso *"Nobleza Picardo"* (Fallos: 321-3487 de 1998), el alto Tribunal afirmó que corresponde a la Corte intervenir en lo atinente al proceso de formación y sanción de las leyes, cuando al no haber sido aprobado un proyecto por ambas Cámaras del Congreso, se lo pasa al Poder Ejecutivo para su examen y promulgación, sin observar el art. 78 de la CN.

Tiempo después en el caso *"Famy! S.A."* (Fallos: 323-2256 de 2000), la CS sostuvo que si bien lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución constitucional privativa de los Poderes Legislativo y Ejecutivo (arts. 77 a 84 CN), resultan por regla general, ajenas a las facultades jurisdiccionales de los tribunales, ello reconoce excepción en los supuestos en que se ha demostrado fehacientemente la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley.

#### *f) Veto del P.E. respecto de proyectos sancionados por el Congreso*

Esta facultad privativa del Presidente (art. 83 CN) fue declarada revisable jurisdiccionalmente en el caso *"Colella"* (Fallos: 268-352 de 1967), sosteniendo la CS que la doctrina de la irrevisibilidad y de las "cuestiones políticas", no es aplicable al veto, pues "existe cuestión justiciable cuando se cuestiona la falta de promulgación válida de la ley", como

en el caso de autos en que se le negó al PE la facultad de promulgar sólo la parte no vetada del proyecto del Congreso, por afectar la unidad inescindible de la ley. (En igual sentido, Fallos: 318-445; 319.1479; 323-2256 de 2000).

*g) Acuerdos del Senado para nombramientos por el Poder Ejecutivo*

Con motivo de un acuerdo denegado por el Senado de la Nación para el ascenso de un oficial de la armada sin la mayoría absoluta que exige el reglamento, se originó el caso "Binotti" (Fallos: 330-2222 de 2007) en el que la CS declaró que ningún departamento de gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido otorgadas (Fallos: 137-47) y es del resorte de esta Corte juzgar la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes (fallos: 210-1095) y la excedencia de las atribuciones en la que éstos puedan incurrir (Fallos: 254-43), ya que es "cuestión justificable" determinar si una Cámara del Congreso ha actuado, o no, dentro de su competencia (Fallos: 324-3358). Habiendo el Senado de la Nación violado los preceptos reglamentarios federales y lesionando derechos individuales, circunstancias que no podrían quedar exentas del control de los magistrados de la República, se resolvió declarar la nulidad de la votación de la Cámara de Senadores solicitada por el actor.

En este mismo tópico, mediante el fallo de fecha 21 de abril 2015 recaído en los autos "Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ Estado Nacional -CSJN- Consejo de la Magistratura - art. 110 s/ empleo público", la CSJN decidió declarar la nulidad de la designación de conjuces efectuada por el PEN mediante el decreto 856/14, en tanto el acuerdo no contó con el voto de los dos tercios de los miembros presentes del Senado de la Nación, en sesión pública convocada a tal efecto, como exige el artículo 99, inc. 4°, primer párrafo de la CN y, además, violando asimismo la reglamentación del art. 22 del Dto-ley 1285/58 -ratificado por la ley 14.467 y sus modificatorias- cuando en lo pertinente dispone que "los conjuces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en número de diez (10), serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado".

Entre otros rigurosos fundamentos, la Corte señaló que el nombramiento de los jueces de la Nación con arreglo al procedimiento constitucionalmente establecido, se erige en uno de los pilares esenciales del sistema de división de poderes sobre el que se asienta la República, ya que las citadas disposiciones responde a la necesidad de afirmar la independencia e imparcialidad de los jueces en beneficio exclusivo de los justiciables.

Que las previsiones del referido art. 99, inciso 4° se relacionan -en última instancia- con la garantía del juez natural, ya que toda persona cuya causa deba ser decidida por abogados que no integran el órgano judicial, tiene derecho a que quienes conozcan sobre su litigio hayan sido designados de conformidad con los mecanismos que el constituyente adoptó en garantía de la independencia e imparcialidad del órgano judicial.

*h) La revisibilidad judicial del procedimiento y normas de una Reforma Constitucional*

En este tema de indudable gravedad institucional referido al control jurisdiccional de las facultades privativas de las convenciones reformadoras en ejercicio del poder constituyente derivado, existieron diversos casos que fueron marcando los caminos hacia la posibilidad de la revisibilidad judicial, entre los cuales podemos señalar los siguientes con amplios desarrollos doctrinales que nos vemos obligados a resumir.

a) El caso "Ríos" (Fallos: 316-2743 de 1993), en el que la CS afirmó que los poderes conferidos a la Convención Constituyente de la Provincia de Corrientes, no pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se haya circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia.

b) En la causa "Iribarren" (Fallos: 322-1253 de 1999) declaró la inconstitucionalidad del

art. 88 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, pues al hacer cesar la inamovilidad de los jueces al alcanzar la edad requerida para obtener la jubilación ordinaria, los somete a una situación de marcada precariedad en el ejercicio de sus funciones sujeta al arbitrio de otro poder del Estado provincial, circunstancia que afecta la independencia de los jueces que hace a la esencia del régimen republicano.

Finalmente y otorgando rotundidad a la revisibilidad que venía sosteniendo respecto de las convenciones y los textos constitucionales provinciales, la CS se pronunció categóricamente respecto del ámbito federal, en el célebre caso "*Fayt, Carlos S.*" (Fallos: 322-1616 de 1999) que tuvo origen cuando el actor, que se desempeñaba como juez del alto Tribunal, invocando diversas razones, planteó la nulidad de la reforma constitucional introducida en 1994 en cuanto disponía que un nuevo nombramiento precedido de acuerdo del Senado, sería indispensable para continuar en el cargo a cualquier juez que cumpla los 75 años, prescripción que hace a la garantía de la inamovilidad de los jueces y que no había sido mencionada en la declaración de necesidad de la reforma formulada por el Congreso Nacional y que es la que fija el ámbito de la competencia de la Convención.

La CS en extensa sentencia hizo lugar a la demanda, afirmando en la breve síntesis que formulamos, los siguientes fundamentos:

- a) Que se declara revisible jurisdiccionalmente no sólo el aspecto procedimental, sino también el aspecto sustancial o contenido de la reforma constitucional, para juzgar en los casos planteados si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidad a que está sujeto;
- b) No hay otro poder por encima de esta Corte para resolver, como intérprete final de la CN, acerca de la existencia y de los límites de las atribuciones constitucionalmente otorgadas a los otros poderes sin excepción alguna en estos ámbitos;
- c) Procede el control sobre el alcance de disposiciones y derogaciones adoptadas por la Convención reformadora, privando de efecto a aquellas realizadas en infracción a los límites impuestos al poder reformador;
- d) El Congreso de la Nación ha aceptado el carácter justiciable de los límites del poder reformador, al prever la sanción de nulidad de "las modificaciones, derogaciones y agregados" que realice la Convención apartándose de la competencia establecida (art. 6 de la ley 24.309);
- e) Dado que ni en los artículos 2 y 3 de la ley 24.309, ni en el "Núcleo de Coincidencias Básicas", se ha incluido la posibilidad de reformar la norma constitucional relativa a la garantía de la inamovilidad de los magistrados, cabe considerar nula la reforma introducida por la Convención Reformadora de 1994 al art. 99, inc. 4, párr. 3 de la CN, ya que la alteración que la misma comportó a dicha garantía a partir del cumplimiento de una edad determinada, no reconoce habilitación suficiente en las facultades implícitas que se derivan de la expresa atribución otorgada a la Convención para reformar el régimen de designación, ni jamás puede entenderse como implicada en la mera actualización o adecuación de las facultades del Poder Ejecutivo.

Casi dos décadas después, la CS se apartó de la jurisprudencia in re "*Fayt*" y la modificó restrictivamente en grado sumo en la causa "*Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*", del 28 de marzo de 2017 (Fallos: 340-257), en cuyo fallo y con el voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti, y la disidencia del juez Rosenkrantz, se pronunció de modo contrario a la anterior doctrina. La mencionada causa llegó en apelación extraordinaria con motivo que

la Cámara Federal de La Plata rechazó el recurso de apelación deducido por el Estado Nacional y confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda interpuesta por el juez Schiffrin "declarando la nulidad e inaplicabilidad" del tercer párrafo introducido por la Convención Reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4° (antes art. 86 inc. 5°) de la Constitución Nacional.

Este nuevo criterio era previsible, a poco que se repare que de los tres votos de la mayoría, dos corresponden a los señores Jueces Maqueda y Rosatti que se habían desempeñado como convencionales constituyentes en la Reforma de 1994 en que se sancionó la norma ahora impugnada. Dada esta circunstancia, entendemos que no correspondía que fueran ellos quienes ahora juzgaban la validez de la norma de la que precisamente fueron autores constituyentes. En consecuencia, debieron apartarse del conocimiento de la causa.

Como en casos anteriores, aquí también nos vemos limitados a resumir los conceptos cardinales de la extensa fundamentación del pronunciamiento, en el que la CS afirmó:

a) Si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos ya presenta suma gravedad institucional y debe ser considerada como ultima ratio del ordenamiento jurídico (Fallos: 300:241, 1087; 302:457, 484, 1149; entre otros), con mucha mayor rigurosidad debe serlo cuando se ha puesto en cuestión la validez de una norma de la Constitución sancionada por una Convención Reformadora elegida por el pueblo.

b) No corresponde aplicar un criterio de interpretación restrictivo –como el que se desprende del caso "Fayt"– de manera de limitar severamente la soberanía de la Convención, sino amplio y extensivo respecto de las facultades de la Convención Constituyente (art. 30 CN), de modo que en caso de duda, debe juzgarse a favor de la plenitud de sus poderes, y solo cabría des calificar la actividad del órgano Constituyente en dos supuestos: cuando se demuestre categóricamente una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida por el Congreso de la Nación y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o, cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución.

c) La interpretación estricta, significa que la Convención no puede apartarse de la necesidad y de los contenidos fijados por el Congreso, porque acarrea la nulidad, criterio hermenéutico que no puede sostenerse porque limita el poder constituyente de la Convención. Por ello, se torna necesario abandonar la doctrina del caso "Fayt", y adoptar un nuevo estándar de control, deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención en las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como ultima ratio de la más marcada rigurosidad, descalificarlas.

d) Tras la habilitación otorgada a la Convención Constituyente por la ley 24.309 (art. 3°, punto e), la intervención de los Poderes Ejecutivo y Legislativo -cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años- aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas al constituyente para hacer efectiva esa competencia, por lo cual, la Convención no ha excedido los límites de la norma habilitante al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4°, 3er. párr. de la CN, ni tampoco ha vulnerado el principio de

independencia judicial, esencial a la forma republicana de gobierno, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo pero no la garantía de inamovilidad.

---

#### BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Alberto "Control de Constitucionalidad", Edit. Ábaco, Bs. As. 1992
- BIDART CAMPOS, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1993.
- BIDART CAMPOS, Germán, "Derecho Constitucional del Poder", Ediar 1967, T. II .
- BIDEGAIN, Carlos María, "Cuadernos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, 1975, T. I - 127 a 139.
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel "Tratado de Derecho Constitucional", Depalma, Bs. As. 1995, T. III, 2004.
- GONZALEZ, Joaquín Manual de la Constitución Argentina", Edit. Estrada, 1951
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan "Curso de Derecho Constitucional", Edit. Kraft 1960.
- HARO, Ricardo, Control de Constitucionalidad, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2008.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Plus Ultra 1981.
- MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, 1966, T. II .
- RAMELLA Pablo A, "Derecho Constitucional", Depalma, 1982.
- ROMERO, Cesar Enrique "Derecho Constitucional", Edit. Zavalía, 1975.
- SAGÜES, Néstor P., "Recurso Extraordinario", Depalma, 1984, T. I -
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto "Derecho Constitucional", Cooperadora de Derecho, Buenos Aires
- VANOSSI, Jorge R. "Teoría Constitucional", Depalma 1976, T.II - 177/211.

# LAS CONSTITUCIONES HISTORICAS

---

## HISTORIC CONSTITUTIONS

---

WALTER F. CARNOTA<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

Se han elaborado tipologías de constituciones centrando sus diferencias en su carácter ‘histórico’, o ‘racional’ o ‘no histórico’. Como una observación general, puede decirse que todas las constituciones son producto de fuerzas y procesos históricos. Pero algunos documentos en particular muestran una acendrada historicidad, como Gran Bretaña. Otros documentos contienen algunos condimentos históricos, como la Constitución argentina de 1853. Ello hace que sobresalgan en el concierto comparatista de hoy, acostumbrado a productos enteramente racionalistas. Por lo demás, la historicidad puede revelarse en ciertas partes, como en los preámbulos y en las “cláusulas de eternidad”.

### ABSTRACT

Typologies were built by authors, noting ‘historic’ and ‘non-historic’ or ‘rational’ constitutions. As a general observation, all constitutions are product of historical forces and processes. But some documents in particular reveal a special historic streak. Great Britain is a case in point. Other constitutions show some historical features, like the Argentine Constitution of 1853. These peculiarities make them outstanding documents in nowadays Comparative Constitutional Law, mainly devoted to entirely rational by-products. Moreover, the historic vein reveals itself also in preambles and “eternity clauses”.

**PALABRAS CLAVE:** Constituciones. Tipologías. Historicismo. Reino Unido. Derecho Constitucional Comparado.

---

**KEY WORDS:** Constitutions Typologies Historicism Kingdom United. Comparative Constitutional Law.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA) y Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho UBA. Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Director Académico del Doctorado de la Facultad de Derecho UNLZ. Juez Federal de la Seguridad Social de la Capital Federal.

*“Thus, in the beginning, all the world was America”*  
 JOHN LOCKE, TWO TREATISES ON CIVIL GOVERNMENT,  
 Ensayo 2, número 49.

## I. Introducción.

El constitucionalismo clásico fue moldeando su concepto de *constitución* sobre la base de las premisas de la Constitución racional-normativa. A diferencia del Derecho del *ancien Regime*, estructurado –en la jerga de Manuel García Pelayo<sup>2</sup>– como una Constitución *histórico-tradicional*, la constitución racional-normativa fue la que se ejemplarizó en el concierto comparatista. En otros términos, de cerca de 200 constituciones que podemos identificar hoy en el mundo, más de 195 responderían a ese tipo, y no llegarían ni a media docena las históricas en un sentido estricto del término.

Acierta Lord James Bryce cuando afirma que deben diferenciarse las constituciones viejas (las antiguas y las medievales) y las modernas, las propias del constitucionalismo, dado que: *“Unas son productos naturales, asimétricos tanto en sus formas como en sus contenidos, y constan de un conjunto de determinadas disposiciones y de acuerdos de fechas distintas, posiblemente procedentes de fuentes diferentes, entremezclados con reglas consuetudinarias que descansan únicamente en la tradición o en el precedente, pero que, en la práctica, son considerados como de igualdad autoridad. Otras constituciones son obra de una acción consciente, es decir, son el producto de un esfuerzo deliberado del Estado para establecer de una vez para siempre un cuerpo de previsiones coherentes, bajo las cuales y por las cuales su Gobierno se ha de establecer y regir”*.<sup>3</sup>

Tanto en el pensamiento de García Pelayo como en el de otros autores, la constitución racional-normativa aparece fuertemente marcada por la razón todopoderosa que es capaz, de la nada, de construir un sistema político idealizado. La constitución se dicta así, *de una vez y para siempre*. Es un producto para durar a través de las épocas.<sup>4</sup>

Por lo demás, a la Constitución racional-normativa poco le importan las circunstancias concretas y los modos de tiempo y de espacio que pueden incidir en la fragua constitucional. Se trata de un arquetipo abstracto, totalmente desgajado de situaciones existenciales.

Su gran rival, la Constitución histórico-tradicional, es en cambio producto de la lucha, de la experiencia<sup>5</sup>, de la prueba y del error (*trial and error*). No hay “un” acto constituyente como en el tipo racional; hay una sucesión de hechos<sup>6</sup> que persuaden de que estamos en presencia de cierta constitución. El ejemplo paradigmático es la constitución británica. Más *emotio* que ratio.

La conjugación de condimentos racionales con los emocionales no es patrimonio de la

2 GARCIA PELAYO, Manuel (1999), *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, p.33.

3 BRYCE, James (2015), *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 7.

4 “A Constitution to endure for ages to come”. SUPREMA CORTE DE LOS EE.UU., *Mc Culloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

5 El gran profesor de la Universidad de Harvard y juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos acotaba que “la vida del Derecho no ha sido la lógica: ha sido la experiencia”. HOLMES, Oliver Wendell (2009), *The Common Law*, Cambridge, Belknap, p. 3.

6 “Uno muy importante acació en 1688: “el Parlamento, al destronar a un rey y poner a otro, asumió, en un momento histórico, la máxima soberanía, adoptando la doctrina política de John Locke”. JAUREGUI, Carlos (1990), *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*, Buenos Aires, Depalma, p. 25.

Constitución británica. Otros sistemas lo tienen en cantidades variables. Explica Häberle: “*El lado de la ‘emotio’ ha sido descuidado hasta ahora por la teoría constitucional; en todo caso, no ha sido elaborado de manera precisa y comparativa a lo ‘largo’ de los textos constitucionales clásicos y más recientes. Por ejemplo, ‘tocan’ a la estructura emocional que también tienen los seres humanos el grupo de normas constitucionales que pueden clasificarse como cláusulas de reconocimiento, simbólicas y de valores fundamentales. Su función específica es captar la ‘conditio humana’ desde el lado emocional y, por tanto, dar más constitución a la res publica desde este lado. Ya sea en los preámbulos, en las garantías sobre días festivos o en los artículos relativos al idioma, la bandera y otros símbolos, los constituyentes configuran sus textos, en lenguaje y contenido, con vistas a esta función: dirigirse al ser humano desde el lado de lo irracional, de lo que ‘sobrepasa’ a la razón*”.<sup>7</sup>

Claro que un exagerado historicismo constitucional como el que expusiera G.W. Hegel en el siglo XIX podría llevar a la conclusión de que la población es inerme frente a una suerte de destino fatídico que determinará que la Constitución sea de una forma, y no dé ningún margen a una Asamblea Constituyente. Ello es una discusión más de la filosofía del derecho que de la realidad política o de la experiencia.

Es que, en la arena de la realidad política, se “hacen” o elaboran constituciones todo el tiempo. Empero, hay constituciones que aparecen más fincadas en los procesos históricos que otras, que responden más a una matriz de cuño histórico, sin perjuicio de que metabolicen los cambios que se van agregando al sistema político-jurídico. No se vaya a creer, en este orden de ideas y de experiencias, de que hay constituciones cristalizadas o fosilizadas en el tiempo. La constitución histórica es, como veremos luego, un organismo vivo y evolutivo, que recepta los nuevos vientos dentro de su antiguo tronco.

## II. El atractivo de la Constitución Británica.

La constitución británica, dispersa (es decir, no codificada<sup>8</sup>) y flexible, se erige en el comparatismo como el mejor ejemplo del historicismo constitucional. La constitución es el resultado de los conflictos y pujas entre la corona y el Parlamento, enmarcados en una secuencia plurisecular<sup>9</sup> de “prueba y error”.

Es de hacer notar, de manera inicial, que la Constitución británica ha sido calificada de muchos modos y maneras. Se ha dicho, clásicamente, que es una “Constitución no escrita”, lo cual es falso, ya que hay una gran porción de “derecho estatutario”, esto es, de derecho legislado. Y muchos de los principales documentos británicos, como la Carta Magna de 1215 o el “Bill of Rights” de 1689, son *lex scripta*. Por eso, para su adecuada caracterización, debemos recurrir a otra terminología: Constitución histórica, constitución implícita<sup>10</sup>, constitución incoada, constitución flexible, etc. Pero, al decir de Dicey, también detectamos “convenciones, maneras de ver, hábitos o prácticas”.<sup>11</sup>

Se han fijado diversos tiempos en que surgió el parlamentarismo como clave de la organización institucional británica. Incluso ha habido corrientes que rastrean ese origen antes de la conquista Normanda de 1066: “*La tesis de que los ingleses poseían una constitución antigua Gótica fue usada de forma variada para propósitos políticos. Ar-*

7 HÄBERLE, Peter (2003), *El Estado Constitucional*, México, UNAM, p.117.

8 BOGDANOR, Vernon, (2009), *The New British Constitution*, Portland, Hart Publishing, p. 9.

9 “Los arreglos constitucionales para el Reino Unido han evolucionado en fases que reflejan las experiencias políticas, sociales y económicas de muchos siglos”. LEYLAND, Peter (2012), *The Constitution of the United Kingdom (A Contextual Analysis)*, Oxford y Portland, Hart Publishing, p.14.

10 CARNOTA, Walter F. (2005), “La evolución constitucional británica”, en *Revista Jurídica del Perú*, número 64, p. 73.

11 DICEY, A.V. (1909), *Introduction a l’etude du Droit Constitutionnel*, Paris, Giard y Briere, p. 21

gumentando que el año 1066 no marcó un corte decisivo de la continuidad jurídica, los cultores de la Constitución gótica rechazaron la tesis Normanda del poder monárquico absoluto: los reyes de Inglaterra, incluyendo a Guillermo I, ocuparon un cargo de limitada autoridad y gobernaron de acuerdo a las antiguas leyes fundamentales del territorio”.<sup>12</sup>

Claro que las apuntadas peculiaridades han dificultado a veces las importaciones y los “borrowings” del modelo británico a otras latitudes, incluso en la época colonial. Se trata por cierto de un esquema altamente original, de talante de constitución originaria. Tiene una fisonomía propia, una identidad constitucional singular, ribetes paradigmáticos que son de ella y no de otras. La Constitución británica supo ser “vendida” a ultramar -desde Montesquieu<sup>13</sup> en adelante, y sobre todo en el siglo XIX- como ejemplo de la división de poderes<sup>14</sup>, cuando en realidad y desde 1689, el principio motor del constitucionalismo británico ha sido la preeminencia o predominio del Parlamento. En el siglo XIX, y en clave de realismo, Walter Bahegot procuró desentrañar el “secreto eficaz” de la constitución británica, que la motorizaba o activaba, que la hacía en definitiva funcionar, que no era otro elemento que la peculiar relación entre el Ejecutivo y el Legislativo. Ese diálogo es específico de Gran Bretaña y zonas de influencia.

Por lo demás, la Constitución británica perduró en algunos aspectos en lo que sería la organización institucional de los Estados Unidos, ya que los colonos en su momento habían importado “las visiones Calvinistas sobre una comunidad política bien gobernada”<sup>15</sup>. Si bien el constitucionalismo norteamericano fue de ruptura, con sus innovaciones acerca del presidencialismo y del federalismo, hubo sugerentes continuidades, v.gr: el *Common Law*. Tal vez la Constitución histórica es el mejor testimonio de la existencia, en todo sistema político, de una “*living constitution*”, de una constitución material o real, que cambia formal pero también informalmente de modo cotidiano. Pero, más allá de ello, no hay dudas de que la Constitución británica es histórica, como también que es flexible. En los acápites que siguen, iremos perfilando mejor estas nociones que no siempre son comprendidas cabalmente.

### III. El aporte de Albert Venn Dicey.

Fue el victoriano Albert Venn Dicey quien delineó la silueta de la constitución británica, caracterizándola sin ambages como histórica. Si Bagehot fue quien se preocupó por la fisiología de la Constitución británica, fue Dicey su principal expositor jurídico, sobre todo del principio de supremacía parlamentaria<sup>16</sup>. Elaboró la doctrina constitucional, a punto tal que alguno llegó a afirmar que la “escritura” de esta Constitución se debía a la pluma magistral de Dicey, como una suerte de *constituyente subrogante*.

Este célebre autor, quien escribiera su obra icónica “*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*” ya citada en su edición francesa y sucediera a Blackstone en la Universidad de Oxford, también redactó unos papeles comparados que han sido publicado hace algo más de un lustro<sup>17</sup>. Allí califica a la Constitución de Gran Bretaña como histórica, agregándole otras consideraciones muy fecundas para nuestro análisis.

12 LOUGHLIN, Martin (2013), *The British Constitution (A Very Short Introduction)*, Oxford, Oxford University Press, p.25.

13 MONTESQUIEU, Ch.L.de Secondat (2008), *El Espíritu de las Leyes*, Valladolid, Lex Nova, tomo I, p. 238. Cabe añadir que la teoría de la división de poderes había tenido su precedente en LOCKE, John (2014), *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial, p. 178.

14 Ello es bien destacado por BAGEHOT, Walter (2010), *La Constitución inglesa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 4.

15 ROBERTSON, David Brian (2015), “The Constitution from 1620 to the Early Republic”, en TUSHNET, Mark; GRABER, Mark A, y LEVINSON, Sanford, *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, p. 19.

16 De todas formas, el principio de supremacía parlamentaria, más allá de Dicey, no ha estado exento de controversias. BLICK, Andrew (2015), *Beyond Carta Magna (A Constitution for the United Kingdom)*, Oxford, Hart Publishing, p.108.

17 ALLISON, J.W.F.(2013), *Lectures on Comparative Constitutionalism A.V.Dicey*, Oxford, Oxford University Press.

Dicey comienza allí su análisis con una pregunta capital: *“Si entonces cada constitución tiene su historia y tiene vínculos con el pasado qué queremos significar cuando aplicamos el término ‘histórica’ a las instituciones inglesas como el diferencial entre ellas y los arreglos políticos de otras latitudes”*.<sup>18</sup>

Y el autor establece tres pilares para su razonamiento. En efecto, sostiene que: a) la Constitución inglesa ha sido desarrollada históricamente; b) la Constitución ha sido continuamente desarrollada; c) Es un producto autóctono, propio de las condiciones del país.<sup>19</sup> En relación al primer punto, señala que en el caso británico, y a diferencia de otros Estados, las referencias a la historia son ineludibles. Respecto del segundo punto, rastrea cómo, por ejemplo, el Parlamento ha evolucionado de otros legislativos como el “Magnum Concilium” normando y el “Witenagomot”, pero son instancias dentro de una trayectoria de crecimiento evolutivo continuo<sup>20</sup>. Finalmente, destaca que la Constitución tiene un distintivo “carácter inglés” debido a las condiciones políticas y geográficas (v.gr., la insularidad) de Inglaterra.

En definitiva, Dicey considera que la constitución inglesa es producto de cuatro atributos: la antigüedad<sup>21</sup>, la continuidad, la espontaneidad<sup>22</sup> y la originalidad.<sup>23</sup> No hay fechas exactas para conmemorar las libertades inglesas y la forma parlamentaria de gobierno. Bien se ha aclarado que el peculiar sistema de fuentes del derecho constitucional británico no debe llevar a la errada conclusión de pensar que no hay allí constitucionalismo: *“Sin embargo, existe el caso del Reino Unido, que a pesar de ser la patria del constitucionalismo moderno, no posee una Constitución escrita en sentido tradicional, pero sí ciertamente una constitución sustancial impregnada por los principios del constitucionalismo”*.<sup>24</sup>

Es decir, así como muchas veces en América Latina, África o Asia se observan o advierten casos de “Constitución sin constitucionalismo”, Gran Bretaña ofrecería el caso inverso: un sistema íntimamente adherido al constitucionalismo, pero sin constitución formal.

#### IV. Mecanismo y organicismo.

Todo lo visto se relaciona con concepciones constitucionales más generales también, que vinculan al derecho constitucional con otras disciplinas.

Por un lado, encontramos una vertiente que puede denominarse *mecanicista*, y que se extrae de la física newtoniana del siglo XVII. Es decir, el constitucionalismo del siglo XVIII es la adaptación política de la física del siglo anterior. Se considera a la constitución como una maquina perfecta, como una pieza de relojería, con sus re-equilibrios, con sus distintos poderes que se balancean entre ellos, con sus “frenos y contrapesos” (*checks and balances*). A esta corriente perteneció Montesquieu y a ella también adscribieron los autores de “El Federalista” cuando tuvieron que salir a defender a la Constitución de Filadelfia de 1787.

18 ALLISON, J.W.F., Lectures on Comparative Constitutionalism...ob. cit., p. 17.

19 ALLISON, J.W.F., Lectures on Comparative Constitutionalism...ob. cit., p. 18.

20 Tal vez, aclara, el único hiato fue el “interregno” republicano de Oliver Cromwell, con la presencia de una Constitución escrita, rígida y suprema: el “Instrumento de Gobierno” de 1653.

21 Sobre la “antigua Constitución” en Inglaterra pre-1688, SOMEK, Alexander (2014), *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, p.43.

22 Veremos más adelante que, por el contrario, Bryce caracteriza a las constituciones modernas como “actos conscientes”, es decir, desprovistos de espontaneidad. Ello hace recordar la terminología trialista de Werner Goldschmidt, que considera al derecho consuetudinario como “derecho espontáneo”. Es que, en definitiva, “escribir una constitución es, por supuesto, un ejercicio de reflexión y de elección”. TUSHNET, Mark (2008), “Comparative Constitutional Law”, en REIMANN, Mathias, y ZIMMERMANN, Reinhard (Editores), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, p.1226.

23 ALLISON, J.W.F., Lectures on Comparative Constitutionalism...ob.cit., p. 174.

24 PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo (2018), *Derecho Constitucional Comparado*, tomo II, volumen A, Buenos Aires, Astrea, p. 166.

En cambio, el siglo XIX atestiguó el crecimiento de la biología y su extrapolación al campo político-social. Las instituciones fueron percibidas más que como estructuras, como seres vivos, con ciclos vitales propios de tales. El “darwinismo político” incide en las mentalidades constitucionales. La Constitución va a ser, en inmortales palabras de Fernando Lassalle, la incorporación de los factores reales de poder en una “hoja de papel”.<sup>25</sup> Ahí vendrá a jugar el tercer tipo de García Pelayo: el sociológico.

Nótese que tanto el tipo histórico-tradicional cuanto el sociológico son perspectivas realistas del fenómeno constitucional, que parten de lecturas de la historia y de la sociedad, y no de creaciones abstractas o ideales como las que derivan del racional-normativo. Ambos ven a la Constitución como un producto evolutivo que va cambiando con el tiempo. El factor temporal va a jugar un papel muy significativo aquí.<sup>26</sup>

## V. Una concepción evolutiva de los derechos fundamentales.

La narrativa de los derechos fundamentales conduce a pensar que los mismos surgieron con las “Revoluciones Atlánticas” que dieron nacimiento y origen al constitucionalismo liberal (Estados Unidos, 1776; Francia, 1789). Empero, pueden detectarse derechos, aunque sea en un sentido distinto del actual, en la pre-historia del constitucionalismo, es decir, en la Edad Media. De vuelta el caso inglés viene a colación con la Carta Magna de 1215, otorgada por el Rey Juan I a los barones del Reino.

Toda vez que el constitucionalismo británico va a ser evolutivo y continuista, vamos a ver que con frecuencia estas libertades “medievales” (como la legalidad tributaria, o la que prohíbe arrestos arbitrarios) van a volver a emerger cada tanto. La idea de la “Constitución mixta” en la Edad Media -de la que físicamente da testimonio el Parlamento Británico con la presencia de la Corona, de los lores y de los comunes- va a asumir un sentido muy diferente de lo que había representado en la Antigüedad. Así, Fioravanti expresa que en la Edad Media: *“La Constitución mixta sirve en este tiempo para defender el carácter de hecho plural y compositivo de la sociedad y de los poderes que ella expresa, y lo que se teme es el nacimiento de un poder público que rompa este equilibrio, que se sienta legitimado para alimentar sin medida pretensiones de dominio. En otras palabras, la constitución mixta de los antiguos se dirige a legitimar fuertes poderes públicos comúnmente reconocidos, la constitución mixta medieval se dirige a limitar esos mismos poderes”*.<sup>27</sup>

Desgraciadamente, el “matrimonio de conveniencia” entre los incipientes monarcas nacionales del s.XV y la burguesía va a desembocar en los absolutismos monárquicos, de los que tendrá que hacerse cargo el constitucionalismo liberal para intentar limitaciones de mayor calado. Es que la “libertad de los modernos” -en palabras de Condorcet- va a estar recogida sin ambages y con la mayor jerarquía (“higher law”) por el *ius scriptum*; lo declarado va a suministrar seguridad a los destinatarios del poder frente a sus detentadores. De allí la importancia de documentos históricos como la propia Carta Magna ya citada<sup>28</sup>, la “Petition of Rights” de 1628 y el “Bill of Rights” de 1689 como antecedentes del constitucionalismo, pero ya en la época del constitucionalismo, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Declaración de Virginia del mismo año, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 en Francia y las Diez Primeras Enmiendas norteamericanas de 1791.

25 LASALLE, Ferdinand (1984), ¿Qué es una Constitución?, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, p. 48.

26 HÄBERLE, Peter (2017), Tiempo y Constitución (Ámbito público y jurisdicción constitucional), Lima, Palestra, en especial p.25.

27 FIORAVANTI, Maurizio (2001), Constitución (De la Antigüedad a nuestros días), Madrid, Trotta, p. 56.

28 Sobre el influjo “global” de la Carta Magna inglesa, véase BLICK, Andrew, Beyond Carta Magna...ob. cit., p.57.

Nuevamente, vuelve a plantearse la cuestión si los documentos acuñados por el constitucionalismo del s. XVIII son netamente “rupturistas” del orden jurídico existente hasta ese momento. No caben dudas de que las constituciones francesas lo fueron. Pero, respecto de Estados Unidos, no hay unanimidad de criterios ni de posturas.

En efecto, ya Edmund Burke, autor de sus famosas *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, entendía en 1790 que: “Tenemos una corona heredada; nobles heredables; y una cámara de los comunes y un pueblo que heredan privilegios, franquicias y libertades, de una larga lista de ancestros”<sup>29</sup>. Con ello quería demostrar el contraste entre libertades heredadas<sup>30</sup> y los “derechos del hombre” de la Revolución francesa.

## VI. Flexibilidad y rigidez.

Tal como ya se hizo referencia, Bryce auscultó entre una serie de taxonomías constitucionales, como ser, escritas y no escritas, viejas y nuevas, sin que lo llegaran a convencer de su carácter científico. A fin de superar las antedichas falencias, y a falta de mejores etiquetas, puntualizando que se trata de una metáfora “preferible”: *“Las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y pueden ser adaptadas y ver alteradas sus formas sin perder sus características principales. Las constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconveniente en darles el nombre de constituciones rígidas”*.<sup>31</sup> Ello se vincula, como se sabe, con la mayor dificultad o facilidad en los procesos de reforma constitucional, al considerarse -o no- a la Ley fundamental como una ley más.

## VII. Los preámbulos.

La historia tiene muchas maneras de hacer aparición en un texto constitucional. No siempre “toda” la constitución es histórica, sino que retiene partes o porciones imbuidas de historicidad. Una porción en donde pueden emerger estos contenidos es el preámbulo de la Constitución.

Cabe apuntar que el preámbulo es el “pórtico introductorio” de una Ley Suprema, la “constitución de la constitución” en donde se condensan los fines, los valores, los principios y la “idea de derecho” que tienen los autores de la norma. Generalmente, contienen los fines del Estado, la personería invocada y ciertos mensajes altamente simbólicos. Entre estos últimos, encontramos ingredientes historicistas, una “ojeada al decurso histórico”<sup>32</sup>.

Apunta, sobre el preámbulo de 1853, Germán Bidart Campos: *“En el preámbulo se condensan y reiteran los principios básicos de la revolución de Mayo: la independencia, a través del surgimiento de un estado nuevo -la república Argentina-; la libertad; y la democracia. El preámbulo contiene una filosofía política de la libertad que es, por eso mismo, la filosofía política de la democracia. Es cierto que no emplea el término, no obstante que los autores del proyecto presentado al Congreso Constituyente se autocalificaron de demócratas. Pero asume el contenido de la democracia, entendida como la convivencia pacífica de todos los hombres en la libertad, que insta un régimen basado en el respeto de la dignidad de la persona, de sus derechos y de sus libertades fundamentales.*

29 MARX, Roland (1972), *Documents d'histoire anglaise du XIe siècle a 1914*, Paris, Librairie Armand Colin, p. 195.

30 Es que, cada Constitución posee “su propia herencia”. ARIAS GUEDON, Sonsoles (2016), *Las Constituciones de los Länder de la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 116.

31 BRYCE, James, *Constituciones flexibles...*ob.cit., p.13.

32 CARNOTA, Walter F. (2018), “Entrevista” en PALOMINO MANCHEGO, José F., (Coordinador), *El Preámbulo Constitucional Dialogado*, Lima, Universidad Inca Garcilazo De la Vega y Grijley, p. 21.

*Cuando proclama imperativamente el objetivo de asegurar los beneficios de la libertad y promover el bienestar general, está elevando a rango y nivel constitucionales el principio vertebral de la democracia como forma de estado. Y en el preámbulo se acoge al federalismo, en alusión a los pactos preexistentes que fueron su andamiaje histórico y su precedente cronológico”.*<sup>33</sup>

### **VIII. Los “Contenidos Pétreos” ó “Cláusulas de Eternidad”.**

Hay veces que el constituyente ha separado ciertos tópicos de la Constitución y les ha conferido un carácter “pétreo”, es decir, irreformable. Esos segmentos no podrán ser alterados por vía de una reforma constitucional. Otras veces, esos contenidos no fueron explicitados por el redactor de la Ley Suprema, pero han fluido por vía interpretativa, ya sea por la doctrina fijada por los tribunales o por los autores.

En el caso norteamericano, el redactor de Filadelfia singularizó a la igualdad de representación en el Senado como un ingrediente inextinguible sin consentimiento de los Estados<sup>34</sup>. Francia apuntó a la irreformabilidad de la república<sup>35</sup>. En Argentina, teóricamente el art. 30 CN permite la reforma total del texto constitucional. Empero, han sido los autores los que han identificado “contenidos pétreos”, como ser la forma republicana de gobierno, la forma federal de Estado, la forma democrática y la confesionalidad del Estado, que impiden su abolición<sup>36</sup>.

Cabe resaltar el carácter identitario que tienen las “cláusulas de eternidad”, que permiten singularizar un determinado texto constitucional. Al decir de Häberle: *“Las cláusulas de eternidad son parte integrante inmanente, escrita o incluso no escrita, de las Constituciones del Estado Constitucional, en la medida en que sean interpretadas desde un enfoque material. Tales cláusulas son de naturaleza declarativa, en la medida en que definan, total o parcialmente, elementos de la ‘sustancia’ de estas Constituciones”.*<sup>37</sup>

Así, la división de poderes, la “cláusula republicana”, los derechos fundamentales, la estructura territorial, pueden ser ya “cláusulas” o hasta “contenidos” petrificados, éstos últimos detectados como se dijo por la doctrina o hasta por vía pretoriana.

### **IX. Historicismo en la Constitución Argentina.**

No sólo la *historicidad* puede predicarse de la Constitución inglesa o británica. Nuestra Constitución documental de 1853 también exhibe rasgos de historicidad, aunque generalmente se la ubique como racional-normativa a la hora de colocarla en uno de los tres tipos que hemos visto. Corremos a explicarnos.

El constituyente originario argentino fue previsor y prospectivo; miró al futuro, fiel al ideario de Juan Bautista Alberdi, como puede observarse en algunas de sus cláusulas paradigmáticas (v.gr. la llamada “cláusula del progreso” del hoy art. 75 inc.18 CN). Empero, esa perspectiva en la que se ubicó -propia de toda obra codificadora de la época- no le impidió ver que las instituciones eran fruto de la maduración histórica. Así, la invocación en el preámbulo a los “pactos preexistentes”; el “sostenimiento” del culto católico en el art. 2 CN y la prohibición de la suma del poder público estampada en el art.29 CN demuestran, entre otros muchos ejemplos, que el autor de 1853 se detuvo en

33 BIDART CAMPOS, Germán J. (1969), *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar, p. 139.

34 Artículo V, “in fine”, Constitución de los EE.UU. de 1787.

35 Artículo 89, “in fine”, Constitución de Francia de 1958.

36 BIDART CAMPOS, Germán J. (1986), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, p.111.

37 HÄBERLE, Peter (2003), *El Estado Constitucional*, ob.cit., p. 146.

mirar a los procesos históricos, ya que sin éstos las mencionadas directivas carecerían de sentido.

Convengamos, entonces, que el constituyente fusionó o amalgamó elementos o condimentos de neta raigambre histórica y sociológica (como las creencias religiosas de la mayoría de la población en ese momento), con una visión disparada hacia el porvenir de la inmigración, de la atracción de capitales extranjeros y de progreso económico en general.

De allí que de modo directo, nuestra Constitución no encasille perfectamente en uno solo de los tipos que diseñó García Pelayo y que hemos mencionado como esquema de análisis a lo largo del presente trabajo. La habilidad de los redactores constitucionales argentinos fue más sabia y sutil, ya que por lo demás, el pasado, presente y futuro están permanentemente integrados<sup>38</sup>.

Es que, al decir de uno de nuestros máximos constitucionalistas: *“La Constitución del 53 nació de un presente futurizado, o lo que es igual, que desde el presente de su tiempo histórico, proyectó su futuro, eligiendo entre los posibles uno que quiso llevar a la realidad...El curso programático de la constitución elaborada por ellos, no era un circuito cerrado originariamente desde el presente de su tiempo, sino un cauce que arrancaba del pasado preexistente”*.<sup>39</sup>

Nótese que los “momentos constitucionales” argentinos de 1853 y de 1994, con sus diferentes concepciones y diversos usos del lenguaje en la redacción de las normas constitucionales, se imbricaron perfectamente luego de la última reforma. En efecto, pese a la vastedad de la empresa reformista y a su notorio carácter transversal, no se ha hablado de una “nueva Constitución”, sino que es la misma con las reformas operadas en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. No solamente no se dudó que en esta última instancia hubo ejercicio de poder constituyente derivado, ya que al decir de Bidart Campos, no es que “el cambio le haya sustraído o alterado contenidos y valores fundamentales de 1853-1860”.<sup>40</sup>

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLISON, J.W.F. (2013), *Lectures on Comparative Constitutionalism* A.V. Dicey, Oxford, Oxford University Press.
- BAGEHOT, Walter (2010), *La Constitución inglesa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1969), *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1986), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, Buenos Aires, Ediar.

---

38 En tal sentido, expresa HÄBERLE que: “La filosofía del llamado ‘espíritu abierto’ popperiano permite que la Constitución se halle ‘abierto hacia adelante’, hacia el futuro, al igual que permite institucionalizar determinadas experiencias (apertura ‘hacia atrás’, por así decir), dejando espacio para desarrollar tanto el espíritu humano presente como el histórico”. HÄBERLE, Peter (2014), *Pluralismo y Constitución* (Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta), Madrid, Tecnos, p. 88.

39 BIDART CAMPOS, Germán J. (1969), *Historia e ideología...*, ob.cit., p. 130.

40 BIDART CAMPOS, Germán J (1995), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo VI, Buenos Aires, Ediar, p. 196.

- BIDART CAMPOS, Germán J (1995), Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo VI, Buenos Aires, Ediar
- BOGDANOR, Vernon, (2009), The New British Constitution, Portland, Hart Publishing.
- BLICK, Andrew (2015), Beyond Carta Magna (A Constitution for the United Kingdom), Oxford, Hart Publishing.
- BRYCE, James (2015), Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CARNOTA, Walter F. (2005), “La evolución constitucional británica”, en Revista Jurídica del Perú, número 64.
- CARNOTA, Walter F. (2018), “Entrevista” en PALOMINO MANCHEGO, José F., (Coordinador), El Preámbulo Constitucional Dialogado, Lima, Universidad Inca Garcilazo De la Vega y Grijley,
- DICEY, A.V. (1909), Introduction a l'étude du Droit Constitutionnel, Paris, Giard y Briere, p. 21.
- FIORAVANTI, Maurizio (2001), Constitución (De la Antigüedad a nuestros días), Madrid, Trotta.
- GARCIA PELAYO, Manuel (1999), Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Alianza Editorial.
- HÄBERLE, Peter (2003), El Estado Constitucional, México, UNAM.
- HÄBERLE, Peter (2014), Pluralismo y Constitución (Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta), Madrid, Tecnos
- HÄBERLE, Peter (2017), Tiempo y Constitución (Ámbito público y jurisdicción constitucional), Lima, Palestra.
- HOLMES, Oliver Wendell (2009), The Common Law, Cambridge, Belknap.
- JAUREGUI, Carlos (1990), Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés, Buenos Aires, Depalma.
- LASSALLE, Ferdinand (1984), ¿Qué es una Constitución?, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires.
- LOUGHLIN, Martin (2013), The British Constitution (A Very Short Introduction), Oxford, Oxford University Press
- LEYLAND, Peter (2012), The Constitution of the United Kingdom (A Contextual Analysis), Oxford y Portland, Hart Publishing,
- LOCKE, John (2014), Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Madrid, Alianza Editorial.
- MARX, Roland (1972), Documents d'histoire anglaise du XIe siecle a 1914, Paris, Librairie Armand Colin.
- MONTESQUIEU, Ch.L.de Secondat (2008), El Espíritu de las Leyes, Valladolid, Lex Nova
- PEGORARO, Lucio, y RINELLA, Angelo (2018), Derecho Constitucional Comparado, tomo II, volumen A, Buenos Aires, Astrea.
- ROBERTSON, David Brian (2015), “The Constitution from 1620 to the Early Republic”, en TUSHNET, Mark; GRABER, Mark A, y LEVINSON, Sanford, The Oxford Handbook of the U.S.Constitution, Nueva York, Oxford University Press.
- SOMEK, Alexander (2014), The Cosmopolitan Constitution, Oxford, Oxford University Press.
- TUSHNET, Mark (2008), “Comparative Constitutional Law”, en REIMANN, Mathias, y ZIMMERMANN, Reinhard (Editores), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, Oxford University Press.

# ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO

---

## ABOUT THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW

---

TOMAS GUILLERMO RUEDA<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

La denominada “Constitucionalización del derecho privado” suscita algunas controversias en la doctrina por las diferentes posiciones asumidas en orden a su significado y alcance. Sin embargo, la introducción de los “nuevos derechos y garantías” en la reforma constitucional de 1994, como también la valorable recepción legislativa de los derechos humanos (Art. 75, inc. 22, CN), que constituyen derechos fundamentales de jerarquía supranacional, exigen del Derecho Privado su adecuación a estas nuevas fuentes y no únicamente su subordinación (Art. 31, CN). El nuevo código civil y comercial no desatendió esa directiva, disponiendo su interpretación conforme a los Tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (Art. 2 CCCN). La meritoria positivización de los Derechos Humanos, en la Constitución Nacional, impuso su aplicación en el nuevo código, fiel al efecto operativo de aquella.

