

ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
"SEGUNDO V. LINARES QUINTANA"

Director: Alfonso Santiago

ESTUDIOS DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL

Marcela I. Basterra - Alberto B. Bianchi - Manuel J. García-Mansilla -  
Emilio A. Ibarlucía - Carlos J. Laplacette - Martín Oyhanarte (h.) -  
María Alejandra Rodríguez Galán - Enrique Zuleta Puceiro



BUENOS AIRES  
2014

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA  
NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

SERIE I - ANUARIOS

*Anales* - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 52.

SERIE II - OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA

La Ley Sociedad Anónima  
Tucumán 1471  
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Argentina  
Tel.: (005411) 4378-4841

- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

#### SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

#### SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.- *Sociedad Conyugal.*
- 15.- *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.- *Código Civil y Comercial.*

#### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

#### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

#### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

#### INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

#### INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*

#### INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**Presidente**  
*Académico Dr. Gregorio Badeni*

**Vicepresidente**  
*Académico Dr. Jorge R. Vanossi*

**Secretarios**  
*Académico Dr. Roberto E. Luqui*  
*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

**Tesorero**  
*Académico Dr. Rafael M. Manóvil*

**COMISIÓN DE PUBLICACIONES**

**Director de Publicaciones**  
*Académico Dr. José Domingo Ray*

**Vocales**  
*Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán*  
*Académico Dr. Jaime Luis Anaya*

## ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

Nombre del sitial	Fecha
Dr. Julio H. G. Olivera	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	9 septiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	23 noviembre 1995
Dra. Afda R. Kemelmajer de Carlucci	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	14 septiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegria	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	27 septiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	13 diciembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	8 octubre 2009
Dr. Alfonso Santiago (h.)	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	14 junio 2012
Dr. Siro M. A. De Martini	11 julio 2013
	26 junio 2014

## ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Carlos María Bidegain	10 septiembre 2009
Dr. Julio César Otaegui	8 septiembre 2011

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

	Fecha
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España 10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario 10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España 24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú 25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario 25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania 11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania 23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia 10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania 22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia 27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia 22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España 12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia 12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España 11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza 25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia 25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela 27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España 10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil 26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile 11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay 23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay 24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia 9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia 9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España 9 junio 2011
Dr. Andrei Gennádievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia 13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú 10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú 25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú 25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe 26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivéra García	Uruguay 26 noviembre 2015

## ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7-10-1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolfá	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolfá	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Juan M. Garro
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Jorge A. Aja-Espil	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Juan Álvarez	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Carlos Güiraldes (h.)
Dra. Margarita Argúas	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Hilario Larguía
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Ricardo Levene
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Mario Justo López
Dr. Ernesto Bosch	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Francisco Canale	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Alfredo Colmo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Rodolfo Moreno (h.)
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. José Luis Murature
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Manuel María Diez	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis M. Drago	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Horacio P. Fargosi	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo Orma
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Lino E. Palacio
Dr. Guillermo Garbarini Islas	Dr. Jesús H. Paz
Dr. Juan Agustín García	Dr. José M. Paz Anchorena

Dr. Federico Pinedo  
 Dr. Norberto Piñero  
 Dr. Ángel S. Pizarro  
 Dr. Luis Podestá Costa  
 Dr. Ernesto Quesada  
 Dr. Juan P. Ramos  
 Dr. Enrique Ramos Mejía  
 Dr. Francisco Ramos Mejía  
 Dr. Juan Carlos Rébora  
 Dr. Roberto Repetto  
 Dr. Manuel Río  
 Dr. Marco Aurelio Risolía  
 Dr. Horacio C. Rivarola  
 Dr. Rodolfo Rivarola  
 Dr. Ambrosio Romero Carranza  
 Dr. José M. Rosa  
 Dr. José María Ruda  
 Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)  
 Dr. Alejandro Ruzo  
 Dr. Diego L. Saavedra

Dr. Carlos Saavedra Lamas  
 Dr. Antonio Sagarna  
 Dr. Raymundo M. Salvat  
 Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
 Dr. José Manuel Saravia  
 Dr. Juan Silva Riestra  
 Dr. Sebastián Soler  
 Dr. Juan B. Terán  
 Dr. José A. Terry  
 Dr. David de Tezanos Pinto  
 Dr. Gastón Federico Tobal  
 Dr. Ernesto J. Ure  
 Dr. Enrique Uriburu  
 Dr. Antonio Vázquez Vialard  
 Dr. Benjamín Victorica  
 Dr. Federico N. Videla Escalada  
 Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
 Dr. Raymundo Wilmar de Glymes  
 Dr. Mauricio Yadarola  
 Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
 Dr. Clodomiro Zavallá  
 Dr. Estanislao S. Zeballos