### ABSTRACT

The so-called “private law constitutionalization ” raises some controversies in the legal doctrine regarding its meaning and scope of action. However, the inclusion of a new chapter in the 1994 constitutional reform, under the heading “New Rights and Guarantees” (second section of the first part), as well as the valuable reception of the human rights legislation (art. 75, 22, CN) which constitute fundamental rights with supranational hierarchy, demand the suitability of the private law and not only its subordination (art. 31, CN). The new civil and commercial code has not neglected this directive, by stating its interpretation considering the dispositions contained in the human rights treaties, the principles and juridical values, consistently integrated with the whole system (art. 2, CCCN). The commendable positivization of human rights in the national constitution has imposed its regulation in the new civil and commercial code, following the operative effect mandate by the constitution.

---

<sup>1</sup> Abogado, profesor Asociado de Seminario de Integración y Práctica Profesional II (UBP); Tutor Superior de Derecho Civil I (carrera de Abogacía a distancia, UBP); Tutor Superior de Derecho Civil I (carrera de Martillero y Corredor Inmobiliario a distancia, UBP); Especialización en Derecho del Seguro y la Responsabilidad Civil (UNC); Cursado Doctorado en Derecho (UNR, promoción regularizada 2014).

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización. Positivización de los Derechos Humanos. Eficacia Operativa. Coherencia. Consagración normativa.

KEY WORDS: Constitutionalization Positivization of Rights Humans. Operational Efficiency Coherence. Regulatory Consecration.

## I. La Constitucionalización del Derecho Privado.

En el marco de la extensión que esta publicación requiere, desarrollaremos esta temática siempre vigente.

En la doctrina europea viene desarrollándose años atrás lo que se ha dado en denominar "Derecho Privado Constitucional"<sup>2</sup>, influenciado por los procesos de reforma constitucional de la posguerra en países como Italia, Alemania, Francia y España que dejaron entrever en sus constituciones la faz jurídica, antes omitida por estar, algunas más que otras, sometidas al mundo de la política y no del derecho. De allí la integración en sus constituciones de materias propias del derecho privado, como acontece con los Derechos de la Personalidad tanto en España como en Alemania.

Esto no aconteció con nuestra Constitución Nacional que supo mantenerse adaptada a los cambios de los tiempos, conservando el texto básico de 1853, sin perjuicio de las interrupciones sufridas en nuestro proceso democrático.

La constitucionalización del derecho privado es entendida en cierto sector de la doctrina extranjera, como la elevación a rango constitucional de los principios y reglas básicas de esa rama jurídica<sup>3</sup>.

Más prácticamente concebida como la aplicación de principios constitucionales en las normas de derecho privado.

La constitucionalización reviste características similares en los distintos países: 1o Es un fenómeno a la vez jurídico y político, pues toda Constitución, por propia naturaleza, reviste esa característica y tiende a transmitirla a las normas con ella relacionadas.- 2o Se centra en las reglas básicas, particularmente tratándose de Constituciones rígidas, pues la misma naturaleza del fenómeno no se presta a descender en detalles.- 3o Tiene un trasfondo garantizador referente a la línea de desarrollo de la legislación ordinaria.- 4o El fenómeno de la constitucionalización, por propia naturaleza presupone la formulación de una Constitución escrita y construida como ley de leyes.-

### 1. Adecuación del Derecho Privado.

El Derecho Privado debe experimentar cambios que la pongan a tono con aquella. Esos cambios se deberán producir en dos grandes ámbitos, de un lado, en los nuevos desarrollos legislativos que, sobre las diferentes materias, se presenten, estaríamos en lo que puede llamarse la **constitucionalización legislativa del derecho privado** y por la interpretación que por los jueces se realice de los textos legales contenidos en los códigos imperantes, sería lo que llamaremos la **constitucionalización judicial del derecho privado**.

Ese proceso de adaptación es lo que se conoce, en términos generales, como la consti-

2 RIVERA, Julio César (1994); "El Derecho Privado Constitucional", Revista de Derecho Privado y Comunitario, pp. 27-52.

3 "La constitucionalización del derecho social en España comparada con la Argentina"; Jaime Illuis y Navas [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) del 10.04.2019.

tucionalización del derecho privado<sup>4</sup>.

La necesidad de renovar y de actualizar la legislación civil y comercial está fundada en la presentación del proyecto del nuevo código en la necesidad que el Derecho acompañe las transformaciones sociales y no únicamente en la antigüedad de dos códigos decimonónicos.

## 2. La necesaria integración del Derecho Público y el Derecho Privado.

Vienen al caso dos reflexiones reproducidas por el jurista colombiano precedentemente citado, dando cuenta del papel que asiste al derecho privado, citando al filósofo del derecho español Legaz Lacambra *"Hay que reconocer que la ciencia del derecho privado se ha puesto a la cabeza de las ciencias jurídicas, por eso el derecho público no debe tener inconveniente en imitarla y seguirla, es preferible que imite al derecho civil a que pierda todo el carácter jurídico y caiga a nivel de literatura política de periódico"*.

Parecía repetir la sentencia de Cicerón pronunciada siglos atrás cuando señalaba: *"Es pues, necesario que lleguéis al convencimiento profundo de que nada debe ser defendido en las Civitas con tanta atención como la estabilidad del Ius Civile"*

Tradicionalmente, tanto en nuestro sistema jurídico, como en la opinión de la doctrina especializada, el derecho privado era una rama del derecho y el derecho público otra rama totalmente diferenciada, tanto que no tenían puntos de conexión, adviértase que el Código Civil de Vélez Sársfield en ningún artículo mencionaba la Constitución Nacional o los tratados internacionales.

En el proyecto de la Comisión Redactora se enumeró entre los fundamentos, como punto III) la *"Constitucionalización del derecho privado"*, agregándose a renglón seguido que *"La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre lo público y lo privado. En este Proyecto existe una comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en numerosos casos"*.

De allí que resulte un cambio de paradigma muy importante el enfoque dado al nuevo Código.

### **vaciones y riesgos apuntados en orden a la Constitucionalización del derecho privado.**

El artículo 1º del Código Civil y Comercial dispone en su primer párrafo que *"los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en lo que la República sea parte"*.

Parte de la doctrina nacional observa la redacción ambigua que comporta la expresión "casos" y, adentrada a la constitucionalización que pudiere surgir a través de la mención expresa de la Ley Fundamental y tratados internacionales, que realiza el citado artículo introductorio del Código Civil y Comercial, interpreta que la conformidad de las leyes con la Constitución no proviene de la mentada constitucionalización del derecho privado; sino que el Art. 31 de la ley cimera y la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son quienes ordenan desde tiempo remoto, esa supremacía normativa y esa consideración<sup>5</sup>.

También advierten sobre el riesgo que la Constitución se expanda sobre cuestiones de derecho privado en función a las interpretaciones actuales que, convalidando el constitucionalismo del derecho privado, pueden llevar a una Constitución adaptada al código

---

4 Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2010): "La Constitucionalización del Derecho Privado" (es.scribd.com/document/376530177/Dialnet-LaConstitucionalizacionDelDerechoPrivado) (20 de abril de 2019)

5 GARAY, Alberto F. (2016): "El nuevo derecho común, la Constitución y los Tratados", CALVO COSTA, Carlos (Dir); "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial", Bs As., La Ley. Tomo I, pp 5-22.

civil y no al revés; pues la necesidad surgente es la de adaptar las instituciones civiles a la reforma constitucional de 1994, guardando coherencia con el principio de supremacía que debe primar en el ordenamiento<sup>6</sup> (Dalla Via pag 6 y 15).

El mismo autor sostuvo oportunamente que *“La ”consitucionalización del derecho privado” es una expresión que puede dar lugar a conclusiones equívocas. En nada desmerece al derecho privado seguir cumpliendo su rol de cuerpo jurídico infraconstitucional destinado a reglar las relaciones privadas entre particulares, sin necesidad de alterar la jerarquía normativa que se ordena a partir del principio de supremacía establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional”*.

Cabe recordar expresiones del eximio jurista tucumano, Juan Bautista Alberdi, preocupado porque el derecho civil no se aparte de la Carta Magna, refiriendo que puede ser un medio de alterar el derecho constitucional en sus garantías; criticando de ese modo el código civil argentino en cuanto abreva de la obra del jurisconsulto brasileño Augusto Texeira Da Freitas, *Consolidação das Leis Cívis*).

Ciertamente que sus expresiones críticas valieron la respuesta del codificador, Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield: *“...Ni en Roma ni en Constantinopla ni en París, los profesores de la ciencia jamás oyeron que hubiese algún tratado de obligaciones democráticas, de contrato democrático, de códigos democráticos o de códigos de libertad”*.

Como bien señalaba el reconocido jurista tucumano en los primeros tiempos de la Constitución, el derecho privado debe recoger los valores de esta siendo beneficiario de los principios democráticos y de los valores propios del liberalismo político al que adscribe la Constitución<sup>8</sup>, reconocido por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>9</sup>.

Si bien pueden resultar dignas de mención y atención las observaciones y riesgos apuntados, en distintas épocas, no menos cierto es que con la reforma del año 1994 la Constitución Nacional genera nuevas fuentes reafirmando un rumbo de protección de los derechos humanos y, en general, de socialización del derecho, a la que toda legislación infra constitucional debe reconocer, adaptando sus instituciones a tales preceptos.

El apuntado cambio de paradigma tiene consagración legislativa en el código civil y comercial, siendo además reconocido en general por nuestra doctrina. Así, por caso, destacados autores refieren que el nuevo código se preocupa no sólo de los derechos individuales, sino también de los denominados derechos de incidencia colectiva, e incorpora nuevos paradigmas que hunden sus raíces en la Constitución reformada en 1994: no discriminación, igualdad real, sociedad multicultural<sup>10</sup>.

Reafirmando los conceptos alberdianos, sostenidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Código debe ser la expresión de los valores liberales de la Constitución, su sujeto es la persona, su ámbito de regulación es el ejercicio de la libertad y sus presu-

6 Dalla Via, Alberto F; “CUESTIONES CONSTITUCIONALES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”; ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS (2016);, Anales, Bs As., ed. Casamajor.

7 Dalla Via Alberto R “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley 2014-B, p. 913.

8 Alberdi, Juan Bautista; “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853”, Buenos Aires, ed. La Cultura Argentina (1921), publicada en Valparaíso en 1854, y en el escrito que redactó en Noviembre de 1867 “El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil, carta dirigida a sus compatriotas y amigos”.

9 Fallo “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c/ Inspección General de Justicia”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 21/11/2006. Recurso de Hecho interpuesto por la parte actora: “...La restauración definitiva del ideal democrático y republicano que plasmaron los constituyentes de 1853 y profundizaron los de 1994, convoca (...) a la unidad nacional, en libertad, pero no a la uniformidad u homogeneidad. El sentido de la igualdad democrática y liberal es el del “derecho a ser diferente”, pero no puede confundirse nunca con la “igualación”, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales...”. Según el voto del juez Fayt, en consonancia con la decisión de la mayoría: “(...) la Cámara no ha advertido la inconsecuencia a la cual conduce irremisiblemente su errónea concepción del bien común, pues no intenta conciliar la rigurosa comprensión asignada al texto infraconstitucional en juego con los derechos reconocidos desde 1994 en la Ley Suprema a las asociaciones que, como la actora, tienen por objeto evitar cualquier forma de discriminación, al atribuirseles capacidad procesal para pretender ante el Poder Judicial la tutela del derecho señalado.” De esta manera, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia de la Cámara Federal (Sala k).

10 RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel ( 2018 ); “Derecho Civil - Parte General -”, Bs As., Ed Abeledo Perrot, p.14.

puestos la inviolabilidad de la persona, el reconocimiento de su dignidad, la autonomía personal y la tolerancia”.

Algunos autores han recurrido a expresiones similares desde la Doctrina, como ocurre con la obra del Dr. Jorge Mosset Iturraspe titulada “Derecho Civil Constitucional”. En este caso, la referencia parece estar más bien dirigida a la regulación en la ley civil de instituciones de naturaleza constitucional, refiriendo a la “publicización” del derecho privado cuando por caso busca la libertad en concreto frente a la libertad en abstracto. Afirma que el Derecho Privado se publiciza porque toma del Derecho Público estas inquietudes y las hace suyas.

Diferente a la óptica adoptada por el Dr. Horacio Rossatti en su volumen titulado “Tratado de Derecho Constitucional”, pasando revista, desde la transcendencia supranacional a temas jerarquizados del derecho privado como lo de la “vida, identidad y privacidad”<sup>12</sup>.

## II. Nuevas fuentes del ordenamiento. La constitucionalización y sus efectos.

Desde la reforma constitucional argentina de 1994 se ha configurado un nuevo sistema de fuentes del derecho. los Tratados Internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Argentina), son fuentes que conforman, con su entidad supranacional en el ordenamiento jurídico argentino, una modificación del orden jurídico en general.

Estamos en presencia, de este modo, ante el fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado” razón por la cual la legislación ordinaria debe partir de este “sistema” para interpretar y aplicar el derecho.

Este proceso de constitucionalización, más fuertemente arraigado en los países desde la segunda mitad del siglo pasado, convive en un escenario caracterizado por la aparición de un espacio económico supranacional en un mundo de mercados integrados, como también de la internacionalización de los derechos humanos en la que los países en general acuerdan modificar su propia legislación interna resguardando tales derechos y sometiéndose a una jurisdicción internacional.

Ciertamente que ese Derecho Supranacional tiene cabida en nuestra Constitución a través de la reforma habida en el año 1994, mediante la incorporación de los tratados internacionales.

Como consecuencia de ello, las cuestiones sometidas a la legislación del Derecho privado deben ser resueltas conforme a las leyes que regulen la materia de que se trate y que resulten aplicables, interpretándolas acorde a la Constitución Nacional y a los tratados ratificados por la Argentina.

Uno de los principales efectos de esta “Constitucionalización del Derecho común” es que, precisamente, aunque no haya disposición legal que reglamente el derecho reconocido por la Constitución, el derecho es operativo y la persona que demanda la tutela jurisdiccional puede pedir su aplicación, distinguiendo la eficacia que las normas civiles constitucionales pueden producir sobre el ordenamiento jurídico civil, en directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora o directiva<sup>13</sup>.

11 Rivera, Julio César, op. cit., p. 9/10; explicando el alcance axiológico de la constitucionalización.

12 ROSATTI, Horacio (2017); “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo I, Bs As. Ed Rubinzal-Culzoni, pag 211 y ss.

13 Rivera, Julio César, Op. Cit, pag 8/9. BORETTO, Mauricio “La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino” (civilistica.com- a. 4. n. 2). (2015):“1. Eficacia directa: Por ejemplo, si bien en la Argentina no se ha reglamentado el derecho de réplica o respuesta (que se ejerce contra las empresas periodísticas para que rectifiquen noticias erróneas o incompletas), al estar expresamente reconocido por el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14), cualquier particular puede reclamar al medio periodístico que difundió una noticia errónea o inexacta que los afecta personalmente a que, por igual medio, la corrija o complete. 2. Eficacia derogatoria: esta característica implica que las disposiciones constitucionales derogan cualquier disposición legal que las contradiga. Por ejemplo, debe considerarse derogada toda disposición legal que discrimine a la mujer. Es lo que ocurrió con el artículo 1276 del Código Civil argentino que disponía

Por ello, la interpretación y aplicación del Derecho Privado argentino no debe desatender la siguiente directiva: adecuar el Derecho común a la Constitución y a los Tratados de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional por la reforma de 1994 y no al revés.

### III. La constitución y el Estado Social de Derecho.

La reforma de 1994, como dijimos, acentuó los principios del Estado Social de Derecho, plasmada nítidamente en la redacción del artículo 75, en cuyos incisos se encuentra desarrollado el “núcleo ideológico” de la reforma, sobresaliendo el nuevo inciso 19 que contiene la llamada “cláusula del nuevo progreso” o del “progreso económico y social”, en el que se consagran principios liminares como el “desarrollo humano” o el “crecimiento económico con justicia social”.

### IV. Derechos privados incorporados en La Constitución.

Si bien en la Constitución Nacional de 1853 ya estaban incorporadas cuestiones de derecho privado como la protección de la privacidad y de la propiedad, no menos cierto es que no encontró la exteriorización debida hasta la reforma del año 1994.

En ese ideario, en la primera parte de la Carta Magna, surgen en su capítulo II, los llamados “*Nuevos Derechos y Garantías*”, integrados desde el artículo 36 al 43 del texto constitucional reformado.

Sin perjuicio de la previsión del enriquecimiento ilícito, comprensivo de ramas del derecho privado y público, están consagrados los derechos de participación e igualdad; los derechos de incidencia colectiva, como el derecho a un ambiente sano y equilibrado y los derechos de los usuarios y consumidores, temas que forman parte de las novedades incorporadas por el Código Civil.

Así se destaca el texto del artículo 41 cuando regla sobre la consagración de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras, previendo la recomposición del daño ambiental.

El artículo 42 que contempla al consumidor en sus relaciones de consumo defendiendo su salud, seguridad e intereses económicos<sup>14</sup>. Precisamente en el mismo artículo defiende la competencia contra toda distorsión del mercado y procurando el “control de los monopolios naturales y legales”. Al preocuparse por regular el mercado sano y libre, evitando las conductas monopólicas, el constituyente defendió el modelo de economía de mercado, que encuentra fundamento en la libre iniciativa propia del modelo originario, respetando el espíritu alberdiano.

La protección de los derechos personalísimos que también surge de ese capítulo, ya sea

---

que, si no se puede determinar el origen de los fondos, el bien ganancial es de administración marital. La doctrina consideró que esta disposición estaba derogada por violar el principio de igualdad de hombre y mujer y así fue declarado por el Derecho judicial. Finalmente, esta posición fue recogida por el legislador quien -a través de la ley 25.781- sustituyó el párrafo polémico del artículo 1276 Código Civil argentino, y dispuso que estos bienes son de administración conjunta de ambos cónyuges. 3. Eficacia invalidatoria: este carácter está estrechamente vinculado al anterior pues la disposición de jerarquía legal que se opone a una norma constitucional es inválida y, por ello, puede ser declarada inconstitucional por los jueces. 4. Eficacia interpretativa: se ha dicho que la visión constitucional exige una “relectura” de los textos legales, de tal modo que la interpretación de la ley esté siempre adecuada a la Constitución. Por eso, cuando una ley es pasible de ser interpretada de diversos modos, uno que contradice la Constitución y otro que se adecua a ella; quien interpreta y aplica la ley debe hacerlo de manera que la norma resulte conforme a la cláusula constitucional. En otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de la ley”.

14 Hernandez, Carlos y Frustagli, Sandra (2009); “La Obligación de Seguridad en las Relaciones de Consumo”; Picasso-Vazquez Ferreyra (Directores), “Ley de Defensa del Consumidor – Comentada-”, Tomo I, Bs. As., La Ley.  
Santarelli, Fulvio G., “Información al Consumidor y Protección de su Salud”, op. cit, pag 63 y ss.  
Andrada, Alejandro Dalmacio, “El Estado y la Defensa de los Consumidores –El derecho a la protección de los intereses económicos.”, op. cit, Tomo II, pag. 80.

el artículo 43 cuando consagra la protección del habeas data a través de la acción de Amparo, como el artículo 42 protegiendo la salud, seguridad, libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La transformación de las variables de poder experimentada en la comunidad universal, en un escenario de economía de mercado globalizada, también incide para que el ordenamiento constitucional contemple aspectos del derecho privado, resguardando y garantizando derechos y libertades esenciales del individuo; sin que ello implique contrariar el principio de supremacía constitucional por una supuesta adecuación de la Constitución Nacional al derecho privado<sup>15</sup>.

Tradicionalmente era concebido el poder en manos del Estado y de allí la práctica inveterada de contener el avance del Estado sobre el individuo, resguardando su libertad física a través de la garantía constitucional del Habeas Corpus.

Esta concepción se ha enriquecido a resultas de la aparición de grupos de poder económico, financiero y social que irrumpen con potencialidad dañosa susceptible de afectar los derechos esenciales de la persona<sup>16</sup>. De allí que el artículo 43 prevea la acción de amparo tendiente a proteger en forma rápida y expedita los derechos enunciados en la sección.

## V. Algunos de los preceptos constitucionales plasmados en el nuevo Código Civil y Comercial.

Advertimos que los mencionados Fundamentos del nuevo código civil y comercial reconocen el proceso de “constitucionalización” que incluye los tratados y convenciones relacionados en su destacado artículo 75.

Precisamente nuestro país, como signatario de los tratados de derechos humanos, tiene el deber jurídico de adoptar medidas para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos<sup>17</sup>.

Esa tutela no se limita a una rama del derecho, sino que incorpora el bloque de constitucionalidad y convencionalidad internacional directamente operativo<sup>18</sup>.

El derecho supranacional de derechos humanos constitucionalizado (art. 75, inc. 22, de la CN), establece las bases fundamentales del régimen de los derechos personalísimos, en tanto la dignidad personal como sus emanaciones (intimidad, imagen, identidad, honor y derechos sobre el propio cuerpo), son reconocidos de manera explícita en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otros instrumentos supranacionales. Consecuentemente, siguiendo al común de la doctrina<sup>19</sup> podemos apreciar su reconocimiento en distintas partes del código unificado:

### 1. Autonomía

El artículo 56 del nuevo código patentiza este principio, desprendido de las nuevas garantías constitucionales y de su señero artículo 19, en tanto faculta a la persona capaz decidir sobre su propio cuerpo aún en riesgo de su salud y de la vida<sup>20</sup>.

Este principio impera también en las nuevas normativas sobre capacidad restringida – proceso de capacidad progresiva-, en los inhabilitados y en la capacidad de los menores.

15 Lorenzetti, Ricardo Luis, “Consumidores”(2003) (Primera Parte-Derecho Constitucional Protectorio), pag. 13; Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

16 BORETTO, Mauricio “La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino” (civilistica.com- a. 4. n. 2). (2015).

17 Ley nacional 23.313. Art. 2 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

18 “Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial”, Dir. Carlos Calvo Costa. “Aproximación al objeto de los actos jurídicos en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, María Isabel Di Filippo, pag. 871.

19 Entre otros, Rivera Julio Cesar (2018); “Derecho Civil – Parte General-”, Bs As. Ed. Abeledo Perrot, 2018, pag. 10.

20 Art. 56, CCCN.

## 2. Dignidad de la persona humana

El art. 51 del Código Civil y Comercial consagra expresamente la inviolabilidad de la persona humana y el artículo siguiente en cuanto concede acción para prevenir y reparar, en su caso, el daño infringido

## 3. Abuso de Posición dominante

Desprendido del artículo 42 de la Constitución Nacional, antes referido, el código civil y comercial reprueba en su artículo 11 el abuso «de una posición dominante en el mercado», aclarando, no obstante, que ello lo es “sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales”.

Por caso, la ley nacional 25.156 que rige la defensa de la competencia es una ley especial que comprende a las personas jurídicas o “físicas”, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas<sup>21</sup>, entendiendo a la posición dominante como aquella en que la persona es la única que ofrece el producto o servicio; como también quien sin ser el único oferente, no está expuesto a una competencia sustancial o, en su caso, dado su poderío, puede perjudicar a sus pares determinando la viabilidad económica del competidor<sup>22</sup>.

Pero, precisamente, el artículo 11 citado no es redundante (es “sin perjuicio...”), estando comprendida entonces aquellas relaciones jurídicas cuyos sujetos no realicen habitualmente actividades económicas, pero que en el contrato en particular –regido por este código- ocupen una “situación dominante” (situaciones que pueden configurarse en los contratos de adhesión, en los contratos de locación, en los contratos de mutuo, etc.)

## 4. Derechos de las comunidades indígenas. La multiculturalidad prevista en tratados internacionales.

El mandato constitucional de 1994 que reconoce a los pueblos indígenas la «posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan», la cual como expresan los redactores del Código en los Fundamentos<sup>23</sup> “debe ser recibida en el Código Civil”.

El artículo 18 del Código Civil y Comercial prevé que las comunidades indígenas tienen la posesión y propiedad comunitaria sobre las que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, según lo establezca una ley especial<sup>24</sup>.

## 5. Derechos de incidencia colectiva

Debemos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación el esfuerzo clarificador en orden a la clasificación de los derechos individuales, colectivos e individuales homogéneos<sup>25</sup>.

No obstante, la redacción final del código civil y comercial se aparta del Proyecto al no distinguir, entre los derechos de incidencia colectiva, a los derechos individuales homogéneos<sup>26</sup>.

Esta omisión parece desoír el mandato constitucional y convencional que la legislación infra constitucional debe observar adecuando sus preceptos a la Constitución Nacional y normas con jerarquía supranacional. Sin embargo, los derechos humanos fundamentales, entre los que están registrados los de incidencia colectiva, resultan directamente

21 Ley 25.156, art 3.

22 Ley 25156, art.4.

23 Apartados III, 7, 5. Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial.

24 Ley 23.302. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la titularidad de esos derechos a estas comunidades (CSJN, 6/8/2013, «Universidad Nacional de Salta»).

25 Reconocida causa “Halabi, Ernesto c/P.E.N. –Ley 25783-Dcto 1563/04 s/Amparo”, sentencia del 24.02.2009; SAIJ FA09000006.

26 Código Civil y Comercial, Art. 14: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueden afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

operativos, conforme explicitado supra<sup>27</sup>; sin perjuicio que su inclusión normativa es requerida por el buen orden normativo.

Si continuamos deteniéndonos en el léxico empleado por la norma en análisis, advertimos que en doctrina genera controversias interpretativas si está reglando un supuesto específico del ejercicio abusivo del derecho; si incorpora los derechos de incidencia colectiva o resulta un intento armonizador entre los derechos individuales puestos en escena frente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

Ciertamente que cada vez que se excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres como también cuando se contraríen los fines del ordenamiento jurídico, estaremos en presencia de un ejercicio abusivo del derecho. En este artículo 14 del código civil y comercial, el legislador hace especial hincapié en calificar abusivo el ejercicio de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva, pero al mismo tiempo está reconociendo expresamente su existencia en la norma sustantiva, exigiendo el ordenamiento civil y comercial un ejercicio regular y compatible con los derechos de incidencia colectiva<sup>28</sup>.

La protección del medio ambiente revela un interés superior al individual, estando comprometidas las generaciones venideras en la lucha por vivir en un ambiente sano y de allí las limitaciones impuestas al ejercicio de los derechos individuales en resguardo de aquellos intereses superiores, respetando incluso la normativa sobre presupuestos mínimos que debe aplicarse<sup>29</sup>.

La reparación del daño ambiental, constitucionalmente consagrado, encuentra cabida en el código civil y comercial<sup>30</sup> al estar contemplado el daño a los derechos de incidencia colectiva dentro de la sección de Daño Resarcible (Sección IV del capítulo dedicado a la Responsabilidad Civil- arts. 1708 y ss del código civil y comercial) y en definitiva resultarle aplicable las disposiciones sobre resarcimiento.

## 6. Apellido de los hijos.

El Art. 64 del Código Civil y Comercial<sup>31</sup>, cumple con los postulados de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, Convención esta de alcance supranacional a tenor de la jerarquía dotada por el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y que reconoce, para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Así, esa Convención en su artículo 16, inc. g, prevé que los Estados partes asegurarán, en igualdad de condiciones del hombre y la mujer, los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.

Si bien esta Convención estaba vigente en el anterior código civil, no fue introducido expresamente en dicho ordenamiento esta equiparación del hombre y la mujer en orden a la elección del apellido familiar.

---

27 Constitución Nacional. Arts. 41/42.

28 Código Civil y Comercial, art. 240.

29 Ley 25.675, art. 6.

30 Constitución Nacional, art. 41: “...El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”. Art. 1737, CCCN: “Concepto de daño: Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto...un derecho de incidencia colectiva.”

31 Código Civil y Comercial, art. 64: Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de algunos de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo...Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos...”

## **7. La Capacidad Progresiva en el principio de autodeterminación y de protección del niño y adolescente.**

El modelo de “protección integral de derechos” que proclama la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>32</sup>, contiene un singular desafío cual es lograr el equilibrio entre las nociones de autonomía y protección que debe ser conferido al niño, niña y adolescente. Estas nociones no resultan excluyentes entre sí, sino que se implican una a otra.

Bien se ha clarificado que la autodeterminación es un requerimiento del desarrollo de esta clase de persona pero también requiere de un alto grado de protección que les impida exponerse innecesariamente.

La Ley nacional 23.849 aprueba la incorporación de esta Convención que, en su artículo 12<sup>33</sup> contempla tanto la autodeterminación como la protección del niño, niña y adolescente ya que prevé su participación en todas las cuestiones que lo afectan, conforme a su grado de madurez pero al mismo tiempo contempla que puede participar bajo una representación o un órgano adecuado.

De tal manera podría decirse que “se los protege permitiéndoles el adecuado ejercicio de su autonomía o que se posibilita el ejercicio de la autonomía protegiéndolos debidamente para que no corran riesgos inútiles o irrazonables.”<sup>34</sup>

Naturalmente y como deja entrever la Convención, la capacidad progresiva está diseñada en función al desarrollo psicofísico o evolución de sus facultades. Esta noción deja un margen amplio de lo que debe entenderse por “evolución de las facultades”.

El Código Civil anterior contemplaba un sistema rígido etario que, si bien importaba mayor seguridad jurídica, no siempre reflejaba la realidad pues los grados de madurez de las personas difieren de acuerdo a múltiples condicionantes socio-culturales, económico, entorno familiar, etc. Si bien este último, a su vez, demuestra mayor objetividad no menos cierto es que de igual modo se desvanece la seguridad jurídica en los terceros relacionados con esta clase de personas.

Puede advertirse como el código civil y comercial adopta un esquema mixto conjugando reglas flexibles sin límites etarios y reglas rígidas o fijas, con límites etarios, en función de los derechos involucrados<sup>35</sup>.

## **8. La protección del incapaz en materia de Daños**

El Código Civil y Comercial asume el impacto socio-familiar generado por la “gran discapacidad” que encuentra su origen en hechos ilícitos imputados a terceros responsables, reconociendo el derecho a ser indemnizados por el daño extrapatrimonial no únicamente a la propia víctima sino a favor de sus ascendientes, descendientes, cónyuges y de quienes convivían con la víctima recibiendo trato familiar ostensible<sup>36</sup>.

## **9. La protección del incapaz en materia sucesoria. La mejora prevista a su favor.**

El Código Civil y Comercial prevé la posibilidad de mejorar al heredero con discapaci-

32 Ratificado en el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

33 Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

34 Fama, María Victoria; “Capacidad Progresiva de Niñas, Niños y Adolescente en el Código Civil y Comercial” (2016), en “Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial”, Dir. Carlos Calvo, Tomo I, Bs.As., Ed La Ley, pag. 407 y ss, con cita de autor (González Contró, Mónica; “Paternalismo jurídico y derechos del niño”).

35 Por caso, artículo 26 CCCN contemplando reglas con límites etarios respecto a los actos que comprometen la salud, variando los límites etarios en función a los derechos allí involucrados. Arts. 24 y 639, CCCN, resaltando como regla genérica la presunción de madurez.

36 Art. 1741, CCCN, flexibilizando la legitimación activa del derogado art. 1078, Cód. Civil.

dad fuera de los límites de la porción disponible, ampliando la misma en un tercio de la porción legítima. No se trata de un tercio de la herencia sino, como se dijo, de la porción legítima que corresponda, según quien concurra a la herencia<sup>37</sup>; sin que este beneficio alcance al cónyuge y si a los ascendientes y descendientes.

Esta novedad legislativa<sup>38</sup>, está incorporada en el Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), Título X (Porción Legítima), en su artículo 2448 (Mejora a favor de herederos con discapacidad).

En los fundamentos del Anteproyecto de Código unificado redactado por la Comisión creada mediante Decreto 191/2011, en lo pertinente, alude a que el texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998.

En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, receptadas en Córdoba, se recomendó que el testador pudiera mejorar a un heredero incapaz mediante el instrumento del Fideicomiso sobre bienes determinados aún cuando excedan la porción disponible.

La Ley nacional 26.378 aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta Convención, procurando el igual reconocimiento como persona ante la ley, en el apartado 5 del Art. 12 prevé la adopción de medidas pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes...

Esta equiparación noblemente perseguida a favor de las personas con discapacidades es, al mismo tiempo, cuidando que las medidas no resulten a su vez una muestra discriminatoria. Precisamente la mejora, que depende de la voluntad del causante, tiende a restablecer un equilibrio entre los pares a través de este beneficio económico sin que ello implique exteriorizar demercedimiento o descrédito alguno hacia la persona beneficiada.

## 10. Principios constitucionales en materia de Derechos Reales

Puede advertirse el principio de Igualdad patentizado en la legitimación dada a los titulares de derechos reales para interponer las acciones de Reivindicación, Confesoria, Negatoria y de Deslinde. El acreedor hipotecario, en resguardo de su propio crédito, encuentra ampliada la legitimación activa para acceder a las acciones petitorias en su propio nombre y no a nombre del propietario del bien hipotecado.

La Constitución Nacional reconoce dos derechos, con componentes sociales, relacionados con la propiedad privada: el derecho a la vivienda digna y a la defensa del bien de familia<sup>39</sup>.

El primero busca garantizar el espacio habitacional, pudiendo satisfacerse ese bien jurídico mediante el derecho de habitación, de locación, de comodato y no únicamente de dominio.

El segundo refiere al resguardo de un bien sobre el cual se ejerce la titularidad dominial. Los Arts. 456 y 522 del CCCN refieren a la imposibilidad de ejecutar la vivienda en que reside el matrimonio o la unión convivencial inscripta, si la deuda no fue contraída por ambos o por uno, con el asentimiento del otro.

Reafirma así una fuerte protección de la vivienda, reafirmando la protección de la propiedad y los principios constitucionales, de carácter eminentemente social, de salvaguarda de la dignidad, de la seguridad y del derecho al acceso a una vivienda.

---

37 Por ejemplo, para los descendientes será 1/3 de 2/3, es decir 2/9 avas partes.

38 En el Código Civil derogado no existía previsión similar. Si en España (Art.808, Cod.Civ.).

39 Molina de Juan, Mariel F (2016); "Protección de la vivienda familiar" en: CALVO COSTA, Carlos (dir) "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial"; Buenos Aires, La Ley; Tomo I, p.840. Cao, Christian Alberto (2016); "Derecho a la vivienda o bien de familia. Continuidades y cambios en el Código Civil y Comercial" en: CALVO COSTA, Carlos (dir) "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial"; Buenos Aires, La Ley; Tomo I, p.849 y ss.

## 11. La recepción en materia contractual

El contrato en Argentina mantiene su base fundamental en los arts. 19 (libertad de contratación), 16 (igualdad), y 17 (propiedad), a lo que sumamos el art 42 de la Constitución Nacional Argentina<sup>40</sup>.

Bajo la vigencia del anterior Código Civil, las soluciones a las cuestiones disvaliosas eran proporcionadas jurisprudencialmente a través del articulado referente al objeto y a la causa del negocio jurídico.

El derecho parte de igualdad ante la ley y esto exige trato de igualdad en iguales circunstancias (conforme al Art.16 CN Argentina), pero los hombres no somos iguales, ni siquiera puede considerársenos fungibles y aun en la masificación mantenemos el principio de identidad, por lo que en realidad estamos frente a una ficción de las que se consideran ficciones necesarias.

Parafraseando reconocida doctrina nacional, es dable entender que el derecho debe considerar las diferentes realidades y distinguir entre megacontratos, los negocios entre quienes se hallan en igualdad jurídica y los contratos entre quienes son desiguales.

Conforme expone nuestra doctrina, el consentimiento por sí solo no sufre la eventual desigualdad contractual en caso que las partes se encuentren decididamente en diferentes niveles de negociación.

La debilidad ante una posición dominante determina soluciones especiales. que se evidenciara en cuestiones de interpretación, con sustento en el propio Art. 16 de la Constitución Nacional o directamente en la recepción expresa de la temática de los consumidores, como acontece en el Art. 42 de la misma.

El Orden Público Económico puede entenderse como el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución<sup>41</sup>.

A través del Orden Público Económico se busca el desarrollo de la comunidad nacional, su bienestar con seguridad y al mismo tiempo procura la justicia individual y social

La nueva modalidad de contratación que permite la actual tecnología sumado a la necesaria vigencia de los contratos de adhesión, requieren adoptar reglas protectorias hacia la parte más débil (el conocido “orden público de protección”), protegiendo fines sociales y no meramente económicos<sup>42</sup>.

Diversas actividades que antes eran monopolizadas por el Estado son hoy practicadas por particulares, conformándose el concepto de “orden público económico”, precedentemente explicado, al que atañen las cuestiones de regulación del mercado y, más específicamente, de un “orden público protectorio”, por el que, con fundamento en la vulnerabilidad del consumidor, se justifica la aplicación del principio protectorio constitucional.

Ello aparece con especial evidencia en contratos relacionados con necesidades básicas de la población, como por caso los de servicios de salud y transporte.

---

40 Garrido Cordobera, Lidia M.R. “Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Límites”. (<http://www.acadec.org.ar/doctrina>) (Abril 2019).

41 Varela del Solar, Jorge; “Subsidiariedad, Orden Público Económico y Seguridad Nacional en la Constitución de 1980”. (Dialnet-SubsidiariedadOrdenPublicoEconomicoYSeguridadNacio-2649647.pdf) (Abril 2019).

42 GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.- “La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico”,(2006), Buenos Aires, Ed. Heliasta Ira ed.; idem “La negociación contractual y el análisis económico” (<https://www.researchgate.net/publication/274577225>) (Abril 2019).

BIBLIOGRAFIA

---

- ALBERDI, JUAN BAUTISTA, "Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853", (1921), Buenos Aires, ed. La Cultura Argentina.
- CALVO COSTA, Carlos (Dir) (2016); "Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial", Buenos Aires, La Ley. GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.- "La negociación contractual y el análisis económico del Derecho en Análisis Económico", Buenos Aires 2006, Ed. Heliasta. LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores"(2003) (Primera Parte-Derecho Constitucional Protectorio); Santa Fe, Rubinzal Culzoni (2003).
- PICASSO-VAZQUEZ FERREYRA (Directores) (2009)., "Ley de Defensa del Consumidor - Comentada-", Bs. As., La Ley
- RIVERA, Julio César y CROVI, Luis Daniel (2018), "Derecho Civil - Parte General -", Ed Abeledo Perrot, ROSATTI, Horacio (2017); "Tratado de Derecho Constitucional", Ed Rubinzal-Culzoni
- Revista de Derecho Privado y Comunitario (1994), "Derecho Privado en Reforma Constitucional", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe
- ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS (Anales, publicación) ACADEMIA DE DERECHO DE CORDOBA (PUBLICACIONES)

# EL DISEÑO CLÁSICO O ANGLOSAJÓN DE JUICIO POR JURADOS Y LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE MOTIVAR: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

---

THE CLASSIC DESIGN OR ANGLO-SAXON TRIAL BY JURIES AND THE VIOLATION OF THE DUTY TO MOTIVATE: AN ANALYSIS BASED ON THE JUDGMENTS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE NATION.

---

CARLOS MARTIN VILLANUEVA<sup>1</sup>

---

## RESUMEN:

Se encuentra en marcha un fuerte movimiento de reforma procesal penal en la Argentina incorporando la participación ciudadana en la administración de justicia por medio de la institución de juicios por jurados. Numerosas provincias entre las que se cuentan Buenos Aires, Mendoza, Neuquén, Chaco, San Juan, Río Negro, entre otras han incorporado ya el diseño de juicio por jurado clásico o anglosajón.

El presente trabajo analiza este movimiento de la reforma y los cuestionamientos a la constitucionalidad de la instauración del juicio por jurado clásico por implicar la introducción del veredicto inmotivado a través del análisis crítico de los recientes fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación que analizaron este problema constitucional y poniendo de manifiesto cuales los argumentos por las cuales estas decisiones son contradictorias con la práctica interpretativa de ambos tribunales que han consagrado un derecho autónomo a la motivación y a un sistema de revisión amplio de las sentencias, como garantías del debido proceso.

## ABSTRACT

A strong criminal procedural reform movement is underway in Argentina, incorporating citizen participation in the administration of justice through the institution of jury trials. Numerous provinces among which are Buenos Aires, Mendoza, Neuquén, Chaco, San Juan, Río Negro, among others, have already incorporated the design of trial by classical or Anglo-Saxon jury.

---

<sup>1</sup> Abogado UNC. Magister en Derecho y Argumentación Jurídica UNC. Docente e investigador. carlosvillanueva2608@gmail.com.

The present work analyzes this movement of the reform and the questions to the constitutionality of the establishment of the trial by classic jury for implying the introduction of the unmotivated verdict through the critical analysis of the recent decisions of the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Court of Justice of the Nation that analyzed this constitutional problem and showing that the arguments by which these decisions are contradictory with the interpretative practice of both courts that have enshrined an autonomous right to motivation and a system of comprehensive review of sentences, as guarantees of due process.

**PALABRAS CLAVE:** Juicio por Jurados – Reforma Procesal Penal - Constitución Nacional – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte Suprema de Justicia de la Nación.

---

**KEY WORDS:** Trial by Juries - Criminal Procedure Reform - National Constitution - Inter-American Court of Human Rights - Supreme Court of Justice of the Nation.

## **I. Introducción.**

El diseño de juicio por jurados clásico se encuentra vinculado a la elección de un sistema en el cual la exigencia de racionalidad de la decisión se agota en que la resolución se encuentre basada en razones sin que abarque la exigencia de que las mismas se encuentren expresadas. Esto parece ir en contra del paradigma de la motivación de la cultura jurídica continental que ha incrementado la exigencia de racionalidad en la aplicación del derecho. En ese sentido, la tendencia a la incorporación de la motivación como deber fundamental de los jueces y como derecho fundamental de los ciudadanos se ha profundizado, primero, con la incorporación dentro de las nuevas Constituciones latinoamericanas y europeas de una garantía específica de motivación dentro de las garantías de debido proceso y, en segundo lugar, por su reconocimiento en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Justicia en el año 2018 y la Corte Suprema en el presente año se han abocado a resolver casos en los cuales se encontraba en discusión la posible violación de garantías procesales del debido proceso por parte del diseño clásico de participación ciudadana en la justicia, el cual ha sido elegido en Latinoamérica y Argentina, como el modelo preponderante.

## **II. El proceso de reforma procesal penal y participación ciudadana:**

Luego de casi un siglo y medio de silencio legislativo respecto a la incorporación de juicio por jurados para el juzgamiento de causas penales como estaba previsto en los artículos 24, 75 e inciso 22 y 118 de la Constitución nacional, se dio a partir de los años noventa un creciente movimiento de reforma procesal penal en las Provincias Argentinas con el eje puesto en la participación ciudadana en su juzgamiento. Este proceso de reforma tiene dos momentos muy claros y diferenciados. El primer momento, tuvo a la Provincia de Córdoba como protagonista siendo la primera provincia del país en incorporar el juicio por jurado para el juzgamiento de causas criminales. El proceso de incorporación de los juicios por jurados tiene como antecedente inmediato en la provincia de Córdoba el artículo 162 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, sancionada en 1987, que habilitó que por medio de una ley se pudiera determinar en que casos los

tribunales estarían integrados por jurados. En el año 1992 se sancionó la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. En esta reforma integral del Código se incorporó el juicio por jurado escabinado. A partir de su implementación en el año 1998 comenzó a regir en el sistema de justicia de la Provincia de Córdoba.

El sistema adoptado por esta ley era el escabinado, que se está compuesto por dos legos junto a tres jueces profesionales y se implementa en aquellos delitos cuyo máximo de la escala penal prevista para el o los delitos contenidos en la acusación fuere de quince años de pena privativa de libertad o superior, siempre a pedido de parte, ya sea el imputado, el querellante particular o el fiscal de la causa. Los jurados legos, en este sistema, tienen en este sistema las mismas atribuciones que los jurados técnicos y resuelven las cuestiones de hecho y de derecho motivando su decisión. Este diseño de participación ciudadana fue elegido justamente porque permitía salvaguardar la exigencia constitucional de motivación de las sentencias incorporada en el artículo 155 de la Constitución Provincial.

En el año 2004, como consecuencia de los reclamos de mayor seguridad de la ciudadanía vinculadas al caso “Blumberg”, se impulsó desde el poder ejecutivo la sanción de la Ley 9182, aprobada el 22 de setiembre de 2004 por la legislatura cordobesa. Esta ley estableció un juicio por jurados con participación ciudadana mayoritaria en el juzgamiento de acusados que hayan cometido delitos de corrupción administrativa y otros graves delitos en contra de las personas. En esta oportunidad el proyecto originariamente impulsado establecía el juicio por jurado anglosajón pero las oposiciones en el trámite parlamentario en base a que este diseño violaba la exigencia del artículo 155, derivó en que el proyecto fuera modificado y se introdujera un diseño original, con participación de mayoría de legos, pero con motivación de la sentencia a cargo de los jueces técnicos. El segundo momento de reforma, comienza por el impulso de autores como Binder, Maier, Granillo y Harfush, entre otros quienes, desde instituciones como Asociación Argentina de Juicios por Jurados, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip) comienzan a impulsar la incorporación del juicio por jurado anglosajón o clásico. La elección de este tipo de diseño de juzgamiento estaba basada en que el mismo representaba la forma más clara de introducir el procedimiento acusatorio, la oralidad, el principio de intermediación y mayores garantías para el imputado.

Este impulso tuvo su primera conquista con la promulgación en la Provincia de Buenos Aires de la ley 14.543, del año 2013, que establece que a pedido de parte podrá disponerse la integración por jurados con un diseño clásico. El jurado se encuentra compuesto por doce miembros legos titulares y seis suplentes, y un juez técnico que actúa como director del proceso pero que no interviene en el veredicto. El veredicto de culpabilidad o inocencia al cual el jurado arriba luego de un proceso de deliberación conjunta, es inmotivado, es decir, que no se van a expresar las razones por las cuales se arribó a esa decisión. Otro elemento a destacar es que la sentencia es irrecurrible en caso de la absolución del imputado.

Luego de la sanción de esta norma, se intensificó este segundo momento del movimiento de reforma procesal, con la incorporación del mismo modelo en las provincias de Neuquén, Mendoza, Chaco, Río Negro, San Juan y media sanción en la provincia de Santa Fe y se encuentra bajo estudio proyectos de reforma en la mayoría de las provincias argentinas. En el Congreso Nacional también se han presentado proyectos en tal sentido, siendo el proyecto de diputados de la UCR (Burgos, Vega) el último en tener tratamiento parlamentario.

### III. La postura de la Corte Interamericana ante los planteos de inconventionalidad por el veredicto inmotivado del jurado Clásico: caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”

Luego de años de expectativa jurídica dentro de la doctrina respecto a la posición que iba a tomar la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Villanueva, 2015) respecto a la convencionalidad de los juicios por jurados de diseño clásico, duda principalmente focalizada en torno al debate sobre el veredicto inmotivado y su vulneración al derecho al recurso, finalmente el 8 de marzo de 2018 dictó sentencia en el caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, en la cual se expidió por la viabilidad convencional de este tipo de mecanismos jurisdiccionales<sup>2</sup>.

El caso tenía como plataforma fáctica un hecho de violencia sexual contra una menor de trece años de edad. La resolución terminó condenando a Nicaragua por considerar que dicho estado había violado la protección adecuada respecto a la víctima de esta clase de caso y la acusación había incurrido en la re-victimización de la misma. Asimismo, la Corte IDH señaló que Nicaragua no tenía una legislación procesal penal ni protocolos de actuación que permitiera evitar esta clase de procesos de re victimización en menores de 18 años, a través de regulaciones claras para los operadores del sistema judicial (jueces, fiscales, peritos interdisciplinarios). Para la Corte IDH, Nicaragua había afectado en el caso, la dignidad, la reserva, la intimidación y vulnerabilidad de la víctima y su madre. Sin duda, este fallo constituye un importante precedente sobre el juzgamiento con perspectiva de género de esta clase de delitos y merece un oportuno tratamiento. Sin embargo, el punto que nos interesa profundizar en el presente trabajo, son las consideraciones realizadas sobre el procedimiento de juicio por jurados del Estado de Nicaragua. Los considerandos más importantes en este sentido se encuentran a partir del considerando 204 de dicha resolución. La primera tesis de la Corte es que las garantías constitucionales en la Convención Americana son aplicables al sistema de Juicio por jurados y recurre a la idea de que en su redacción sus autores no tenían en mente un sistema penal específico y remitiéndose al antecedente del Caso Fermín Ramírez<sup>3</sup>. La Corte utilizando un argumento de autoridad afirma que esta es la posición asumida por la Corte Europea de Derecho de Derechos Humanos (CEDH) en el juicio de *Taxquet contra Bélgica*, al cual nos referiremos más adelante.<sup>4</sup>

Afirma que el juicio por jurado no es en sí mismo incompatible con el sistema de garantías sino que ello debe analizarse en su diseño concreto, y resaltando su importancia señala que su finalidad como modelo está vinculado con la idea de la legitimación del sistema judicial, una forma de democratización y un acercamiento de la impartición de justicia a la sociedad, siendo utilizado el juicio por jurado un modelo utilizado en 21 de los 35 miembros de la OEA, siendo el diseño más utilizado el clásico o anglosajón.

Los diversos diseños de juicio por jurados adoptan diversos sistemas de valoración de la prueba y según la Corte esto afecta la exigencia de exigencia de motivación o la forma de exteriorización de fundamentación. Referido al juicio por jurados clásico, este

2 El fallo lleva la firma de los jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Humberto Antonio Sierra Porto, Elizabeth Odio Benito, L. Patricio Pazmiño Freire y Eugenio Zaffaroni. Extrañamente este juez había sido un exponente principal en contra del juicio por jurado anglosajón, posición que quedó asentada en el obiter dicta del fallo “Casal”.

3 Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 66. Se resalta que “[I] a Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional”.

4 TEDH, Caso Taxquet Vs. Bélgica [GS], No. 926/05. Sentencia de 16 de noviembre de 2010, párr. 83. En realidad es un mal argumento de autoridad para el diseño clásico de juicio por jurados ya que lo que se estaba analizando era el modelo de jurado que tiene un cuestionario de preguntas dirigidas a los legos sobre los hechos y sobre los cuales se construye la resolución por lo que no es el modelo seguido ni en Nicaragua ni en nuestro país.

opta históricamente por un veredicto de legos que no se prescribe una motivación o exteriorización de la fundamentación y el fundamento es que este sistema se basa en la es sistema de valoración de la prueba de la íntima convicción de los jurados legos. (considerando 224).

Este diseño, *prima facie*, parece incompatible con lo que la Corte misma señala en su considerando 254 respecto al deber de motivación que la Corte señala como una de las garantías básicas del debido proceso incluidas en el 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a la que caracteriza como la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. Recurriendo a su análisis del concepto en su precedente Apitez Barbera, la Corte señala que la misma implica una exposición racional de las razones que llevan al juzgador a adoptar una decisión. Profundizaremos en esta concepción cuando realicemos el análisis conceptual de lo que implica y que fundamentos tiene la motivación de la sentencia.

Sin embargo, la Corte considera que pese a esta caracterización el diseño clásico o anglosajón en sí mismo no vulnera este deber de motivación. Establece es su considerando 259 y 260 que “La Corte estima, como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación.” Además de este argumento de autoridad, señala en un párrafo que merece especial análisis que “En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa”. Pero establece una condición para tal aceptación y es que el veredicto pueda permitir que, en base a las pruebas y debate de la audiencia, quien lo valore puede reconstruir el curso lógico de la decisión de la decisión de los jurados “quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales.”

Para la Corte IDH, el principio de interdicción de la arbitrariedad de la decisión puede garantizarse en los sistemas que tienen juicios por jurados, con veredicto inmotivado, con otras garantías procesales: instrucciones previas<sup>5</sup>, cuestionarios de preguntas a responder por los jurados por escrito y que se acompañan al expediente<sup>6</sup>, anulación del proceso cuando el veredicto de culpabilidad sea contrario manifiestamente a la prueba rendida en el proceso<sup>7</sup>, recusación con y sin expresión de causa<sup>8</sup>, audiencia de Voir para detectar sesgos o circunstancias que afecten la imparcialidad de los jueces legos<sup>9</sup>, facultad de indagar a los jurados sobre la existencia específica de unanimidad<sup>10</sup> y curso de capacitación para ciudadanos con el objeto de promover el conocimiento para el cumplimiento de su tarea<sup>11</sup>.

Para la CIDH, el diseño clásico, con su veredicto inmotivado no violara las garantías de debido proceso si logra mostrar que el procedimiento penal estatal ofreció mecanismos de salvaguardia contra la arbitrariedad y que permitieran comprender las razones del veredicto tanto al acusado, a la víctima como a la parte acusadora.

---

5 Esta medida puede observarse en la legislación procesal penal de Canadá, Estados Unidos, Nicaragua en la actualidad, Panamá, El Salvador, y las provincias argentinas de Buenos Aires, Chaco, Neuquén y Río Negro.

6 Esto surge en la legislación procesal penal de Panamá.

7 Código Procesal penal de la Provincia de Buenos Aires.

8 Legislación procesal penal de Panamá y de las provincias argentinas de Chaco, Córdoba y Río Negro.

9 Legislación procesal penal de Estados Unidos, Nicaragua y en las provincias argentinas de Buenos Aires, Chaco, Neuquén y Río Negro.

10 Legislación procesal penal de Estados Unidos y Chaco.

11 Legislación procesal penal de Córdoba.

#### IV. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

"Recurso de hecho deducido por la defensa de Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo en la causa Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria"

La Corte Suprema de la Nación recientemente con fecha 2 de mayo de 2019, con una decisión histórica y controversial sentencia ha tomado una posición respecto a la constitucionalidad del juicio por jurado clásico y el cuestionamiento al veredicto inmotivado. La CSJN analiza una causa en la cual recayó un veredicto inmotivado que decidió la culpabilidad de los imputados Alex Mauricio Obreque Varas y Alexis Gabriel Castillo, quienes habían sido acusados como coautores de un homicidio agravado de Edgardo Daniel Arias. El homicidio era agravado por haber realizado por alevosía, premeditación de dos o más personas y por arma de fuego. En primera instancia, los imputados habían sido condenados a la pena de prisión perpetua más inhabilitación. La sentencia fue recurrida por los condenados frente al tribunal de impugnaciones y el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, siendo confirmada la misma en ambos casos. Con posterioridad, los condenados interponen Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de la Nación Argentina.

La Corte resuelve por mayoría el fallo, con voto particular de Rosatti, y el juez Carlos Rosenkrantz, en disidencia, quien desestimó la queja in limine. La mayoría del Tribunal, compuesta por Lorenzetti, Maqueda y Rossati, se avoco al tratamiento del recurso y decidió, que dentro de las agravios invocados, los vinculados a la constitucionalidad de la ley la ley n° 2784 de la provincia de Neuquén que instauró el juicio por jurados correspondía a la materia federal y por lo tanto debían ser dirimidos por la Corte.

Los recurrentes en sus agravios atacan la constitucionalidad de la norma que regula la incorporación del juicio por jurado Neuquino en razón de que: 1) La instauración del juicio por jurados por la provincia de Neuquén no era una facultad de las provincias sino de la nación según la interpretación literal del artículo 24 e inciso 75 inciso 12, siendo una atribución federal y no local. 2) La obligatoriedad del juicio por jurados contemplada en el artículo 35 de la ley provincial 2784 para cierta clase de delitos graves violaba el artículo 24 de la Constitución Nacional del cual se desprende que el mismo debe ser considerado como una garantía del imputado y por tanto debe ser renunciable por su parte. 3) Las mayorías exigidas por la ley para el juicio por jurado Neuquino que exige las dos terceras partes de los votos (ocho votos sobre doce) viola el principio de inocencia, ya que el principio de fallar más allá de toda duda razonable exige la unanimidad atenta que el veredicto de este diseño clásico no exige motivación del veredicto. Asimismo, adujo que la norma violaba la igualdad ante la ley al existir provincias que habían incorporado el criterio de unanimidad como regla de mayoría requerida para la condena. 4) La aplicación de este diseño de juzgamiento establecido por ley con fecha posterior al hecho del proceso vulneraba el principio de juez natural.

En el presente trabajo solo analizaremos la tercera línea de agravio, pero no podemos dejar de manifestar nuestra conformidad respecto a lo establecido por la Corte Suprema respecto a la facultad de las provincias de instaurar el juicio por jurado en su territorio, siendo una facultad no delegada y que una interpretación sistemática y evolutiva de la Constitución Nacional determina que la ley nacional que instaure el juicio por jurados solo puede tener el alcance de la competencia federal.

Asimismo, que el juicio por jurados sea obligatorio o facultativo es una potestad también provincial. La discusión acerca del alcance del artículo 24 de la CN solo compromete a la eventual ley de juicio por jurados que se dicte para todo el territorio nacional

en el marco de la competencia federal. Las distintas provincias han adoptado uno u otro sistema, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires opta por un sistema facultativo mientras que Córdoba y Neuquén un sistema obligatorio.

Sobre el tercer punto de agravio, puede apreciarse que la mismo posee dos partes, por una parte, fundamental que un sistema de mayorías no es constitucional en el caso del juicio por jurados por ser depender de un veredicto inmotivado y por otra parte por ser contrario al principio de igualdad al existir provincias en los cuales se exige la unanimidad. Varias consideraciones se pueden realizar antes de entrar al análisis del punto que nos interesa en este trabajo. Comenzando por el argumento más débil del agravio referido al principio de igualdad se puede observar que en el derecho comparado, interno como internacional, existe una gran diversidad de sistemas respecto a las mayorías exigidas en el veredicto, en algunos Códigos se exige la Unanimidad y en otros casos la mayoría agravada<sup>12</sup>, sin que esa diferencia de posturas regulativas impliquen una violación del principio de igualdad. La discusión más interesante sobre el tópico de las mayorías en el veredicto, se encuentra en analizar si el estándar probatorio de condenar “más allá de toda razonable” como derivado del principio de inocencia, excluye la posibilidad de que existan disidencias en el jurado pues, per se, representarían la existencia de una duda razonable. Este argumento no esgrimido por la parte merece atención. Si uno o varios miembros que son minorías en un tribunal han llegado a una convicción de inocencia fundados en razones en una deliberación de jurados deben ser tomados como una duda razonable. Sin embargo, estos argumentos, como hemos adelantado, no fueron desarrollados en el recurso de la parte ni en la resolución de la Corte y si lo fue la vinculación entre las mayorías y la inexistencia de la motivación.

La Corte Suprema se avoco a tratar, a nuestro modo de ver *Obiter dicta*, sobre la constitucionalidad del juicio por jurados clásico en función de la ausencia de motivación. La primera afirmación que realiza la Corte es que la vinculación pretendida entre la mayoría exigidas y el carácter de inmotivado del veredicto del jurado, no se da en el juicio por jurados clásico en tanto y en cuanto está garantizado el derecho al recurso. Para la Corte el carácter inmotivado de los veredictos no impone la inexorable exigencia legal de unanimidad, ya que esta “la falta de motivación expresa de estos veredictos no ha impedido el ejercicio efectivo del derecho a la revisión amplia de las decisiones judiciales, a punto tal que los recurrentes no han formulado agravio a este último respecto.” Como demostraremos, la Corte intentará a partir de este punto justificar el veredicto inmotivado y la forma en que esto no afecta garantías constitucionales, a nuestro modo de ver a través de una argumentación incorrecta y confusa desde el punto de vista conceptual, sino que asimismo no demuestra que el veredicto inmotivado no implique una restricción al derecho a una revisión amplia de la sentencia, aun cuando efectivamente el recurrente en este caso no lo haya tomado como punto de agravio.

¿Cómo argumenta la Corte que el veredicto inmotivado no afecta garantías del debido proceso? 1) Toma un punto de partida histórico y nos va a decir que “la exigencia de motivación de la sentencia de los jueces profesionales fue concebida originalmente como un modo de compensar la debilidad institucional y la falta de garantías políticas de estos magistrados respecto de los jurados populares.”. Esta reconstrucción histórica es falsa para el sistema continental. En este sistema no se dio un paso de los jurados populares a los juzgados técnicos por el cual se justificaría la exigencia de motivación como fortalecimiento de la legitimidad del técnico frente al lego. En nuestro sistema continental la introducción de la motivación tiene que ver con la ruptura con el sistema

---

12 La provincia de Córdoba es una excepción ya que requiere solo la simple mayoría de quienes deben concurrir a dictar sentencia, contando los ocho legos y los dos técnicos con participación del presidente del tribunal en caso de empate.

de justicia del antiguo régimen. En nuestro sistema la exigencia de motivación tiene su origen en la vinculación del juez a la ley, es decir, de la introducción y control del principio de legalidad en la jurisdicción como mecanismo de interdicción de la arbitrariedad. 2) La CS, por otro lado, intenta fortalecer este argumento y afirma que vinculado con este origen histórico la exigencia de la motivación, la expresión de razones explícitas encuentra su razón de ser en la obligación de rendir cuentas de sus decisiones frente a la ciudadanía por parte de estos jueces técnicos, representantes no electivos. La Corte realiza entonces, una distinción: Esta obligación de rendir cuenta es diferente cuando es la propia ciudadanía la que juzga, representado por alguno de sus miembros, y ejerce de manera directa esta potestad jurisdiccional, siempre que se el debido proceso y el ejercicio de defensa se encuentra garantizada por el juez profesional que preside el tribunal. Cuando debe dar fundamento de dicha diferencia recurre a un argumento de autoridad y remite al fallo de la Corte IDH “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, que hemos descripto y rescata como puntos salientes “la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es sólo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía”

Este punto es controversial y tiene que ser vinculado con la teoría democrática que la sustenta: no resulta claro porque la decisión en su carácter de representantes de la ciudadanía los eximiría de responder frente al resto de los ciudadanos. En primer, lugar la idea de que se debe responder frente a la ciudadanía no depende de la elección por votación o sorteo, ni de su carácter permanente o transitorio. Si la idea de rendir cuenta solo dependiera del carácter no electivo del poder judicial entonces eximiría a los representantes de la ciudadanía seleccionado por vía electiva o por sorteo. Esta conclusión parece absurda. Todas las formas de representación de la ciudadanía en cuanto ejercen una función pública, ya sea está sea en carácter permanente o transitorio, deben rendir cuenta, incluso los jueces legos. Incluso si la posición de la Corte es afirmar que la rendición de cuenta existe pero es diferente, no es posible colegir de la sentencia ahora analizada cuál es ese modo de rendición de cuenta y tampoco queda claro la razón de porque debería excluirse este tipo de rendición de cuenta, si en definitiva, la forma más directa de poder establecer que una decisión no ha sido arbitraria es la explicitación de las razones que sustentaron esa decisión.

3) La Corte Suprema, se aboca a relacionar el modelo de la íntima convicción, el veredicto inmotivado y la ausencia de violación a la revisión de la sentencia. Describe la Corte que en el diseño de juicio por jurados clásico como el que tiene la provincia de Neuquén, los jurados legos luego de confrontar razones en deliberación conjunta, votan de acuerdo a su íntima convicción, por la culpabilidad o inocencia del imputado. Para la CSJN, el sistema de valoración de la prueba de “íntima convicción” no requiere expresión o explicación de los motivos que conformaron el convencimiento sobre la resolución adoptada para el caso, pero ello, no es violatorio de las garantías ya que no impide la adecuada revisión de lo decidido y la razón de ello es que:

La verdadera fundamentación no radica en la expresión escrita de razonamientos, sino en la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia. A este respecto, la Corte Interamericana ha precisado que entendía, tal “como lo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>, que la falta de exteriorización de

---

13 Se refiere al fallo de la TEDH, Caso Taxquet Vs. Bélgica [GS], No. 926/05. Sentencia de 16 de noviembre de 2010, párr. 83. que como hemos dicho, se refiere a un tipo de jurado distinto ya que incluye preguntas a los legos con el cual se arma la motivación de la resolución.

la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación. En efecto, todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. Pero el veredicto debe permitir que, a la luz de las pruebas y el debate en la audiencia, quien lo valora pueda reconstruir el curso lógico de la decisión de los jurados, quienes habrían incurrido en arbitrariedad en el supuesto en que esta reconstrucción no fuera viable conforme a pautas racionales

En el párrafo transcrito y los precedentes, surge que la Corte considera que la función de la motivación se agota en la revisión de la decisión y que por lo tanto no hay un deber autónomo de motivación que sea necesario satisfacer. Mientras sea posible comprobar por el órgano de control de la existencia de arbitrariedad en la decisión del jurado, en que el proceso de decisión puede ser reconstruible bajo pautas racionales es suficiente para que el veredicto inmotivado no pueda ser atacado como violatorio del derecho. Estos puntos serán analizados más adelante.

Es importante destacar que la Corte, considera que los procesos llevados a cabo para tomar la decisión cuando hay jurados legos no son diferente a los realizados por el juez técnico. La reconstrucción de un hecho de pasado, sea lego o técnico, es la misma. Tomando lo manifestado a su vez en el precedente de la Corte Interamericana, toda persona que se enfrenta a la tarea de reconstruir un hecho del pasado unas un método histórico. ¿En qué consistiría el método histórico que utilizamos? El método consistiría en una serie de pasos sucesivos para llegar a una definición sobre el hecho:

El primer paso consiste en delimitar las pruebas que tendrá en cuenta (Heurística).

El segundo paso consiste en valorar la prueba para determinar si las mismas no son materialmente falsas (Crítica Externa).

El tercer paso es valorar la verosimilitud del contenido del material probatorio (crítica externa).

El cuarto paso consiste en llegar a una síntesis, que implica la reconstrucción del hecho probado que da lugar a la decisión.

Para la Corte, el tribunal que revise la sentencia de primera instancia y cualquiera que quiera valorar el veredicto de primera instancia, debe reconstruir ese camino. Solo ese camino parece ser capaz de poder reconstruir la justificación de la decisión. La Corte presupone que se puede realizar esta reconstrucción, afirma "De modo que, pese a la ausencia de fundamentación escrita, es perfectamente posible cuestionar una resolución de un jurado en base a la incongruencia entre precedentes o premisas (afirmaciones y pruebas) y conclusión (culpabilidad o inocencia)."<sup>14</sup>

## V. Nuestra posición:

Nuestra posición con respecto a estos dos fallos comentados es que la solución brindada en ambos en cuanto a que el juicio por jurados clásico no vulnera la garantía de motivación de las sentencias es incorrecta y las líneas argumentales utilizadas son contradictorias con las posiciones sustentadas con anterioridad por ambos tribunales que establecieron la existencia de un derecho autónomo de motivación y que de aplicar estos criterios debió declararse la inconvencionalidad de las leyes que instauran el juicio por jurado clásico.

---

14 La CS realiza un análisis final de la institución del juicio por jurados afirmando que la misma es una alternativa que permite conjugar la 'precisión' propia del saber técnico con la 'apreciación' propia del saber popular, congregando la garantía inherente al debido proceso y la percepción de la realidad propia de una decisión basada en el sentido común. Asimismo, para la CS, el ejercicio deliberativo previo a la toma de decisiones relevantes -como el veredicto de un jurado popular posee un efecto positivo para todos los participantes. Y citando a Nino, establece el 'valor epistemológico' de la construcción de consensos que implica la deliberación del jurado lego. (NINO, Carlos Santiago, "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", en W.A.A. "En torno a la democracia", Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1990, pág. 97 y sgtes.).

**a- El necesario análisis conceptual sobre los términos: Fundamentar, justificar y motivar:**

Uno de los principales problemas que presenta la posición de la Corte IDH y por derivación la posición de la CSJN en cuanto utiliza su precedente, es que utiliza los términos de manera confusa y hasta contradictoria. Así claramente la Corte define a la motivación como exteriorización de razones, luego afirma que el juicio por jurados clásico, que no prescribe una motivación o exteriorización de la fundamentación y el fundamento es que este sistema se basa en la es sistema de valoración de la prueba de la íntima convicción de los jurados legos (224), para luego afirmar que la falta de exteriorización de la fundamentación del veredicto no vulnera en sí misma la garantía de la motivación (259) y lo más grave aún afirmar que todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado, no se expresa. (260).

Aquí parte de la confusión es la utilización indistinta de conceptos diversos como fundamentar, justificar y motivar y sus derivados.

Como hemos manifestado en otras oportunidades (Villanueva 2015, 2017) el término “fundamentar”, presenta una estrecha relación con una red conceptual de otros términos similares como son los términos “justificación” y “motivación”. Sin embargo, que la mayoría de las veces se toman como sinónimos, hay ciertas distinciones necesarias que hay que realizar: el término “fundamentación” tiene un primer tipo de ambigüedad semántica, como actividad y como producto de la actividad. Asimismo, posee otro tipo de “fundamentación” en un sentido amplio, que algo tenga fundamentación implica la idea de que la resolución tiene razones que lo sustenten, ya sea que estén expresadas o no estas razones. En un sentido más restringido, se afirma que algo está fundamentado cuando se expresan las razones que lo sustentan. En este segundo sentido es que la fundamentación coincide con el término motivación. También señalamos en esos trabajos que, en el sentido más amplio, la fundamentación jurídica implica la realización de un silogismo jurídico, basada en razones legales y fácticas. Así afirma Malem Seña:

Justificar o fundar una sentencia en derecho y en los hechos es construir un razonamiento válido donde una premisa hace referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer suficientemente acreditados en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o el fallo (Malem Seña, 2008, pág. 24).

La misma concepción deductivista de la fundamentación normativa es sostenida por Bulygin quien expresa:

Justificar o fundar una decisión consiste en inferir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y a su vez, analítica). La decisión judicial no solo debe ser fundada, sino, además, debe ser fundada en normas jurídicas y en las circunstancias del caso. Esto significa que las normas generales que constituyen el fundamento normativo de la decisión deben ser-al menos en principio-normas jurídicas, y las proposiciones empíricas que integran los considerandos de la sentencia deben corresponder a las circunstancias del caso debidamente probados en autos (Bulygin 1991, pág. 356).

De las definiciones de justificación o fundamentación normativa antes reseñadas se pueden realizar algunas distinciones relevantes: la distinción entre la premisa normativa y la premisa fáctica, y por otro costado entre la distinción entre justificación interna y justificación externa.

La corrección lógica de la derivación constituye la justificación interna de la misma. La corrección y la validez de los razonamientos realizados por el juzgador, los cuales consisten, entre otras, en el cumplimiento de las exigencias de coherencia, no contradicción,

tercero excluido, identidad y razón suficiente.

Para el cumplimiento de la exigencia de validez de la misma justificación dentro de esta concepción, no basta con el proceso de expresar las premisas del juicio, las circunstancias de hecho verificadas y las reglas jurídicas aplicables, sino la exposición de las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión, es decir la exteriorización del porqué de las conclusiones-premisas de hecho y de derecho que el tribunal afirma, para arribar a la solución del caso. Siendo necesario en cuanto a la reconstrucción histórica de los hechos, exponer su relación con los elementos de prueba, válidamente incorporados al proceso y aptos para ser valorados a través de los cuales se arriba a una determinada conclusión fáctica. Valoración que debe ser cumplir con exigencias lógicas y de la experiencia y psicología común (Maier, 1989).

Esta exigencia de justificar, a su vez las premisas que integran el silogismo se conoce como justificación externa. Para los autores que sostienen la importancia de la distinción entre ambos tipos de justificación, afirmar que una decisión judicial se encuentra justificada jurídicamente si y solo si está justificada interna y externamente (Moreso, 2004; Gascón Abellán, 2004).

En el segundo sentido más estricto, la fundamentación implica motivación. La motivación constituye el aspecto expresivo de la fundamentación. Motivar es exponer, entonces, los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución. A través de la motivación de la sentencia se hace pública la reconstrucción racional de los razonamientos de hecho y de derecho en los cuales quien ejerce la función jurisdiccional basa su decisión.

Asimismo, este concepto de fundamentación como motivación, es el mismo que es utilizado por las modernas Constituciones europeas y latinoamericanas, y las prácticas interpretativas de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, incluida la propia Corte IDH, cuando define la motivación y el contenido y fundamento del deber de motivación que hoy parece contraponerse veredicto inmotivado que admite el juicio por jurados.

#### **b. El autónomo de deber de motivación en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de la Nación y su caracterización como garantía del debido proceso**

Como hemos analizado con anterioridad (Villanueva, 2015, 2017), el primer precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estableció claramente a la motivación como una garantía del debido proceso fue el caso “Yatama c/ Nicaragua” del año 2005. En este precedente se estableció entonces la falta de motivación como incumplimiento al derecho de la motivación que se encontraba reconocido implícitamente en el artículo 8.1. La CIDH en dicho caso consagra en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos la fórmula por la cual estaría estableciendo un criterio amplio de justificación y que fija las bases de un deber autónomo de motivación, de un principio de justificación jurídica: Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.

En el texto reseñado afirmábamos que referido a la caracterización de la CIDH del concepto de motivación, en el caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez” se la señala como “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. En el caso “Aspiz Barbera vs. Venezuela”, donde por primera vez se va a analizar el incumplimiento por parte del estado de un deber autónomo de motivación, se recurre a la definición brindada en “Chaparro Álvarez” y finalmente es la que utiliza en el párrafo

254 de la propia Corte IDH, en el caso "V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua".

Cuando analizamos el alcance del deber de motivar vemos que la jurisprudencia de la Corte IDH anterior al fallo de referencia, sigue el principio de completitud de la motivación, el cual prescribe que la decisión jurisdiccional debe contener la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto de la controversia, dado que solo bajo esta condición, como afirma Taruffo (2008), se puede decir que la motivación es idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y la aceptabilidad racional de la decisión. En la causa "Tristán Donoso vs. Panamá" se afirma que la sentencia debe incluir en la motivación las argumentaciones de las partes, de tal manera que la justificación del fallo debe mostrar que han sido analizados y valorados los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas. En la causa Chocrón Chocrón Vs. Venezuela" del año 2010, luego de reiterar la doctrina sentada en el caso "Tristán Donoso", se fijó el principio de completitud de la motivación al afirmar, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.

De esta manera, como hemos manifestado en otros trabajos sobre este tópico, la motivación queda calificada como deber y garantía, estableciendo una vinculación necesaria de la misma con la obligación de decidir conforme a derecho, a través de las razones que este suministra y la garantía correlativa de los ciudadanos de ser juzgados por estas, es decir, entre motivación y principio de legalidad, cual como hemos dicho anteriormente fue verdaderamente su origen histórico de la exigencia en nuestro sistema continental de derecho. En otro párrafo de este mismo fallo, la Corte afirma:

El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

La relevancia y claridad del texto es una prueba fundamental de la importancia y alcance dado al deber de motivación. La Corte, como hemos analizado, establece un criterio amplio respecto a los obligados y actos sobre los que recae, ya que deben ser motivadas todas las decisiones de los órganos internos, de cualquiera de los poderes del estado, que afecten los derechos humanos. Este parece una fuerte exigencia a los países miembros respecto a la forma de actuación de sus órganos internos. Entre ellas la Corte pone énfasis, en distintos fallos, en la función jurisdiccional, atenta su capacidad de afectar derechos como la libertad, la propiedad, el honor. Como puede observarse a través del fallo que venimos analizando, la Corte establece como fundamento de la motivación el derecho a ser oído, y el derecho al recurso y la exclusión de decisiones arbitrarias en un Estado de derecho. Esto tiene relevancia porque determina que la Corte IDH determina que el deber de motivar la resolución, tiene un fundamento más extenso que el derecho a recurso estableciendo de esta manera una obligación de motivar autónoma

a este, que no se ve satisfecho ni aun estableciendo un sistema recursivo que satisfaga las condiciones de la Convención.

Por lo expuesto, la motivación requerida por la Corte Interamericana es la expresión completa de la justificación de la premisa fáctica y normativa, las razones que justifican la valoración de los elementos de prueba y la consideración de los argumentos de las partes. Esto no puede ser satisfecho en el sistema de juicio por jurado anglosajón con veredicto inmotivado y secreto donde no tenemos acceso a las razones que han tenido los juzgados legos para arribar a su decisión, su valoración de los elementos de prueba, ni la consideración de argumentos previos.

Lo cual como hemos señalado, luego del análisis conceptual realizado, es contradictorio con manifestar que en el juicio por jurados clásico existe motivación, ya que no existe la misma sin expresión de las razones que guiaron al juzgador a llevar a su conclusión, tanto lo referido a la identificación de la premisa normativa como el de la fijación de la premisa fáctica.

De la misma manera parece ser contradictorio con la idea de motivación que ha desarrollado la Corte Suprema y que ha quedado plasmada en el fallo "Casal" y en la teoría de la arbitrariedad.

La Corte Suprema de la Nación, intérprete último de la Constitución ha reconocido a la motivación de las resoluciones jurisdiccionales como una garantía constitucional dentro de nuestro Estado de Derecho. Una manifestación de este posicionamiento de la Corte, la encontramos en la doctrina de la Arbitrariedad. El primer precedente de esta doctrina la encontramos en el año 1909, en el caso Rey contra Rocha. En este caso el Tribunal sostuvo que "El requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una sentencia fundada en ley, da lugar a recursos ante esta Corte en los casos extraordinarios de sentencias Arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal fundadas tan solo en la voluntad de los jueces."

A través de la doctrina de la Arbitrariedad, la CSJN amplía su competencia extraordinaria, con el fundamento último del principio de imperio de la ley del cual surgen las obligaciones de resolver la causa conforme a derecho y motivar la sentencia, a los fines de evitar la arbitrariedad entendida como la sustitución de la voluntad de ley por la voluntad del juez.<sup>15</sup>

Que la Corte exige la motivación de la sentencia y no simplemente que se encuentre fundada en la ley, interpretando de esta manera el artículo 18 de la Constitución.

Genaro Carrió, en base a los fallos de la Corte, clasifica las siguientes causales de sentencia arbitraria, según su objeto o tema de decisión, a los fundamentos de la decisión y a los efectos de la decisión. (Carrió, 1983)

Con respecto a objeto de la decisión, una sentencia sería arbitraria según la Corte cuando omite considerar cuestiones propuestas oportunamente por las partes y cuando resuelve cuestiones no planteadas por estas. Estas causales que se vinculan con el principio de congruencia, claramente presuponen la expresión de la fundamentación en qué consiste la motivación. No se podría evaluar lo que ha sido considerado el tribunal sin su expresión.

Aún más clara es la procedencia de la misma, respecto a las causales que hacen a la fundamentación de la sentencia, en los casos en que:

---

15 Esto se evidenciaría en los siguientes precedentes, entre otros: "La apreciación de la prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, salvo en los casos en los que la sentencia revele arbitrariedad por no estar fundada o no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa." (CSJN, "Baidera, Victor F" Fallos (1996) "Resulta arbitraria la sentencia si omitió considerar la prueba confesional del demandado sin brindar fundamentos que justifiquen su prescindencia y, por ende, ignorando sus efectos, no obstante ser reiteradamente invocada por la recurrente en sus agravios. Existió, pues una arbitraria omisión de analizar prueba decisiva" (C.S.J.N, "Cherhasso, Valdemar Peter y otro).

-Se han apartado del fundamento normativo, que puede ocurrir cuando el juez desvincula su resolución de la legislación vigente en el momento de tomar la decisión, cuando se han apartado del texto legal sin dar razones de ello, cuando aplican normas derogadas o aun no vigentes o dan como fundamentos pautas de excesiva amplias, apartándose de la normativa aplicable.

-Respecto a la premisa fáctica, cuando se aparta de los hechos probados en la causa, al omitir la consideración de prueba decisiva, invocan la prueba inexistente o cuando contradicen abiertamente otras constancias de la causa.

-Respecto a ambas premisas y la vinculación con la conclusión cuando afirman premisas dogmáticas o infundadas, caen en exceso ritual o son autocontradictorias.

En todas estas causales de la sentencia arbitraria puede verse con claridad el presupuesto de la motivación de la sentencia, la sanción de arbitraria frente a la falta de motivación o motivación defectuosa, y la necesidad de motivación de la premisa normativa y la premisa fáctica. La doctrina de la arbitrariedad permite identificar la noción de fundamentación que sostiene la Corte y que coincide con la concepción anteriormente, como una operación lógica que se realiza a partir de una premisa normativa y una premisa fáctica, de la cual se deriva una conclusión normativa y en la que es necesaria la expresión de estos elementos y procesos a los fines evitar la arbitrariedad de la decisión.

### **c. Contradicción entre su concepción respecto a la amplitud de los recursos y la aceptación de un veredicto inmotivado**

A pesar de que la Corte IDH afirma que el veredicto inmotivado del juicio por jurado clásico no afecta de por sí las garantías de debido proceso, no trata en ningún momento del fallo la forma en que la inmotivación afectará el derecho al recurso de las partes, no analiza este punto tan trascendental y que es una de las principales objeciones que se le han hecho a esta clase de diseño.

La propia doctrina de la Corte IDH parece contrariar las limitaciones recursivas que plantea el veredicto inmotivado y la limitación que suele existir en esa clase de tradición respecto a la no recurribilidad del fallo absolutorio por parte de la parte acusadora y la víctima constituida como querellante.

Hay una conexión entre la extensión de la obligación de motivación de sentencia y por otro lado, la extensión de la revisión en qué consiste el derecho al recurso. La Corte Interamericana sigue el principio de completitud de la motivación, el cual prescribe que la decisión jurisdiccional debe contener la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto de la controversia, dado que solo bajo esta condición se puede decir que la motivación es idónea para hacer posible el control sobre las razones que sustentan la validez y la aceptabilidad racional de la decisión (Taruffo, 2008). En la causa "Tristán Donoso vs. Panamá" se afirma que la sentencia debe incluir en la motivación las argumentaciones de las partes, de tal manera que la justificación del fallo debe mostrar que han sido analizados y valorados los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas.<sup>16</sup> En la causa "Chocrón Chocrón Vs. Venezuela"<sup>17</sup> del año 2010, luego de reiterar la doctrina sentada en el caso "Tristán Donoso", se fijó el principio de completitud de la motivación al afirmar. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.<sup>18</sup> Por lo expuesto y como ya manifestamos,

16 ECorte IDH, CASO "TRISTÁN DONOSO VS. PANAMA"- Sentencia 27/01/09, Considerando 153.

17 Corte IDH, CASO "CHOCRON CHOCRON VS. VENEZUELA" - Sentencia 01/07/11.

18 22Corte IDH, CASO "CHOCRON CHOCRON VS. VENEZUELA" - Sentencia 01/07/11, C. 118.

la motivación requerida por la Corte Interamericana es la expresión completa de la justificación de la premisa fáctica y normativa, las razones que justifican la valoración de los elementos de prueba y la consideración de los argumentos de las partes.

Correlativa a esta noción de motivación completa de la sentencia se encuentra el derecho a recurrir la sentencia, de tal manera que se garantice un examen integral de la decisión recurrida. el ejercicio del derecho procesal básico de revisión de una decisión adversa por parte de un órgano jurisdiccional (doble instancia) es un derecho fundamental reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José de Costa Rica. Estas disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que a partir de la última reforma constitucional gozan explícitamente de jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22) integrando en consecuencia el “bloque de constitucionalidad”. Son normas supremas internacionales ratificadas por el Estado y expresamente incorporadas, a partir de la reforma del año 1994, a nuestro supremo ordenamiento jurídico. El derecho al recurso de la sentencia definitiva es para el imputado una garantía constitucional expresa y autónoma y también hay elementos para afirmar que lo mismo se encuentra reconocido a la víctima de un delito.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8 (garantías judiciales), que toda persona tiene “... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.” (art. 8.2.h). Esta garantía fundamental que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico subordina de pleno imperio cualquier disposición “infra” constitucional que se contraponga, que limite o directamente viole dicho derecho, pues el principio de supremacía constitucional supone (e impone) adecuación de los derechos (y más aún la reglamentación de los derechos y las normas procesales) al texto y espíritu constitucional. Si una norma infra constitucional contraviene dicho principio, la norma en pugna debe ser declarada inconstitucional por los órganos jurisdiccionales.

Así la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “HERRERA ULLOA<sup>19</sup>” sentó un precedente importante al sostener que de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo<sup>20</sup>. Respecto a la extensión de este derecho, la Corte en este fallo afirma: “Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.<sup>21</sup>”

Con respecto a la Corte Suprema de la Nación también se da una contradicción similar. A pesar de que explícitamente en el fallo “Canales” afirma que el juicio por jurados clásicos no viola garantías de debido proceso porque no afecta el derecho al recurso, esto es un error en más de un sentido, es una afirmación dogmática pues no analiza el sistema de recursos del modelo de juicio por jurados clásico y lo compara con sus propias exigencias y criterios sobre el derecho al recurso y es una autocontradictoria con la forma de entender la amplitud del derecho al recurso.

Esta exigencia de motivación integral y el derecho a recurso, también ha sido recono-

---

19 Corte IDH, “HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA” – Sentencia 02/07/2004.

20 Corte IDH, “HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA” – Sent 02/07/2004, Considerando 161.

21 Corte IDH, “HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA” – Sent 02/07/2004, Considerando 165.

cida explícitamente por el fallo "Casal"<sup>22</sup> de la CSJN. Este importante precedente, que en su fundamentación analiza cuestiones relevantes como son las garantías del debido proceso, la defensa en juicio, el derecho al recurso y sus alcances como así también consideraciones relevantes respecto a la sana crítica racional, juez natural y el juicio por jurado, abriendo un conjunto de expectativas respecto a las transformaciones pretorianas que establecía el precedente (Grisetti, 2005). Entre sus temas centrales el fallo Casal introduce la idea de la necesidad de la ampliación de la revisión en casación a los fines de asegurar el derecho al doble conforme de la cuestión fáctica. La exigencia se encuentra fundada en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Hasta el momento de la resolución, la casación vedaba la reconsideración de las cuestiones fácticas, sin embargo, a partir del caso "Casal", la Corte se inclina por la idea de una revisión amplia, de un recurso amplio, que significa que debe ser revisable todo lo posible. Al desarrollar su tesis, la Corte preconiza lo que ella misma denomina (con cita de la doctrina alemana) como "teoría del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (Leistungsfähigkeit)"<sup>30</sup>, conforme a la cual, el Tribunal de Casación debe extender su competencia correctiva a todos los aspectos del fallo que sean materia de embate, con la sola limitación de aquellas cuestiones que sea imposible controlar, como secuela de la oralidad. (Grisetti, 2005)

De esta manera preciso realizar la discusión respecto al juicio por jurados, ya que, en el modelo anglosajón tomado como inspiración por el constituyente originario, la consideración de la premisa fáctica resuelta en el veredicto del jurado, era arribada a través del sistema de íntima convicción. Lo cual, en principio, no permitiría la revisión de la sentencia sobre este aspecto. Así en el fallo "Casal" se estableció la Corte:

La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el derecho internacional de los Derechos Humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguientemente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado.

Que, conforme a lo señalado, la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que, en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder. La consecuencia de este obiter dicta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la incompatibilidad de la Institución de los Jurados siempre que este se encuentre diseñado con un sistema de valoración de la prueba de íntima convicción, como es el sistema anglosajón puro, con veredicto inmotivado y secreto.

---

22 CSJN, "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa", Fallos: 328: 3399, (2005).

## VI. Conclusión

La exigencia de fundar legal y lógicamente la sentencia no puede ser entendida de otra manera, desde una interpretación conforme, como exigencia de expresión de las razones que fundamentan la sentencia, esto es como motivación de las mismas. Del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, surge que existe obligación de motivar la decisión jurisdiccional en nuestro bloque constitucional que deriva de la Convención Americana de Derechos Humanos. Que la misma obligación recae sobre el tribunal que toma una decisión que pueda afectar derechos humanos, sin distinción entre el carácter técnico o lego del mismo. Que la motivación es una garantía autónoma dentro de las garantías del debido proceso, que se encuentra vinculado a la interdicción de la arbitrariedad, al control del derecho a ser oído y al derecho al recurso. Hemos analizado como la instauración del diseño de juicio por jurado de diseño clásico, vulnera estas garantías procesales del debido proceso, mostrando como resulta auto contradictoria la manera en que la Corte Interamericana y la Corte Suprema comprenden la motivación y la amplitud al derecho al recurso.

Nosotros participamos de la idea de que el juicio por jurado es una garantía de los imputados, pero, sobre todo, vinculado con el ideal de autogobierno ciudadano, de un derecho de los miembros de la comunidad política a participar de una tarea esencial como es la administración de justicia.

Sin embargo, para resolver esta tensión basta con la aplicación del principio de proporcionalidad, para comprobar que se presenta como una falsa alternativa optar por renunciar a cierta clase de derechos en función del conflicto que prima facie existiría. ¿Consideramos que el modelo de juicio por jurados clásico no pasa el filtro del principio de necesidad del principio más amplio de proporcionalidad? La existencia de otros diseños de jurados, que permiten el no sacrificio de los derechos en juego, como es el diseño escabinado o el mixto o ensamblado establecido en la provincia de Córdoba, es suficiente para mostrar que hay medidas de diseño institucional de la participación ciudadana menos gravosas. Esperemos que los legisladores provinciales y nacionales continúen en la dirección de la reforma procesal penal incorporando a la ciudadanía a la tarea de juzgar, que como decía Toqueville, es una escuela de la democracia, pero eligiendo otros diseños institucionales que no vulneren derechos de los imputados, la víctima y la ciudadanía.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- Alchourron, C., & Bulygin, E. (1975). Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea.
- Atienza, M. (2005). Las razones del derecho. México: Universidad Autónoma de México.
- Bayon Mohino, J. C. (1996). Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional. Jueves para la democracia, 41-49.
- Bulygin, E. (1991). Sentencia judicial y creación del derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Forst, R. (2005). El derecho Básico a la justificación: Hacia una concepción constructivista de los derechos humanos. Estudios Políticos.

- Gascon Abellan, M. (1998). El imperio de la ley. Motivos para el desencanto. *Jueces para la democracia*, 25-35.
- Grisetti, R. A. (2005). Algunos interrogantes que plantea el caso Casal. [Versión electrónica], *La Ley Online*.
- Harfuch. (2012). Inmotivacion, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados. *Revista Derecho Penal*.
- Hart, H. (1995). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ibañez, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa*.
- Laporta, F. (1994). Imperio de la ley. *Doxa*, 133-145.
- Maier, J. (1989). *Derecho procesal penal Argentino*. Buenos Aires : Hammurabi.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Pastor, D. (2010). El deber judicial de motivar las condenaciones. Reflexiones sobre el procedimiento penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Seña, M. (2008). *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa.
- Pastor, D. (2010). El deber judicial de motivar las condenaciones. En D. y. Pastor, Reflexiones sobre el procedimiento penal. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Villanueva, C. (2015) Obligación de motivar las decisiones judiciales a la luz de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Su implicancia respecto a la convencionalidad de la incorporación juicio por jurado anglosajón con veredicto secreto e inmotivado. Publicada en la página XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, sitio [https://www.procesal2015.org.ar/images/Ponencia\\_Carlos\\_Villanueva-Comisi%C3%B3n\\_2.\\_Tema\\_juicio\\_por\\_jurado.pdf](https://www.procesal2015.org.ar/images/Ponencia_Carlos_Villanueva-Comisi%C3%B3n_2._Tema_juicio_por_jurado.pdf)
- Villanueva, C. (2017a). Hacia un fundamentación constructivista del principio de justificación judicial: la reconstrucción de una vía dialógica a partir de la teoría de fundamentación de derechos humano de Rainer Forst . En R. Sanchez Brigido, C. Longhini, C. M. Villanueva, & D. Domeniconi, *Constructivismo y Derechos Fundamentales* (pág. 192). Córdoba: Lex.
- Villanueva, C. M. (2017). El deber de motivar legal y lógicamente las sentencias del artículo 155 de la Constitución Provincial como garantía de debido proceso y su implicancia en el diseño de participación ciudadana en la justicia penal. En J. E. (Compilador), *Treinta años de la Reforma Constitucional* (pág. 349). Córdoba: Editorial UNC.