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i> .....	15
POR ALFONSO SANTIAGO	
<i>Lineamientos actuales en materia de Protección de Datos Personales. El derecho al olvido y la nueva jurisdicción en el centro del debate</i> .....	17
POR MARCELA I. BASTERRA	
<i>La delegación legislativa: evolución y estado actual</i> .....	37
POR ALBERTO B. BIANCHI	
<i>Secretos de Estado vs. libertad de prensa</i> .....	61
POR MANUEL J. GARCÍA-MANSILLA	
<i>Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. ¿Código Civil o ley provincial? Enfoque constitucional</i> .....	95
POR EMILIO A. IBARLUCÍA	
<i>Libertad de expresión, ¿derecho individual o colectivo? Una visita a la teoría de la libertad de expresión en la República Argentina, luego del caso "Grupo Clarín"</i> .....	135
POR CARLOS JOSÉ LAPLACETTE	
<i>Litigios estructurales en perspectiva comparada</i> .....	163
POR MARTÍN OYHANARTE (h.)	
<i>Las decisiones judiciales con efectos prospectivos</i> .....	215
POR ALEJANDRA RODRÍGUEZ GALÁN	
<i>Cultura constitucional: un conflicto de valores</i> .....	245
POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO	

## PRÓLOGO

Como ha ocurrido en años anteriores se ha decidido publicar las exposiciones que durante el 2014 efectuaron los miembros del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que tengo el honor de dirigir. Queda claro que esta publicación se suma a otras anteriores y permite exhibir la tarea que cada año -mes a mes- realiza el Instituto, cumpliendo de manera sostenida los objetivos que inspiraron su creación.

Esta obra comprende una variedad de temas, todos de gran entidad, que han sido abordados por los autores mediante una explicación detallada y sólida, siempre en un marco de respeto y amplia libertad académica.

Al finalizar cada una de las exposiciones, siempre hubo un intercambio de opiniones entre los miembros del Instituto que ha dejado un saldo positivo. Así, han surgido adhesiones, disensos, dudas y también nuevos aportes. Esto no es más que el ejercicio del derecho de expresión potenciado en un ámbito académico.

Ha sido también muy significativo que se hayan incorporado como miembros del Instituto los Prof. Dres. Víctor Bazán, Sergio Díaz Ricci, Horacio Rosatti, Armando Márquez y Jorge Alejandro Amaya. Todos ellos exhiben antecedentes notorios, larga trayectoria, y desempeño destacado en la docencia, la investigación, el ejercicio profesional o la judicatura.

No dudo que a esta publicación se irán sumando otras cada año, producto de la tarea constante y fecunda que viene realizando el Instituto y que espero y auguro se prolongue en el futuro con igual fuerza.

Académico Prof. Dr. Alfonso Santiago  
Director

# LINEAMIENTOS ACTUALES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DA- TOS PERSONALES. EL DERECHO AL OLVIDO Y LA NUEVA JURISPRUDEN- CIA EN EL CENTRO DEL DEBATE

POR MARCELA I. BASTERRA

Sumario: I. Introducción.— II. Síntesis de los antecedentes constitucionales en la materia.— III. Evolución legislativa en materia de protección de datos personales. ¿Es el momento de reformular las leyes?— IV. La regulación legal en Argentina.— V. La consagración jurisprudencial del derecho al olvido.— VI. Conclusiones.

## I. Introducción

El "poder informático", consecuencia inevitable del permanente avance en materia informática y de telecomunicaciones, lleva a concluir que una de las disciplinas de mayor desarrollo en el ámbito de la tecnología aplicada a la sociedad es la protección de datos personales. Resulta innegable que estas nuevas técnicas generan efectos en nuestras vidas, situándonos ante un nuevo escenario jurídico en el que los remedios aún no son suficientes para hacer frente en forma contundente a este fenómeno.

Sin duda, la garantía de hábeas data y a través de la misma el derecho a la protección de los datos personales —entendida como la rama del derecho que protege la autodeterminación informativa de las personas—, aparecen como un punto de partida que marcará para siempre un hito en la regulación de la informática y las comunicaciones.