# LA TRASCENDENCIA DEL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

---

## THE TRANSCENDENCE OF THE STUDY OF CONSTITUTIONAL PROCEDURAL LAW

---

CARLOS HUGO VALDEZ<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

La enseñanza del derecho procesal constitucional actualmente se inserta en la curricula de la carrera de derecho en todo el país, dentro del Estado de Derecho. Particular atención se hará con relación a la técnica Jar de enseñanza, que permite una mayor participación de los estudiantes, en el manejo de un tema y para habituarlos al trabajo de equipo en términos de competencia y cooperación.

### ABSTRACT

The teaching of constitutional procedural law is currently inserted in the curriculum of the law career throughout the country, within the rule of law. Particular attention will be made in relation to the teaching technique Jar, which allows a greater participation of students, in the management of an issue and to accustom them to teamwork in terms of competence and cooperation.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Procesal Constitucional - Educación - La técnica de JAR.

---

**KEY WORDS:** Constitutional Procedural Law - Education - The JAR technique

## I. Introducción

El Derecho Procesal Constitucional comprende *el conjunto de principios y normas que establecen y regulan los procedimientos necesarios para que, en la órbita de la jurisdicción correspondiente, se actualicen los derechos y deberes de jerarquía constitucional*. El DPC se refiere a los elementos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales que fun-

---

<sup>1</sup> Abogado. Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales UNC, Profesor Consulto de la UNC, Profesor Titular de Derecho Constitucional de UCC. .

damentan, describen, explican e interpretan los institutos procedimentales mediante cuya aplicación ante las instancias judiciales pertinentes, hasta llegar a las de máximo nivel, se persigue obtener un acto decisorio sobre la relación entre una sentencia o acto administrativo, por un lado, y lo que se estima la correspondiente pauta constitucional, sea en sentido positivo o negativo, y donde se ha puesto en cuestión una norma de esa jerarquía.

Los recursos y medios procesales que provee el despliegue de la “jurisdicción constitucional” permiten en su abordaje internalizar en modo significativo como la “lucha por el derecho” superó (y supera) las instancias violentas de su origen histórico hasta habilitar oportunidades de acción ante los jueces que tanto brindan imparcialidad cuanto seguridad en el trámite y sus resultados.

Su inserción en la curricula de la carrera de derecho y, consecuentemente, el proyecto educativo-institucional, incorporando el “derecho procesal constitucional” en el proceso de formación ya aprendizaje del futuro operador jurídico, ello no puede menos que referirse al grado de conciencia y madurez que en la sociedad alcanzaron sus expectativas en relación a todo lo que da sentido y proyección al “debido proceso legal” y, consecuentemente, los derechos humanos.

En la curricula están las materias y disciplinas, pero ellas valen por sus contenidos, ante todos los de órdenes conceptuales donde privan los elementos significativos, con una dominante dimensión teórica. A este respecto hay, por necesidad lógica, una referencia a la fuente dogmática de esos contenidos y cuya resolución corresponde al “Derecho Constitucional” en cuanto presupuesto (correlatividad) del “Derecho Procesal Constitucional”. Tal correlación está planteada en “reciprocidad de perspectiva” entre una y otra materia, cada una supone a la otra.

## II. La enseñanza en las facultades de derecho.

Bien se ha dicho que cabe distinguir entre las formas jurídicas de expresión de normas, por un lado, y los juicios expresados en ellas, así como que, al conocimiento de los juicios sólo puede llegarse cuando se ha logrado captar el sentido de las normas de base. (García Maynez, p. 21). Al margen de reconocer antecedentes que remiten a la Antigüedad, no hay dudas que para reivindicar y extender socialmente, por caso, el “hábeas corpus” o, verbigracia, conceder efectividad a la independencia de los jueces, sólo pudo llegarse en plenitud luego que la normatividad básica superó las restricciones en materia de derechos subjetivos que imponía el Absolutismo. El reclamo de Jacobo I de Inglaterra de considerarse (1610) por encima del “*common law*”, o la potestad que Luis XIV se arrogó (1688) para derogar el Edicto de Nantes, constituían obstáculos insalvables para que tomara forma una *conciencia jurídica*, o sea una inteligencia política que diera entidad suficiente a los derechos frente al poder e hiciera nacer el Estado de Derecho, aún en sus pasos fundacionales.

Del mismo modo, la normatividad no pudo ir más allá de su condición de Derecho Natural, o similar, mientras la evolución política de la sociedad no receptara los reclamos de seguridad jurídica que tomaron forma cuando el Derecho, además de código de ideales, se hizo positivo, como derecho “puesto e impuesto”. Eso, empero, no fue suficiente mientras el mandato legal (derechos de los hombres y obligaciones del poder) no cuajara en un sistema de efectividades, de instrumentos, que le dieran factibilidad. He aquí el rol y la significación del “procedimiento”.

Transferido este dato, desde el plano histórico al teórico-normativo con su vigencia actual, se abre la oportunidad pedagógica para que se realice un abordaje sin desconocer

los valores, principios y pautas del espacio dogmático de la Constitución, acceda a un horizonte de la materia que lo atraerá por su dimensión práctico-normativa. Con ello podrá establecer el importante enlace entre el mensaje (mandato) de orden abstracto con la posibilidad ejecutiva que le brindan los institutos y medios procesales; y por esa vía lograr que el conocimiento del Derecho adquiera la vitalidad y el optimismo de lo que es realizable y socialmente útil. En la pertinente instancia didáctica el conocimiento se torna estratégico, o sea es conocimiento para actuar.

En cualquiera de las ciencias con vocación de *servicio social* (la medicina, la arquitectura, el derecho, etc.) los contenidos conceptuales resultan incompletos y corren el riesgo de esterilizarse, o no superar el “status” de formulaciones abstractas, si no logran asociarse con otro tipo de contenidos que se caracterizan por su vocación práctica y que son los *procedimentales*. Aunque los primeros destacan, según se dijo, un ineludible nivel de abstracción, y los segundos reclaman un sentido operativo, no es, empero, aceptable un divorcio entre ellos.

La Lógica Jurídica tiene dilucidados diversos planos respecto a los juicios que tienen carácter normativo; el primero corresponde a las “proposiciones” cuyo sentido jurídico no se logra con su versión gramatical sino por los juicios que les son pertinentes. En segundo lugar, el plano específico de los “normas” y que constituye la materia de una interpretación con entidad jurídica. Y está un tercero, donde concurren, en un caso los “hechos condicionantes” y, en el otro, las “consecuencias” (facultades y obligaciones) para los sujetos cuya actividad es objeto de regulación, o sea los “contenidos objetivos”. Hay, empero, un cuarto plano, el de la “conducta efectiva de los sujetos”, ya que no siempre la conducta prevista o anticipada por la norma es idéntica a lo que los sujetos real y efectivamente hacen (cumplir o no la obligación, ejercer o no el derecho) (cf. García Maynez, 21)

Aunque la lógica no tenga respuesta para dicha distancia entre lo debido y lo fáctico, sí se la encuentra en la experiencia de la aplicación del Derecho y sin incurrir en un mero “factualismo”. La lógica de índole kantiana tiene esa limitación, no así aquella que establece una suerte de asociación con el pensamiento hegeliano: el derecho es un área de la realidad que llegado a un punto abandona su mera condición de objeto abstracto y avanza más allá, como desarrollo de su contenido y accede a un particular estado concreto. Este es el realismo que, por paradoja, hizo de Hegel algo más que un idealista. De este enfoque se benefició Hans Kelsen gracias a la heterodoxia con que tomó de su maestro Hermann Cohen la noción dinámica del juicio. La idea que sale de sí misma y que se torna concreta en función de su desarrollo, es lo que, se nos ocurre, da al Derecho Constitucional la posibilidad de encontrarse con la conducta efectiva de los sujetos y obligados. De otro modo Kelsen nunca hubiese alcanzado una versión relativamente razonable para emparentar, tan íntimamente, el Derecho con el Estado. Una tesis válida, nos parece, sólo para el Estado de Derecho, al menos como aspiración de las comunidades modernas.

En el procedimiento está, pues, la respuesta que no alcanza la Lógica, de ahí su alta significación didáctica y científica en la enseñanza y en la práctica del Derecho Público. “Las leyes procesales --supo sentenciar el eminente magistrado y constitucionalista César Enrique Romero-- no hacen sino desarrollar el orden tuitivo que se inserta en cláusulas supremas del dogma constitucional. Tienden a concretar las pautas del debido proceso legal. Todo código de procedimiento, dentro de nuestro ordenamiento jurídico político, no es sino la reglamentación, o desenvolvimiento, de los principios y normas constitucionales relacionadas con las garantías contenidas en los artículos 17 a 19 de la Constitución Nacional. Las diferentes etapas procesales no son sino coyunturas endere-

zadas a asegurar aquellas garantías: son prendas de paz jurídica”<sup>2</sup>.

La diferenciación didáctica y analítica no excluye que en los conceptos jurídicos básicos (parte dogmática de la CN) haya anticipos o previsiones procedimentales (de igual jerarquía); tampoco que, mediando una particular índole operativa en los procedimientos se remita a fundamentos teóricos que los justifican y, llegado el caso, permitan resolver problemas de legitimación. El “debido proceso legal” (arts. 17, 18 y 19 CN) es una consecuencia normativa y ética de, ante todo, los arts. 14, 14-bis, 15, 16 de la CN, y cuyo espacio fue ampliado por la Reforma de 1994, en particular de los arts. 37 en adelante (37 a 43 inclusive) con más la incorporación de los tratados internacionales (v. arts. 75 incs. 22, 23, CN).

Si algo justifica la inclusión y abordaje del Derecho Procesal Constitucional en la enseñanza del Derecho en las facultades correspondientes, es, precisamente, su trascendencia en la configuración del Estado de Derecho. Dichos *procedimientos* hacen al contenido *material* del sistema, y ello sin perjuicio de que, por su vocación operativa, las reglas que les son propias lo identifican con la dimensión *formal* del mismo. Se refieren a *modalidades de acción* que sirven a los contenidos conceptuales para ayudarlos a superar su mera dimensión teórica o abstracta y realizar seguidamente los valores que prescriben. Bien se ha dicho que, al ocupar el esfuerzo de la enseñanza, los procedimientos constituyen “un conjunto de acciones ordenadas, orientadas a la consecución de una meta”<sup>3</sup>. Aunque por su notoria vigencia en estos días, el DPC ha puesto en su lugar la especial significación de las formas procesales que hacen soporte a los derechos y deberes de grado constitucional, se impone someter a indagación y crítica ciertos contenidos conceptuales que no pertenecen a su órbita específica. Y ello porque la diferenciación entre el Derecho Constitucional de carácter formal y el de índole material, según ya dijimos, no es nunca absoluta ni pura. La distinción, con fines didácticos es siempre indispensable pero sólo hasta un límite; nunca se debería olvidar que la elaboración histórica del Estado de Derecho, sobre todo en los siglos XVII y XVIII y de allí para adelante, los mostró en un íntimo connubio.

A servir el “control de constitucionalidad” se dirigen los institutos que garantizan los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, comprometidos en forma directa o indirecta. Tales el hábeas corpus, el amparo y sus diversas expresiones, el hábeas data, así como los procedimientos parlamentarios, el enjuiciamiento de magistrados, el juicio político y las reglas para la obtención de personería de los partidos políticos, régimen electoral y el relativo a carta de ciudadanía y naturalización. Desde la Reforma de 1994 aparecen incorporados al texto constitucional (art. 75) numerosos tratados internacionales “con jerarquía constitucional”, entre los cuales se destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos con su Reglamento (procedimiento) para actuar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y otros.

Interesa señalar que, sin desmedro para la importancia de todos los núcleos temáticos que componen la curricula en relación al Derecho Procesal Constitucional, el nominado como “control de constitucionalidad” y su versión institucional, la “Jurisdicción Constitucional” destaca su liderazgo teórico y normativo. Es la expresión de un factor esencial del Estado de Derecho, la “supremacía de la Constitución”, que es el más alto nivel del sistema de valores, principios y normas con que el Poder Constituyente plasmó la voluntad soberana del pueblo. Tal el fundamento de la “jurisdicción constitucional” que hace de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación los órganos

2 CAPPAGLI Aldo, causa 12.023, nº 315, Orden 1540, año 1970, su voto como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Buenos Aires, 1970; publicado como “Las garantías constitucionales del debido proceso” en *Temas Constitucionales y Políticos*, ed. Univ. Nac. de Córdoba, 1971.

3 COLL, César: “El aprendizaje y la enseñanza de los procedimientos”, Madrid, 1996, ed. Santillana.

a los que se atribuye la función eminente de “custodios de los derechos humanos” en tanto y en cuanto lo son de la Constitución. Quiere decir que el núcleo jurídico indicado (control de constitucionalidad) irradia esa jerarquía normativa al sistema de institutos y medios procesales en que se despliega la llamada “jurisdicción de la libertad”, conforme a la aguda fórmula de Fix Zamudio. Pero nada de lo dicho debe ir en desmedro de la calidad de esos procedimientos y recursos.

### III. Su objeto general.

El orden jurídico, pese a la diversidad de sus ramas, se nos presenta con una cierta articulación, y ella se debe a la naturaleza propia y al esfuerzo de los hombres por conferirle dicha cualidad. De ahí que cada elemento nuevo, o alguno que deja su condición pasiva y emerge al plano activo y evidente, encuentra un ámbito de armonía que comparte con los demás; al mismo, el jurista dedica siempre su preocupación por perfeccionarlo o, simplemente, darle permanencia mediante los ajustes, cambios e innovaciones que la experiencia dicta como necesario. Tal la labor de la doctrina, la legislación y, de modo relevante, la jurisprudencia.

Sin perjuicio de ello, y sin afectar sus vinculaciones con el resto de la trama normativa, cada rama del sistema afirma su “personalidad”, con mayor o menor autonomía. Lo cual plantea la exigencia de detectar y exponer su contenido medular a fin de que su función específica pueda comprenderse y realizarse. Esto ocurre con el Derecho Procesal Constitucional que, al decir de G. J. Bidart Campos, a través de los “procesos constitucionales” tiene fronteras comunes por el “sustantivo” con el Derecho Procesal (la acción, las garantías, el juez natural, etc.) y por el “adjetivo” con la Constitución que, sin embargo, provee la “materia”<sup>4</sup>.

Se trata de una dimensión jurídica que permite desplegar los contenidos dogmáticos del Derecho Constitucional y que sirve a su vigencia en un *plano de efectividad* para resguardo de los derechos humanos. Con ello se afirma la ligazón teórica y práctica del derecho procesal con el derecho constitucional; de tal manera adquiere sustento la “**jurisdicción constitucional de la libertad**”. Esta versión de nuestro tema principal deja a la vista a los “procesos constitucionales” cuya materia es decididamente “constitucional y el proceso donde ella hace de objeto también lo es”<sup>5</sup>.

Con la emergencia del Estado de Derecho, el gobierno *de la ley y bajo la ley* dejó su largo diseño utópico, profetizado por escritores, sacerdotes y filósofos, y avanzó a un punto en que los juristas pudieron definir las cosas. O sea, una modalidad del poder y de sus relaciones con los hombres conforme a la cual el Estado produce una normativa que lo obliga, lo hace sujeto de deberes frente a ciudadanos que son titulares de derechos subjetivos. Pero éstos, además, se hicieron portadores de derechos no meramente abstractos sino de unos complementos igualmente jurídicos, aunque calificados por su dimensión **operativa**. A los cuales, y esto es importante, se les otorgó la función de ser “garantías”, es decir, de hacer posible y a la vez asegurar la vigencia de aquellos otros. Esto fue fundamental en la historia y más por su vinculación con cambios político-institucionales como fue la división de los poderes, y con ello la competencia legislativa para el Parlamento, junto en el área de la administración de Justicia con la independencia de los jueces, el hábeas corpus y otros.

El Estado de Derecho nació, bien se ha dicho, en el seno del Absolutismo, contra su tozudez se habían estrellaron las ideas que, en orden a la posición de los “súbditos”, al

4 BIDART CAMPOS, German. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”; p. 371, Buenos Aires, Ediar, 1995.

5 BIDART CAMPOS, German. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”; p. 371, Buenos Aires, Ediar, 1995.

tratar de fundamentar el orden socio-político miraban más arriba de la mera voluntad del monarca. Jacobo I de Inglaterra se enfureció cuando, hacia 1605, el juez Coke, *justice maior*, tuvo la ocurrencia de afirmar, en presencia de aquél, que “*por encima del rey está el common law*”. Antes inclusive, en Francia hacia 1596, Jean Bodin, eminente jurista y teórico del absolutismo, había advertido sobre la inexorable sumisión del monarca al *ius naturale* y de éste al *ius divinum*. Lo que implicaba la intangibilidad de ciertos derechos de los hombres, en particular la propiedad, que no podían ser desconocidos.

Semejante distinción entre el plano del poder instituido y formalizado en leyes, por un lado, y otro superior del cual dependía la legitimidad del primero, alcanzó una formulación más concreta cuando la revolución liberal-burguesa del siglo XVIII diferencia entre la jerarquía del “poder constituyente” ( que expresa la voluntad del pueblo, con carácter prioritario), y el “poder constituido” (donde se manifiestan las decisiones del gobierno bajo los principios y preceptos que fundamenta el constituyente). A partir de lo cual la voluntad del pueblo se imprime en una Carta formalizada: escrita y de pautas definidas, que responde al reclamo de seguridad jurídica de esa época.

El siguiente paso que configura el constitucionalismo moderno consiste en atribuir a un órgano de alto nivel la competencia de interpretar y custodiar a la Constitución. En los Estados Unidos será la función de la Corte Suprema de Justicia, un modelo que se extiende a numerosos países de América, entre ellos la Argentina. Con ello nace la “**jurisdicción constitucional**”; donde el tribunal indicado tiene, como los jueces inferiores, el deber de llevar toda causa a una sentencia, pero al mismo tiempo está obligado a establecer si, en el caso a su resolución, hay efectiva correspondencia entre una ley o acto del gobierno y las normas de la Constitución. Y decidir en consecuencia, sea por competencia originaria o por apelación.

Sobre tales bases tomó forma la denominada “supremacía de la Constitución”, expresada en el art. 31 de nuestra Carta Magna, siguiendo el modelo del artículo VI, párrafo 2do. de la correspondiente de Estados Unidos. Un principio que, con su modalidad institucional tiene vigencia igualmente en Europa, no por el sistema “difuso” sino concentrado. La paradoja está en que el Estado que negaba la libertad haya sido el mismo que, aun creciendo en su poder, haya tomado de pronto un rumbo de restricción a sus propias potestades, Y lo ha hecho reconociendo derechos en lugar de meras tolerancias, pero fundamentalmente confiriendo a uno de sus propios órganos (el Judicial) la capacidad de control que, en determinada instancia, le lleva a decidir la ilegalidad de una ley o acto de gobierno porque se contradice con la Constitución. Al decir de Kurt Eichenberger, miembro del Instituto Suizo de Investigación, ni la teoría ni la práctica de un Estado que llega a ser omnipotente, se advierte que en ello agota sus posibilidades, sino que “él mismo se refrena. Ase disciplina. Se impone barreras. Son ataduras autoimpuestas. Una expresión de este autodomínio del Estado Moderno es su relación con los derechos humanos. Las libertades son básicamente garantías contra la injerencia del Estado, procuradas por este mismo Estado, aseguradas por este mismo Estado”<sup>6</sup>.

El estudio y elaboración crítica de estas “garantías” y otros institutos afines constituye, de tal modo el Objeto General del Derecho Procesal Constitucional y de modo específico el control de constitucionalidad, apelación extraordinaria, hábeas, corpus, hábeas datas, etc. También aquellos procedimientos que se refieren a las responsabilidades de la órbita parlamentaria (sistema legislativo, juicio político, acefalía del Ejecutivo, enjuiciamiento de magistrados) y procedimientos especiales en materia de personería de los partidos políticos, régimen electoral y obtención de ciudadanía< y naturalización. Son

---

6 EICHENBERGER, Kurt, El Estado de Derecho como sistema garante de los derechos humanos”, en Estado de Derecho y Democracia, Adenauer-Stiftung, Bs.As. 1997

todas áreas de cuestiones donde, de manera directa o indirecta, aparece comprometida la sustancia democrática del Estado de Derecho, y se justifica que cumplimenten todos los pasos procesales en el marco de la Constitución y, por consiguiente, en general, bajo las garantías de que es custodio la “jurisdicción constitucional”.

Existe asimismo un sistema procesal para los casos que llegan ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana del mismo rubro, así como sus respectivas reglamentaciones. A esto se refieren los tratados internacionales pertinentes, varios de los cuales han sido incorporados con “jerarquía constitucional” por la Reforma argentina de 1994.

#### **IV. Unidades de Interacción didáctica (La técnica de JAR)**

Es un “procedimiento” orientado a habilitar la mayor participación posible de los estudiantes, asignándoles un margen amplio de autonomía en el manejo de un tema y para habituarlos al trabajo de equipo en términos de competencia y cooperación. Cada rol se dirige a promover responsabilidades individuales y de grupo.

**Objetivo:** El estudiante se constituye en actor de un ejercicio de aprendizaje en un escenario de dinámica grupal; comparte con sus compañeros la labor de estudiar y exponer un tema ante el curso que oficia de “audiencia”. Tal comportamiento le exige profundizar el tema, elaborar e imaginar argumentos para sostener un punto de vista, a la vez confrontarlo con las posiciones que lo contradicen. Como el juego se establece a través de verbalizaciones, los participantes asumen la dinámica del debate exigidos de “inventar” razonamientos y elementos persuasivos, utilizando todo lo que estudiaron antes, citando autores y antecedentes nacionales y extranjeros. Esto le da una oportunidad psicológica (en una circunstancia “social”) para superar inhibiciones tanto anímicas (timidez, inexperiencia de oralidad) cuanto intelectuales (manejar conocimiento, exponerlo, argumentar, etc.). La experiencia indica que, pese a una entrada relativamente “desordenada” en la dinámica del “juego” esto se supera y produce, en el conocimiento de un tema, un rendimiento de buena marca. El estudiante enfrenta el tema en condiciones de tensión que le imponen un particular esfuerzo intelectual y emocional.

**Advertencias:** El profesor no interviene en el “juego”, es un observador y tendrá a sus cargos, al finalizar, la crítica de la tarea. Cuando su intervención se torna necesaria es porque no se cumplimentan adecuadamente las reglas.

El secreto de la “participación” para que no lleve a un caos está en la “disciplina”, o sea que la actividad se cumpla conforme a las reglas y a que se acaten las indicaciones del “moderador”. Quienes se salen del tema, tienen expresiones agresivas, se exceden en el uso del tiempo asignado, pretenden monopolizar la palabra o concurren sin adecuada preparación en el asunto producen una verdadera “crisis” del método.

**Reglas:** En consulta con el curso el profesor selecciona un tema, con preferencia alguno que presente particular interés por su significación o por su índole polémica. Y asesora a los estudiantes en cuanto a fuentes de información, así como sobre las características del procedimiento.

El grupo total del ejercicio será de entre 15 y 20 estudiantes por tema; los que serán actores se dividen en dos “bloques”; por ejemplo: 6 expositores del tema y 6 cuestionadores a los anteriores y dando sus propias tesis.

Un estudiante oficiará de “moderador” con facultades amplias para dirigir el debate, fijar el tiempo disponible para cada participante, corregirá a quienes se excedan o tengan

actitudes que no correspondan; otro estudiante será su “apoyo” a fin de asistirlo durante la actividad y, eventualmente, reemplazarlo.

Dos o tres estudiantes actuarán como “evaluadores”; no participan y solamente hacen al final del debate las observaciones y una apreciación sobre el modo en que se desarrolló la tarea y el rendimiento que estimen que logró.

Por razones de orden y para no malograr el rendimiento “intelectual” del ejercicio la “audiencia” (resto del curso) podrá actuar al final, una vez agotado el debate. El moderador concederá la palabra para formular preguntas puntuales o formular aclaraciones en forma sucinta. Será exclusivamente sobre el contenido del tema y las posiciones de los participantes. Los dictámenes de los evaluadores no se discuten en ese momento.

**La acción:** adoptamos, como ejemplo, el siguiente tema: “El Congreso debe ser un órgano de gobierno o solamente de control..?”

- El profesor seleccionó el tema luego de discutirlo con el curso; anotó doce (12) voluntarios para participar en el ejercicio, les instruyó sobre los aspectos medulares del asunto indicándoles fuentes de información además de la que los estudiantes agreguen por su cuenta. Se fija un plazo de una semana para realizar la tarea.

- De acuerdo a las “reglas” hay dos grupos de seis (6) miembros: Grupo Alfa son los que expondrán los contenidos y fijarán su posición (no tiene que ser necesariamente única); el Grupo Beta se integra por quienes cuestionarán los dichos y afirmaciones de Alfa.

- El moderador se designa de entre dos o tres voluntarios, en particular atendiendo a sus condiciones de carácter a fin de que no tenga dificultades para manejar el debate. Se designa un Auxiliar.

- Los “evaluadores” serán dos (o 3), también voluntarios en lo posible: el profesor les explica que su función es observar la conducta de los participantes y que lo principal es apreciar el rendimiento del procedimiento: nivel de la información demostrada, cooperación entre los miembros de cada grupo, fuentes utilizadas, eficacia en las exposiciones y en la fuerza persuasiva de los argumentos, etc. O sea que los evaluadores antes que al contenido del tema deben dictaminar referirse al modo y el resultado de la acción cumplida. Lo que implica que los evaluadores deben estudiar el asunto antes del debate. Otro tanto respecto al moderador y su auxiliar.

- El día y a la hora fijada el curso en pleno se constituye en “asamblea” con la mayor formalidad posible para no caotizar el trabajo, lo que no implica rigidez alguna y menos solemnidad. El moderador se instala en un lugar desde donde domine el panorama del curso, con el auxiliar al lado; otro tanto hacen los evaluadores, ubicados cerca del debate pero sin mezclarse.

- El moderador hace el cálculo del tiempo disponible (no menos de 120 minutos) y asigna la cantidad de minutos de que dispondrá cada expositor y cada cuestionador. Si hay segunda o terceras intervenciones serán limitada a expresiones muy concretas y breves.

- Los participantes se ubican en semicírculo cada grupo frente al otro y a una distancia prudente; por ejemplo: Grupo Alfa a la derecha, Grupo Beta a la izquierda. Todos sentados. Como única intervención el profesor: i) advierte de que debe respetarse al moderador y acatar sus indicaciones; ii) exhorta a los participantes a superar cualquier inhibición y en lo posible hablar en voz alta.

**Comienza la actividad:** el Grupo Alfa expone sus puntos de vista; por ejemplo, sostiene la tesis de que las funciones y atribuciones del Congreso están establecidas por la Constitución y que no hay margen para que las renuncie de hecho o que el Ejecutivo avance

sobre ellas. Hablan tres de sus miembros y los otros se reservan para más adelante, o también lo hacen todos.

- El Grupo B tiene la palabra seguidamente y afirma que la función Gobierno corresponde al Ejecutivo, inclusive en los regímenes parlamentarios y que el Congreso debe reducirse a votar los proyectos recibidos de aquél y a controlar la legalidad de las medidas y decretos que se dicten.

- La dinámica surge cuando hay interrupciones, afirmaciones polémicas, refutaciones a lo que dijo uno u otro, y nuevas intervenciones. Lo que implica un intenso trabajo para el Moderador a fin de no restringir la participación y a la vez mantener el orden. Sólo él concede la palabra y controla el tiempo disponible de cada orador.

- Agotado el debate los Evaluadores (en un cuarto intermedio de 10 minutos) preparan su informe que puede ser uno solo o dos si hay discrepancia.

- Seguidamente el moderador da participación a la audiencia, le resto del curso, y cada uno que tiene la palabra formula sus puntos de vista coincidiendo o discrepando con las afirmaciones escuchadas. El moderador debe esforzarse para que los distintos opinantes se concentren en los aspectos medulares del tema central a fin de lograr que se lo profundice y se lo analice en todos sus aspectos.

- El profesor cierra el ejercicio haciendo su propia evaluación; puede que si los aportes han sido valiosos encargue a cada grupo que prepare una monografía y que la califique oportunamente como un “práctico”.



---

#### BIBLIOGRAFÍA.

- BIDART CAMPOS, German. El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”; p. 371, Buenos Aires, Ediar, 1995
- CAPPAGLI Aldo, causa 12.023, f° 315, Orden 1540, año 1970, su voto como juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Buenos Aires, 1970: publicado como “Las garantías constitucionales del debido proceso” en Temas Constitucionales y Políticos, ed. Univ. Nac. de Córdoba, 1971.
- COLL, César:” El aprendizaje y la enseñanza de los procedimientos”, Madrid, 1996, ed. Santillana.
- EICHENBERGER, Kurt, El Estado de Derecho como sistema garante de los derechos humanos”, en Estado de Derecho y Democracia, Adenauer-Stiftung, Bs.As. 1997.

# EL DERECHO AL OLVIDO DIGITAL. LA NUEVA CARA DE UN DERECHO TAN VIEJO COMO POLÉMICO

---

## THE RIGHT TO DIGITAL FORGET. THE NEW FACE OF A RIGHT AS OLD AS POLEMIC

---

OSCAR PUCCINELLI<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

El presente artículo tiene como objetivo analizar el derecho al olvido en la acción de habeas data, conforme las reglas que justifican su reconocimiento, y los requisitos para establecer cuándo una persona se encuentra amparada por el derecho al olvido. Posteriormente se hará un relato de la evolución del derecho al olvido en Europa y su recepción en Latinoamérica, para arribar finalmente a conclusiones sobre el debate actual doctrinario, legal y jurisprudencial de la existencia y extensión del derecho al olvido, en cualquiera de sus versiones.

### ABSTRACT

This article aims to analyze the right to be forgotten in the action of habeas data, according to the rules that justify its recognition, and the requirements to establish when a person is protected by the right to be forgotten.

Subsequently there will be a recount of the evolution of the right to forget in Europe and its reception in Latin America, to finally arrive at conclusions on the current doctrinal, legal and jurisprudential debate about the existence and extension of the right to forget, in any of its versions

**PALABRAS CLAVE:** Habeas Data – Constitución Nacional – Derecho al olvido – Derecho comparado – Ley 25326.

**KEY WORDS:** Habeas Data - National Constitution – Law to oblivion - Comparative law - Law 25326

## I. Introducción: El tiempo, la memoria y el derecho al olvido

El debate sobre el denominado derecho “al olvido” o “a ser olvidado” parte de las no-

---

<sup>1</sup> Abogado, Doctor en Derecho Universidad Nacional de Buenos Aires, Profesor Adjunto de Derecho Constitucional I (“Derecho Constitucional del Poder”) y Derecho Constitucional II (“Derecho Constitucional de la Libertad” -incluye Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional-), en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Profesor de Adjunto a cargo de cátedra, Derecho Procesal Constitucional y Transnacional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, y Juez de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario.

ciones del tiempo y la memoria y se vincula derechamente con los hechos pasados—esto porque más allá de que ciertos hechos que puedan ser registrados refieran a momentos recientes y mantengan actualidad porque están desarrollándose o de que pueda especularse con hechos futuros, los sistemas de información sólo recopilan hechos pertenecientes al pasado—, donde en la dimensión humana —a diferencia de lo que ocurre en el ámbito informático—, el flujo del tiempo va paralela y gradualmente desdibujando los hechos percibidos y agotando su relevancia social o su potencial informativo hasta el punto en que muchos de ellos ya no merecen ser colectivamente memorados.

La cuestión no es del todo nueva, pues entre los diversos pensadores del mundo antiguo que se ocuparon de esta temática, Aristóteles aludía a la exclusiva ligazón entre memoria y pasado, puntualizando que ni los hechos presentes ni los futuros se vinculan con la memoria, ya que ésta se manifiesta dentro de la imaginación de quien tiene la capacidad de recuperación mental de una percepción pasada<sup>2</sup>, y Homero postulaba cierta indulgencia respecto de hechos negativos acontecidos algún tiempo atrás a través de su célebre frase “Dejemos que el pasado sea el pasado”<sup>3</sup>.

Desde el plano jurídico, situados concretamente en el ámbito del derecho a la información, la cuestión del reconocimiento del derecho al olvido tiene sus bemoles pues coexisten distintos valores y principios que son típicos de algunas de sus especialidades (derecho de prensa, derecho de la protección de datos, derecho de acceso a la información, etc.), que en algunos casos se presentan, *prima facie*, como antagónicos pues por ejemplo, tanto en el plano de la libertad de expresión como en el del derecho de acceso a la información pública —presupuestos básicos de la libertad de prensa—rige el principio de máxima publicidad, mientras que en el ámbito del derecho a la protección de los datos personales resulta de aplicación el principio de minimización de los datos. En esta dualidad de principios contrapuestos se inserta el denominado “derecho al olvido”, “derecho a ser olvidado” o *right to be forgotten* (RTBF), que cuenta con antecedentes específicos en todas esas disciplinas.

Así, en el campo de las normas que regulan el derecho a la protección de los datos personales se lo ha reconocido, en las primeras generaciones de leyes de este tipo, con alcance limitado a los datos negativos de solvencia patrimonial y de crédito, y sólo más recientemente ha sido extendido a otras informaciones negativas, partiendo de diversos antecedentes verificados durante el siglo pasado respecto de informaciones publicadas en los más diversos medios de expresión (películas, documentales, carteles en la vía pública, programas de radio y de televisión).

Estos nuevos alcances del antiguo derecho al olvido, en definitiva pretenden atender aciertos efectos negativos del uso de ciertas TICs en el ámbito de Internet, para lo cual se lo ha reconstruido con tales nuevos alcances a partir de los principios generales que regulan los tratamientos (v.gr., calidad de los datos, consentimiento del interesado, seguridad de la información, minimización de los datos) y de los tradicionales derechos reconocidos a los titulares de los datos (acceso, rectificación, cancelación, actualización, oposición al tratamiento, etc.), generándose, así, lo que actualmente se ha denominado “derecho al olvido 2.0” (RTBF 2.0), que opera en medios digitales, sobre información cierta, lícitamente publicada, que por su antigüedad y carácter negativo afecta desproporcionada e injustamente a quien es objeto de la información publicada.

---

2 ARISTÓTELES (1995): *Acerca de la memoria* (“On memory”), en “The complete Works of Aristotle”, Jonathan Aristóteles Barnes (editor), Princeton University Press, 1995, págs. 714/720.

3 <http://www.proverbia.net/citasautor.asp?autor=1415>.

## II. Reglas que justifican su reconocimiento.

Entre los derechos que se reconocen a los titulares de los datos en las normas que regulan el derecho a la protección de los datos personales (usualmente denominados “derechos ARCO”), los que se vinculan directamente con el derecho al olvido son tres: el de acceso a los datos, el de cancelación de los datos y el de oposición al tratamiento de los datos.

Algunos autores (e incluso la versión de 2012 del actual Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea) ubican al derecho al olvido exclusivamente dentro del derecho de cancelación respecto de datos personales vetustos (los que ya no cumplen con la finalidad para la cual fueron recabados dado que ofrecen un perfil desactualizado de la persona a la que refieren). Esta perspectiva no es del todo correcta porque por más que siempre hay algo que se suprime (por ejemplo, un vínculo) también puede ser visualizado como una excepción al derecho de acceso a datos que no deben ser cancelados o puede ejercerse a fin de que el titular de los datos impida, vía oposición, que un dato sea objeto de determinados tratamientos, en ambos casos, sin que ello necesariamente implique su cancelación.

Por ello, aparece más propio vincularlo derechamente con el principio de calidad de los datos, que, por ejemplo está contenido, en el caso argentino, en el art. 4º inc. 1º de la ley 25.326 (de protección de los datos personales y hábeas data), que establece: “*Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido*” y que también prevé en el mismo artículo pero en su inc. 7º: “*Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados*”. Como consecuencia de ello, si un dato no reúne los requisitos establecidos en la primera norma, quedan habilitadas diversas facultades que también están establecidas en la ley (actualización, rectificación, eliminación, bloqueo, etc.), que incluyen la eliminación del dato de la base de datos, tal como lo indica la segunda norma recién citada.

A tenor de estas reglas –comunes en todas las leyes de protección de datos–, todo dato excesivo, inadecuado, impertinente o que haya perdido utilidad por el mero transcurso del tiempo debe ser eliminado o sujetarse a un tratamiento limitado (y aquí entra entonces el derecho a la oposición a determinados tratamientos), y en caso que por alguna razón legal deba ser mantenido, quien solicita el acceso debe contar con un interés legítimo en acceder a esa información (por ejemplo, la administración tributaria, para determinar un incremento patrimonial sospechoso de un contribuyente, o un pariente de una persona fallecida para indagar sobre datos de salud específicos de su ancestro para proveer al tratamiento de una enfermedad grave que lo afecta).

En este contexto aparece la necesidad de dotar de alguna herramienta legal que permita solucionar la situación, muchas veces injusta, por la que atraviesa quien aparece vinculado actualmente a una información antigua y negativa sobre su persona y que lo transforma, en los hechos, en prisionero de su pasado.

Esa herramienta, precisamente, es el denominado “derecho al olvido” respecto de aquellas informaciones que alguna vez fueron actuales y que se publicaron lícitamente, pero que con el transcurrir del tiempo perdieron vigencia y actualmente causan un daño desproporcionado con su publicación, razón por la cual ameritan ser objeto de un tratamiento limitado o derechamente eliminadas. Juegan aquí las nociones de tiempo, memoria, perdón, rehabilitación, desarrollo de la personalidad y plan de vida.

Es que, como lo indica Peyrano: “*Lo “público” del dato debe ponderar un cierto grado de relatividad, de modo tal que sea posible para la persona, un cierto control sobre las*

*informaciones a su respecto, de modo tal de adecuar su 'perfil' actual, o, eventualmente, permitirle una cierta 'reconstrucción' de aspectos de su vida, a fin de que no quede atada para siempre a los condicionamientos de su pasado.*

*"Olvidar es humano, y como la técnica debe ser para el hombre, y no el hombre para ella -como una suerte de esclavo de la misma-, la técnica debe contemplar o admitir -para satisfacer los intereses humanos- que cuando se encuentra justificado y no se vean comprometidos intereses públicos o colectivos, el 'olvido' impida que ciertos datos personales que fueron 'públicos', recobren la 'publicidad' que les da el recuerdo."*<sup>4</sup>

En definitiva, y como lo ha expresado desde su constitución la Corte Constitucional colombiana: *"Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de 'personas virtuales' que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales. De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido"*<sup>5</sup>.

El reconocimiento de un derecho al olvido (o a ser olvidado) busca, entonces, reconocer que, pese a que no es posible para cualquier persona borrar el recuerdo o rehacer sus decisiones pasadas, sí lo es contar con un derecho que la sustraiga de revivir esos acontecimientos que le generan una huella traumática, de acoso o desagrado.

Ahora bien: conceptualmente, los términos "derecho al olvido" o "derecho a olvidar el pasado" o "derecho al olvido" no resultan totalmente apropiados y pareciera técnicamente más correcto aludir a un "derecho a no recordar obligatoriamente" porque las reclamaciones basadas en éste pretenden evitar que los afectados revivan pública e indefinidamente ciertas experiencias negativas del pasado.

Lo interesante de este derecho radica en que corre sobre dos carriles que van en sentido contrario, desde que mientras debe existir una expansión progresiva de las posibilidades de expresión personal en un entorno público participativo y democrático (lo que implica una exaltación progresiva de los valores inherentes a la libertad de expresión, creencias, expresión del pensamiento, etc.), por otra parte aparecen cada vez más herramientas de protección contra la exposición excesiva y no deseada de los individuos en el escrutinio colectivo. Y estas tensiones, en definitiva, se centran casi antagónicamente, por un lado, en la búsqueda de un marco más amplio de ejercicio de la libertad de actuar sin opresión, y por el otro, en la necesidad de una nueva formulación de mecanismos de protección de los derechos fundamentales frente a la invasión de ciertas esferas intocables de cada persona en particular, en la idea de restaurar el equilibrio que debe existir entre libertades y derechos.

En este campo la intervención de los adelantos de las TICs es evidente, porque la natural preocupación por la reedición de momentos pasados se agiganta cuando tales progresos proponen nuevos medios de exposición pública, tal como lo destacaran Warren y Brandeisen aquél lejano 1890 frente a la aparición del telégrafo, la fotografía y la prensa rotativa, al sentar las bases del derecho a la privacidad, partiendo de las ideas expuestas por Cooley respecto de la existencia de un derecho a ser dejado solo o a no ser molestado (*"theright to be letalone"*)<sup>6</sup>.

4 PEYRANO, Guillermo (2004): "El tratamiento de datos personales extraídos de informaciones periodísticas, y su acceso a través de Internet. La protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, ante las nuevas formas de procesar y comunicar la información", en Estudios de Derecho - Estudios de Derecho Privado - Estudios de Derecho Público - Derecho Público y Procesal" (Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario), Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela), 2004.

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-414/92, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-414-92.htm>.

6 WARREN, Samuel - BRANDEIS, Louis (1890): "The Right to Privacy"; Harvard Law Review, vol. IV, núm. 5, 15/12/1890.

Esta más que centenaria definición de la privacidad como una suerte de “derecho a ser dejado en paz”, en especial por los medios de comunicación, presenta una clara simetría con el “derecho al olvido” en la actualidad, donde la discusión más relevante se centra en su inserción en el contexto de las TICs, caracterizadas por fenómenos desconocidos pocas décadas atrás, como los datos masivos (*big data*), la computación en la nube (*cloudcomputing*), la internet de las cosas (IoT), el uso de algoritmos y de la inteligencia artificial (A.I.), que configuran un estado de cosas donde no sólo hay hiperinformación sino también una hiperdesprotección de las personas que si bien se manifiesta de muchas maneras, en especial se provoca por consecuencia del uso generalizado de las herramientas que nos auxilian en la web a buscar la información personal, esto es, principalmente los motores de búsqueda de Internet (los buscadores).

Es que en una web que ya no olvida por la infinidad de nuevos recursos que permiten el almacenamiento casi ilimitado y la instantánea recuperación de la información en ella alojada, cualquier información personal, aunque refiera a hechos ocurridos mucho tiempo atrás, recobra actualidad en un listado de resultados –que precisamente ubica en los primeros lugares los sitios más visitados, que generalmente son los que contienen información que puede resultar perjudicial–, castigando injustamente a quienes se refieren esas informaciones negativas, respecto de quienes ya no presentan un perfil actualizado.

Este contexto reclama, entonces, dotar a la persona perjudicada por la publicación injustificada de información obsoleta de cierta posibilidad de control, pero no sólo frente a los sistemas de información del sector privado (donde los gigantes tecnológicos ponen a disposición los buscadores más eficientes), sino también respecto de los del ámbito público, tal como lo expusiera Orwell en forma de novela en su “1984” con su frase “*Quien controla el pasado controla el futuro. Quien controla el presente controla el pasado*”, remarcando que el control del pasado es una herramienta típica de los Estados totalitarios.

Por ello, dentro de una serie de nuevos derechos que se han ido incorporando gradualmente (v.gr., los derechos a la privacidad desde el diseño y a la privacidad por defecto; el derecho a la portabilidad de los datos, etc.), tanto la doctrina, como la jurisprudencia e incluso decisiones de no pocos órganos de control específicos de las leyes de protección de datos (institutos, comisiones, agencias y direcciones de protección de datos personales) vienen reconociendo, no sin límites, este derecho a fin de coadyuvar a que los afectados por esas noticias vetustas puedan superar sus errores del pasado y seguir con sus vidas, en lo que se conoce como el “*right to move on*”.

En definitiva, el reconocimiento de este derecho a ser olvidado parte de las siguientes premisas: a) el devenir de los hechos en el tiempo afecta exclusivamente a los seres humanos por ser los únicos capaces de evaluar su trayectoria y sufrir los efectos de lo que hacen; b) el paso del tiempo en su dimensión psicológica es relevante sólo en el momento presente (porque ni el pasado ni el futuro se conocen exactamente), pero el pasado afecta al individuo en su proyección actual, en la medida en que se manifiesta como causa de efectos actuales; c) la capacidad de memoria de los seres humanos se limita a los acontecimientos del pasado que se reproducen en las imágenes mentales del individuo; y d) la memoria o la reminiscencia del pasado no representa la actividad mental neutral o pasiva, ya que tales experiencias internas fuerzan al individuo a revivir los restos del pasado<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> George Orwell, 1984, en <https://espanol.free-ebooks.net/ebook/1984/pdf>.

<sup>8</sup> GHEZZI, Alessia (2014): The ethics of memory in a digital age, Palgrave Mac Millan, Reino Unido, 2014, cit. en O direito ao esquecimento na Europa e no Brasil, en Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías No. 15, Universidad de los Andes, Colombia, 2016, en prensa.

Como lo indica Peyrano, en el contexto tecnológico actual donde la información circula mayormente por Internet, la técnica directamente ha barrido con la característica típica del olvido humano ya que *“esas informaciones ‘recordadas’ de un modo casi instantáneo, renuevan su condición de datos públicos por el acceso irrestricto que admiten los sitios ‘web’ bajo examen, y sus titulares no pueden saber quiénes, qué, cuándo y con qué motivos están sabiendo algo sobre ellos.*

*“Es decir que el referido acceso irrestricto a las informaciones que han sido del dominio público ‘retroalimenta’ la publicidad de los datos personales que constan o pueden ser extraídos de las mismas.*

*“Se genera de tal modo un circuito que impide no sólo el humano olvido, sino que también expande el ‘recuerdo’, colocando esos datos al alcance de cualquier interesado, sin prácticamente ningún esfuerzo.*

*“Sustraer del control de los titulares de esos datos, la posibilidad de ejercer cualquier potestad de control”.<sup>9</sup>*

Por ello, la efectiva vigencia de los derechos en este ámbito requiere no sólo del reconocimiento de facultades específicas que puedan ser ejercidas por los titulares de los datos, sino también de una posición proactiva de quienes tratan esos datos, que deben contar con mecanismos para que se proceda, luego de cierto tiempo, a la eliminación automática de datos vetustos, pues tal como lo propone Mayer-Schönberger, el derecho a ser olvidado no debe ser asociado únicamente con la intención de los afectados por los datos de eliminar información de los registros accesibles al público sino que también debe alcanzar, especialmente en la era digital, a mecanismos automáticos que incluyan el almacenamiento de datos con fechas de caducidad que de manera programada activen la supresión de la información al transcurrir un determinado período de tiempo<sup>10</sup>.

### **III. Requisitos (tentativos) para establecer cuándo una persona se encuentra amparada por el derecho al olvido.**

A partir de los diversos antecedentes revistados, la doctrina ha establecido que para que se configure una situación que se encuentre amparada por el derecho al olvido, deben confluir los siguientes criterios:

#### *1. La existencia de un dato vetusto que cause un efecto dañino, persecutorio o denigrante.*

Esto porque debe detectarse algún daño real o potencial causado injustamente por la exposición temporalmente excesiva de un evento en el que la persona ha participado o tuvo alguna relación directa. No basta la argumentación de simples intereses individuales que impliquen un mero deseo donde no se demuestre la existencia de efectos nocivos, causados abusivamente en detrimento de la persona, porque este derecho no está pensado para afectar arbitrariamente el libre flujo de información que debe existir en toda sociedad democrática.

#### *2. El transcurso de un tiempo razonable (no contemporaneidad).*

El evento o contexto fáctico objeto del ejercicio de este derecho no debe ser actual o contemporáneo, porque en la esencia del derecho al olvido se encuentra el juego entre

<sup>9</sup> PEYRANO, Guillermo (2004): “El tratamiento de datos personales extraídos de informaciones periodísticas, y su acceso a través de Internet. La protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, ante las nuevas formas de procesar y comunicar la información”, en Estudios de Derecho - Estudios de Derecho Privado - Estudios de Derecho Público - Derecho Público y Procesal” (Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario), Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela).

<sup>10</sup> MAYER SCHÖNBERGER, Viktor (2009): “Delete: the virtue of forgetting in the digital age”, Princeton University Press, pág. 171.

el tiempo y la memoria, que es esencial para determinar lo que puede ser olvidado y lo que es digno de ser recordado. Es que –salvo algún caso excepcional– tanto los hechos que se manifiestan en el presente como los sucedidos en el pasado reciente no han sufrido un período de maduración que permita evaluar su relevancia pública actual o potencial, a fin de definir si gozan o no de un carácter histórico y si pueden darse por agotadas las funciones informativas.

### *3. La ausencia de historicidad.*

La huella histórica que un suceso pasado puede tener es un factor determinante en la evaluación de la legitimidad de la pretensión de pasar al olvido ciertos hechos, ya que los hechos históricos, debido a su relevancia social constante en el tiempo, trascienden los intereses individuales y su disponibilidad se torna derechamente en un derecho colectivo que impide que juegue el interés individual en que resulten olvidados, aun cuando fueran altamente dolorosos para la persona afectada o para sus parientes y descendientes y haya transcurrido un largo tiempo desde la fecha de su ocurrencia, pues se hace relevante su transmisión a todas las generaciones futuras, con independencia del malestar individual o colectivo que pueda provocar.

Este requisito es el más casuístico, puesto que es imposible definir a priori lo que tiene y lo que no tiene importancia histórica y su determinación es siempre el resultado de una prologada construcción intelectual y cultural en el tiempo, que proviene de la discusión pública, del debate en ciertos círculos cerrados, de la participación de académicos, periodistas, testigos, órganos del Estado y diversos sectores sociales.

### *4. El agotamiento de la relevancia informativa del evento o el alcance de la rehabilitación o el perdón en materia penal*

Este recaudo lleva a evaluar si los hechos que se pretenden eliminar alcanzaron un determinado punto de saturación en su exposición pública, porque cualquier exposición adicional de tales hechos perjudiciales debe considerarse excesiva, desproporcionada o injusta. A través de este criterio se introduce un marco de análisis cualitativo, dentro del cual se debe justificar la decisión de mantener la información a disposición de la comunidad, de modo que pueden pasar al olvido los hechos deshonrosos que no sean contemporáneos, carezcan de cualquier elemento de la historicidad o hayan llegado al tramo final de su relevancia pública, sin que queden residuos informativos que superen a las noticias contemporáneas.

Así, el derecho a ser olvidado tiene campo fértil para su aplicación en el área de los informes comerciales y en el de las condenas penales, situación donde cabe evaluar si los hechos pasados han ejercido plenamente su función informativa de la sociedad y si las sanciones impuestas al delincuente han alcanzado sus objetivos típicos, esto es, la rehabilitación o recuperación, que incluye el restablecimiento de la autoestima de la víctima. La publicidad y la amplia difusión de información sobre los actos ilegales se muestra como necesaria e indispensable para la restauración de los derechos de las víctimas (que tiene tanto una función de catarsis social, como también una educativa de la ciudadanía respecto del sentido de la justicia y el respeto de los demás), pero la reparación a través de la publicidad sobre el evento ilícito pasado no puede durar para siempre, porque debe atenderse también a la función social de la pena que debe también tender a recomponer, luego de transcurrido su término, la estimación pública, y otorgarle al condenado la posibilidad de recuperar su autoestima, reconciliarse con la sociedad y contar con una nueva oportunidad de rehacer su vida, porque de lo contrario se configuraría una especie de perpetuo castigo que es tanto aberrante como ilegal.

#### IV. La evolución del derecho al olvido en Europa y su recepción en Latinoamérica.

Sin perjuicio de la existencia de diversos antecedentes jurisprudenciales habidos en suelo estadounidense<sup>11</sup>, este "derecho a ser olvidado" encuentra arraigo en el ámbito europeo, incluso desde la era preinformática, donde se destaca el caso "Lebach", resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán respecto de un documental que había preparado un canal de televisión respecto de un hecho ocurrido en 1969 cuando cuatro soldados que custodiaban un depósito de municiones fueron asesinados mientras dormían. El Tribunal hizo lugar a la pretensión de uno de los condenados por este crimen que estaba a punto de salir de la prisión y que se oponía a la difusión televisiva de ese documental, entendiendo que tal reproducción lo estaría obligando a revivir tiempos pasados, y más específicamente hechos de su vida que eran un verdadero fastidio para él, y que ya resultaban irrelevantes para la sociedad. Se admitió así la pretensión del todavía recluso y se consideró además especialmente que, en la tensión entre el derecho fundamental a la protección de la personalidad (más específicamente la privacidad y la intimidad) y el derecho fundamental a la libertad de información, debía prevalecer el primero, porque con la reproducción televisiva de información sin ningún tipo de relevancia actual se pondría en riesgo la posibilidad de la rehabilitación del actor.

Esta solución se entroncaría luego con un célebre caso referido a la ley de censo de la población, fallado en 1983 por el mismo tribunal, por el cual reconoció la existencia de un nuevo derecho fundamental "a la autodeterminación informativa", derivado de la dignidad humana, que autorizaba a cuestionar la recolección injustificada de cierta información privada, con afección potencial al libre desarrollo individual. La sentencia anuló, por inconstitucionales, tres preceptos de la ley del Censo de Población de 1983, entre ellos los relativos al cotejo de los datos personales del censo estatal con los de los padrones y estableció que el derecho al libre desarrollo de la personalidad abarca "la facultad del Individuo de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida", aunque este derecho "a la autodeterminación informativa" es limitable "en aras del interés preponderante de la colectividad", teniendo en cuenta la necesidad de protección especial cuando se trata de datos acumulados automáticamente, en los que lo decisivo no es tanto la clase de datos como "la posibilidad de utilización de los mismos"<sup>12</sup>.

En el plano comunitario, el derecho a ser olvidado empieza lentamente a configurarse a partir de los principios establecidos en el Convenio 108 de 1981 "para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal"; de las reformas legislativas que consecuentemente realizaron la mayoría de los países europeos (v.gr., las de 1990 a la ley de protección de datos alemana de 1977); de la Directiva comunitaria 95/46, aprobada en 1995 por el Parlamento Europeo y el Consejo "relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos" y también de las subsecuentes normas de transposición nacionales (por ejemplo, la reforma de 1999 a la ley española de protección de datos de 1992).

Tales normas, pese a no reconocer expresamente este derecho general a ser olvidado, establecen principios generales y dotan a los titulares de los datos de derechos específicos que son suficientes para su construcción, incluso por extensión del limitado

---

11 Se destacan diversos antecedentes principalmente dictados en California, a partir de un célebre fallado por la Corte de Apelaciones de ese Estado estableció que el uso del nombre real de la protagonista que había sido trabajadora sexual en Nueva Orleans en un film ("The Red Kimono") afectaba su derecho a la felicidad (que incluye el de estar libre de ataques innecesarios al carácter, posición social o reputación), y por lo tanto tenía un derecho a que no se informara sobre hechos pasados que deseaba olvidar y que la afectaban gravemente en su vida actual (Melvin v. Reid, 112 Cal.App. 285, 297 P. 91, 1931).

12 Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población].

reconocimiento habido respecto de los datos de solvencia patrimonial tratados por los burós de crédito, caso donde el legislador, al reconocer tal derecho al olvido, realizó una labor de ponderación de los derechos en juego (el del titular del dato, a poder acceder nuevamente al crédito luego de determinado tiempo, por un lado, y por el otro, el de los acreedores, a lograr la satisfacción de su acreencia y el general de la tutela del crédito frente a quienes incumplen o cumplen tardíamente con sus obligaciones).

Normas de este tipo son comunes en el derecho comparado y se ubican dentro de las leyes generales de protección de datos (caso argentino); en leyes sectoriales respecto de los servicios e información crediticia (caso peruano) e incluso en códigos de defensa del consumidor (caso brasileño).

Así, v.gr., la ley argentina n° 25.326 (de similar manera que el art. 43, párrafo 1, del Código de Defensa del Consumidor brasileño), establece en su art. 26, ap. 4: *“Sólo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hacer constar dicho hecho”*, y su decreto reglamentario, 1558/01 dispone a este respecto: *“Para apreciar la solvencia económico-financiera de una persona, conforme lo establecido en el artículo 26, inciso 4, de la Ley N° 25.326, se tendrá en cuenta toda la información disponible desde el nacimiento de cada obligación hasta su extinción. En el cómputo de CINCO (5) años, éstos se contarán a partir de la fecha de la última información adversa archivada que revele que dicha deuda era exigible. Si el deudor acredita que la última información disponible coincide con la extinción de la deuda, el plazo se reducirá a DOS (2) años. Para los datos de cumplimiento sin mora no operará plazo alguno para la eliminación. A los efectos del cálculo del plazo de DOS (2) años para conservación de los datos cuando el deudor hubiere cancelado o extinguido la obligación, se tendrá en cuenta la fecha precisa en que se extingue la deuda”*.

Las reglas precitadas establecen en definitiva un plazo de caducidad del dato negativo, que implica “olvidar” por el mero transcurso del tiempo datos que reflejan hechos ciertos, lícitamente tratados e incluso subsistentes (porque puede que las deudas no hayan sido saldadas e igualmente los datos deban ser cancelados), tal como surge no sólo de la letra de la ley sino de la interpretación dada por la Corte Suprema argentina en los casos “Nápoli”<sup>13</sup> y “Catania”<sup>14</sup>.

La extensión de este “derecho al olvido” a otros tipos de datos ha generado gran polémica por cuanto los derechos y libertades que pueden oponerse a un derecho general a que ciertos hechos negativos sean olvidados luego de determinado tiempo pueden ser de mayor rango e incluso no serlo siempre y en todos los casos, ya que esa supremacía podría depender no sólo de las características particulares del caso sino también de los valores vigentes en una sociedad determinada y en un momento histórico concreto. Esto obliga a realizar una ponderación caso por caso para resolver la tensión entre el derecho colectivo a la información y los derechos individuales comprometidos por la publicación de esa información lesiva.

Existen diversos ámbitos donde se genera la mayor polémica sobre la aplicabilidad del derecho al olvido, por ejemplo, en el de la información judicial, pero en tal entorno es factible su aplicación, aunque limitada, a partir de las “Reglas de Heredia”<sup>15</sup>, que incluyen

<sup>13</sup> CSJN, 8/11/2011, N.112, “Nápoli, Carlos v. Citibank N.A. s/habeas data”.

<sup>14</sup> CSJN, 8/11/2011, C.1380 “Catania v. BCRA s/habeas data”.

<sup>15</sup> “Reglas mínimas para la difusión de información judicial en Internet” aprobadas en Heredia, Costa Rica, en 2003 y disponibles en [http://www.iijusticia.org/heredia/Reglas\\_de\\_Heredia.htm](http://www.iijusticia.org/heredia/Reglas_de_Heredia.htm).

principios característicos del derecho al olvido en las reglas 3 y 4<sup>16</sup>.

La cuestión se torna más conflictiva cuando el derecho al olvido se pretende utilizar con carácter general y en el marco de Internet, por el impacto que causa sobre principios estructurales, como el genérico a la libertad de expresión y el específico de neutralidad de la red.

Si bien la discusión teórica comenzó a tomar auge desde 2009 especialmente en el ámbito europeo a partir de propuestas que formulara Viviane Reding (por entonces comisaria europea de protección de datos) a fin de empoderar a los internautas para protegerse de las amenazas de la red a través del reconocimiento de nuevos derechos (como el derecho al olvido y a la portabilidad de los datos), la cuestión ha sido abordada normativamente en el ámbito comunitario europeo desde 2012, cuando se pusiera bajo debate el proyecto de Reglamento General de Protección de Datos<sup>17</sup>.

Esta primera propuesta de Reglamento dedicaba diversas previsiones específicamente referidas al derecho al olvido tanto en los numerales 53 y 54 de su exposición de motivos como en su extenso art. 17 (“Derecho al olvido y a la supresión”), pero tales reglas que fueron eliminadas en la versión de 2014 del proyecto para alojar –sin denominarlo así– el derecho al olvido dentro de los derechos tradicionales, especialmente en el de supresión, esto en momentos en los que, primeramente la Gran Sala y luego el Pleno del Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea convalidaron la exigibilidad de un derecho al olvido en Internet en el *leading case* “Costeja”<sup>18</sup>.

Este caso se generó a partir una sanción aplicada por la Agencia Española de Protección de Datos a Google Spain y Google Inc. por la cual se ordenaba a Google la eliminación, en su buscador, de los enlaces respecto de la información personal vetusta obrante en la red que era obtenida a través del nombre del solicitante (se refería a un anuncio publicado en el diario “La Vanguardia” sobre un remate de un inmueble realizado varios años antes por unas deudas con la seguridad social), lo que implicaba que no se podía llegar a dicha noticia por su nombre (operación que doctrinariamente se conoce como “desindexación”), pero sí a través de otros criterios de búsqueda, por lo cual la información permanecía inalterada en la página original, pero sólo no podía ser accedida por el nombre del afectado.

La Gran Sala entendió que el derecho al olvido podía ser extraído conceptualmente de los arts. 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE y por ello el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar los vínculos a las páginas web de la lista de resultados obtenida a partir del nombre de una persona, aunque la publicación sea en sí misma lícita, porque los derechos del titular de los datos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés del público en acceder a la información por su nombre, aunque dicha solución podía diferir si la injerencia en los derechos fundamentales del titular de los datos estuviera justificada por el interés preponderante del público en tener acceso a la información de que se trate (por ejemplo, por el papel desempeñado por el interesado en la vida pública).

La decisión provocó que miles de ciudadanos europeos comenzaran a solicitar la desindexación de contenidos que los perjudicaban (para lo cual Google creó una comisión

---

16 La Regla 3, referida al derecho de oposición del interesado, indica que a éste se le reconocerá dicho derecho “previa petición y sin gastos, en cualquier momento y por razones legítimas propias de su situación particular, a que los datos que le conciernan sean objeto de difusión, salvo cuando la legislación nacional disponga otra cosa. En caso de determinarse, de oficio o a petición de parte, que datos de personas físicas o jurídicas son ilegítimamente siendo difundidos, deberá ser efectuada la exclusión o rectificación correspondiente”, y la Regla 4, referida a la adecuación entre medios y fines, dispone que en cada caso “los motores de búsqueda se ajustarán al alcance y finalidades con que se difunde la información judicial”.

17 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos), 2012/0011 (COD), 25/01/12.

18 “Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (es), Mario Costeja González”, Case n° C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

especial y puso a disposición formularios para realizar y justificar los pedidos), generándose dificultades para resolver sobre la procedencia de las peticiones. Entre diversas iniciativas habidas al respecto, por ejemplo, el profesor MartSusi ha propuesto una fórmula matemática para realizar la ponderación de los derechos en juego a fin de que pueda decidirse de una manera estandarizada cuándo desindexar y cuándo no.<sup>19</sup>

Como consecuencia de la decisión adoptada por el Superior Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y pese a la alta polémica que generó en cuanto a los alcances de su reconocimiento, el derecho al olvido finalmente fue mantenido en la versión final del Reglamento General de Protección de Datos (aprobada en abril de 2016 y aplicable desde mayo de 2018)<sup>20</sup>, pero más allá de algunas referencias realizadas en la exposición de motivos de la norma, quedó relegado a su sola mención entre paréntesis en el epígrafe del extenso art. 17 referido al derecho de supresión.

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), debido al contexto tecnológico existente al momento de su sanción, no incluyó normas sobre protección de datos, aunque refiere precisamente al derecho a la privacidad y al derecho a la libertad de expresión, que son los principalmente involucrados en el ámbito de Internet. Interpretando sus alcances, la Relatoría de la Libertad de Expresión de la CIDH ha sostenido que si bien un derecho general al olvido en Internet puede tener cabida en el ámbito europeo, las reglas sobre libertad de expresión vigentes en el sistema interamericano impedirían su aplicación<sup>21</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, el derecho al olvido en Internet ha sido reconocido a nivel legal en el art. 10 de la ley 787 de Nicaragua de 2012, que establece el "derecho a ser olvidado digitalmente" en redes sociales, navegadores y servidores, y en el art. 11 del decreto 3755 de Costa Rica de 2012, que contempla la "derecho a ser olvidado" al establecer un plazo de vencimiento de 10 años a partir de la ocurrencia del evento relevante. Además, en aquellos países que no lo previeron expresamente, puede construirse mediante la aplicación conjunta de otras disposiciones, como los artículos 23 y 47.1 de la ley mexicana de Protección de Datos en Posesión de Sujetos Obligados de 2017 y mediante las previsiones del artículo 28.1. de los "Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos" aprobados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), que otorga al titular de los datos el derecho a oponerse al tratamiento cuando tenga "una razón legítima derivada de su situación particular".

Este derecho también ha sido reconocido por las decisiones administrativas de varios órganos de control de la región (por ejemplo, el INAI en México) y por decisiones judiciales que han reflejado diferentes puntos de vista en cuanto a la existencia y alcance del derecho. Así, por ejemplo: a) en Colombia, mediante la sentencia T-277 de 2015, la Corte

19 SUSI, Mart (2018): "The internet balancing formula" en "Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales", n° 5, diciembre de 2018, disponible en [https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=c244b6530644be807dc60eeb8d073526&hash\\_t=d0e4d49d4f8836f252a12153059179f1](https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=c244b6530644be807dc60eeb8d073526&hash_t=d0e4d49d4f8836f252a12153059179f1).

20 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

21 En este sentido, en los "Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente", se ha sostenido: "132. Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos no protege o reconoce el llamado "derecho al olvido", en los términos delineados por el TJUE en el caso Costeja. Por el contrario, la Relatoría Especial estima que la aplicación en las Américas de un sistema de remoción y desindexación privada de contenidos en línea con límites tan vagos y ambiguos resulta particularmente problemática a la luz del amplio margen normativo de protección de la libertad de expresión bajo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"133. La remoción de contenidos en internet tiene un impacto evidente en el derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como social, y en el derecho de acceso a la información por parte del público. La información removida no circula, lo que afecta el derecho de las personas a expresarse y difundir sus opiniones e ideas y el derecho de la comunidad a recibir informaciones e ideas de toda índole. Un efecto similar, aunque no exactamente igual por su dimensión, es el que produce la desindexación de contenidos, en tanto los mismos se hacen más difíciles de encontrar y se invisibilizan. Ambos tienen un efecto limitador en la libertad de expresión en tanto restringen la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por parte de todas las personas, sin consideración de fronteras nacionales." (disponible en [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet\\_2016\\_esp.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf)).

Constitucional ordenó que se actualizara la versión digital de un periódico para reflejar la exoneración del apelante y que los buscadores internos no permitieran el acceso externo a él; b) la Corte Suprema de Chile ordenó la eliminación de una historia en el portal digital de un periódico sobre un oficial de policía que había cometido un delito sexual hacía una década, y c) la Corte Suprema de Justicia de Brasil aplicó el derecho al olvido respecto de documentales televisivos referidos a actos criminales pasados en los casos "Curi" y "Chacina da Candelária", pero no extendió dicha doctrina a los buscadores de Internet al resolver el caso "Xuxa Meneguel".

## V. Conclusiones

La cuestión referida a la existencia y extensión del derecho al olvido, en cualquiera de sus versiones, se encuentra en pleno debate tanto doctrinario, como legal y jurisprudencial y muy probablemente los diferentes puntos de vista acerca de su compatibilidad con la libertad de expresión no puedan arribar a una visión uniforme en pos de su reconocimiento.

Sin embargo, parece claro que ni una admisión sin limitaciones ni una negación absoluta son soluciones apropiadas y por ello debería ser reconocido universalmente pero de manera limitada y bajo una ponderación caso por caso donde sólo se lo reconozca respecto de informaciones que sobre las que no existe un interés público relevante que predomine sobre ese derecho a que sean expurgadas de la memoria colectiva.

En pos de su vigencia, parece oportuno extraer de la memoria colectiva las palabras que hace unos 130 años y frente a avances tecnológicos que amenazaban las libertades individuales, volcaran Warren y Brandeis:

"Que el individuo debería tener protección de su persona y sus propiedades es un principio tan antiguo como la ley, pero de vez en cuando es necesario definir de nuevo la naturaleza exacta y el alcance de esa protección. Los cambios políticos, sociales y económicos, suponen el reconocimiento de nuevos derechos, y la Ley, en su eterna juventud, debe crecer para satisfacer las nuevas demandas de la sociedad.

"Así, en los primeros tiempos, la Ley dio un remedio a la interferencia física con la vida y la propiedad. Más tarde se reconoció la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Poco a poco el alcance de estos derechos se amplió y ahora el derecho a la vida se convirtió en el derecho a disfrutar de la vida –el derecho a ser dejado solo, a asegurar el ejercicio de los amplios privilegios civiles, y el término "propiedad" ha crecido hasta incluir toda forma de posesión, tanto tangible como intangible–.

"Por lo tanto, con el reconocimiento del valor jurídico de las sensaciones, se amplió la protección contra lesiones físicas reales a la atención del temor de sufrirlas... más tarde llegó la protección frente a ruidos y olores ofensivos, contra el polvo y el humo, y la vibración excesiva... lo que se refiere a las emociones humanas pronto se extendió el alcance de la inmunidad personal más allá del cuerpo del individuo, a su reputación y el prestigio entre sus semejantes... se protegieron las relaciones familiares... similares a la expansión del derecho a la vida fue el crecimiento de la legal concepción de la propiedad.

"De bienes corporales surgieron los derechos inmateriales que emiten fuera de él; y luego se abrió el amplio ámbito de la propiedad inmaterial, en los productos y procesos de la mente, como obras de literatura y arte, secretos comerciales y marcas comerciales...

"Este desarrollo de la ley era inevitable. La intensa vida intelectual y emocional, y la intensificación de las sensaciones que venía con el avance de la civilización, dejaron claro a los hombres que sólo una parte del dolor, el placer, y el beneficio de la vida yacía en las cosas físicas.

“Pensamientos, emociones y sensaciones exigieron el reconocimiento legal, y la hermosa capacidad de crecimiento que caracteriza al derecho común permitieron a los jueces para proporcionar la protección necesaria, sin la interposición de la legislatura. Inventiones recientes y métodos comerciales llaman la atención sobre el siguiente paso que debe tomarse para la protección de la persona, y para asegurar que el individuo lo que el juez Cooley llama el derecho “a ser dejado solo”.

“Fotografías instantáneas y periódicos han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica; y numerosos dispositivos mecánicos amenazan con hacer buena la predicción de que ‘lo que se susurraba en el armario será proclamado desde los tejados’. “Durante años se ha producido una sensación de que la ley debe permitirse algún remedio para la circulación no autorizada de retratos de personas privadas y el mal de la invasión de la privacidad de los periódicos... la cuestión de si nuestra ley reconocerá y protegerá el derecho a la privacidad en este y en otros aspectos pronto deberá ser examinado en nuestros tribunales.

“De la conveniencia –de hecho de la necesidad– de alguna tal protección, no puede darse. La prensa está excediendo en todas las direcciones de los límites evidentes de la polémica y de la decencia. El chisme... se ha convertido en un comercio... Para satisfacer el gusto lascivo los detalles de las relaciones sexuales se extienden en las columnas de los diarios... columna tras columna se llena de chismes, que sólo pueden ser adquiridos mediante intrusión en el círculo doméstico.

“La intensidad y la complejidad de la vida, concomitantes con el avance de la civilización, han hecho necesario un poco de retiro del mundo, y el hombre, bajo la influencia refinadora de la cultura, se ha vuelto más sensible a la publicidad, por lo que la soledad y la privacidad se han vuelto más esenciales para el individuo; pero la empresa moderna y las invenciones, a través de invasiones sobre su vida privada, someten a un dolor y a una angustia mental mucho más grande que la que podría ser causada por las meras lesiones corporales...

“Es nuestro propósito de considerar si la ley vigente permite un principio que adecuadamente puede ser invocado para proteger la privacidad del individuo; y, si es así, cuál es la naturaleza y el alcance de dicha protección.

“Debido a la naturaleza de los instrumentos con los que la privacidad es invadida, la lesión infligida tiene un parecido superficial con los males tratados por la ley de la calumnia y la difamación...

“La ley común asegura a cada individuo el derecho de determinar, de ordinario, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones, se comunicarán a otros. En nuestro sistema de gobierno nunca puede ser obligado a expresarlas... incluso si ha elegido darles expresión, en general conserva la facultad de fijar los límites de su publicidad.

“La existencia de este derecho no depende del método particular de expresión adoptada. Es indiferente que sea por palabras o por signos, la pintura, la escultura o la música. Tampoco la existencia del derecho dependerá de la naturaleza o el valor del pensamiento o las emociones, ni del medio de expresión... En todos estos casos el individuo tiene derecho a decidir si lo que es suyo habrá de darse a publicidad...”<sup>22</sup>.

Los párrafos precedentes, donde claramente se imaginaba un nuevo remedio frente a los efectos perniciosos de los avances tecnológicos que finalmente resultó plenamente receptado en Occidente, resultan plenamente trasladables a análogas situaciones generadas en la actualidad en el ámbito de las TICs y por ello propiciamos el reconocimiento específico de este derecho, siempre sujeto a los límites que provienen del pleno ejercicio de las libertades informativas.

---

22 WARREN, Samuel – BRANDEIS, Louis (1890): “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, vol. IV, núm. 5, 15/12/1890, págs. 194/220.

## BLOGRAFÍA

- 
- ARISTÓTELES (1995): *Acerca de la memoria* (“On memory”), en “The complete Works of Aristotle”, Jonathan Aristóteles Barnes (editor), Princeton University Press
  - GHEZZI, Alessia (2014): *Theethics of memory in a digital age*, Palgrave Mac Millan, Reino Unido, 2014, cit. en *O direitooesquecimento na Europa e no Brasil*, en *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* No. 15, Universidad de los Andes, Colombia, 2016, en prensa.
  - MAYER SCHÖNBERGER, Viktor (2009): “Delete: the virtue of forgetting in the digital age”, Princeton University Press
  - PEYRANO, Guillermo (2004): “El tratamiento de datos personales extraídos de informaciones periodísticas, y su acceso a través de Internet. La protección de los datos personales y el derecho a la autodeterminación informativa, ante las nuevas formas de procesar y comunicar la información”, en *Estudios de Derecho - Estudios de Derecho Privado - Estudios de Derecho Público - Derecho Público y Procesal* (Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario), Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela).
  - SUSI, Mart (2018): “The internet balancing formula” en “*Revista Latinoamericana de Protección de Datos Personales*”, n° 5, diciembre de 2018, disponible en [https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=c244b6530644be807dc60eeb8d073526&hash\\_t=d0e4d49d4f8836f252a12153059179f1](https://latam.lejister.com/articulos.php?Hash=c244b6530644be807dc60eeb8d073526&hash_t=d0e4d49d4f8836f252a12153059179f1).
  - WARREN, Samuel - BRANDEIS, Louis (1890): “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 15/12/1890.

# LOS DERECHOS INDIVIDUALES AFECTADOS HOMOGÉNEAMENTE Y LOS PROCESOS COLECTIVOS COMO INSTRUMENTO PARA SUPERAR OBSTÁCULOS AL ACCESO A LA JUSTICIA. (A DIEZ AÑOS DEL CASO HALABI)

---

INDIVIDUAL RIGHTS AFFECTED HOMOGENALLY AND COLLECTIVE PROCESSES AS AN INSTRUMENT TO OVERCOME OBSTACLES TO ACCESS TO JUSTICE. (TEN YEARS OF THE HALABI CASE)

---

RAMIRO ROSALES CUELLO<sup>1</sup>

---

## RESUMEN:

Con la incorporación de los procesos colectivos en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue evolucionando hasta el caso Halabi, que define la categoría colectiva de los intereses individuales homogéneos. Este cambio jurisprudencial, tiene actualmente influencia en el acceso a la justicia del artículo 18 de la Constitución Nacional, siendo necesario una regulación legislativa.

## ABSTRACT

With the incorporation of collective processes in article 43 of the National Constitution, the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation was evolving until the Halabi case, which defines the collective category of homogeneous individual interests. This jurisprudential change currently has an influence on the access to justice of article 18 of the National Constitution, being necessary a legislative regulation

PALABRAS CLAVE: Procesos colectivos - Constitución Nacional - Acceso a la Justicia - Halabi.

KEY WORDS: Collective processes - National Constitution - Access to Justice - Halabi.

---

<sup>1</sup> Abogado, Especialista en Derecho Procesal Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Salvador (Buenos Aires); Profesor de Garantías Jurisdiccionales en la Maestría de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Juez de la Cámara Civil y Comercial Dpto. Judicial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires..

## I. Los derechos colectivos comprendidos en el artículo 43 de la Constitución Nacional (C.N.) y las vías procesales para su defensa.

El artículo 43 de la C.N. contempló, en su segundo párrafo, el amparo como un instrumento procesal adecuado para la defensa contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, al usuario y al consumidor, así como a los demás derechos de incidencia colectiva en general.

La enumeración precisa de algunos derechos que el constituyente calificó como “colectivos” y la categoría genérica de “los demás derechos de incidencia colectiva en general” suscitaron inmediatamente en la doctrina<sup>2</sup>, al igual que en la jurisprudencia, el interrogante acerca del significado y alcance de esa última categoría. La división de aguas pasó fundamentalmente por determinar si se comprendían en su ámbito, además de los derechos esencialmente colectivos, los intereses individuales “homogéneos”<sup>3</sup>, que son aquellos que se presentan como “accidentalmente colectivos”<sup>4</sup> frente a una hipótesis de conflicto y en tanto se den a su respecto ciertos elementos caracterizadores<sup>5</sup>. Ese debate no fue ajeno a nuestro más alto Tribunal<sup>6</sup>.

2 Ver, entre otros, Sagüés, Néstor P., La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional, J.A. 2009-II, Fascículo 4, 22/4/09; Gelli, María Angélica, La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi”, Sup. La Ley, Constitucional, 30/3/2009; Maurino, Gustavo y Sigal, Martín, “Halabi”: La consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, J.A. 2009-II, Fascículo 4, 22/4/09; García Pulles, Fernando R., Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva, La Ley, 2009-B, 186; Gómez, Claudio D. y Salomon, Marcelo J., La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso “Halabi”, La Ley, 2009-C, 338; Gil Domínguez, Andrés, “Derechos colectivos y acciones colectivas”, La Ley, 2009-C, 1128; Alterini, Atilio Anibal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, La Ley, 17/06/2009, p. 1.

3 Preferimos calificarlos como derechos individuales afectados homogéneamente por una causa fáctica o jurídica común. Presentan dos características esenciales para su tratamiento colectivo: su homogeneidad, que les viene dada por su origen común, y su divisibilidad, puesto que nos encontramos ante derechos que pueden ejercerse individualmente, pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva. En tal sentido, se ha dicho que estos derechos individuales no se confunden con la idea de un derecho perteneciente a un grupo, diferente de aquel titularizado por sus integrantes, y se ha hecho hincapié en que la expresión “individuales homogéneos” representa simplemente una etiqueta utilizada para clasificar ciertos derechos que derivan de un mismo fundamento o que tienen entre sí una relación de afinidad por un punto en común (ver Torres, Artur, “Proceso colectivo comparado: ‘class action for damages’ y acción colectiva para la tutela de los derechos individuales homogéneos”, Revista de derecho procesal, 2013-1, p. 520, Rubinzal - Culzoni). Desde otro punto de vista, se ha precisado que el concepto “derechos individuales homogéneos” sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción (Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Unam, 2004, p. 61). La denominación “derechos individuales homogéneos” tuvo su origen en el derecho de Brasil. En dicho país se adopta, en el ámbito del derecho de consumo, la clasificación tripartita de: derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos (artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil). Cabe aclarar, a este respecto, que el Código Modelo para Iberoamérica ha quedado definitivamente formulado de modo tal de concentrar en un mismo inciso los derechos difusos y colectivos (art. 1º: Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base).

4 Se los distingue así de los supraindividuales, que son esencialmente colectivos (véase Barbosa Moreira, “A tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, Temas de direito procesual, 1984, p. 193). Nos hemos manifestado en contra de que en el artículo 43 de la C.N. tenga cabida la tutela colectiva de los intereses individuales homogéneos. En nuestro parecer, el artículo hace referencia a los bienes de naturaleza colectiva y en tanto su afectación genere un conflicto colectivo. Ello no implica que no justifiquemos el proceso colectivo como vía de solución de conflicto que involucre a un grupo relevante de personas afectadas en común en sus derechos individuales, sólo que encontramos su fundamento en el artículo 18 de la C.N. y los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Para ampliar al respecto, remitimos a los distintos trabajos que hemos elaborado en coautoría con Javier Guiridlian. Entre ellos, pueden verse “Las acciones colectivas a la luz de la Constitución Nacional (una alternativa de fundamento para la defensa de los intereses grupales)”, La Ley, 18/04/2006; “Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal: su actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Ed. LexisNexis, J.A., Supl. Jurisprudencia Corte Suprema, 2007-III, p. 3; “El caso ‘Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Decs. 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo Ley 16.986’: un avance en pos de la caracterización de las acciones colectivas”, Ed. LexisNexis, J.A., Supl. Jurisprudencia Corte Suprema, 2007-IV, p. 48 y ss.; “La defensa de los intereses individuales homogéneos en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, Revista Jurídica La Ley, diario del 23/03/2009; “Algunas consideraciones sobre el caso ‘Halabi’”, Revista Jurídica La Ley, diario del 13/07/2009; “Caso ‘Fibertel’: acciones colectivas y derechos del consumidor (Nota a los autos ‘Asociación de consumidores s/ amparo (exp. 50000)’, Juzgado Federal N.º 3 de Mar del Plata, del 27/08/2010)”, La Ley, periódico del 16/02/2011; “Las acciones colectivas en la Provincia de Buenos Aires”, Revista de Derecho Procesal, 2012-Número Extraordinario, “Procesos colectivos”, Ed. Rubinzal - Culzoni; “Acciones colectivas: La escuela de ‘Halabi’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Nota al fallo ‘Padec c. Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales’)”, La Ley, diario del 05/12/2013; “Las finalidades del proceso colectivo (Análisis actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema)”, La Ley, diario del 16/06/2015; “Asimetrías de la Corte en torno del interés individual homogéneo y su protección”, La Ley, diario del 15/09/2016.

5 En lo esencial y sin perjuicio del racconto que sigue, enfatizamos, como presupuestos esenciales de dicha noción –que es adjetiva y no sustantiva–, la presencia de un derecho individual aunque idéntico en su faz cualitativa, y la existencia de una causa fuente del perjuicio común, en su faz fáctica y/o jurídica. (Puede ampliarse en los trabajos citados en la nota anterior).

6 Respecto de la evolución acaecida en su jurisprudencia, ver el tratamiento contenido en nuestro trabajo “Las acciones colectivas y el fenómeno de lo grupal. Su actualidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, J.A., 2007-III-1225.

La respuesta por parte de este último a esa cuestión fue dada en el caso “Halabi”<sup>7</sup>, en el cual, a través de voto mayoritario de quienes suscribieron el fallo, se concluyó que, sobre la base de los derechos reconocidos en la C.N., era posible clasificarlos en tres categorías: a) derechos individuales; b) derechos colectivos y c) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos<sup>8</sup>. Además de efectuar tal clasificación, el Tribunal entendió que, de configurarse determinados recaudos, esos derechos eran factibles de ser protegidos a través de procesos colectivos que no estaban diseñados por el legislador, por caso, para la defensa de los intereses individuales homogéneos. Para la Corte federal, tanto esos derechos como la vía procesal para hacerlos valer encontraban su reconocimiento en el artículo 43 de la C.N.<sup>9</sup>. Frente a la ausencia de regulación de una vía específica, y acudiendo al precedente “Siri”, así como a la fuerza normativa de la Constitución, interpretó que esa omisión no era óbice para la defensa de aquellos derechos y que, por ende, ante la mora del legislador, estaba en el deber de diseñar la vía procesal adecuada para hacerlo<sup>10</sup>.

## II. La vía procesal para la defensa colectiva de los intereses individuales homogéneos. Los presupuestos para que sea admisible la vía colectiva.

El máximo Tribunal, a la hora de diseñar el instrumento procesal para la defensa de esos intereses individuales pero homogéneos en su afectación, partió de la base de que debía ser de naturaleza grupal o colectiva tal como lo dispone el artículo 43 de la C.N.<sup>11</sup>. No obstante, se enfrentó a la realidad de que tal particularidad podía afectar el ejercicio de derechos individuales, tales como el de la propiedad, el de contratar, y el de la autonomía personal a ejercer o no la pretensión individual ante la justicia. En ese sentido,

7 CSJN, Fallos 332:111.

8 Considerandos 10, 11 y 12 del voto mayoritario en relación con los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; el Tribunal señaló que tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, así como de los derechos de sujetos discriminados. Nos hemos manifestado en forma crítica respecto a la calificación de tres clases de derechos que ha hecho el máximo Tribunal (ver supra nota al pie nro.3). En nuestra opinión, y como reconoce la doctrina, no existe una categoría de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos. Lo relevante, a los fines del proceso colectivo, es la necesidad de resolver un conflicto colectivo –que afecte a una pluralidad de individuos– ya sea que éste recaiga sobre bienes propiamente colectivos o sobre bienes de titularidad individual (remitimos para ampliar a los trabajos que hemos citado en la nota 3). Igualmente y en definitiva, el Tribunal, pese a la clasificación tripartita de derechos, puso énfasis en la necesidad de que, cuando estuvieran afectados o amenazados bienes colectivos o bienes individuales, para habilitar el proceso colectivo se requiera necesariamente un conflicto de esa índole, ya que en ambos casos exigió que la pretensión estuviese enfocada en la incidencia colectiva del derecho o en los efectos comunes (lo cual, a su vez, es un recaudo cuya individualización es exigida también por el Reglamento aprobado por la Acordada 12/2016 de la CSJN). No obstante lo dicho, es posible que la clasificación realizada por la CSJN estuviera inevitablemente influenciada por nuestra cultura jurídica y su necesidad de crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuirlos a los grupos (ver al respecto lo que dice Gidi en cuanto a la tradición de los países del “civil law” y la categorización de derechos elaborada en el Código de Derechos del Consumidor en Brasil: Gidi, Antonio, obra citada, p. 49 y siguientes).

9 Ver consid. 15, 1er párrafo. Somos de la idea de que, cuando la mayoría de los integrantes de la CSJN consideran que la vía procesal para la tutela grupal de intereses individuales estaba reconocida dentro del propio artículo 43 de la C.N. es porque le asignan al término “amparo” el sentido amplio de tutela judicial colectiva y no el sentido propio del amparo como tutela urgente y preferentemente limitada a la existencia de los presupuestos descriptos en el primer párrafo del artículo 43 de la C.N. El propio Tribunal, en fallos posteriores a “Halabi”, ha dejado en claro que la acción de clase reconocida en ese precedente no necesariamente deberá tramitar por la vía del proceso de amparo (ver CSJN, “Padec c. Swiss Medical” (voto de la mayoría), Fallos 336: 1226), sino que este sólo constituirá una de las especies del género de los procesos colectivos. Es más aún, en el caso de que el proceso colectivo tramitara por la vía procesal del amparo, dicha vía deberá adaptarse a las exigencias especificadas en el caso “Halabi” (ver CSJN, Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo, Fallos 337: 1361). Igualmente, ver Sagüés, Néstor, El trámite del amparo, cit. La necesidad de adaptaciones en el trámite del proceso de amparo, así como en el proceso sumarísimo o cualquier otro proceso especial, surge también del Reglamento aprobado por la Acordada 12/2016 (artículo XII).

10 Recurriendo a los fundamentos centrales del nacimiento del amparo individual, en los casos Siri y Kot (La Ley, 89-531; 92-632 respectivamente), recordaron que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido (ver consid. 12). A su vez, en el considerando 16, sostuvieron que el presunto vacío legal no resultaba óbice para que los jueces arbitraran las medidas apropiadas y oportunas para una tutela efectiva de los derechos constitucionales que se decían vulnerados. Sagüés ha considerado que la Corte, con la respuesta que dio en Halabi, así como con las posteriores regulaciones que hizo del proceso colectivo a través de los reglamentos aprobados por las Acordadas 32/2014 y 12/2016, pudo haber sobreinterpretado el texto del artículo 43 de la C.N. (Ver Sagüés, Néstor, El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogénéticos de la Corte Suprema, J.A. 12/09/2018). Ver, igualmente, lo que decimos infra en la nota 46.

11 Según nuestro parecer, la necesidad de una tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos cuando pueda verse afectado el acceso a la justicia no encuentra su fundamento en el artículo 43 de la C.N., sino en su artículo 18. (Remitimos a los trabajos enumerados en la nota 3).

hizo hincapié en que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural”<sup>12</sup>.

Por tal razón, el máximo Tribunal, con el objetivo de armonizar el ejercicio de esos derechos individuales y evitar que alguien fuera perjudicado, ya sea por ser representado por quien se autodesigne representante del grupo<sup>13</sup> o por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado<sup>14</sup>, y con la necesidad de dar efectividad a la tutela colectiva de los intereses individuales homogéneos, sostuvo que no debía recurrirse a criterios excesivamente indeterminados, alejados de la prudencia que dicho balance exige<sup>15</sup>. En aras de tal objetivo, definió que esos intereses individuales afectados principalmente del mismo modo o forma sólo podrían ser tutelados en un proceso colectivo en tanto a) estuvieran afectados intereses o bienes individuales de un grupo relevante de personas; b) la afectación proviniera de una causa fáctica o jurídica común; c) la pretensión procesal estuviera enfocada en el aspecto colectivo de ese hecho, y d) se constatará que el ejercicio del proceso individual no apareciese plenamente justificado, por lo que, de no tramitarse el proceso colectivo, se estaría vulnerando el acceso a la justicia. Igualmente, el máximo Tribunal abrió una “válvula de escape” en relación con este último recaudo y sostuvo que el proceso colectivo igualmente sería viable, pese a tratarse de derechos individuales, cuando exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados<sup>16</sup>.

12 Ver considerando 10. Este criterio ya había sido anticipado en el voto del Dr. Lorenzetti en la causa “Mujeres por la vida Asociación Civil c. Estado Nacional”, CSJN, Fallos 329:4593.

13 Se ha definido la acción colectiva como aquella que es promovida por un representante para proteger el derecho de un grupo de personas y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Unam, México, 2004, p. 32). Característica propia del proceso colectivo, por la naturaleza del conflicto pluriindividual, es que sea promovido por un legitimado extraordinario como representante del grupo o colectivo afectado y sin necesidad de contar con el consentimiento individual de cada uno de los afectados.

14 El Tribunal cita la doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357 (considerando 12). A su vez, y en aras de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que efectivamente no pudiera participar, la Corte dispuso que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos mínimos que hacen a su viabilidad, entre los cuales mencionó a la necesaria o precisa identificación del grupo o colectivo afectado; la idoneidad de quien pretende asumir la representación; la necesidad de arbitrar, en cada caso, un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la posibilidad de quedar excluidos del pleito como de comparecer; la implementación de medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos (ver considerando 20, voto mayoritario).

15 En tal sentido, se ha señalado que “a sabiendas de la importancia que este tipo de procesos tiene en la vida de muchos para lograr ‘reivindicaciones colectivas’ de derechos, la Corte Suprema supo brindar operatividad a la tutela a pesar de la falta de toda normativa. Empero, teniendo en cuenta la ‘potencialidad invasiva’ que también puede tener esta herramienta, en especial respecto de la división de poderes y otros derechos constitucionales, la Corte Suprema fijó sus límites para evitar su utilización desmedida” (Safi, Leandro, Umbral de acceso a la tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos, J.A., 7/2/2018).

16 Ver Consid. 13 del voto mayoritario. Maurino y Sigal interpretan que esta última se trataría de una categoría residual, a través de la cual la Corte parece dispuesta a considerar que la dificultad estructural de acceder a la justicia podría constituir una justificación independiente y suficiente para la colectivización de ciertos casos que involucren derechos individuales –no homogéneos– (art. cit., pp. 43 y 44). Por su parte, Gil Domínguez sostiene que, de acuerdo con lo resuelto por la mayoría, la categoría de los derechos individuales homogéneos alojará también aquellas situaciones que abarquen derechos subjetivos no homogéneos (art. cit.). García Pulles, en su ya citado artículo, considera que en realidad esos requisitos fueron evaluados para justificar la extensión de la sentencia. En tal sentido, expresa puntualmente que “no quiere plantearse que estos procesos no deban tramitar como de clase, sino advertir que, aunque no hubiera sido así, la naturaleza especial del ‘caso’ obligará, como en el que motiva este comentario, a permitir que los efectos de un fallo estimatorio puedan ser ‘aprovechados’ por terceros, en la medida en que no se pretenda irrogarles un perjuicio jurídico”. Nos resulta claro que esta salvaguarda fue establecida por la Corte a fin de no enconsertar el proceso colectivo únicamente para la agregación de pretensiones que no justifiquen la promoción de una demanda individual y comprender la posibilidad de que, aun cuando tales pretensiones fueran viables de proponerse en forma individual, cobren primacía otras cuestiones como el interés estatal en la protección de los derechos necesarios de tutela (a modo de ejemplo, el máximo Tribunal señaló como comprendidas en esta categoría materias tales como el ambiente, el consumo o la salud) o se trate de pretensiones que comprenden a sujetos en condiciones o situación de vulnerabilidad (lo que permite inferir que, por esa situación o condición, estarían impedidos de ejercer plenamente el derecho de acceso a la justicia). Maqueda Fourcade, y en lo que respecta al punto en tratamiento, señala que al dejarse abierta la posibilidad del proceso colectivo cuando concurra un fuerte interés estatal –o haya trascendencia social– en la defensa de los derechos individuales, ello también permitiría que por vía colectiva se tutelara a estos últimos aun cuando la posibilidad de promover el proceso individual apareciese plenamente justificado, ya que el interés estatal radicaría en evitar un alto nivel de litigiosidad que resultaría no socialmente óptimo (ver Maqueda Fourcade, Economía de los procesos colectivos, La Ley, 26/4/2018). Es del caso

De todo ello resulta que, para compatibilizar los derechos en cuestión –tutela individual frente a la tutela colectiva de derechos individuales– y no afectar el derecho a la autonomía personal y el derecho a la propiedad de los respectivos titulares, el balance prudente del máximo Tribunal llevó a que el proceso colectivo que extrajo del artículo 43 de la C.N. quedara limitado a los supuestos en que, de no brindarse ese instrumento procesal, se vulnerara el acceso a la justicia –y con ello la tutela judicial efectiva que lo comprende– porque se trataría de pretensiones que difícilmente podrían promoverse dado el escaso interés individual en hacerlo. Igualmente, el Tribunal habilitó el proceso colectivo para aquellas pretensiones en las que existiera suficiente interés en promoverlas en forma individual, pero en las que, no obstante, concurría un fuerte interés estatal en la protección, ya sea por el derecho de que se trata o por referirse a sectores tradicionalmente postergados o débilmente protegidos.

### III. Precisiones en fallos posteriores a “Halabi”.

Luego del caso “Halabi”, el máximo Tribunal de la Nación fue dando pautas más precisas acerca de la configuración del recaudo de que el “interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda” o del recaudo de “que exista un fuerte interés estatal en la protección del derecho de que se trate, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”. En lo que respecta al recaudo referido a la falta de interés en la promoción del proceso individual, los sucesivos fallos dictados por la Corte federal indican que se hace referencia, principalmente, a las pretensiones cuyo importe es de escasa entidad en relación con los costos que puede insumir el proceso respectivo. Así, en “Padec c. Swiss Medical”, luego de verificarse la presencia en la pretensión colectiva de los dos primeros presupuestos diseñados en Halabi, a la hora de interrogarse por el tercero, el Tribunal señaló que “finalmente, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. En efecto, en el caso se impugna una cláusula con sustento en la cual, según señala la actora, se habrían dispuesto, entre los años 2002 y 2004, tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable”<sup>17</sup>. En “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - Ley 24.240 y otro s/ amparo proc. Sumarísimo”<sup>18</sup>, señaló específicamente que “de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración al acceso a la justicia, pues no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así puesto que la escasa significación económica de las sumas en cuestión, individualmente consideradas, permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Así lo demuestran las constancias

---

recordar que, a los pocos días de dictarse el fallo en el caso “Halabi”, la Corte federal dictó la Acordada 5/2099 por la que adhirió a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad –aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana– y por la que dispuso que tales reglas deberían ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren. Las Reglas de Brasilia han sido actualizadas y modificadas parcialmente en el año 2018 por la asamblea plenaria de la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Quito, Ecuador.

<sup>17</sup> CSJN, Fallos: 336:1236 (considerando 11 del voto de la mayoría). Corresponde resaltar que, a diferencia de Halabi, la pretensión colectiva, en este caso, no fue únicamente de naturaleza declaratoria, sino también indemnizatoria.

<sup>18</sup> CSJN, U. 2 XLV, 6/3/2014.

de fs. 44/45, de las que surge que, en el caso del usuario allí individualizado, las sumas abonadas en concepto de “tasa” fueron de \$ 0,96 y \$ 1,48, para los meses de enero y marzo de 2001”<sup>19</sup>.

Igual criterio sostuvo en “Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional y Secretaría de Comunicaciones”<sup>20</sup>, donde expresó que “de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, pues no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda reclamando el acceso gratuito al servicio de ‘información detallada’. Ello es así puesto que la escasa significación económica de las sumas disputadas individualmente consideradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable. Así lo demuestran las constancias de fs. 1/1vta de las que surge que las sumas requeridas por las empresas licenciatarias oscilaban entre los \$ 2,90 y \$ 3,00 mensuales”<sup>21</sup>.

Siguiendo esa línea, en “Consumidores Financieros Asociación Civil s. su defensa c. La Meridional Cía. Argentina de Seguros”<sup>22</sup>, la Corte sostuvo en su voto mayoritario que “a los fines de valorar adecuadamente este aspecto [el compromiso del acceso a la justicia], corresponde atender, en el caso concreto, a las dificultades de acceso consideradas globalmente”<sup>23</sup>. En ese orden de ideas, dadas las características que presenta la materia objeto del pleito, es dable presumir que los costos (económicos y no económicos) que se derivarían de la iniciación de una demanda individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable. En consecuencia, frente al riesgo cierto de que la promoción de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>24</sup>.

Relevante a los fines de la precisión del supuesto en análisis resulta asimismo lo decidido en “Consumidores Financieros Asociación Civil c. Prudentia Cía. Argentina de Seguros Civiles s. ordinario”<sup>25</sup>. En este caso, la asociación perseguía la nulidad de las cláusulas de los contratos de seguros de automotor por las cuales la aseguradora excluía la cobertura en los supuestos en que existía vínculo entre el damnificado directo y el asegurado, conductor o titular registral al momento de ocurrido el accidente. Asimismo, pretendía el pago de una indemnización a todos los sujetos (miembros del colectivo) que hubiesen sido perjudicados por la exclusión de cobertura y, además, se fijase daño punitivo<sup>26</sup>. La Corte admitió el recurso extraordinario (por estar en juego la inteligencia del art. 43 de la C.N.) y reiteró que ha reconocido legitimación a las asociaciones de usuarios para iniciar procesos judiciales colectivos en defensa de derechos de incidencia colec-

19 Consid. 5, párr. 4° del voto mayoritario. Cabe aclarar que igual temperamento sigue el alto Tribunal en el fallo de idéntico día dictado en los autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo”, U. 56 XLIV.

20 CSJN, 6/3/2014, U. 53 XLVI. Vale remarcar también que, tanto en este caso como en el citado en la nota anterior, la Corte exigió –agregando otro recaudo a Halabi– que se supervise que la idoneidad de quien asumió la representación se mantenga a lo largo del proceso.

21 Consid. 5 del voto de la mayoría.

22 CSJN, C. 519, XLXIII, 24/6/14, considerando 5.

23 En ese análisis global, deberían considerarse las dificultades para acordar y coordinar un litisconsorcio, la dispersión geográfica del grupo, los costos para acceder a un abogado, las dificultades para coordinar decisiones colectivas, etc.

24 El encomillado no pertenece al original y pretende hacer énfasis en la circunstancia de que había en el caso consumidores y, por tanto, un grupo vulnerable o débilmente protegido, a lo cual se suma la cuestión del costo beneficio. Por otra parte, es interesante advertir que la Corte ya no dice –como en los otros dos fallos dictados en el mes de marzo de 2014– que aparece justificada la inviabilidad de la pretensión individual, sino que recurre a conceptos más genéricos como “se presume” o “hay peligro cierto”. Dicha doctrina la reitera también en “Consumidores Financieros Asociación Civil c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A.” (CSJN, Fallos: 337:753).

25 CSJN, 27/11/2014, C. 1137. XLIX. RHE

26 La demanda fue rechazada in limine tanto en primera instancia como en la Cámara, porque interpretaron que la pretensión perseguía la reparación de un daño esencialmente personal y propio de cada afectado.

tiva patrimoniales referentes a intereses individuales homogéneos, pero recordó que, desde Halabi, para que ello sea posible requiere, entre otros recaudos, la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado. También puntualizó que un proceso de esa naturaleza sería posible cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección o en virtud de las particulares circunstancias de los sectores afectados<sup>27</sup>.

En el caso, entendió que no se daba este supuesto, ya que no surgía de las constancias del expediente ni de los términos de la pretensión incoada que pudiera verse comprometido el acceso a la justicia de los integrantes del grupo. Más aún, la Corte consideró que los integrantes del grupo contaban con incentivos suficientes para cuestionar de manera individual las cláusulas contractuales impugnadas y además precisó que tal conducta había sido asumida en forma individual en muchos juicios que tramitaban ante el propio Tribunal. Finalmente, puntualizó que tampoco el derecho involucrado revestía trascendencia social que excediera el de las partes a quienes se referían las cláusulas o que éstas afectasen a grupos tradicionalmente postergados o débilmente protegidos<sup>28</sup>.

Debe destacarse asimismo el fallo dictado en los autos “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”<sup>29</sup>. En este fallo, y en lo que aquí interesa, el Tribunal hizo hincapié en que “habiendo ya transcurrido más de cinco años desde el dictado del precedente “Halabi” (Fallos: 332:111), cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener que la tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la procedencia de la acción”<sup>30</sup>.

En lo relativo a comprender cuáles son los supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud, o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos, es fundamental lo resuelto en “Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s. amparo”<sup>31</sup>. La Corte, revocando el rechazo in limine dispuesto por las dos instancias de grado y con cita de Halabi, consideró que, en el caso, el amparo promovido se refería a intereses individuales homogéneos afectados por el obrar de la demandada, que obstaculizaría el acceso igualitario a prestaciones integrales de salud de una pluralidad indeterminada de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas<sup>32</sup>. A lo cual adicionó que “aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que, por mandato constitucional, deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional)”<sup>33</sup>.

---

27 Considerando 4.

28 Considerando 4.

29 CSJN, Fallos: 338:40. La ONG actora perseguía la determinación del derecho debatido entre partes adversas, que se traducía en la contraposición de intereses entre las sociedades demandadas –que podrían haber cobrado un sobreprecio en el valor de venta de las mercancías producidas por ellas– y los consumidores de cemento, que habrían sufrido un menoscabo patrimonial como consecuencia de esa conducta.

30 Considerando 10.

31 CSJN, Fallos: 338:29. Mediante demanda de amparo, perseguía la actora del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo con lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901.

32 Considerando 5.

33 Considerando 9.

#### IV. Los propósitos o fines de los procesos colectivos y sus ventajas. Los fines adoptados por la CSJN

Los procesos colectivos pueden perseguir distintas finalidades y lograr distintas ventajas<sup>34</sup>. Así, pueden reconocerse como una técnica adecuada para superar obstáculos de acceso a la justicia y, de ese modo, garantizar eficazmente el derecho a la tutela judicial. En este supuesto, el proceso colectivo sería un instrumento para salvar algún impedimento de acceso y aparejaría, como ventaja inmediata, el resguardo efectivo de la tutela judicial de sectores que, por razones económicas o por la situación o condición en la que se encuentran en la sociedad, no la podrían obtener satisfactoriamente en forma individual<sup>35</sup>.

En cuanto a los factores económicos que se constituyen en obstáculo del acceso a la justicia, deben tenerse en consideración los elevados costos que implica tramitar un proceso judicial para sectores sociales desaventajados económicamente<sup>36</sup> y, al mismo tiempo, la realidad de que esos altos costos disuaden en numerosos casos de ocurrir a la justicia por el escaso beneficio que se puede perseguir<sup>37</sup>. En tal sentido, se ha señalado que el objetivo que se encuentra en el corazón del mecanismo de acciones de clase es sobrellevar el problema de las faltas de incentivos para promover una acción individual cuando las pretensiones son de escasa cuantía<sup>38</sup>.

A la desventaja económica en numerosos casos puede adicionarse la desventaja cultural y social. En cuanto a lo cultural, vastos sectores de la sociedad se encuentran en una situación de significativa disparidad –generalmente los sectores estructural o económicamente desaventajados– por el poco o nulo conocimiento de los derechos que los asisten, tanto en lo sustancial como en lo procesal. De ello resulta que, más allá de que se vean impedidos de acudir a la justicia por razones económicas, tampoco lo hacen por razones de desconocimiento, por lo que se hace inviable que acudan individualmente en procura de tutela cuando sus derechos son vulnerados o amenazados. A estos grupos desfavorecidos pueden sumarse todos aquellos que, en razón de su condición o situación de vulnerabilidad estructural, se ven impedidos de acceder plenamente a la tutela judicial<sup>39</sup>.

34 Taruffo explicita que los fines o propósitos de los procesos colectivos pueden ser distinguidos de una manera muy general, ya que en la práctica esos propósitos pueden combinarse por grados y de varias maneras, aunque teóricamente se pueden mantener separados por el bien de la simplicidad (ver Taruffo, Michelle, "Algunas observaciones sobre la litigación de grupos en perspectiva comparada (Some remark son group litigation in comparative perspective)", 11 Duke Journal of Comparative & International Law, 405-422, 2001). En relación con los fines de los procesos colectivos, puede ampliarse en Gidi, Antonio, "A class action como instrumento de tutela colectiva", Los derechos, Editora RT, Revista Dos Tribunales, San Pablo, 2007, p. 25 y ss; del mismo autor, Las acciones colectivas en EE.UU, Estudios iberoamericanos de derecho procesal, (Sarmiento Sosa, compilador, Bogotá, Colombia, 2005, páginas 239 y 240).

35 Lo que conllevaría que, de no brindarse una herramienta colectiva, se vulneren las disposiciones constitucionales previstas en el art. 18 de la C.N. y en los arts. 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

36 En este supuesto, y frente a la desigualdad económica, el proceso colectivo puede ser un instrumento que asegure la igualdad de armas propia del debido proceso legal.

37 Ello puede significar que sectores desaventajados económicamente en la sociedad queden al margen de la obtención de tutela judicial e, igualmente, puede acarrear que ciertas conductas ilícitas o inconvenientes queden sin la posibilidad de ser sancionadas o, por lo menos, disuadidas. Así, se ha señalado que, en el sistema estadounidense, la small claims class action tiene por objeto castigar o disuadir al infractor y no la indemnización de las víctimas (ver Torres, Artur, art. cit.). Asimismo, dicha acción colectiva actuaría como un complemento del obrar estatal en la punición de conductas ilícitas (Issacharoff, Samuel, "Acciones de clase y autoridad estatal", Revista de Derecho Procesal, 2013-1, p. 557). En relación con las pretensiones de valor no recuperable no sólo pueden presentarse en la etapa del acceso a la justicia, sino también en la eventual ejecución de la sentencia favorable al colectivo (al respecto puede verse Verbic, Francisco, "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo del fluid recovery", RIDB, 2012 (número 6), p. 3791 y ss.).

38 Ver Issacharoff, Samuel, "Acciones de clase y autoridad estatal", cit., Revista de Derecho Procesal, 2013-1.

39 Es muy interesante el análisis de Issacharoff en cuanto a la relación que guarda el proceso colectivo con el poder estatal (ver Issacharoff, art. cit.).

Todos esos sectores difícilmente puedan valerse de una pretensión individual; por ende, estarían privados de la tutela judicial y quedarían al margen del sistema de la justicia estatal. En otras palabras, para ellos no habría justicia, lo cual implicaría el incumplimiento de una obligación estatal primaria e ineludible y, asimismo, se quebrantaría la paz social –fin último de la actividad jurisdiccional–<sup>40</sup> y, en consecuencia, se habilitarían libremente las actuaciones u omisiones al margen del derecho.

Igualmente, el proceso colectivo puede ser una herramienta adecuada para favorecer la eficacia del sistema judicial y también la economía de recursos del erario público<sup>41</sup>. En relación con lo primero, la factibilidad de resolver, principalmente, en único proceso una multiplicidad de pretensiones individuales que comparten su objeto y causa permite una descongestión en la tramitación y resolución de causas que incide positivamente en la calidad y eficacia del servicio de justicia. Tal calidad puede verse reflejada no sólo en una menor cantidad de casos por resolver, sino también en la mayor seguridad que se puede alcanzar al resolver aglutinadamente una multiplicidad de pretensiones, que de tramitarse en forma individual podrían obtener decisiones distintas. Respecto de lo segundo, al tramitar en único proceso una multiplicidad de pretensiones, se favorece el ahorro de recursos humanos y materiales en la administración de justicia y se permite destinar los respectivos fondos a otras áreas también prioritarias.

En consecuencia, los procesos colectivos pueden perseguir, prevalentemente, el objetivo de eliminar obstáculos que impidan el acceso a la justicia y el de lograr mayor eficiencia en el sistema judicial, favoreciendo la economía procesal, evitando su sobrecarga y promoviendo el ahorro de recursos, todo lo cual también incide en la tutela judicial efectiva<sup>42</sup>. De dichos fines, la Corte Suprema, de acuerdo con lo que surge de Halabi y fallos posteriores, ha priorizado el proceso colectivo como una herramienta para favorecer el acceso a la justicia y, por ende, la tutela judicial efectiva<sup>43</sup>. Ello, además de manifestarse en forma expresa en los fallos reseñados, surge con más claridad aún de lo expuesto por el máximo Tribunal en el caso “Cepis”, en el cual el voto mayoritario destacó que el proceso colectivo es una forma de garantizar el acceso a la justicia y que una interpretación que pudiese restringir la posibilidad de demandar de manera colectiva –cuando el costo que significa demandar individualmente supera el beneficio que se puede obtener– equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente al acto lesivo<sup>44</sup>.

40 En lo relativo a los fines de la jurisdicción, puede verse, entre otros, Di Iorio, Alfredo, *Lineamientos de la teoría general del derecho procesal*, Depalma, 1994, capítulo 2.

41 En relación con el proceso colectivo como instrumento que equilibraría los niveles óptimos de litigiosidad, remitimos a Fourcade Maqueda, Santiago, “Economía de los procesos colectivos. El sistema de procesos colectivos como solución estatal a las ‘fallas’ del mercado de procesos individuales”, *La Ley*, 26/4/2018, cita on line AR/DOC/.

42 La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa C. 91.576, “López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo”, refirió a estas dos finalidades principales de los procesos colectivos. Así, en el voto del Dr. Hitters, puede leerse lo siguiente: “Debe tenerse presente que desconocer las posibilidades de enjuiciamiento colectivo de esta clase de asuntos podría ocasionar dos resultados igualmente indeseables: o bien i) se acentúa el colapso del sistema de justicia fomentando la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión (situación que se presentaría especialmente cuando la ecuación costo beneficio del accionar individual resultase favorable para el afectado); o ii) se genera la indefensión y se fomenta la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las conocidas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en diversas hipótesis (v.g., ausencia de relación costo beneficio del litigio individual, dificultad en la coordinación de las acciones respectivas, desigualdad de recursos materiales entre los protagonistas de la controversia, dispersión de los múltiples afectados, etc.). Por otra parte, aunque se trate de un riesgo no siempre disuadido por el ordenamiento, no debe olvidarse que la concentración de la contienda, además de beneficiar funcionalmente al sistema y evitar a veces situaciones de indefensión material, aleja el peligro de sentencias contradictorias respecto de una misma serie de causas”. Véase también lo resuelto el 13/6/2016, en la causa I. 2129, “Asociación de Diseñadores Gráficos Nicoléños (A.DI.GRA.N.) contra Municipalidad de San Nicolás. Inconstitucionalidad arts. 65 y 70 Ord. fiscal y tarif. n.º 4340/97”.

43 El hecho de que se reconozca el proceso colectivo como una herramienta para alcanzar determinados fines no implica que estos deban ser considerados como un presupuesto para configurarlo. Sobre este particular, ya nos hemos expedido en el sentido de que, si bien hay supuestos en el marco de conflictos grupales referidos a intereses individuales homogéneos, donde, de no admitirse ese cauce tutelar (el proceso colectivo), se podría llegar a afectar el derecho a la tutela, la recta inteligencia marca que no pueden erigirse en un presupuesto de admisibilidad de la vía, sino como hipótesis ante la cual la vía no puede ser negada, tesis esta que parecería haber receptado la Corte Suprema en “Cepis” (para ampliar, remitimos a Rosales Cuello-Guiridlian, *Los procesos colectivos en el Anteproyecto de Ley de Justicia 2020*, *La Ley*, 6/11/2018).

44 Fallos: 339:1077, consid. 12, voto de la mayoría.

También dicha tesitura quedó reflejada en la Acordada 12/2016, por medio de la cual la Corte aprobó el Reglamento de actuación en los procesos colectivos. En dicho cuerpo, se estableció, entre los requisitos que debe reunir la demanda que materializa la pretensión colectiva, que en ella se debe precisar la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado<sup>45</sup>.

#### **V. Valoración crítica de las finalidades asignadas por la CSJN al proceso colectivo cuando están involucrados derechos individuales.**

La valoración a efectuar parte de tomar en cuenta que la Corte federal, al reconocer las acciones colectivas y regular provisoriamente aspectos que hacen a su admisibilidad y al proceso por el que deben transitar<sup>46</sup> cuando están afectados intereses individuales homogéneos, debió hacerlo ante la ausencia de una legislación integral al respecto<sup>47</sup>, lo cual, tal como lo dejó plasmado en “Halabi”, la llevó a obrar con la prudencia que exigía reconocer la vía colectiva, pero sin avanzar sobre otros derechos, como el de propiedad, el de autonomía personal, etc., que parten de la premisa de que los derechos individuales, por regla, se protegen o tutelan en forma individual (arts. 17, 18, 19 C.N.) –y, por tanto, el ejercicio de la pretensión es de igual naturaleza–. Esas dos circunstancias, a nuestro modo de ver, son las que han llevado a que el Tribunal ciñera el proceso colectivo como una vía adecuada para resolver sólo determinados y específicos conflictos colectivos: aquellos en los que las pretensiones individuales resultan de escaso valor económico y no justifican la promoción del proceso individual o sus titulares son sujetos en condiciones o situaciones de vulnerabilidad y, por ello, estarían en serias dificultades de promover su propia tutela.<sup>48</sup>

Al resolver de ese modo, no desconocemos que ha dejado de lado otras alternativas de conflictos colectivos que también serían viables de ser resueltos eficazmente por procesos grupales<sup>49</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, tales alternativas son una libre elección del legislador y no una necesidad constitucional<sup>50</sup>. En efecto, hemos insistido en que, desde la óptica constitucional, el proceso colectivo se convierte en una herramienta de ineludible presencia sólo cuando está en juego el acceso a la justicia. En esta hipótesis, la

45 Artículo II, 2 c) del Reglamento. En esa disposición, se omite expresamente toda consideración a la excepción o “válvula de escape” que se reconoció en “Halabi”.

46 Sagüés, en criterio que compartimos, señala que la normatividad expedida por la Corte, en algunos aspectos, incluye directrices que obligan al legislador, como cuando identifica los intereses individuales homogéneos con los derechos de incidencia colectiva “en general”, a los que alude el artículo 43 de la C.N., y que en otros, como en el caso de la Acordada 12/2016, legisla pero precariamente, hasta tanto el legislador no haga lo contrario (Sagüés, Néstor, El trámite del amparo colectivo nacional, cit.).

47 Al respecto Gonzalez Campaña expresa que resulta incorrecto lo afirmado por la Corte en Halabi, el sentido de que existía una injustificada mora por parte del legislador en la regulación de las acciones de clase, entendidas como un imperativo que surge del artículo 43 de la C.N.. El autor justifica su afirmación con dos argumentos: 1) que nunca en la Convención Constituyente se discutió la posibilidad de incorporar a la Constitución la “acción de clase” y 2) el Congreso había reglamentado los artículos 41 y 42 de la Constitución al sancionar la ley General del Ambiente (2002) y al modificar la ley de Defensa al consumidor (2008), a traves de las cuales dio tutela a los derechos de incidencia colectiva o difusos (ver Gonzalez Campaña, Germán, Las acciones de clase en EE.UU., y los procesos colectivos Argentina: dos modelos antagónicos, J.A. 7/2/2018.). En nuestro modo de ver, conforme a la posición que venimos sustentado, más allá de la regulación parcial que existía a momento de Halabi, era necesario y lo sigue siendo –con apoyo principal en el artículo 18 de la C.N.– una regulación integral del proceso colectivo en defensa de intereses individuales afectados homogéneamente cuando, su ausencia, provoque una vulneración del acceso a la justicia.

48 Ver, no obstante, lo expuesto por Maqueda Fourcade –supra cita 15–. Según la interpretación de este autor, a través de la “válvula de escape” elaborada por la Corte Federal en el caso Halabi, también se podría alcanzar otra de las finalidades del proceso colectivo, como es la de evitar el dispendio de recursos estatales (remitimos a la cita numero 15).

49 Véase, por ejemplo, la opinión crítica, en torno a lo resuelto por la Corte federal, en Cazaux, Diego H., Análisis económico de los procesos colectivos en la Argentina, J.A., 22/5/2019.

50 Sabemos que existen opiniones en sentido opuesto de lo que sostenemos, que consideran, incluso, que la solución adoptada por la Corte federal es contraria al texto del artículo 43 de la C.N., ya sea porque establece exigencias que en él no se especifican; porque hace una interpretación que lo distorsiona, que es contra legem, o porque, entre otros argumentos más, limita la funcionalidad del proceso colectivo (al respecto, remitimos para ampliar nuestra postura a los trabajos citados en la nota 3 y, en particular, a Rosales Cuello-Guiridlian, Los procesos colectivos en el Anteproyecto..., cit.; también puede verse un análisis completo de la cuestión en Safi, Leandro, Umbral de acceso a la tutela, cit.).

vía no puede ser desconocida<sup>51</sup>. No obstante, en otros supuestos y aun cuando indirectamente pudieran incidir en la efectividad de la tutela, la elección de un proceso grupal en defensa de derechos individuales es libre del legislador y en tanto esa posible regulación prevea mecanismos de respeto al derecho de acceder a la justicia en forma individual<sup>52</sup>. Se trata, en esos casos, de una herramienta de gestión del conflicto, pero que no es la única posible frente a litigios en masa, ya que existen varias otras, dependiendo del fin buscado. Pueden mencionarse, por fuera de los procesos colectivos, desde las acciones repetitivas (v.gr. procesos testigo o causas piloto) que existen en el derecho europeo hasta las previsiones elaboradas en el derecho brasileño –siempre de avanzada a nivel latinoamericano en la materia–, que involucran tanto los procedimientos de uniformización de jurisprudencia en cuestiones comunes como los de juzgamiento colectivo de recursos que abordan cuestiones comunes, y los inhibidores de litis repetitivas<sup>53</sup>.

## VI. Cierre

Los procesos colectivos, así como tienen ventajas también tienen sus desventajas<sup>54</sup>, por lo que no nos resulta cuestionable que el máximo Tribunal, con un sentido de prudente balance –cuando se trata de resguardar intereses individuales afectados homogéneamente–, los haya limitado a determinados conflictos grupales y haya dejado librado al criterio del legislador, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, la posibilidad de extender su radio de acción a otros supuestos. En tal sentido, no perdemos de vista que el Tribunal se ha limitado a efectuar una lectura constitucional del artículo 43 y que no le era sencillo, por la parquedad de dicha norma, extraer otro alcance que el que le ha dado. Hacerlo de otro modo hubiese significado avanzar en demasía en el rol que le corresponde a la judicatura.

Sin perjuicio que a nuestro modo de entender esa lectura constitucional surge del ar-

51 Aun a riesgo de redundancia, de lo que se trata al fin de cuentas es de garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional, que, si bien es de neto corte individual, hace necesarias, en determinadas hipótesis de conflicto, herramientas tutelares especiales (v.gr. proceso colectivo, entre otras), de modo de garantizar su indemnidad, pero que deben mantener el indispensable equilibrio para que precisamente ese derecho quede incólume (v.gr. necesidad de prever el opt-out, en los supuestos en que ello sea factible, para quien quiere ejercer de manera singular la defensa de su derecho sustantivo vulnerado). Véase, asimismo, lo que expusieramos en relación con el proyecto de procesos colectivos diseñado dentro del programa de justicia 2020 (Rosales Cuello-Guiridlian, *Los procesos colectivos en el Anteproyecto...*, cit.). En lo que atañe a proyectos que amplían el campo de acción de los procesos colectivos en tutela de los intereses individuales, pueden verse, por ejemplo, el de Giannini, Verbic y Salgado, o el recientemente ingresado al Congreso de la Nación bajo el número 6234-D-2018. Este último, particularmente, establece que “el monto económico de las pretensiones individuales homogéneas no constituirá un recaudo de admisibilidad del proceso colectivo” (art. 7, último párrafo).

52 Se ha señalado que los términos de la tipología “salida, voz y lealtad” a menudo son utilizados para describir el conjunto de formas en las cuales los individuos pueden avanzar sus intereses dentro de una variedad de acuerdos que son colectivos o agregativos en su naturaleza y que son derivaciones de la garantía del debido proceso legal (ver Principios del derecho de los procesos colectivos, Unam, 2014, p. 192). La debida notificación a los miembros del grupo, así como su posibilidad de exclusión de la acción colectiva, por ejemplo, son mecanismos para resguardar tales derechos de voz y salida. No obstante, el ejercicio de mecanismos como el derecho de salirse del grupo representado en la acción colectiva (opt-out), claro está, no siempre será factible de ser ejercido, como puede ocurrir si se trata de situaciones estructuralmente indivisibles (véase al respecto Gidi, Antonio, op. cit., p. 56; Verbic, Francisco, *Manual...*, cit., pp. 344 y 345). La Corte Federal, en el voto mayoritario del caso Halabi, dispuso de las medidas necesarias para que se resguarde en los procesos colectivos sucesivos ese derecho a la “salida, voz y lealtad” (ver supra lo dicho en la nota 13).

53 Puede ampliarse en Pellegrini Grinover, Ada, “O tratamento dos processos repetitivos”, en Jayme Fernando, G. - Faria, Juliana C. - Lauer, Maria T., *Processo Civil: Novas Tendências. Estudos em homenagem a Humberto Teodoro Junior*, Ed. del Rey, 2008; y a nivel local en Silva, Juan Agustín, “El tratamiento de las acciones repetitivas como manifestación del principio de economía procesal”, XXCI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, junio 2011.

54 En relación con las posibles desventajas que pueden derivarse de un proceso colectivo, remitimos a Fourcade Maqueda, Economía de los procesos colectivos..., cit. Igualmente, puede verse Gonzalez Campaña, Germán, *Las acciones de clase...*, cit. También, y pese a tratarse de una obra escrita con mucha anterioridad, puede verse la opinión de Bianchi, Alberto, *Las acciones de clase*, Ábaco, 2001, p. 105 y siguientes. De todas maneras, es necesario tener presente que no todas las desventajas propias del sistema de class action del derecho norteamericano se replicarán en su adaptación a la cultura jurídica de los países del derecho civil. En tal sentido, Gidi explica que los abogados del sistema de derecho civil se quejan de las class action norteamericanas, argumentando que son caras, que generan grandes honorarios de abogados, que producen sentencias monstruosas con beneficios tremendos y crean la necesidad de políticas públicas y reglas sociales, etc. Sin embargo, este jurista destaca que lo que los abogados del derecho civil no comprenden es que estos aspectos no están necesariamente relacionados al litigio de las class actions, sino a las características de la cultura norteamericana y a su estructura judicial del procedimiento civil y constitucional (ver al respecto, GIDI, Antonio, ob. Cit., páginas 12 y ss; también del mismo autor, *Acciones de grupo y amparo colectivo en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, en Ferrer Mc Gregor, (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, 2da. Edición, Porrúa, México, 2001, páginas 976/977).

título 18 de la Constitución Nacional- y no del 43- en pos de hacer efectiva la tutela judicial a quienes se ven obstruidos de acceder a la justicia, consideramos que a diez años del caso “Halabi” resulta imprescindible que el legislador regule integralmente lo relacionado con los procesos colectivos y releve a la justicia de cumplir una función que prioritariamente a él le compete.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, *La Ley*, 17/06/2009,.
- BARBOSA MOREIRA, “A tutela jurisdiccional dos intereses colectivos ou difusos”, *Temas de direito procesual*, 1984.
- BIANCHI, Alberto, *Las acciones de clase*, Ábaco, 2001
- CAZAUX, Diego H., *Análisis económico de los procesos colectivos en la Argentina*, J.A., 22/5/2019.
- GARCÍA PULLES, Fernando R., *Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva*, *La Ley*, 2009-B, 186.
- GELLI, María Angélica, *La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso “Halabi”*, *Sup. La Ley, Constitucional*, 30/3/2009.
- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, Unam, México, 2004.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derechos colectivos y acciones colectivas”, *La Ley*, 2009-C, 1128.
- GÓMEZ, Claudio D. y Salomon, Marcelo J., *La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso “Halabi”*, *La Ley*, 2009-C, 338.
- ISSACHAROFF, Samuel, “Acciones de clase y autoridad estatal”, *Revista de Derecho Procesal*, 2013-1,ç.
- FOURCADE MAQUEDA, Santiago, “Economía de los procesos colectivos. El sistema de procesos colectivos como solución estatal a las ‘fallas’ del mercado de procesos individuales”, *La Ley*, 26/4/2018, cita on line AR/DOC/.
- MAURINO, Gustavo - SIGAL, Martín, “Halabi”: La consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva, *J.A. 2009-II, Fascículo 4*, 22/4/09.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “O tratamento dos procesos repetitivos”, en Jayme Fernando, G. - Faria, Juliana C. - Lauer, María T., *Processo Civil: Novas Tendencias. Estudos em homenagem a Humberto Teodoro Junior*, Ed. del Rey, 2008.
- SAGÜÉS, Néstor, La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional, *J.A. 2009-II, Fascículo 4*, 22/4/09.
- SAGÜÉS, Néstor, *El trámite del amparo colectivo nacional y los roles nomogenéticos de la Corte Suprema*, *J.A. 12/09/2018*
- TARUFFO, Michelle, “Algunas observaciones sobre la litigación de grupos en perspectiva comparada (Some remark son group litigation in comparative perspective)”, *11 Duke Journal of Comparative & International Law*, 405-422, 2001.
- TORRES, Artur, “Proceso colectivo comparado: class action for damages’ y acción colectiva para la tutela de los derechos individuales homogéneos”, *Revista de derecho*

procesal, 2013-1. Rubinzal - Culzon

- VERBIC, Francisco, "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo del fluid recovery", RIDB, 2012 (número 6),
- VERBIC, Francisco, "Manual de introducción a los procesos colectivos y acciones de clase", en Diálogo multidisciplinario sobre la nueva justicia en Latinoamérica, CEJA, Santiago de Chile, 2017.

# ALGUNOS APORTES EN TORNO A LA ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y A SU CARÁCTER PREVENTIVO.

---

## CONTRIBUTIONS REGARDING THE DECLARATIVE ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY AND ITS PREVENTIVE NATURE

---

ELCIRA MARÍA TORRES ALIAGA<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

La acción declarativa de inconstitucional, como herramienta para asegurar la supremacía constitucional, es una vía procesal autónoma y de excepción, de trámite sumario o sumarísimo, que se perfila como el instrumento más eficaz para interpelar la actuación de los jueces a los fines de salvaguardar los valores, derechos y garantías que la Constitución Nacional consagra, cuando una norma legal provincial, municipal o administrativa pudiera reputarse contraria al orden constitucional. Siendo esta acción esencialmente declarativa y de carácter preventivo, la tutela judicial debe ser instada, por regla general, antes de producida la lesión a los derechos constitucionales que se invocan. Ella tiene por objeto el análisis de la adecuación constitucional de un acto normativo determinado, de alcance general, siendo su finalidad la consiguiente declaración de invalidez o inaplicabilidad de la norma irregular en el caso concreto y respecto de aquel cuyo derecho subjetivo o interés legítimo ha sido amenazado o afectado.

### ABSTRACT

The declarative action of unconstitutionality, as a tool to ensure constitutional supremacy, is an autonomous and exceptional path, of summary procedure, which is emerging as the most effective instrument to incite the intervention of judges in order to safeguard the values, rights and guarantees that the National Constitution establish, when a provincial, municipal or administrative law could be considered in violation to the constitutional order. Since this action is essentially declarative and of a preventive nature, legal protection must be urged, as a general rule, before the violation to the invoked constitutional rights occurs. Its purpose is to analyze the constitutional adequacy of a specific normative act of general scope and its goal is a subsequent declaration of invalidation or inapplicability of the irregular rule for an specific case and regarding the one person whose right or legitimate interest has been threatened or affected.

---

<sup>1</sup> Abogada - UNC, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Egresada año 1998; Traductora Pública de Francés - UNC, Facultad de Lenguas, Egresada año 1979; Especialista en Derecho Procesal Constitucional - UBP, egresada año 2012; Diplomada en Derecho Municipal - US21 - año 2006; Funcionaria Judicial en la Secretaría Contencioso Administrativa del TSJ de Córdoba, años 1999-2001 y en la Secretaría Electoral y de Competencia Originaria del TSJ de Córdoba, años 2001-2019, Jubilada desde el 01-02-2019; Último cargo desempeñado: Secretaria Letrada de Cámara; Docente invitada de la Carrera de Especialista en Derecho Procesal Constitucional - Cohortes 2012/2013 y 2015/2016 en Módulo V: Procesos Constitucionales: La acción declarativa de inconstitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Acción declarativa de Inconstitucionalidad - Constitución Nacional - Constitución de la Provincia de Córdoba - control de constitucionalidad.

---

KEY WORDS: Declarative action of unconstitutionality - National Constitution - Constitution of the Province of Córdoba - constitutionality control.

## I. Introducción

En Argentina, el control de constitucionalidad como aseguramiento del principio de supremacía constitucional es realizado por todos los jueces, cualquiera fuera su competencia o grado, quienes ejercen el control difuso, siempre en caso concreto y a instancia de parte interesada, ya sea en procesos ordinarios o en procesos constitucionales, esto es con regulación constitucional.

El acceso a la jurisdicción constitucional puede realizarse tanto por vía principal, como acción o recurso -por medio del amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción declarativa de certeza y la acción declarativa de inconstitucionalidad provincial- como por vía incidental, de excepción o defensa, en el seno de otra acción, tal el caso del recurso extraordinario federal, o bien de oficio, por el Juez, previo a la aplicación de una norma para la resolución de una controversia.

Al respecto, cabe advertir que, en razón de la forma federal de gobierno adoptada por la República Argentina, cada provincia tiene su Constitución y códigos procesales propios y cuenta con órganos judiciales organizados piramidalmente que se encargan de resolver las cuestiones constitucionales en el orden local.

La tarea del control constitucional es ejercida por todos los jueces de la Nación, y en cada Provincia por los jueces y tribunales inferiores, y en última instancia local por los Tribunales Superiores de provincia, respecto de las Constituciones Provinciales, siendo, en último término, la Corte Suprema de Justicia de la Nación la intérprete y salvaguarda final de la Constitución Nacional y de los valores, derechos y garantías en ella contenidos<sup>2</sup>. Asimismo, tras la incorporación al bloque de constitucionalidad -consagrada por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional de 1994- de los tratados de derechos humanos ratificados a ese momento y de aquellos a los que les fuere -en lo sucesivo- atribuida tal jerarquía por el Congreso de la Nación con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, debe entenderse que los derechos en ellos reconocidos son complementarios de los ya consagrados en el texto constitucional.

Esto supone una modificación trascendental en nuestro sistema de control constitucional toda vez que obliga a todos los jueces de la República a efectuar lo que se ha dado en llamar el control de convencionalidad, controlando la validez de las normas no sólo a la luz de la Constitución Nacional sino también de los tratados a ella incorporados con igual jerarquía y de la interpretación que sobre los mismos hagan los tribunales internacionales.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha quedado establecido, sin embargo, *"...Que no incumbe a los jueces, en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias (Fallos: 270:168). Porque la misión más delicada de la justicia nacional es la de poder mantenerse*

---

<sup>2</sup> CSJN - Fallos: 1:340; 33:162, entre muchos.

*dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones”<sup>3</sup>.*

Ahora bien, cuando el ejercicio de esas funciones ha puesto la ley o el acto ejecutado en conflicto con la Constitución misma, cuando una ley o un acto del Poder Ejecutivo estén en conflicto con las disposiciones, derechos y garantías que la Constitución consagra, siempre surge un caso judicial, que puede ser llevado ante los tribunales por la parte agraviada<sup>4</sup>.

En 1967, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse en la causa “Ciriaco Colella c/ S.A. Fevre y Basset y/u otro”<sup>5</sup>, acerca de la inteligencia del art. 72 de la Constitución Nacional, reiteró unánimemente la jurisprudencia de ese Tribunal en el sentido que sus facultades jurisdiccionales no alcanzan, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes.

Hoy, en cambio, tras una lenta y vacilante evolución jurisprudencial, la doctrina mayoritaria entiende que nada escapa al referido control si de lo que se trata es de moderar el ejercicio del poder público a los fines de salvaguardar los valores, derechos y garantías que la Constitución Nacional consagra.

Ello así, toda vez que la división de poderes no sólo significa separación de funciones sino también control mutuo de su ejercicio, de lo que se deriva que no es posible hablar de supremacía de la Constitución si no hay control o si quien está encargado de controlar la legitimidad constitucional de los actos es el propio poder que los emite. Por ello, en la actualidad se considera que siempre resultan justiciables el examen de la competencia del órgano, la observancia del debido proceso y la razonabilidad de la decisión<sup>6</sup>.

En Argentina, esta facultad de contralor fue reglamentada por el Congreso de la Nación en el art. 2° de la Ley 27 que dispuso que la Justicia Federal nunca procede de oficio, ejerciendo su jurisdicción solamente en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte, quedando excluida la consideración de la constitucionalidad o no de normas y actos de los otros poderes cuya aplicación no haya dado lugar a un litigio contencioso.

Se puede intentar definir el “caso constitucional” como una controversia de hecho o de derecho, planteada por parte legitimada, por medio de una acción judicial, individual o colectiva, en contra de parte legitimada, respecto de un conflicto de intereses actual, en relación a materia justiciable, en que un tribunal competente, actuando como tribunal constitucional, debe expedirse a instancia de parte interesada, declarando la inconstitucionalidad manifiesta de una norma, su inaplicabilidad en el caso concreto o su adecuación al orden constitucional<sup>7</sup>.

Ello implica necesariamente la existencia de un agravio o gravamen de entidad suficiente y subsistente, con afectación constitucional, en perjuicio del titular de un derecho subjetivo o interés legítimo -interés personal y directo- en transe de ser lesionado por la norma o acto reputado inconstitucional, no imputable al accionar de quien se dice afectado.

Se exige, asimismo, que en la causa medie petición de parte interesada, toda vez que sólo la pretensión ejercida por el agraviado ante el órgano jurisdiccional resulta susceptible de incitar la jurisdicción; no hay posibilidad de control sin pedido de parte y sin

---

3 CSJN - Fallos: 272:231.

4 ver disidencia Ministro Varela en fallo citado supra.

5 CSJN - Fallos: 268:352.

6 CSJN - Fallos: “Bussi c. Cámara de Diputados de la Nación”, de octubre de 2001, <http://ar.vlex.com/vid/-40046512>.

7 BIDART CAMPOS, Germán, Manual de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1972, pág. 65 y ss..

causa judicial a través de la cual dicha petición sea ejercida.

Ello significa, igualmente, que el juez no puede conocer ni decidir más allá de lo propuesto por las partes del litigio en la demanda y su contestación, a riesgo de vulnerar el principio de congruencia y de afectar las garantías de debido proceso y defensa en juicio, tan celosamente resguardadas por los artículos 8 inciso 1 y 25 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>8</sup>.

En definitiva, el ejercicio de la jurisdicción por un tribunal de justicia se manifiesta en una “causa” o “caso contencioso”, no sólo para interpretar el derecho y aplicarlo cuando existen derechos controvertidos, o cuando se pretende la reparación de un daño ya producido, sino también -y aún sin existencia de lesión- cuando se pretende la interpretación de una norma cuyo texto no es lo suficientemente claro y genera incertidumbre<sup>9</sup>.

## **II. Los orígenes de la acción declarativa de inconstitucionalidad – Su diferenciación de la acción declarativa de certeza: la incertidumbre de contenido constitucional**

### **1.- La acción meramente declarativa**

En la tarea de delimitar el objeto del examen propuesto, es menester considerar que las acciones meramente declarativas, como su denominación lo indica, se distinguen de las acciones de condena -que tienden a la ejecución efectiva de una prestación- por una parte, y de las acciones constitutivas de derechos -que intentan la modificación de un estado jurídico existente- por la otra, en que tienen la particularidad de agotar su cometido en la mera declaración respecto de la existencia de una relación jurídica, de un derecho, de su eficacia, de su modalidad o de su interpretación para un caso concreto, cuando dichos aspectos se encuentran controvertidos, haciendo cesar un estado de incertidumbre respecto de su vigencia y aplicación.

Su finalidad, entonces, es la de procurar certeza jurídica a una relación jurídica cuando esa incertidumbre le es perjudicial, siendo suficiente tal declaración para satisfacer el interés de quien la propone.

Al decir de Guillermo J. Enderle, en su clásica obra “La pretensión meramente declarativa” – Librería Editora Platense, 2da. Edición, La Plata, 2005, P. 23 - esta pretensión “... constituye una de las instituciones del Derecho que, con perfiles nítidamente propios y dimensiones que se proyectan en el campo de operatividad de los modernos estudios procesales, tiende a la consolidación de los aspectos que hacen a la función preventiva de la Jurisdicción, proveyéndose a la declaración de la voluntad de la ley, antes de que se lleven a cabo actos ilegítimos que produzcan consecuencias irreparables”.

En el orden federal el art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

Quedan de este modo delineados los tres requisitos esenciales para su procedencia: a)

<sup>8</sup> CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS 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; 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. Vid norma citada en [http://www.derhuman.jus.gov.ar/pdfs/CONVENCION\\_AMERICANA SOBRE\\_DERECHOS\\_HUMANOS.pdf](http://www.derhuman.jus.gov.ar/pdfs/CONVENCION_AMERICANA SOBRE_DERECHOS_HUMANOS.pdf).

<sup>9</sup> HARO, Ricardo, La Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), [www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/ artacciondeclarativadeinconstitucional/](http://www.acadec.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeinconstitucional/).

un estado de incertidumbre jurídica sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica; b) que fuere susceptible de producir al actor un perjuicio o lesión actual y c) que no pudiese ser evitada por otro medio legal.

Si, además, la incertidumbre que se pretende despejar tiene contenido constitucional, entonces estaremos en presencia de una acción declarativa de inconstitucionalidad, conforme se verá seguidamente.

La finalidad declarativa de esta acción, su efecto de cosa juzgada material -en cuanto lo decidido resulta obligatorio para las partes del litigio- y la imposibilidad de ejecución que se deriva de su naturaleza, han sido claramente explicitados en un fallo reciente emanado del Máximo Tribunal de la Nación, en el que se expresó:

*"...La pretensión declarativa se satisface con la mera declaración que pone fin a un estado de incertidumbre respecto de una relación jurídica, de modo tal que su efecto es producir cosa juzgada. Como su propósito es la obtención de seguridad jurídica sobre un punto controvertido, no es susceptible de ejecución procesal forzada"*<sup>10</sup>.

En cuanto a su trámite, debe señalarse que el mismo se encuentra regulado en la segunda parte de la norma ya citada en cuanto prescribe: *"El Juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida"*, disposición que debe ser completada con lo dispuesto en el artículo precedente en cuanto, al regular el juicio sumario establece que será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498 -juicio sumarísimo- a los procesos de conocimiento de menor contenido económico, o bien *"cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección o en los demás casos previstos por este Código u otras leyes"*, precisando seguidamente que *"si de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor no procediere el trámite de juicio sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde"*.

En definitiva, en función de lo peticionado por el interesado en el escrito de interposición de la demanda declarativa, de conformidad con las pruebas acompañadas, y atendiendo a la urgencia requerida por las circunstancias del caso para reparar la presunta lesión que se denuncia, el juez interviniente deberá resolver, en su primera providencia, el trámite que deberá imprimirse a la pretensión deducida.

## **2.- La acción declarativa de inconstitucionalidad**

Sobre el origen y la trascendencia de la A.D.I. ha señalado prestigiosa doctrina: *"la acción declarativa de inconstitucionalidad es una de las novedosas vías procesales para la actuación de dicho control, y que como en tantas otras loables circunstancias, ha nacido no de la norma legislada, sino del ingenioso desarrollo jurisprudencial de nuestro más alto tribunal, en virtud del ejercicio de un poder constituyente material que le permite, como intérprete final de la Constitución, fijar el sentido y los ámbitos de actuación de las normas supremas"*<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> CSJN - "Recurso de Hecho en Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ comisión de energía atómica" del 26-05-2010, en el voto del Ministro Ricardo Lorenzetti, <http://ar.vlex.com/vid/-250970526>.

<sup>11</sup> HARO, Ricardo, "La Doctrina Judicial...", ya citado, págs. 1/2..

En ese contexto, es dable definir la acción declarativa de inconstitucionalidad como un proceso constitucional autónomo y de excepción, de trámite sumario o sumarísimo, como una de las herramientas fundamentales de que disponen los justiciables para ejercer de control y la defensa de sus derechos y garantías constitucionales y salvaguardar la supremacía constitucional, tanto en el orden nacional como en los diferentes órdenes provinciales.

A diferencia de la acción declarativa de certeza, cuyo objeto es despejar una incertidumbre respecto de una cuestión de hecho o de derecho común -si bien puede llevar inserta por vía indirecta una cuestión constitucional- la acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por objeto el análisis de la adecuación constitucional de un acto normativo determinado, de alcance general, y su finalidad es la consiguiente declaración de invalidez o inaplicabilidad de la norma irregular.

Su deducción supone, entonces, una relación jurídica integrada por las partes de autos (sujetos), que tienen por finalidad obtener la resolución jurisdiccional de un conflicto (objeto), causado por la existencia de una norma que se reputa inconstitucional (causa); manifestando el accionante su interés jurídico (lesión) en promover la acción, aspecto que guarda una íntima relación con el estado de incertidumbre que debe ser remediado, buscando precaver los efectos de actos en ciernes -a los que se atribuye ilegitimidad- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (fin), por medio de la declaración de inconstitucionalidad de la norma reprochada por transgredir el orden jurídico fundamental.

En el orden federal, la acción declarativa de inconstitucionalidad que tramita ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pesar de carecer de regulación positiva, tiene recepción reciente en la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación<sup>12</sup> como vía excepcional de realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica<sup>13</sup> cuando se dan los requisitos de su intervención en instancia originaria y en el marco de la acción meramente declarativa regulada en el art. 322 de código adjetivo de la Nación, ya enunciado. Al respecto es oportuno señalar que si bien los ordenamientos provinciales receptan ampliamente la acción declarativa de inconstitucionalidad, en sus respectivas normas fundamentales o en sus códigos adjetivos, en el orden federal la admisión de esta herramienta procesal, como una entidad diferente de la acción meramente declarativa sobre la cual se injerta, ha sido el fruto de una larga evolución doctrinaria y jurisprudencial.

Originariamente, y con miras a resguardar celosamente el principio de división de poderes<sup>14</sup>, el planteamiento de una cuestión constitucional sólo era admitido por la Corte por vía incidental, indirecta o de excepción, quedando excluidas las declaraciones judiciales directas de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes del Estado, cuando su aplicación no se hubiese cuestionado en una controversia entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional<sup>15</sup>, no respondiendo al concepto de "caso" la pretensión ejercida a través de una acción declarativa.

En ese marco jurisprudencial y a pesar de la incorporación de la acción meramente declarativa al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en 1968, mediante la Ley 17.454, durante largo tiempo la Corte rechazó sistemáticamente las cuestiones de inconstitucionalidad que se pretendía encauzar a través de ella, con sustento en que esa

---

12 CSJN - Fallos: 310:142 en "Gomer c/ Provincia de Córdoba", del 03-02-1987.

13 PEYRANO, Jorge W., Cuestiones Procesales Modernas, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 58.

14 CSJN - Fallos: 242-353 de 1958 en "Hogg...".

15 CSJN - Fallos: 256:104 de 1963 en "Bco. Hipotecario Nacional c/ Provincia de Córdoba".

vía se encontraba reservada a cuestiones regidas por el derecho común<sup>16</sup>, y en que la acción declarativa no constituía una verdadera “causa judicial” en la doctrina de esa Corte, por lo que ese Tribunal no se hallaba constitucionalmente habilitado para efectuar declaraciones de inconstitucionalidad generales y abstractas<sup>17</sup>.

Argumentó igualmente el Tribunal Cimero que no resultaba un óbice para el sostenimiento de esa doctrina el reconocimiento de la existencia de acciones declarativas de inconstitucionalidad en algunas provincias del Estado federal por cuanto lo allí resuelto quedaba reservado al ámbito jurisdiccional local<sup>18</sup>.

Al decidir de tal modo la Corte ratificaba su posición de que una mera cuestión declarativa resultaba ajena a la instancia extraordinaria, reiterando su doctrina sobre la inexistencia en el orden nacional de la acción declarativa de inconstitucionalidad<sup>19</sup> y a la imposibilidad de ejercer el control de constitucionalidad fuera de los casos que culminaban con una sentencia de condena<sup>20</sup>.

Recién en 1985, en el fallo dictado en autos “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Y.P.F.”<sup>21</sup> -con antecedente en un voto del Ministro Fayt en el caso “Hidronor c/ Provincia de Neuquén”, en sentido concordante con el dictamen del Procurador General de la Nación, en orden a la inexistencia de obstáculos de índole constitucional para que se admita el carácter de “causa” que inviste el ejercicio de las acciones declarativas regladas por el artículo 322 del CPCCN- la Corte reconoció explícitamente la posibilidad de plantear una cuestión constitucional a través de esta acción, persiguiendo una declaración preventiva, que impida poner en vigencia una norma -tributaria, en aquel supuesto- contraria al orden constitucional.

En la causa referida, el Tribunal advirtió que la solicitud de declaración de certeza efectuada no tenía carácter simplemente consultivo ni importaba una indagación meramente especulativa, siendo la acción ejercida un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés del proponente, antes de que la lesión a los derechos constitucionales de la actora se hubiese configurado, y llegó incluso a reencauzar la acción -originariamente deducida como amparo- en el marco del art. 322 considerado, por entender que puede prescindirse válidamente del *nomen juris* utilizado por el actor, atendiendo a la real sustancia de la pretensión ejercida, en consideraciones que por su trascendencia merecen ser aquí reproducidas.

Así, el Máximo Tribunal de la Nación admitió expresamente que: *“parece evidente que la acción declarativa que, como el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de daño consumado en resguardo de los derechos, es un medio plenamente eficaz y suficiente para satisfacer el interés de la actora que, en las actuales circunstancias, se agota en una mera declaración de certeza”*.

Subrayó asimismo la Corte, en el referido pronunciamiento, el carácter esencialmente preventivo de este proceso, al decidir: *“Que como se advierte, la provincia persigue una declaración preventiva que impida que, en la oportunidad de ponerse en vigencia la ley que dictó su legislatura, el Estado Nacional concrete las medidas anticipadas en los telegramas mencionados anteriormente y que funda en las normas legales citadas. Se está, por consiguiente, frente a una solicitud de declaración de certeza, porque no tiene carácter simplemente consultivo ni importa una indagación meramente especulativa,*

---

16 CSJN - Fallos: 286:76 de 1973 en “SA SAFE Agropecuaria...”.

17 CSJN - Fallos: 266:313; 273:63; 289:238, entre muchos

18 CSJN - Fallos: 255:86 de 1963 en “Ruiz...”

19 CSJN - Fallos: 265:225; 256:386; 263:351; 262:136, entre otros.

20 CSJN - Fallos: 255:88 en “Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro...”

21 CSJN - Fallos: 307:1379 de 1985.

*sino que responde a un "caso" y busca precaver los efectos de un acto en ciernes al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto."*

Resulta de interés destacar, finalmente, que para encauzar la pretensión ejercida como acción declarativa -originariamente era una acción de amparo<sup>22</sup>- el Tribunal entendió que en ese supuesto se habían configurado las exigencias requeridas para la existencia de un caso judicial en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que cita<sup>23</sup>, en cuanto se cuestionaba una actividad administrativa que tenía concreción bastante y que afectaba un interés legítimo, provocando un grado de afectación suficientemente directo.

Ello así, para que una acción declarativa de inconstitucionalidad resulte admisible ante la jurisdicción constitucional **se requiere la existencia de un agravio constitucional actual o inminente**, planteado por quien posea un interés legítimo y suficiente, en relación a intereses o asuntos no excluidos expresamente del control judicial, siempre y cuando esta acción sea la única vía posible para que el juez declare la existencia y el alcance de los derechos constitucionales en conflicto, debiendo el interesado alegar y probar la inconstitucionalidad que se denuncia, la que en caso de ser declarada sólo tendrá como efecto su inaplicabilidad al caso concreto.

De este modo, a través del ejercicio de la función jurisdiccional, la magistratura constitucional podrá **otorgar certeza a los derechos controvertidos, aún antes de que se produzca lesión alguna y, consecuentemente, garantizar la seguridad jurídica allí donde están en peligro los derechos y garantías constitucionales.**

Así lo reconoció nuestro Tribunal Címero al expresar que: *"El pedido de declaración de inconstitucionalidad de una norma importa el ejercicio de una acción directa de inconstitucionalidad, de aquellas que explícitamente la Corte ha admitido como medio idóneo, ya sea bajo la forma del amparo, la acción de mera certeza o el juicio sumario en materia constitucional, para prevenir o impedir las lesiones de derechos de base constitucional"*<sup>24</sup>.

En síntesis, en la acción declarativa de inconstitucionalidad el estado de hecho que configura su sustrato se funda en la **duda razonable respecto a la constitucionalidad de la norma de alcance general impugnada** por el accionante, **una incertidumbre que se proyecta en las relaciones, deberes y derechos de las partes enfrentadas en el litigio**, siendo el fin perseguido obtener una resolución judicial por la cual se declare que la norma impugnada resulta violatoria del orden constitucional vigente, conforme al principio de supremacía constitucional<sup>25</sup>, poniendo fin al estado de falta de certeza respecto a la validez de dicha norma en virtud del cual se requirió la intervención del órgano jurisdiccional. Resta señalar sobre el particular que la doctrina nacional considera que la incertidumbre requerida a los fines de pretensión constitucional analizada, que algunos llegan a definir como **"un estado de perplejidad"**, puede verificarse en dos supuestos: en relación a la **oscuridad de la norma en sí misma**, la que por su falta de claridad conceptual resulta susceptible de generar tal estado de incerteza, o bien respecto de un **acto normativo** -aún claramente formulado- no ya considerado en sí mismo sino **en relación a otros de jerarquía superior**, es decir, en cuanto resulta susceptible de contradicción con el bloque constitucional vigente<sup>26</sup>.

22 Del mismo modo, en "Edesur...", CSJN Fallos: 320:1093.

23 CS E.E.U.U. Aetna Life Insurance Co. c. Havorth, 300 U.S. 227.

24 CSJN - Fallos: 320:690 de 1997 en "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Provincia de Buenos Aires y otro".

25 T.S.J., Sala Electoral, "La Falda - Departamento Punilla", Auto n° 73 del 13/12/2005; "Murcia", Auto n° 41 del 2/12/2011.

26 TORICELLI, Maximiliano (2005) La acción de inconstitucionalidad en Derecho Procesal Constitucional, coordinador Pablo Luis Manli, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 272..

En consecuencia, cuando lo que se cuestiona es la contradicción de una norma con otra de jerarquía no constitucional, o bien, cuando se hace un planteo de supuesta inconstitucionalidad sin fundamentar suficientemente la existencia de contradicción entre una norma y un principio o un derecho constitucional, la acción no puede ser admitida.

### III El carácter preventivo de la acción declarativa de inconstitucionalidad

Tal como ha enfatizado la Corte, en el orden federal la acción declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva y no requiere la existencia de un daño consumado en resguardo de los derechos<sup>27</sup>. El planteo oportuno de la cuestión constitucional sigue siendo motivo de debate en la doctrina; ello así toda vez que la exigencia de lesión actual contenida en el art. 322 de la ley adjetiva debe ser considerada en consonancia con la naturaleza preventiva de la acción declarativa.

Al decir de la Corte Suprema de Justicia, **la actualidad del perjuicio se deriva de una actividad explícita del poder administrador que importe la manifestación inequívoca de su voluntad de aplicar la norma que se cuestiona en su adecuación constitucional y que se cierne como una amenaza sobre el posible afectado**<sup>28</sup>.

Sin embargo, en casos de innegable trascendencia institucional la Corte ha obviado la exigencia de ese requisito admitiendo la acción declarativa y aún declarando la inconstitucionalidad de la norma debatida, pese a la ausencia de actividad de la Administración<sup>29</sup>, doctrina que fuera retomada más recientemente en “Aguas de Formosa S.A.”, pronunciamiento en que la Corte transformó la acción de amparo deducida en acción declarativa, haciendo lugar a la medida cautelar solicitada, por el sólo hecho de haberse dictado la ley y sin actividad concreta por parte del Estado provincial demandado<sup>30</sup>.

El Código Procesal Constitucional de Tucumán, al regular expresamente la acción declarativa de inconstitucionalidad, en su artículo 89 prevé que ella puede deducirse con el objeto de *“obtener la declaración de inconstitucionalidad total o parcial de una norma legal o disposición normativas con fuerza de ley, provincial o municipal, o de reglamentos u ordenanzas provinciales o municipales, o actos administrativos, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una relación jurídica, siempre que esta falta de certidumbre pueda producir un perjuicio o lesión al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”*, petición a la que se le imprimirá el trámite sumario fijado en el Código de Procedimiento Civil y Comercial Provincial.

Más adelante, en orden al interés susceptible de ser ejercido, establece en su artículo 90 in fine que *“El caso contencioso a que da lugar una acción declarativa de inconstitucionalidad no se limita a las cuestiones de índole económica de interés privado del justiciable, sino que comprende la defensa por parte de cualquier persona o asociación de los intereses públicos que se encuentran protegidos explícita o implícitamente por el orden jurídico nacional y provincial o internacional aplicables en la Provincia”*.

En ese marco, no caben dudas que como presupuesto habilitante para la interposición de una A.D.I. se requiere que la norma cuestionada en su constitucionalidad haya sido efectivamente sancionada, pues el sistema de control constitucional argentino sólo está diseñado respecto de normas del ordenamiento jurídico que se encuentren vigentes y

27 CSJN – Fallos: A.G.U.E.E.R.A., ya citado, entre muchos.

28 CSJN – Fallos: 310:142 en “Gomer...”, ya citado, y 310:609 en “Newland...”, entre otros.

29 Así lo entendió la Corte en los casos “Fayt...” -Fallos: 322:1616-; “Iribarren...” -Fallos 322: 1251- y “Reutemann...” -Fallos 317:1195.

30 Cfr. fallo citado en La Ley 2011-C-250.

puedan, por ende, generar efectos jurídicos<sup>31</sup>.

El problema se plantea, en cambio, en relación al **tiempo** en que esta acción **debe deducirse**: en forma preventiva, es decir **antes de la efectiva aplicación de la norma cuestionada respecto del presunto afectado, o cuando su aplicación se cierne sobre el particular como una amenaza actual o inminente, o cuando el mandato legal ha tenido actos de concreción suficiente por parte del Estado administrador, o después de producida la lesión, o en cualquier tiempo.**

La primera solución, esto es la deducción de la acción antes de que se produzca la lesión constitucional, es mayoritaria, y responde a la naturaleza de esta acción, conforme ha quedado consagrado por la jurisprudencia federal, en el sentido que, por ser ella esencialmente declarativa y de carácter preventivo, a diferencia del amparo que se perfila como un remedio reparador de la lesión constitucional ya concretada, exige que la tutela judicial sea instada **antes de producida la lesión a los derechos constitucionales que se invocan.**

Sin embargo, en algunas regulaciones locales se admite que la A.D.I. sea deducida a posteriori, dentro de un plazo acotado previsto en un plazo de treinta a sesenta días de la sanción de la norma o de producida la afectación o lesión constitucional que se denuncia. En otras provincias argentinas se consagra la vía originaria para la defensa de derechos esenciales, sin plazo de caducidad para su interposición y si, por el contrario la acción se ejercita en defensa de derechos de contenido patrimonial, ella sólo podrá deducirse dentro del plazo de caducidad fijado por las leyes adjetivas. Vencido dicho plazo o no concurriendo los requisitos formales o sustanciales fijados por los ordenamientos locales para la admisibilidad y procedencia en instancia originaria, podrán los presuntos afectados acudir a las vías ordinarias, impetrando el control constitucional a través de una acción mere declarativa de exclusivo contenido constitucional o en la que la cuestión constitucional se inserte en la causa principal como defensa o excepción de inconstitucionalidad, con eventual control por vía recursiva del Superior Tribunal provincial.

A modo ilustrativo, corresponde considerar lo dispuesto por el artículo 786 del Código Procesal Civil misionero cuando, al regular la demanda de inconstitucionalidad dispone que la misma *“se interpondrá ante el Superior Tribunal de Justicia dentro del plazo de treinta (30) días computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor. Después de vencido ese plazo, se considerará extinguida la competencia originaria del Superior Tribunal sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados”*<sup>32</sup>.

Así lo prevén igualmente los ordenamientos adjetivos de Mendoza (art. 233 inc. II C.P.C.), La Rioja (art. 386 C.P.C.) y Tierra del Fuego (art. 316 C.P.C.), que habilitan a deducir la acción dentro de los treinta días de producida la lesión, habiéndose precisado que dicho plazo debe computarse desde la fecha de promulgación de la norma debatida -más allá de que la misma reitere el contenido de una norma anterior<sup>33</sup>- o desde que se haya producido una afectación diferenciada a los intereses del peticionante.

Una solución diferenciada adopta la ley adjetiva de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto en su art. 684 dispone que si la lesión que se denuncia afecta derechos patrimoniales, la acción directa ante la Corte provincial deberá deducirse dentro de los treinta días de producida la lesión; transcurrido ese plazo, el interesado deberá plantear la

<sup>31</sup> CSJN - Fallos: 210:855, entre varios.

<sup>32</sup> Disposiciones de similar tenor se encuentran en los C.P.C. de BUENOS AIRES, SALTA y SAN LUIS, conforme se explicitará luego, al tiempo de considerar el plazo de interposición de la A.D.I.

<sup>33</sup> Cfr. TORICELLI, Maximiliano, op. cit., pág 315/316, en comentario a jurisprudencia de la Corte Suprema de Mendoza, que cita.

cuestión constitucional por vía ordinaria -pudiendo llegar ante la máxima instancia provincial por vía de recurso-; en cambio, si lo que se denuncia es la afectación de derechos personalísimos o cuando se cuestionan normas de carácter institucional, o cuando la acción se deduce en forma preventiva, es decir cuando la norma no ha sido aún aplicada respecto del interesado, deberá interponerse sin plazo -art. 685 C.P.C.-.

Por último, es dable destacar que el Código Procesal Constitucional de Tucumán ya evocado establece, sobre el punto, en su artículo 90, inciso 1° que *“La demanda debe interponerse dentro del plazo de sesenta (60) días corridos a contar desde la publicación oficial de la norma cuestionada, la notificación o conocimiento del acto administrativo. La caducidad del plazo no impide la articulación de la cuestión constitucional por vía de excepción, si en atención a las circunstancias del caso, correspondiere.”*

En Córdoba, el ejercicio del control de constitucionalidad opera a través de ese doble sistema, habiendo sido consagrado el control concentrado, por vía originaria, en la Carta Magna provincial ya desde 1923, en su artículo 132 inciso 1°<sup>34</sup>, mediante el ejercicio de la acción autónoma de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, resultando, entonces, Córdoba la primera provincia argentina en reconocer constitucionalmente esta potestad de la máxima instancia jurisdiccional local como garante de la supremacía constitucional y del orden jurídico<sup>35</sup>.

El texto originario difería ligeramente del actual, en cuanto disponía: *“Art. 132- El Tribunal Superior tiene las siguientes atribuciones, sin perjuicio de las que la acuerdan los artículos 133, 137 y 156: 1° Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyen sobre materia regida por esta Constitución y se discuta, en caso concreto, por parte interesada. 2°...”*

Resultaba, dicha disposición, absolutamente innovadora toda vez que hasta ese momento el Tribunal Superior y las Salas que lo conformaban no ejercían jurisdicción originaria, salvo en lo atinente a conflictos de competencia entre tribunales jurisdiccionales, recusación de sus Vocales o de jueces inferiores y causas sobre responsabilidad civil de magistrados y jueces de paz<sup>36</sup>.

A partir de la reforma constitucional de 1987, dicha acción ha sido atribuida en forma exclusiva y excluyente al Tribunal Superior de Justicia por el artículo 165, inciso 1, apartado “a” de la Constitución Provincial, en calidad de máximo intérprete de la carta magna provincial, norma que habilita el control directo de constitucionalidad en *“vía originaria y exclusivamente, en pleno”, a través de las “...acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en caso concreto por parte interesada...”*<sup>37</sup>.

Dicha competencia exclusiva es igualmente ratificada por el art. 11 inciso 1 apartado “a” de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 8435, que reproduce casi textualmente la norma constitucional.

A partir de la sanción del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, Ley N° 8465 -en adelante C.P.C.- vigente desde el 23 de junio de 1996, luego de un breve

34 Según proyecto despachado por la Comisión de Organización Constitucional, considerado en la Sesión de la Convención Constituyente del 17-09-1923, junto con una moción similar introducida por el convencional Julio Rodríguez de la Torre, luego reconsiderado el 06-10-23, día en que se aprobó su texto definitivo.

35 Le siguieron las Constituciones de Entre Ríos en 1933, Neuquén, Chaco, Río Negro y Formosa en 1957, en ese orden; Misiones en 1958, La Pampa en 1960 y, años más tarde, las demás.

36 Cfr. TORRES, Arturo (1943): La Constitución de Córdoba – Estudio Histórico, Editorial Ideas, Buenos Aires pág. 238 y ss.

37 T.S.J. Cba., Sala Contencioso Administrativa, “Tassile, Carlos Alberto y otros c/ Municipalidad de Río Cuarto - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Auto Interlocutorio n° 533 del 05-12-1996, entre muchos.

período de transición en que se mantiene el trámite de juicio ordinario<sup>38</sup>, y entendiendo el Tribunal Superior de Justicia que la acción autónoma de inconstitucionalidad **es una especie de acción declarativa**, se le imprime el trámite de juicio abreviado previsto en el art. 418 inc. 3° ib., con la particularidad de contar con una etapa previa de admisibilidad formal, propia del carácter excepcional de esta vía de control, en la que el tribunal procede a analizar si la acción deducida cumplimenta los **recaudos formales** necesarios para ser admitida, los cuales se fijan sobre la base de lo preceptuado por la Constitución Provincial.

Ellos son: a) que exista instancia de parte interesada; b) que el acto impugnado sea una norma que regule conductas en forma general, abstracta e impersonal, que se encuentre vigente, cuando la oscuridad de su texto genere la sospecha de su inconstitucionalidad; o cuando pese a la contundencia de su redacción, se susciten dudas sobre su adecuación a la Carta Magna<sup>39</sup>, en cuanto su contenido "*estatuya sobre materia regida por esta constitución*" y que tal regulación se postule como lesiva del ordenamiento constitucional local<sup>40</sup>; c) que haya "caso" concreto, es decir un conflicto de intereses entre partes adversas y d) que la norma regule sobre materia regida por la Constitución de Córdoba en forma originaria o mediante una reiteración de lo regulado por la Constitución Nacional<sup>41</sup>.

Ahora bien, cuando la declaración de inconstitucionalidad por vía directa no se presenta como la única vía -ni aún la más idónea- que permita habilitar el control judicial de constitucionalidad de la norma impugnada, la acción intentada deviene inadmisibles<sup>42</sup>.

Por lo demás, sólo cuando el agravio surge de manera directa e inmediata de una norma local, de carácter general, y *antes de consumarse o generarse actos aplicativos de aquella*, puede el potencial afectado, de concurrir los demás requisitos legales y jurisprudenciales de admisibilidad, proponer la acción autónoma de puro control de constitucionalidad; de lo contrario, es decir cuando la lesión constitucional ya se ha configurado la acción declarativa deviene inadmisibles, debiendo el interesado acudir a las vías ordinarias para perseguir la reparación del daño sufrido.

El distingo entre la protección constitucional "preventiva" y "represiva", configura una doctrina constante del Tribunal Superior de Justicia<sup>43</sup>, a través de la cual se ha puesto de manifiesto que nuestro régimen procesal conoce las dos vías clásicas que aseguran la efectiva aplicación del texto constitucional: la directa, por acción o demanda de inconstitucionalidad y la indirecta o incidental.

En la vía incidental, la cuestión constitucional injertada en una causa ordinaria planteada ante cualquier fuero, por vía de demanda, defensa, excepción o incidencia, puede ser juzgada por cualquier juez provincial, con conocimiento en instancia última, por vía de

38 T.S.J. Cba. "Murias de Pizarro, María Cristina c/ Provincia de Córdoba y otra - Acción de Inconstitucionalidad"- Auto Interlocutorio n° 369 del 26-08-1996.

39 Cfr. TORICELLI, Maximiliano, La Acción de Inconstitucionalidad en Argentina. Un Camino Con Luces, en: profesorjimenez.com.ar/cdroms/7jornadasderproceconst21220803/exposiciones/Toricelli.pdf.

40 T.S.J. Cba. "Barrutia, Fernando Santiago y otros c/ Provincia de Córdoba - Acción de Inconstitucionalidad", Auto n° 2 del 12-02-2001; "Milanese, Eduardo Alberto c/ Honorable Tribunal de Disciplina de Abogados de la Provincia de Córdoba - Acción Autónoma de Inconstitucionalidad", Auto n° 67 del 16-12-2008, entre otros.

41 T.S.J. Cba. "Sánchez, Héctor c/ Provincia de Córdoba y otra - Acción de Inconstitucionalidad", Auto Interlocutorio n° 287 del 03-07-1996; "Castellano, Anibal c/ Provincia de Córdoba y otro - Acción de Inconstitucionalidad", Auto Interlocutorio n° 388 del 29-08-1996; "Caradaghian, Arturo S. y otros c/ Municipalidad de Córdoba y otro - Acción de Inconstitucionalidad", Auto Interlocutorio n° 53 del 21-05-1998; "Imberti, Alberto c/ Municipalidad de Río Cuarto - Acción de Inconstitucionalidad", Auto Interlocutorio n° 96 del 18-09-1998; "Cet S.A. c/ Municipalidad de Río Cuarto - Acción de Inconstitucionalidad", Auto n° 33 del 07-09-2009, entre otros.

42 T.S.J. Cba. "Loveli S.A. - Acción de Inconstitucionalidad", Auto n° 14 del 19-04-2004, entre muchos.

43 T.S.J. Cba. "Banco Social de Córdoba c/ Municipalidad de San Francisco", Sentencia n° 50 del 05-08-83, en La Ley Córdoba, 1984, pág. 239 y ss.; "Manavella Oscar Juan c/ Provincia de Córdoba y otra - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", Auto Interlocutorio n° 536 del 12-12-96; "Martínez, José Francisco c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", Auto Interlocutorio n° 20 del 04-03-97, entre muchos.

recurso extraordinario de casación o de inconstitucionalidad, del Tribunal Superior de la Provincia, con intervención de una de sus Salas, según la materia.

En la vía directa, en cambio, y por mandato constitucional, el Alto Cuerpo conoce del caso constitucional en forma originaria y en pleno, con competencia exclusiva y excluyente, en función de lo normado en el art. 165, inc. 1º, ap. "a" de la Carta Magna Provincial, ya reproducido.

Así, mientras la vía directa trae a consideración del juez la cuestión constitucional pura, esto es, desprovista de toda otra cuestión litigiosa, la vía incidental permite llevarla "in-jertada" dentro de una controversia principal a la cual accede de forma incidental y a la cual condiciona como cuestión prejudicial.

Una y otra vía responden a situaciones y necesidades muy distintas, y en esa diferencia reside su naturaleza peculiar; pero debe quedar bien en claro que, en ambos supuestos, debe tratarse de un conflicto de intereses entre partes adversas, en el que se encuentran en conflicto derechos y/o garantías de raigambre constitucional.

En la vía incidental, el derecho del actor ha sido afectado por una violación ya consumada, y el proceso sirve para restablecer la vigencia y efectividad del orden jurídico alterado. La causa de pedir es un perjuicio concreto sufrido por aquel a quien se concede la acción, para que obtenga su satisfacción mediante la condena del infractor. Se trata, respectivamente, de una acción y una sentencia de condena, y esta última sirve de título hábil para perseguir la ejecución compulsiva del demandado.

La acción originaria, en cambio -explica el Tribunal- supone, no una violación ya consumada, sino una amenaza, una relación jurídica o un derecho en trance de verse lesionados, respecto de los cuales **se avizora una afectación derivada de la norma impugnada y que debería producirse según el curso natural de las cosas**, lo que implica la necesaria existencia de una actividad explícita por parte de la Administración orientada a hacer valer la norma que se cuestiona, respecto del presunto afectado<sup>44</sup>.

Ello así, en razón de que por los efectos meramente declarativos de la resolución que pone fin a la acción, no constitutivos de derechos, ésta resulta ineficaz para restablecer las consecuencias gravosas de un perjuicio o gravamen ya producido<sup>45</sup>.

Desde otro costado, y por imperio de la doctrina de los actos propios, la acción declarativa tampoco resulta admisible cuando a través de ella se persigue la inaplicabilidad de una ley cuya vigencia y aceptación por los presuntos afectados data de un largo tiempo y en virtud de ello, el supuesto daño que se invoca ya se ha consumado.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia reseñada precedentemente, en orden al necesario carácter preventivo de la acción declarativa de inconstitucionalidad ha sido resistida por algunos magistrados inferiores quienes integrando ese Tribunal en sustitución de algunos de sus miembros naturales -o de todos, en algunos casos- en aplicación del art. 15 primer supuesto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han tenido ocasión de expresar su disenso, siempre en voto minoritario.

Así, con motivo de una acción de inconstitucionalidad en la que se debatían derechos previsionales y que el Tribunal, por mayoría, declaró inadmisibles por entender que la lesión constitucional denunciada ya se había configurado, en su disidencia, la señora vocal sustituto doctora Nora Garzon de Bello consideró acreditados los extremos exigidos en el art. 165 inc. 1, ap. "a" de la Constitución Provincial para su viabilidad.

Por lo singular del planteo efectuado en orden al requisito bajo examen y por el valor histórico de los datos que apoyan el razonamiento formulado, resulta útil transcribir textualmente parte del voto comentado:

---

44 CSJN - Fallos: 320:1556.

45 T.S.J. Cba. "Rossi Pedro Eugenio c/ Municipalidad de Río Cuarto - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", Auto n° 78 del 07-10-2010.

*"...El primero -caso concreto-, entendido como causa judicial concreta, real y actual, no necesariamente como juicio contradictorio, en el que resulta "indiferente" que la acción que se inicie, invocándose la lesión a alguno de los derechos que reconoce, lo sea en forma "preventiva" o "una vez configurada la lesión". Lo antedicho, en función de lo que se desprende de la lectura de los Diarios de Sesiones de la H. Convención Provincial Constituyente de 1987. En efecto, frente a la moción presentada por el Convencional Sr. Gentile en el sentido de que se suprimiera este requisito, en razón de entender que la procedencia de la acción no podía limitarse a los supuestos donde la norma tachada de inconstitucional hubiera sido aplicada, criterio adoptado por la jurisprudencia en ese momento vigente (T.I, págs. 868 y sgtes.), la misma no fue aprobada, teniéndose por tal el texto del art. 132 inc. 1º de la Constitución Provincial de 1923 (T.I, págs. 874/875 y T.II, pág. 1177). Este aspecto tampoco fue modificado tras la moción de reconsideración (T.II, págs. 1957 y 1963), señalando solamente el Convencional Sr. Cafferata Nores, en relación a los efectos de la sentencia que en tal procedimiento se dicte, que "debe quedar absolutamente en claro que el fallo que se obtenga como resultado de esta acción, jamás puede interpretarse como una derogación de la ley, ordenanza o disposición legal contra la cual se haya intentado esta acción, ni tampoco que tenga efectos 'erga omnes', es decir fuera del caso concreto". Por su parte, la lectura del Diario de Sesiones de la H. Convención Reformadora de la Constitución Provincial de 1923 evidencia que, en oportunidad de introducirse esta competencia y ante una pregunta concreta del Convencional Sr. Rovelli, el Convencional Sr. Rodríguez de la Torre manifestó que correspondía al Tribunal Superior conocer y resolver en forma "originaria" acerca de la constitucionalidad de las normas y que "para ello no es necesario que se 'aplique' o se ponga en ejecución la ley contraria a la Constitución, bastará que ella se prolongue, para que desde luego pueda, por esta acción pedirse que sea abrogada..." (T.II, pág. 1976)"<sup>46</sup>.*

Tras el análisis de los restantes requisitos enunciados, concluyó la Magistrada en que no existiendo plazo de caducidad para la iniciación de la acción y no quedando su admisibilidad condicionada a la inexistencia de otros medios impugnativos idóneos, la misma no puede limitarse en base a requisitos que no surgen del texto constitucional, ni de ley alguna dictada en su consecuencia, dado que tanto la elección del "medio" empleado para obtener el control de constitucionalidad (directo o indirecto), como el de la "oportunidad" para hacerlo valer (preventivo o una vez configurada la lesión) pertenecen en forma exclusiva a la parte actora<sup>47</sup>.

En igual sentido, se expresaron otros Vocales de Cámaras Civiles de Apelaciones, negando el carácter subsidiario de esta acción y su naturaleza preventiva. Afirmaron, sobre dichos aspectos, que del texto del art. 165, inciso 1 apartado "a" de la Carta Magna local surge claramente que el constituyente no califica a la acción declarativa de inconstitucionalidad de "preventiva" o "reparativa o represiva", en cuanto al tiempo en que se produjo la lesión anticonstitucional presuntamente ocasionada por la norma general que cuestiona el interesado en caso concreto, sino que regula una acción "declarativa de inconstitucionalidad", sin aditamento alguno, en orden a la posible violación a la norma constitucional local que se vaya a producir en el futuro, cuando se aplique a un caso concreto o cuando haya amenaza de que ello ocurra, con un objetivo preventivo o bien cuando la supuesta violación ya esté consumada.

En principio -estimaron- los límites estriban en la materia constitucional local, que exista caso concreto y proposición por parte interesada, a lo que agregaron que, tratándose

<sup>46</sup> T.S.J. Cba. "Torres Schang, María Margarita c/ Provincia de Córdoba - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", Auto Interlocutorio n° 76 del 03-04-1997.

<sup>47</sup> ver igualmente "Cámara Empresarial..." A. n° 22 del 24-06-2002, ya citado, entre otros.

de valladares al acceso jurisdiccional, ellos deben ser interpretados en sentido estricto, esto es con apego a la letra de la ley, pues rige en la materia el principio *in dubio pro accione*, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución Provincial y el artículo 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

En cuanto al trámite, han observado que, a diferencia de la acción de amparo que es siempre "excepcional" y se ventila en juicio sumarísimo, la acción declarativa de inconstitucionalidad, como vía excepcional cuyo objeto es declarar la "certeza" de constitucionalidad en lo que es controvertido, requiere de un juicio cognoscitivo que puede ser abreviado o amplio, según que la lesión del derecho o garantía constitucionales se haya producido o no, para resolver en definitiva su constitucionalidad con grado de certeza, a los fines de mantener vigente la observancia del principio de supremacía constitucional, por constituir el orden público máximo, al cual se deben sujetar los poderes constituidos, sin que ello pueda ser objeto de una interpretación "excepcional" o "restringida", que deniegue *ab initio* dicho control.

Con sustento en las premisas así esgrimidas, concluyeron en que puede promoverse la pretensión declarativa de certeza, no sólo cuando el "daño" o "lesión" que se procura evitar no se ha producido -con carácter preventivo-, sino, y con mayor razón, cuando éste ya se ha producido, disipando toda duda al respecto<sup>48</sup>.

Finalmente, cabe considerar la interpretación del art. 413 del C.P.C. efectuada en una sentencia del T.S.J. de Córdoba, integrado por conjuces, con cita de doctrina en igual sentido<sup>49</sup>, en orden a que dicha norma distingue el "**perjuicio**" que ocasiona el "estado de incertidumbre" -el cual puede ser actual- de la "**lesión**" que se procura evitar -que puede ser actual o potencial- lo que no deja duda alguna cuando al final de su texto dice "aun sin lesión actual" y que, además, al guardar silencio sobre el carácter subsidiario de la pretensión declarativa de certeza, **la norma parece inclinarse por una tesis amplia, que posibilita la proposición de la pretensión mencionada, aunque el actor pudiera entablar una pretensión de condena**<sup>50</sup>.

Sobre el tópico ha precisado, luego, el Tribunal que el momento en que se concreta la lesión o violación constitucional que se denuncia no debe identificarse con la entrada en vigencia de la norma a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial, es decir cuando la norma comienza a regir, sino que **la expresión "lesión efectiva" debe asimilarse al instante en que el perjuicio ya se ha concretado, es decir cuando la disposición ha tenido aplicación práctica y efectiva y el supuesto perjuicio ya se ha consumado con relación al particular o destinatario de la norma legal**<sup>51</sup>.

#### IV. Reflexiones finales

A modo de síntesis y propiciando una solución de final abierto que merece ser repensada por los jueces que ejercen el contralor constitucional y a la luz del análisis preceden-

48 Cfr. Disidencia del Dr. Alfredo Eduardo Mooney, en Auto Interlocutorio n° 118 del 29-04-1997 in re "Ortiz, Carlos Alberto c/ Provincia de Córdoba - Acción declarativa de Inconstitucionalidad"; Auto Interlocutorio n° 272 del 15-08-1997 en "Fernandez, Raúl E. y otros c/ Provincia de Córdoba - Acción de inconstitucionalidad" y voto de los Dres. Raúl Fernandez y Silvana Chiapero en Auto n° 3 del 26-02-2004 en "Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de Córdoba y otros - Acción de Inconstitucionalidad".

49 PERRACHIONE, Mario C., La Pretensión Declarativa de Certeza en el Nuevo Código Procesal Civil (ley 8465), Foro de Córdoba, Año VII, Tomo 33, 1996, pág. 91/94.

50 T.S.J. Cba. "Fernandez, Raúl E. y otros c/ Provincia de Córdoba - Acción de Inconstitucionalidad", Sentencia n° 9 del 19-12-2000, tribunal integrado por los señores Vocales de Cámara doctores Ricardo Jesús Sahab, Víctor Armando Rolón Lembeye, Humberto Sánchez Gavier, Jorge Miguel Flores, Alfredo Eduardo Mooney, Mario Sarsfield Novillo y Ángel Antonio Gutiez -por apartamiento de sus miembros naturales-.

51 T.S.J. Cba. "Hoyts General Cinema de Argentina S.A. c/ Municipalidad de Córdoba - Acción Declarativa de Inconstitucionalidad", Auto n° 48 del 02-10-2009.

temente efectuado, es dable señalar que tanto a nivel federal, como en la Provincia de Córdoba, y en la mayoría de las provincias argentinas, la jurisdicción extraordinaria en vía originaria se habilita exclusivamente en forma preventiva, en las hipótesis en que se invoque una "amenaza" fundada de sufrir una lesión a los derechos o garantías, individuales o colectivos, de naturaleza constitucional, derivada de la eventual aplicación de una norma positiva respecto del afectado, cuando el presunto gravamen constitucional aún no se ha configurado.

Ello responde esencialmente a su naturaleza declarativa, así como a la regulación de la acción meramente declarativa contenida en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación y a su función de lograr certeza jurídica despejando una incertidumbre que, en el caso concreto, tiene contenido constitucional.

Por otro lado y sin perjuicio de sostener el carácter preventivo de la A.D.I., un sector de la doctrina estima que, no obstante ello, la acción debería ser admitida sin atender a la fecha de sanción de la norma pretendidamente inconstitucional ni a su aplicación anterior en un supuesto diferente, cuando frente a la amenaza a los derechos constitucionales del reclamante ella resulte la vía más hábil para impedir la consumación de ese daño a su respecto<sup>52</sup>.

En tal sentido, resulta pertinente traer a colación las reflexiones del Dr. Juan C. Hitters, como Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, cuando señalaba que: *"...si limitamos este instituto a la función exclusivamente preventiva y declarativa, le restamos eficiencia y le quitamos al litigante un importante armamento para atacar uno de los vicios más graves, como lo es sin hesitación, el de inconstitucionalidad"*<sup>53</sup>.

Habrá que seguir entonces atentamente la evolución jurisprudencial de este instituto procesal en orden al tiempo de su ejercicio y a los efectos de la resolución a dictar.-

---

## BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS (1972): Germán, Manual de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires.
- HARO, Ricardo: La Doctrina Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeinconstitucional/](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artacciondeclarativadeinconstitucional/)
- PEYRANO, Jorge (2005): Cuestiones Procesales Modernas, La Ley, Buenos Aires.
- PUIGDELLIBOL, María Soledad (2009): La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Provincia de Córdoba. El requisito de caso concreto y el carácter preventivo de la acción. Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal 2009, en: [www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/...declarativa/Puigdellibol.pdf](http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/...declarativa/Puigdellibol.pdf)
- TORICELLI, Maximiliano (2005) La acción de inconstitucionalidad en Derecho Procesal Constitucional, coordinador Pablo Luis Manili, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- TORRES, Arturo (1943): La Constitución de Córdoba - Estudio Histórico, Editorial Ideas, Buenos Aires.

---

<sup>52</sup> PUIGDELLIBOL, María Soledad (2009): La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Provincia de Córdoba. El requisito de caso concreto y el carácter preventivo de la acción. Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal 2009, en: [www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/...declarativa/Puigdellibol.pdf](http://www.procesal2009bsas.com.ar/pdfs/...declarativa/Puigdellibol.pdf).

<sup>53</sup> S.C. Buenos Aires, in re "Clínica y Maternidad Los Hornos S.R.L." fdel 5.3.96, L.L. 1996-D, pág. 237, citado en "Asociación de Magistrados..." Auto n° 3 del 26-02-2004, ya referido, en el voto de la minoría.

# NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE LA MUTACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

---

## NEW PERSPECTIVES ABOUT MUTATION OF CONSTITUTIONAL REVIEW SYSTEM IN ARGENTINA

---

ANDRÉS MARCELO DE GAETANO<sup>1</sup>

---

### RESUMEN:

La constitución argentina de 1853 no incluye reglas sobre el ejercicio del control de constitucionalidad; a partir de cuya ausencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adjudica una autoatribución monopólica para el diseño del sistema y su ejercicio; creando las reglas del tradicional sistema de control de constitucionalidad federal argentino. No obstante, frente a este clásico sistema, desde hace algunos años la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación propone una flexibilización del diseño original y una mutación sobre sus notas caracterizantes con vocación hacia la hibridación del sistema. Este trabajo propone la identificación y descripción de dicho proceso jurisprudencial mutativo sobre una de las notas caracterizantes del tradicional sistema de control de constitucionalidad argentino: el monopolio judicial del control; y explorar desde allí la injerencia del órgano ejecutivo en materia de control de constitucionalidad sobre normas presuntamente inconstitucionales.

### ABSTRACT

1853 Argentine constitution does not include rules about constitutional review; from whose absence the National Supreme Court of Justice takes on the self attributed monopoly of the construction of its classic rules.

However, against this classic review system, the National Supreme Court of Justice has proposed a flexibilization of the original design and a mutation on its characteres in order to promote an hybridization of the system.

---

<sup>1</sup> Abogado, Asesor legislativo en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Especialista en Abogacía del Estado (ECAE – PTN); Especialista en Gobernanza y Gobierno Abierto (USAL- ESPAÑA); Investigador (CEA/UNC – UBP). El presente trabajo se adscribe al desarrollo de la tesis EL PROCESO JURISPRUDENCIAL MUTATIVO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA: ¿Exceso o atribución judicial? para la obtención del título de especialista de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional (UBP). Correo a\_degaetano@yahoo.com.ar.

On this context, this paper proposes the identification and description of this mutative jurisprudential process on one of the most important character of Argentine constitutional review classic system -the judicial monopoly of control- in order to explore the executive branch ability for constitutional review over invalid on its face or facial challenges.

**PALABRAS CLAVE:** Control de constitucionalidad – autoatribución monopólica - mutación e hibridación- administración pública/función ejecutiva – normas presuntamente inconstitucionales.

**KEY WORDS:** Constitutionality control - self-attribution monopolistic - mutation and hybridization - public administration / function executive - allegedly unconstitutional rules.

## **I. Consideraciones Introductorias**

En 1887 Argentina inaugura el proceso gestacional de su sistema de *control de constitucionalidad* a través de los fallos “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” (1987) y “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” (1888); siguiendo los principios medulares que el fallo de la *Supreme Court Norteamérica “Marbury vs. Madison” (1803)* delineara sobre la supremacía constitucional y la competencia de la magistratura para el ejercicio de su control:

*“Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca (William Marbury v. James Madison, february term, 1803.”*

La redacción original de la constitución argentina de 1853 no incorpora reglas para el ejercicio del control, omitiendo toda prescripción expresa sobre el tema; cuestión parcialmente subsanada con la reforma constitucional de 1994 a través de la última parte del primer párrafo del artículo 43.

A partir de la ausencia de esta codificación dentro del texto constitucional, la magistratura argentina, encabezada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN en adelante), asume la tarea de completar jurisprudencialmente el olvido del constituyente, y a través de sus sentencias fue delineando sus contornos característicos, adjudicándose –en defecto- una *autoatribución monopólica* tanto para el diseño del sistema de control como para su ejercicio; gestando a través de la práctica sentencial las reglas del *tradicional sistema de control de constitucionalidad argentino*.

En el marco de dicho proceso de formulación pretoriana, se han ido definiendo los caracteres de lo que se identifica como “sistema tradicional o clásico” de control de constitucionalidad federal en nuestro país: *judicial, difuso, en el marco de una causa o controversia, a requerimiento de parte, indirecto o incidental y con efecto restringido o inter partes; fundado en la presunción de constitucionalidad de los actos estatales*; esto es, el proceso genealógico del sistema de control argentino adscripto a los fundamentos y caracteres del modelo norteamericano.

No obstante, frente a este clásico sistema de control instaurado en Argentina, desde hace algunos años la propia CSJN ha habilitado el debate sobre su rigidez y alcances,

derivando en una consecuente flexibilización del diseño original y una mutación sobre sus notas caracterizantes, con vocación hacia una *hibridación* (Pegoraro, Lucio 2002). Así, cada uno de los caracteres definitorios de este tradicional sistema se han ido cuestionando

*“(…) y las paulatinas y graduales interpretaciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido brindando en el ejercicio de su rol de último y definitivo guardián en la exégesis de la Carta Magna, parecen haber dado cierta elasticidad al modelo original” (Estevarena, Florencia, 2006).*

En tales términos, es posible evidenciar un proceso de elastización sobre los caracteres del modelo tradicional de control a través de distintos fallos de la CSJN, dando señales de un proceso mutativo sobre sus caracteres; y manifestando una *hibridación* (Pegoraro, Lucio 2002) hacia sistemas de control foráneos, trascendiendo su histórico legado norteamericano que lo ubicaba en nítida contraposición al *verfassungsgerichtsbarkeit* Kelseniano -inaugurado en la constitución austriaca de 1920-; trayendo como consecuencia que el sistema de control de constitucionalidad argentino haya dejado de ser un sistema puramente adscripto al modelo norteamericano, dirigiéndose hacia *un modelo con perfiles mixturados* (Bazán, Víctor 2010 y Ferreyra, Gustavo 2004).

Este trabajo se proyecta sobre un objetivo central, la identificación y descripción del proceso jurisprudencial mutativo sobre una de las notas caracterizantes del tradicional sistema de control de constitucionalidad argentino: el monopolio judicial del control; y explorar desde allí la posibilidad de *un control de constitucionalidad por parte de la Administración Pública*, que en cumplimiento de su deber de actuación legal debe dar vigencia a las prescripciones constitucionales no aplicando aquellas normas *presuntamente inconstitucionales*.

Esta nueva modulación pretoriana resulta en conformidad a lo ordenando por la Corte Interamericana -caso GELMAN (CIDH)-, quien ha afirmado ya la obligatoriedad de todas las autoridades públicas de llevar adelante un control de convencionalidad en el marco de sus competencias, lo cual lleva insito la potestad de realizar un control de constitucionalidad.

### **1- El control de constitucionalidad y la deliberada omisión del constituyente argentino**

El texto original de la Constitución argentina de 1853 no define expresamente un sistema de control de constitucionalidad (Dalla Via Alberto, 1997) siguiendo la tradición norteamericana:

*“Al igual que en Argentina, en Norteamérica el control de constitucionalidad tiene un proceso genealógico pretoriano: no surge de la letra de la Constitución americana, pero fue bajo el paraguas de estas ideas y circunstancias que tuvo lugar la célebre decisión recaída en el caso “Marbury vs. Madison” (1803), en el cual se materializó la idea sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (judicial review) (Highton Elena I., 2011, p. 114)”.*

*“El control de constitucionalidad de las leyes no fue diseñado expresamente en el texto constitucional argentino de 1853. A semejanza del proceso que se vislumbró en el derecho constitucional norteamericano, la fuente de la que provienen los elementos principales que configura los requisitos para que procesa el control de constitucionalidad y el enmarcamiento de su radio de acción se han gestado primordialmente en sede judicial” (Ferreyra, Gustavo 2004, p. 19).*

En este contexto, la omisión del constituyente no responde a un descuido involuntario, sino a una pretensión de conceder a la magistratura un margen de elasticidad interpretativa y creacional que le permita desarrollar con amplitud su función de árbitro com-

ponedor y moderador, concediéndole así la función del sostenimiento de la supremacía constitucional, siguiendo los fundamentos de los propios constituyentes norteamericanos (García, José F. 2003):

*“Es evidente que el lenguaje constitucional cumple un rol ideológico, ya que también a él le toca justificar una situación de poder (la enunciada en la constitución), y lograr así obediencia social. No hay por ende, estilos constitucionales neutros ni ingenuos”* (Sagues, Néstor 2007)

Así, en búsqueda de la formulación del diseño metodológico constitucional más apropiado, es decir con vocación de *futuridad* (Sagues, Néstor 2007), el constituyente argentino replicando las fuentes ideológicas norteamericanas de que [el poder judicial] *será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes (...) [y] que el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder* (El Federalista N°78, 1787), resolvió no enclaustrar en una norma la potestad de control que entendió implícita del órgano judicial; concediéndole así un amplio margen de elasticidad.

Así, nuestra constitución, extraída del modelo norteamericano, encuentra justificación y sustento en las mismas fuentes que aquel, por lo que la razón de esta omisión constitucional debe rastrearse en los escritos del Federalista, y cuya edición N° 78 ofrece una justificación para el monopolio judicial del control de constitucionalidad:

*“ (...) La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatario.”* (El Federalista N° 78, 1787).

La ausencia de una codificación expresa sobre el control de constitucionalidad dentro del plexo de la carta magna argentina de 1853, trajo consigo que la judicatura asumiera como suya no sólo dicha actividad de control, sino también la prerrogativa del diseño de dicho sistema replicando las notas caracterizantes del modelo norteamericano. Así, Argentina ha seguido en el ámbito federal<sup>2</sup> el esquema norteamericano originario (Bianchi, Alberto 2002), cuya adhesión la propia CSJN ha ratificado al expresar:

*“El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares”* (De la Torre, Lino, 1877-Fallos: 19:231)

*“Nuestro sistema constitucional tiene su fuente originaria en la Constitución de los Estados Unidos de América -es decir, una constitución rígida que adopta el principio del constitucionalismo liberal clásico de la división de poderes- y reposa en la independencia de un Poder Legislativo, un Poder Ejecutivo presidencial y un Poder Judicial que ejerce el control de constitucionalidad, (V. Dreams, 1995, Fallos 318:1154).*

Como consecuencia de su filiación norteamericana, el sistema argentino de control de

---

2 La diferencia entre el sistema de control de constitucionalidad del ámbito federal en relación a las provincias se acredita a través de modulaciones particulares en los textos y en la práctica local que promueven un distanciamiento del modelo puro norteamericano, tales como la que proponen las Constituciones de Chubut (arts. 175 y 179), entre ríos (art. 167), Formosa (art. 170 y 174), La Pampa (art. 97 y 101), Mendoza (art. 144), Catamarca (art. 203) Río Negro, Córdoba (art. 165), ciudad autónoma Buenos Aires (art. 113), Santiago del Estero (art. 194), Neuquén (art. 30), etc.

constitucionalidad federal ha conservado las notas características fundantes de dicho modelo foráneo, traducido en un poder judicial custodio y garante de la constitución que realiza de forma continua una tarea fiscalizadora de la adecuación de las normas y los actos estatales al texto constitucional en cada uno de los niveles de competencia judicial (judicial review); cualquiera sea el grado del magistrado actuante, y ante el planteo efectuado en un caso concreto o controversia donde sea puesta en duda la coherencia de dicha norma o acto, y para cuya resolución sea necesario resolver la impugnación contra ella, extendiendo los resultados de dicha sentencia sólo a las partes involucradas (Dalla Via, 1997; Bianchi, 2002; Haro, 2003; y Amaya, 2012).

De allí, que resulta posible resumir las características del sistema de control argentino como *judicial, difuso, en el marco de una causa o controversia, a requerimiento de parte, indirecto o incidental y con efecto restringido o inter partes; fundado en la presunción de constitucionalidad de los actos estatales*, conocido como regla de legalidad que se conservará mientras un magistrado no determine lo contrario y de donde deriva el control como *“remedio de gravedad y ultima ratio”*.

## **2- El proceso mutativo del control en Argentina**

Durante mucho tiempo este modelo resultó fortalecido por la CSJN, sin embargo, fue este mismo órgano el encargado de ir elastizando la rígida concepción original. Así, en los últimos años, distintos fallos inauguraron el proceso de discusión sobre la rigidez de dicho sistema de control normativo, permitiendo nuevas modulaciones sobre su alcance y ejercicio.

Conforme ello, el proceso de mutación -hibridación- del control de constitucionalidad se manifiesta en los siguientes extremos:

a) El requerimiento de pedido de parte muta hacia un control constitucional de oficio, consolidado en virtud de los fallos *“Banca Comercial de Finanzas”* y *“Mill de Pereyra”*.

Desde su instalación en 1863 hasta 1941 la CSJN no manifestó reglas concretas sobre el tema; recién en 1941, en el fallo *“Los Lagos SA Ganadera c/ Gobierno Nacional”* estableció como regla general que el control no podía realizarse de oficio, salvo cuando se tratara de mantener su independencia como poder o cuando era necesario preservar la integridad del poder judicial.

En 1983, se modifica la posición tradicional a través de las disidencias de los Ministros Bellucio y Fayt en el fallo *“Juzgado de Instrucción N° 50 de Rosario”*, lo que se reiteraría nuevamente a través de Boggiano en *“Bco. Bs.As. Building Society s/ quiebra”*, de 1998; y *“Ricci, Oscar Francisco Augusto c/ Autolatina Argentina S.A. y otro s/ accidente - ley 9688*, del mismo año.

El 27 de septiembre de 2001 en el fallo *“Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”*, la Corte se pronuncia habilitando el control de oficio que luego sería confirmado finalmente en Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra (2003).

b) La aparición de un control de tipo preventivo y abstracto de constitucionalidad, encubierto por la CSJN a través del dictado de acordadas y la creación pretoriana de la acción declarativa de inconstitucionalidad (enancada en el art. 322 del CPCCN), e incluso por las sentencias que declaran la inconstitucionalidad sobreviniente (Villarreal, Mario c/ PEN-PLN y Máxima AFJP s/amparo, 2014) y que vienen a modificar las previsiones históricas sobre la temporalidad del control (Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios, 2005) debilitando los caracteres tradicionales del sistema argentino.

c) El efecto *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad ha resultado también superado a través de las denominadas *sentencias constitucionales atípicas* (Dalla Vía, Alberto R., 2009), de la amplia legitimación otorgada a partir de la reforma constitucional de 1994 en los artículos 42 y 43 y los derechos colectivos y la admisión de la acción de clase (“Halabi, Ernesto c/ PEN - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, 2004) y la idea del *stares decisis vertical* (Buteler, Alfonso 2012. p.14) y la *vinculatoriedad de las sentencias del CSJN hacia los tribunales inferiores* y el efecto erga omnes de sus sentencias (“Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSES s/ Acción de amparo” 2014) (Sagüés, Néstor P. 2006). Así, frente al ejercicio del control de constitucionalidad en las causas traídas a su conocimiento, la magistratura nacional discurría históricamente entre 2 posibilidades sentenciales: pronunciamientos *estimatorios o desestimatorios*, según acogiera o no la pretensión de declaración de inconstitucionalidad respectivamente, cuyos efectos se dirigían a los sujetos involucrados en la relación jurídica objeto del pronunciamiento, esto es, el tradicional efecto *inter partes* propio del esquema clásico denominado *sentencias típicas*. (Sagüés, Néstor P. 2006)

En el devenir de su desarrollo, la CSJN fue elastizando dicha modulación clásica por considerarla insuficiente frente a los reclamos que involucraban intereses de un universo mayor a los sujetos pretensores, de manera que seguir resolviendo entre las posibilidades antes identificadas no satisfacía el objeto ni los intereses en pugna: esto adquirió el tenor de *sentencias o pronunciamientos atípicos* por resultar diferentes a los modos en los que tradicionalmente la magistratura venía resolviendo. En estos casos, el carácter sobresaliente representa una extensión de los efectos del pronunciamiento a personas ajenas al proceso en cuestión.

d) Finalmente, la nota tipificante de control exclusivamente judicial es extendida en virtud del reconocimiento de una nueva categoría normativa, la de *las leyes presuntamente inconstitucionales* que viene a revertir no sólo la presunción de legalidad de los actos estatales sino el monopolio del ejercicio del control, ampliando los sujetos a cargo del control. Así, la CSJN a través de algunos fallos extiende la versión clásica del control de constitucionalidad a una nueva eventualidad, la del control de las leyes por órganos de carácter administrativo; asistiéndoles a estos últimos la posibilidad de no aplicar aquellas normas denominadas de *presunta inconstitucionalidad*.

Este trabajo se sitúa a partir del análisis del fallo *Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad del año 2003*, seguido luego por los fallos *Mantecón Valdés Julio c/ Estado Nacional. R. N° 13/IX/04* y *Reyes Aguilera, Daniela C/ Estado Nacional R. 350. XLI. 04/09/2007* que luego analizaremos en profundidad.

Esta nueva modulación pretoriana resulta en conformidad de lo ordenando por la Corte Interamericana (CIDH) (Caso Gelman Vs. Uruguay, 2011), quien ha afirmado ya la obligatoriedad de todas las autoridades públicas de llevar adelante un control de convencionalidad en el marco de sus competencias, lo cual llevaría ínsito la potestad de realizar un control de constitucionalidad (Hitters, Juan C. 2013).

Tal como este breve esquema de evolución jurisprudencial pretende señalar, el clásico sistema de control de constitucionalidad argentino resulta hoy de límites y márgenes más flexibles y elásticos, trayendo consigo un proceso de mutación hacia un nuevo sistema de control normativo.

### **3- Sobre el monopolio del control judicial de constitucionalidad y las normas presuntamente inconstitucionales.**

Desde sus primeros fallos, la CSJN ha sostenido su atribución para ejercer el control de constitucionalidad, posición que ha sido reiterada en innumerables oportunidades<sup>3</sup>, siendo responsable de la apropiación excluyente y monopólica de dicha tarea fiscalizadora; afirmado inicialmente en “Municipalidad de la Capital c. Elortondo (1888)”:

*“es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderada, uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de la mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución contra los abusos posibles en involuntarios de los poderes políticos”.*

Los actuales artículos 116 y 117 de la constitución ofrecen el sustento normativo que a grandes rasgos ampara esta prerrogativa judicial, completado por la ley N° 27 a través de sus artículos 1, 2 y 3 con más la ley N° 48.

Sin embargo, a los efectos de este trabajo, no es necesario probar que el poder judicial es el órgano apto para realizar el control de constitucionalidad, sino acreditar que la función administrativa también puede llegar a hacerlo en el caso concreto, puesto que es igualmente inherente al ejercicio de sus funciones sometidas al plexo de la constitución nacional.

En tal sentido, la CSJN ofrece hoy nuevas precisiones conceptuales en el marco de sus sentencias tendientes a ampliar el control de constitucionalidad en una vocación hacia la hibridación. Esto encuentra un cauce de expresión en virtud de algunos fallos en los cuales la CSJN se expresa con un tenor bastante novedoso en referencia a las normas *presuntamente inconstitucionales* (proveniente de los fallos norteamericanos *Brown v. Board of Education of Topeka, 1954* y *Reno v. American Civil Liberties Union, 1997*, denominado *invalid on its face o facial challenges*).

Todos los fallos que serán expuestos coinciden en el desarrollo de su plataforma fáctica, en tanto coinciden en la existencia de una clara, notoria y evidente violación de un derecho humano de esencial valor través de la aplicación de una ley o reglamento normativo evidentemente inconstitucional cuya gravedad hacer revertir el presupuesto apriorístico de legalidad en la cual se funda el estado de derecho (presunción *iuris tantum*).

En el primer caso *“Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (2003)*, Pedro Cornelio Hooft, ciudadano argentino naturalizado y titular de la fiscalía del departamento judicial de Mar del Plata con 35 años de servicio promueve demanda contra la Provincia de Buenos Aires, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad para su caso, del art. 177 de la Ley Fundamental de dicha provincia, por ser contraria a la Constitución Nacional, en cuanto le cercena su derecho a ser Juez de cámara –o eventualmente de casación- al requerir para acceder a tal cargo, *“haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero”.*

Ya al inicio de los considerandos, la CSJN manifiesta el vicio de la norma en cuestión en tanto 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* (Hooft, *Consd.2, 2º párrafo*). Así, la presencia de uno de los motivos de

<sup>3</sup> Ello, sin perjuicio de recordar que Argentina adoptó durante un corto periodo de tiempo un modelo de control de tenor político, más precisamente entre 1853 y 1860, durante el cual, el texto originario de 1853 (artículos 5, 64 inc. 28, y 103) atribuía al Congreso federal la competencia de controlar las constituciones provinciales antes de su promulgación, pudiendo reprobárselas si no estaban en conformidad con la constitución federal (Bidart Campos, 1996, p. 100), traduciéndose dicha atribución en una competencia fiscalizadora e interpretativa que resolvía posibles impugnaciones entre las cartas locales en relación al texto constitucional nacional, resolviendo por la preeminencia del segundo.

discriminación categórica que los pactos internacionales prohíben hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba.

En el año 2006, a través del fallo "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo", la demandante, de nacionalidad alemana radicada en forma permanente en la República Argentina desde el año 1983 y abogada matriculada se presentó como postulante en el concurso para la Selección de Secretarios de Primera Instancia del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, pero su solicitud fue denegada con invocación del art.10.1.4 del Reglamento de Concursos donde se exigía su calidad de argentina nativa o por naturalización al efecto. Recurrió contra la decisión, pero el plenario del Consejo de la Magistratura la confirmó. Accionó consecuentemente solicitando la inconstitucionalidad de dicha disposición.

Recordando lo resuelto en el caso Hooft, la CSJN esgrimió similares argumentos tendientes a sostener el evidente gravamen constitucional que dicha disposición normativa llevaba ínsita. A tal efecto refirió a la inversión de la carga probatoria, desestimando la regla general de presunción de validez de las leyes, a partir de la cual, quien desea su inaplicación debe probar su vicio.

En el año 2007, la CSJN al momento de expedirse en la causa "Reyes aguilera c/ estado nacional", resuelve con mayor profundidad en una temática referida a prestaciones universales del sistema de la seguridad social.

La actora, de nacionalidad boliviana, y que obtuvo su radicación en Argentina, padece de una incapacidad del ciento por ciento de carácter congénito, desde su nacimiento. En tales condiciones, ante la negativa de las autoridades administrativas a concederle la pensión por invalidez por no contar con la residencia mínima de 20 años requerida a tal efecto para los extranjeros, inicia acción de amparo invocando la inconstitucionalidad de este último precepto.

La CSJN, con las disidencias de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco, resuelve a favor de la reclamante, sin dar mayores precisiones dogmáticas sobre la cuestión, lo que sería profundizado a través del voto de los Dres. Petracchi y Argibay: *esa contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad (...)* (Reyes Aguilera *Consid.11 del voto de Petracchi y Argibay*).

La conceptualización final de la cuestión alcanza su punto de mayor expresión a través del fallo "*Mantecón Valdes Julio c/ estado nacional - Corte Suprema de Justicia de la Nación - (concurso biblioteca) s/amparo*" (2008) donde el tribunal vuelve a reiterar los extremos de este tipo de normas, insistiendo también en el carácter obligatorio de sus sentencias, y haciendo un llamado ya directo a la forma en que las normas con este vicio deben ser tratadas por los demás órganos del estado en el ejercicio de sus sendas funciones.

Julio Mantecón Valdés, de nacionalidad cubana acciona contra la resolución del 13 de septiembre de 2004 por la cual se desestimó su solicitud para participar en el concurso destinado a cubrir un cargo de auxiliar de la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y contra el art. 11 del Reglamento para la Justicia Nacional (Acordada CSJN del 17 de diciembre de 1952) que sirvió de fundamento a dicha desestimación, en razón de no cumplir con el recaudo de ser argentino.

La remisión a los precedentes mencionados es puesta de manifiesto en el dictamen del mismo procurador, quien atendiendo a las pretensiones del recurrente, se refiere al deber de la administración pública y los distintos órganos de aplicación de las normas

de llevar a cabo un control ante casos de envergadura semejante, cuando las normas a aplicar lleven ínsitas una carga de discriminación so pretexto de ser reglamentarias y operatorias de un derecho constitucional más amplio:

*Sin embargo, las citadas disposiciones [en referencia a las normativas reglamentarias que establecen los requisitos para el acceso al cargo en cuestión] no imponen tarea alguna al personal administrativo que pongan en juego los fines sustanciales que el test de "Hooft" menciona. Además, y ya con referencia a los medios aludidos en "Hooft" -y a la necesidad de aplicar alternativas menos gravosas, cuando existieran- (...) (Mantecón Valdés J. c/ Estado Nacional. Nº 13/IX/04. Consid. VII) del dictamen del procurador Righi.)*

Lo que el procurador denomina TEST DE HOOFT, refiriéndose a este como mandato de la Corte a los demás órganos, hace referencia al deber de efectuar un control previo a la aplicación de toda norma infra constitucional, cuyo texto refiera al origen nacional como requisito para el acceso a un cargo público por concurso de idoneidad.

Atento ello, el test de Hooft hace las veces de un nuevo mecanismo de control de constitucionalidad que partiendo de una presunción de inconstitucionalidad de una norma, obliga a las distintos operadores del estado a tener a las normas así viciadas, pasibles de no ser utilizadas como fundamento legal de un acto administrativo.

#### **4- La supuesta imposibilidad de los órganos administrativos de efectuar el control constitucional:**

*"(...) Cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe -sin embargo- admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de éstas. Ello así porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el poder judicial, es en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede". (Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal de Salta c/ Salta" Fallos, 269:243 (1967).*

A lo largo de esta exposición se ha ratificado el ejercicio monopólico del control de constitucionalidad por parte de la magistratura. Ello, sin embargo, no es óbice para impedir la posibilidad de que dicha actividad de control sea efectuada por un órgano de otra naturaleza, en tanto es inherente el ejercicio de su función de procurar el interés público el estar sometido al texto constitucional y procurar su supremacía y la dignidad de la persona como estandarte del estado constitucional de derecho.

Esto no obstante, ha sido rechazado por la mayoría de la doctrina nacional y los fallos jurisprudenciales clásicos, de tal manera que aunque bien se reconoce la posibilidad de que la Administración Pública haga ejercicio de funciones judiciales ello no implica que sus órganos puedan hacer ejercicio del control de constitucionalidad (Sammartino, Patricio 2007). En coincidencia se pronuncia la Procuración del Tesoro de la Nación (*Dictámenes PTN 84:102; Dictamen 282/2004 - 250:41; Dictamen -/1983 - 165:119. 26 de Abril de 1983. En similar sentido (Dictámenes 67:189; 72:132; 136:400; etc.), Dictamen -/1985 -173:160. 15 de Mayo de 1985; Dict. 176:116; 192:144; 242:626).*

Sin embargo, la tradicional doctrina que considera el control de constitucionalidad de las normas como acto de mayor gravedad institucional de nuestro estado a cargo del órgano judicial, se ve ampliada por una nueva tesitura, en tanto a la idea de presunción de legitimidad de los actos de gobierno, como derivación inmediata del principio de juricidad y legalidad que envuelve a todos los órganos que ejecutan la voluntad del estado. Atento ello, la función de la administración pública excede ya por mucho la conceptualización clásica que le imputada como única misión la de ejecutar las leyes, y someterse

en todo su ejercicio al plexo normativo positivo imperante. Esta tradicional visión ha sido desbordada por el concepto mismo de interés público al que la administración esta llamada, en cuyo seno reside no sólo el cumplimiento y ejecución de normas como garantía para los administrados, sino que el concepto mismo de interés público ha mutado hoy hacia el sostenimiento de la vigencia plena de la constitución nacional y el bloque que esta integra:

*“En este tipo de estado, el principio de juridicidad no solo se satisface mediante el sometimiento formal de la función administrativa a los procedimientos legales; aquél impera, además, el efectivo y concreto aseguramiento –para todos los miembros de la comunidad– de los bienes que asegura y protege la Constitución como fuente primera de juridicidad. El estado constitucional enfatiza la juridicidad por los valores (...) El principio de juridicidad, en el estado constitucional, exige que el acto administrativo adecue su contenido y finalidad a las exigencias formales y materiales de la juridicidad por los valores que inspira hoy la constitución reformada.” (Sammartino, Patricio 2007, p. 16).*

#### **4.a- La potestad de no aplicación de normas presuntamente inconstitucionales antes del fallo Hooft.**

Tiempo antes incluso que la Corte se pronunciara a favor de la existencia de normas presuntamente inconstitucionales, se ha sostenido que la administración pública conserva la potestad de no aplicar leyes cuando están resultaren con vicios de manifiesta contradicción a la constitución nacional, pues ante un examen valorativo, mayor sería el perjuicio para la administración misma la aplicación de dicha norma que sufrir las críticas por no someter su actividad a la ley debida.

Tal fue incluso expresado por dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que parecían dispensar la ejecución de normas de dicha naturaleza (Dictámenes PTN 84:102, 189:140 y 192:144):

*“(...) puede anticiparse una resistencia generalizada que se concretará en un número creciente de pleitos que, de no darse circunstancias muy especiales, permiten prever una suerte adversa para la Administración, con los consiguientes perjuicios para esta y para los administrados. Lo más ortodoxo es que el Presidente, ante esta situación, se dirija al Congreso auspiciando la derogación de las normas impugnadas y las circunstancias pueden aún justificar que, simultáneamente se instruya a los órganos de aplicación en el sentido de que, evitar los perjuicios consiguientes, se suspenda la aplicación de la ley” (Dictamen PTN 192:144, 1990).*

En similar sentido, hacia el año 2002, la Procuración del Tesoro de la Nación resolvía que *“la jerarquía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el carácter definitivo de sus sentencias, la armonía que debe haber entre los distintos órganos estatales, y la necesidad de ahorrarle al Estado los gastos que se derivarían de acciones judiciales previsiblemente desfavorables, determina la conveniencia de que la Administración Pública se atenga a los criterios del máximo Tribunal en cuanto a la aplicación e interpretación del Derecho, aun cuando se opongan a los de la Procuración del Tesoro” (PTN 243:1 y 231:189).*

Todo esto tiene por resultado debilitar la concepción clásica del principio de legalidad y juridicidad al que está desde sus inicios sometida la administración pública, dando también lugar a la posibilidad, que luego se haría efectiva en el año 2003 con el fallo Hooft, de revertir el sentido del principio general de presunción de legalidad de las normas cuando estas evidenciaran vicios de importancia.

Esta posibilidad era simplemente tenida como una cuestión de mera economía procesal, evitando perjuicios económicos o un desgaste innecesario de recursos. Sería recién a

través del caso Hooft que la reforma constitucional de 1994, la dignidad de la persona humana y la nueva perspectiva del interés público alcanzarían real vigencia.

#### **4.b- El deber de no aplicación de normas presuntamente inconstitucionales y el implícito control de constitucionalidad después del fallo Hooft.**

Llegamos finalmente a analizar la verdadera impronta que ha tenido para la administración pública y todo el sistema de control de constitucionalidad, la decisión de la Corte en el caso *Hooft* (2003), cuestión que luego sería continuada, como ya fue explicado por los fallos *Gottschau* (2006), *Reyes Aguilera* (2007) y *Mantecón Valdez* (2008), donde nuestro más alto tribunal termina de delinear la cuestión de las normas presuntamente inconstitucionales, con un mandato imperativo a los órganos de la administración pública, de llevar a cabo previo a expedirse, y siempre que se dieran los extremos necesarios, el denominado *TEST DE HOOFT*.

Como pudo verse oportunamente, el test de Hooft resume la mecánica debida por todos aquellos llamados a aplicar una norma en el caso concreto, cuya tarea consiste en verificar previo a ello, si dicha normativa lleva ínsita un agravio manifiesto y una total incoherencia con respecto a la constitución. En caso de ser ello afirmativo, la administración tiene no solo la potestad sino el deber de no aplicar dicha normativa por ser contraria a la dignidad de la persona y el bloque de constitucionalidad al que está llamado a respetar.

La CSJN ha consolidado así el principio que junto a la presunción de validez de las normas, de donde devenía la fuerza obligatoria de los actos estatales, coexisten en simultáneo, las normas presuntamente inconstitucionales.

Tenemos así, que antes de esta *reforma*, la presunción de constitucionalidad podía sólo ser retirada a través de una efectiva declaración del órgano judicial, quien decidiendo ante un caso concreto. Actualmente y en virtud de lo innovado por la CSJN, los distintos órganos del estado pueden por sí mismos llevar a cabo un *control de constitucionalidad* y determinar que una ley o normativa particular está afectada, omitiendo en el caso concreto su aplicación, de manera tal que quien se entienda afectado por la no aplicación de estas norma presuntamente inconstitucional debe demostrar su constitucionalidad, es decir su coherencia con el texto magno.

Ello prueba la inversión de la carga probatoria, cual se encontraba antes sólo en cabeza de quien pretendía descalificar una norma. De allí tenemos pues que *“así como la norma que se supone legítima está dotada por ello de fuerza obligatoria, la disposición normativa que no goza de esa suposición general de validez carece, en principio, de exigibilidad jurídica”* (Sammartino, Patricio 2009, p. 82)

## **II. Reflexiones finales**

La omisión del constituyente en la definición de reglas expresas sobre el sistema del control de constitucionalidad en Argentina ha traído consigo un proceso de auto atribución monopólica judicial, a partir de cuya labor jurisprudencial, el máximo tribunal del país definió las notas caracterizantes de lo que se ha resuelto denominar como *sistema tradicional o clásico argentino*.

Sin embargo, nuevos pronunciamientos de este órgano manifiestan un proceso de mutación sobre los límites y alcances del sistema de control tradicional, volviéndolos más elásticos y reconfigurando sus notas caracterizantes con vocación hacia un proceso de *hibridación*.

En los términos expuestos, se transitó por una breve exposición del proceso de mutación al cual asiste el tradicional modelo de control de constitucionalidad federal argentino; ofreciendo desde allí una reflexión de aquellos pronunciamientos que habilitan el debate sobre las normas presuntamente inconstitucionales y el deber de los operadores de la administración pública de no aplicar dichas normas palmariamente viciadas en caso de encontrarse frente a estas.

Del análisis de dichos pronunciamientos se deriva una comparación entre los efectos del control de constitucionalidad -a cargo del órgano judicial- y el deber de no aplicar normas inconstitucionales por parte de la administración pública; en cuya consecuencia resulta la similitud de efectos entre ambos procesos, lo que nos conduce a reflexionar sobre la posibilidad de “habilitar/permitir” un control de constitucionalidad y una consecuente declaración de inconstitucionalidad por parte de otros poderes que no sean el judicial.

Así, reconociendo la similitud que en los efectos prácticos tanto la declaración de inconstitucionalidad por partes de los órganos judiciales, cuanto la no aplicación de normas presuntamente inconstitucionales por parte de la administración pública, traen aparejadas; en ambos casos el efecto inter partes implica en definitiva la no aplicación para el caso concreto de dicha norma encontrada contraria a la Constitución pero no la derogación general de dicha disposición.

Así las cosas, el órgano administrador lleva consigo el deber de no aplicar ciertas leyes por ser estas palmariamente inconstitucionales: *“De consiguiente, las cláusulas constitucionales, legales, las disposiciones reglamentarias o los actos generales no normativos, que resulten portadores de presunción de inconstitucionalidad, no pueden sustentar jurídicamente un acto administrativo.”* Sammartino, Patricio 2009, p. 83), en tanto *“Ciertamente, el indisoluble compromiso con el interés público y con los bienes jurídicos que por él se tutelan en el Estado constitucional, habilitan necesariamente a la Administración a examinar el antecedente de derecho aplicable (Art. 7º, inc. b), LNPA), debiendo en todos los casos dar preeminencia a la Constitución y sus valores por sobre el resto del ordenamiento infraconstitucional”* (Sammartino, Patricio 2009, p. 88)

Así las cosas, la declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de un órgano judicial, produce la inaplicación de dicho instrumento entre la partes (efecto erga omnes), de la misma manera que lo hace la decisión de no aplicar una norma en un caso concreto la administración, siguiendo los nuevos lineamientos a partir de la doctrina Hoof: *“la declaración de inconstitucionalidad en realidad constituye una declaración de inaplicabilidad”* (Bianchi, Alberto 1990 P. 343).

La similitud entre ambos mecanismos, al parecer termina de fortalecerse reconociendo también que a partir del año 2011 la CIDH en instancias de pronunciarse en el caso *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones* -considerando 193- resolvió el deber en que se hayan todos los órganos de un estado parte *“(…) de velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...);* habilitando así un control de convencionalidad por parte de la administración pública.

Restaría finalmente resolver si el ejercicio del control de convencionalidad lleva ínsito un proceso de control de constitucionalidad –lo que a todas luces resulta coherente-, y cuyo reconocimiento resolvería definitivamente la problemática expuesta en el presente trabajo; y admitiría formalmente una nueva modulación de un control de constitucionalidad mixto, de matices judiciales –por medio del cual se dirimen conflictos con fuerza de verdad legal a través de sentencias que gozan de inmutabilidad-, y administrativos –tendiente no sólo a examinar la constitucionalidad de las normas que debe aplicar como antecedente de derecho aplicable propio de la función administrativa, sino tendiente a garantizar la supremacía de la constitución en cada intervención en paridad a la máxima misión de nuestra Suprema Corte.

---

#### BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, Jorge A. (2012). Control de constitucionalidad. Buenos Aires, Astrea.
- BADENI, Gregorio. (2012) Tratado de derecho constitucional. Buenos Aires, La Ley, (7ma edición).
- BAZÁN, Víctor. (2010). “En torno al Estado de derecho, la justicia constitucional y la tutela de los derechos fundamentales, con particular énfasis en América Latina”. Anuario iberoamericano de justicia constitucional. Documento en línea: (<https://dialnet.unirioja.es/revista/4240/A/2010>) (10/05/2018)
- BIANCHI, Alberto B. (2002). Control de constitucionalidad (Vol. 1) (2da. ed.). Buenos Aires, Abaco.
- (1990). Control de Constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales. Buenos Aires, Abaco.
- BIDART CAMPOS, Germán. (1996). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires, EDIAR.
- DALLA VIA, Alberto R. (1997). “La justicia constitucional en Argentina”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. N°1, 1997, Pp. 35-48.
- (2009) “Modelos, tribunales y sentencias constitucionales”. La Ley, A, 1158.
- EL FEDERALISTA N° 78 (1787). PUBLIO.
- ESTEVARENA, María F. (2012). “Las sentencias constitucionales y el control de constitucionalidad en Argentina. ¿Nuevo paradigma?”. Revista Jurídica UCES. N°16, 119-128.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2005). “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo – kelseniano”. Pensamiento Constitucional, N° 11. Documento en línea (<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7678>) (05/12/2018)
- FERREYRA, R. Gustavo. (2004). “La Corte Suprema de Justicia argentina y el control de constitucionalidad: vicisitudes y restos del papel institucional del tribunal”. En Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 47, págs. 13-44. Documento en línea (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1705658.pdf>) (19/02/2019)
- GARCIA, José F. (2003). “El control de constitucionalidad en el federalista y los fundamentos de una sociedad libre”. Revista chilena de derecho, vol. 30 N° 3, pp.491-514.
- HARO, Ricardo. (2003). Control de constitucionalidad. Buenos Aires, Zavalía.

- HIGHTON DE NOLAZCO, Elena I., (2011). “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, Bogdandy, Armin von et al. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*. T. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-MaxPlanck Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011. Documento en línea (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>) (20/02/2019)
- MILLER, J. GELLI, M. A. CAYUSO, S. (1992) *Constitución y Poder Político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*. Buenos Aires, Astrea.
- MILLER, JONATHAN. (2006) “Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina”. En *Revista UDT*.
- PEGORARO, Lucio. (2002). “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 6, pp. 393-416.
- SAGUES, Néstor P.  
(2001). *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires, Astrea.  
(2004). “Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina”. *Foro constitucional iberoamericano*, N°. 8, 2004.  
(2006) “Las sentencias constitucionales exhortativas”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 4, nro. 002, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile.
- SAMMARTINO, Patricio.  
(2009). “La causa y el objeto del acto administrativo en el estado constitucional”. *Revista Ediciones Especiales Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*.  
(2007) *La noción de Acto Administrativo en el estado constitucional*. Bs. As, Argentina.
- VANOSSI, Jorge R. (2004). “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina”. En *Visiones de una Constitución*, Jorge A. Amaya (Director) Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires.

# DIRECTRICES para AUTORES

---

## Aspectos generales:

Los textos deberán ser originales e inéditos y deberán ser enviados a la **Secretaría de la Revista Derecho y Salud** (en formato .doc o .docx), al correo electrónico **idi-das@ubp.edu.ar**. En el correo electrónico, los originales deberán ir acompañados de un **teléfono** y **dirección postal** de contacto del autor. Se aceptarán artículos unipersonales o grupales, con un límite de tres autores.

Una vez recibido el trabajo, el Consejo Editorial lo revisará durante los quince días hábiles posteriores y, si lo considera de interés y cumple con los requisitos formales de presentación, será enviado a **revisión de pares** para su evaluación, informando de ello al autor. En ningún caso la recepción del material supone la aceptación para su publicación. Resuelta la evaluación (la que no podrá superar los cuarenta y cinco días desde la comunicación de envío a revisión), se comunicará la decisión sobre la aceptación o no del trabajo para su publicación. La revisión será llevada a cabo por docentes e investigadores de las más destacadas Universidades de Latinoamérica y Europa, como así también por expertos provenientes de organismos e instituciones públicas y privadas del ámbito nacional e internacional. Cuando sea necesario, conforme a la evaluación, la Secretaría podrá contactar con el autor para acordar mejoras en la redacción, en los aspectos formales o en el contenido del texto enviado, para su publicación.

Al enviar un artículo los autores **adquieren el compromiso de garantizar la originalidad** de su trabajo y de la **inexistencia de plagios en su texto**, incluido el **auto-plagio** o **publicación duplicada**. Los autores asumen, además, la obligación de **no enviar su artículo a otra Revista** hasta tanto no haya recibido una resolución favorable o negativa de la evaluación.

## Aspectos particulares:

### *Extensión y diseño*

- La extensión mínima de los artículos será de 15 páginas y la máxima de 30 (incluyendo resumen, palabras clave, notas al pie de página y referencias bibliográficas);
- Hoja tamaño A4;
- Interlineado del texto a 1,5, salvo en las notas a pie de página, que será sencillo;
- Márgenes superior e inferior a 2,5 cm e izquierdo y derecho a 3 cm;
- El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos;
- El texto debe estar justificado.

**Idioma**

El idioma de las presentaciones será en castellano, inglés, italiano o portugués. Los artículos en otros idiomas serán publicados según su temática, previo acuerdo del Consejo Editorial de la Revista. En su caso, de ser un idioma poco frecuente en el mundo académico, estos artículos podrán ser traducidos por juristas que dominen la lengua, a propuesta del Consejo Editorial, el nombre de la persona que realice la traducción deberá figurar necesariamente en el artículo.

**Estilo y tamaño de letra**

- Para el cuerpo: letra Calibrí, tamaño 11;
- Para las notas al pie de página: letra Calibrí, tamaño 10.

**Precisiones sobre el texto**

- En ningún caso se usará negrita en el interior del texto. La negrita estará reservada sólo a la división del texto, como se indica a continuación.
- No se permite el subrayado de palabras para ser destacadas. En todo caso, de querer destacar algún concepto, debe hacerse o bien entrecomillado, o bien en cursiva.

**División del Texto**

- Título:

Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en Calibrí, en mayúscula sostenida y en negrita, tamaño 13. Debajo del mismo debe indicarse el título traducido al inglés.

- Autor:

Deberá constar debajo del título, en cursiva y centrado, en Calibrí, tamaño 11. La primera nota al pie de página hará referencia a sus datos personales: condición profesional, títulos académicos, referencias a Proyectos de Investigación en el que se desarrolla el artículo y correo electrónico. Los autores deberán informar, en este apartado, su **número de ORCID**. De no tenerlo, debe gestionarlo gratuitamente a través de [www.orcid.com](http://www.orcid.com).

- Resumen y Palabras Clave:

Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen / abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y deberán aportarse, además, cinco palabras clave / keywords. Tanto el resumen como las palabras clave deberán ubicarse antes de comenzar el texto, justificadas, con interlineado a 1,5 y letra Calibrí, tamaño 11.

La forma de organizarlo será la siguiente: primero, el resumen y el abstract y, luego, las palabras clave / keywords.

- Enumeraciones:

Títulos: en número Romano, seguido de un punto. Epígrafes: en números ordinarios, seguido de un punto. Subepígrafes: en letras, seguido de un punto.

Ejemplo:

- I. Título
1. Epígrafe
- A. Subepígrafe

En ningún caso se usará mayúscula sostenida ni versalita.

### Citas y Referencias Bibliográficas

Las citas deberán ir entrecomilladas y en cursiva. Cuando superen las 30 palabras, deberán ir en párrafo aparte, con un centímetro menos en cara margen y se hará referencia, en la primera oportunidad, con el mismo estilo que la Bibliografía, indicando siempre el número de página. Si se indicase nuevamente la fuente, se indicará el autor, el año de publicación y, seguido, *Op. Cit.* (en cursiva), con el número de página.

Ejemplo:

CARRANZA, Martín Adrián (2006): *Op. Cit.*, p. 135.

Al finalizar el texto, se indicarán las fuentes ordenadas alfabéticamente, bajo el título de Referencias Bibliográficas, siguiendo las indicaciones:

- **Libros:**

Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis: *Título de la obra en cursiva*, editorial, lugar de publicación.

Ejemplo:

BARONE, Pamela María (2015): *Derecho sanitario argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Esta cuestión aplica a diversos tipos publicaciones de un mismo autor.

Ejemplo:

BARONE, Pamela María (2015a): *Cuestiones actuales del derecho sanitario argentino*, Marcial Pons, Madrid.

BARONE, Pamela María (2015b): *Salud pública en España*, CEPC, Madrid.

- **Capítulos de Libros:**

Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis, título del capítulo entrecomillado, apellidos en mayúscula e inicial del nombre de pila de los editores o coordinadores y la mención abreviada de esta categoría (ed./dirs./coord.), título del libro en cursiva, editorial, lugar de publicación, páginas del capítulo (acompañadas de la sigla pp.).

Ejemplo:

SÁNCHEZ, Andrea Cecilia (2015): "La legitimación activa del defensor del pueblo en Córdoba" en BERNAL, Germán Esteban (dir.): *El futuro del defensor del pueblo a nivel provincial en Argentina*, Advocatus, Córdoba, pp. 256-289.

- **Artículos de Revistas científicas:**

Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis, título del artículo entrecomillado, nombre de la revista en cursiva, número del ejemplar, editorial, lugar de publicación, páginas del artículo (acompañadas de la sigla pp.). Sólo en el caso de que el artículo posea DOI (*Digital Object Identifier*), se debe acompañar el link al final.

Ejemplo:

SANTAMARÍA, Juan Andrés (2016): “El federalismo plurinacional como forma de reestructuración de la divergencia territorial”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 78, CEPC, Madrid, pp. 259-286, doi: <https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

- **Documentos de fuentes electrónicas:**

Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis, título del artículo entrecomillado, nombre de la fuente en cursiva o base de datos, cita online.

Ejemplo:

ZAMBRANO, Elizabeth (2018): “Análisis del desarrollo del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Ley Online*, Cita Online: AR/DOC/1234.

- **Documentos de fuentes electrónicas:**

Nombre de la fuente, seguido del año entre paréntesis, seguido del nombre del artículo en cursiva. Se debe indicar “Tomado de:” junto al link y, luego de la coma, indicar la fecha de consulta en formato “DD.MM.AAAA”.

Ejemplo:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016): *Informe sobre el desarrollo democrático en Venezuela*. Tomado de: [www.cidh.com/informe-de-venezuela.html](http://www.cidh.com/informe-de-venezuela.html), fecha de consulta: 22.02.2019.

### **Aceptación y cesión de derechos**

Los autores transfieren de manera exclusiva y a título gratuito los derechos materiales de autor a la Universidad Blas Pascal para su publicación y divulgación, en los términos de la ley 11.723 y sus modificatorias. El solo hecho de remitir un artículo al editor responsable, a través de cualquier medio para ser revisado a los fines de su publicación, implicará la cesión a que se refiere el párrafo anterior. Los artículos publicados en la revista podrán ser reproducidos libremente con fines académicos citando la fuente y el autor.

---





UNIVERSIDAD  
BLAS PASCAL

0 810 1 2233 827 (UBP) | [www.ubp.edu.ar](http://www.ubp.edu.ar)