En efecto, el derecho a la autodeterminación informativa consiste en la posibilidad que tiene el titular de un dato personal, de controlar quiénes serán destinatarios de dicha información y qué uso se dará a la misma. Se ejerce genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. Está estructurado en consonancia con los permanentes desafíos informáticos, dado que abandonando el concepto de intimidad como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase activa del proceso de circulación de la información personal, al brindar protagonismo al interesado posibilitándole el ejercicio de un adecuado control para la preservación de su libertad informática, espectro en cuyo interior subyace la nota de exigencia de veracidad y precisión de la información que le concierne.

Ahora bien, no puede soslayarse que incluso a partir del reconocimiento jurídico de esta acción hasta la actualidad, el bien jurídico protegido por la misma ha ido ensanchando sus fronteras. Ello, toda vez que la vida cotidiana de los individuos en la sociedad de la información los ha hecho partícipes de nuevos escenarios, y como consecuencia también en este proceso fueron mutando los derechos fundamentales.

En efecto, el constante desarrollo de la informática puso de manifiesto la necesidad de rediseñar la protección legal de la libertad de intimidad. Estos nuevos fenómenos sociales dieron lugar a un nuevo derecho fundamental derivado de la intimidad; la autodeterminación informativa. (1)

De ahí que en la actualidad haya comenzado a desarrollarse fuertemente, tanto a nivel internacional como nacional —aunque en este último su evolución ha sido menor—, la consagración del derecho al olvido, y consecuentemente la responsabilidad de los buscadores de Internet, como se expondrá a continuación.

## II. Síntesis de los antecedentes constitucionales en la materia

De conformidad con el contexto del año 1994, Argentina no podía ni debía dejar de incorporar la garantía de hábeas data en su Carta Constitucional, tal como venían haciéndolo varios países de América Latina en el proceso receptivo, iniciado con la Constitución brasileña de 1988.

Es del caso mencionar que Iberoamérica —sobre todo Latinoamérica— se inserta en la realidad informática a través de normas sobre protección de datos personales de una manera ciertamente peculiar, pues inicialmente no se verificó la sanción de normas generales o sectoriales, sino que su inserción se realizó directamente en el plano constitucional, en las Cartas

(1) SANTOS, Estefanía, "Las redes sociales: Desafíos para la protección de datos personales", AA.VV - TRAVIESO, Juan Antonio (dir.), Régimen jurídico de los datos personales, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, ps. 568/569.

Políticas sancionadas luego del proceso de recuperación democrática que en la mayoría de los países de la región, se había iniciado a partir del año 1980.

En ese contexto, los constituyentes siguieron fundamentalmente la tendencia fijada por las Constituciones de Portugal y España, estableciendo reglas breves y genéricas sobre protección de datos personales. Posteriormente a la reforma de la Constitución brasileña de 1988, se volcaron más decididamente a pergeñar una acción específica de garantía de los derechos que pudieran vulnerarse a través del tratamiento de datos personales.

La Constitución del Brasil será la que regulará por primera vez la garantía específica, denominándola "hábeas data", disponiendo en el art. 5º, inc. LXXII que, "Se concederá hábeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiriera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo". Se crea así el hábeas data —curiosamente—, sin establecer los principios relativos al sistema de protección de los datos, ni reconocer un derecho al control de los mismos.

Según indica Alfonso da Silva (2), la Constitución brasileña no traza un dispositivo autónomo que contemple la prerrogativa de conocer y rectificar datos personales, sino que ese derecho es otorgado en el mismo artículo que instituye el remedio de su tutela. Además, la norma constitucional sancionada fue reglamentada escuetamente recién diez años después, en 1998; limitando la regulación sólo a los aspectos procesales del hábeas data, sin tratar conjunta ni separadamente las reglas básicas relativas al proceso de tratamiento de los datos personales.

Tres años más tarde, la Constitución colombiana de 1991 asumió la problemática e incorporó reglas relativas al tratamiento de datos personales, aunque no siguió el esquema brasileño, estableciendo un derecho específico protegido a través de la acción de tutela. En efecto, en el art. 15 establece que "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

Un año después, la Constitución paraguaya de 1992 incorpora la siguiente previsión en el art. 135: "Toda persona puede acceder a la información y a

(2) DA SILVA, José Alfonso, Curso de direito constitucional positivo, 8ª ed., Malheiros, San Pablo, 1992, p. 397.

los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

En 1993 la Constitución peruana tratará en forma más adecuada la cuestión, toda vez que define, por un lado, el contenido del derecho a la protección de los datos personales; y por el otro, crea una garantía específica.

Así, en el art. 2º contempla expresamente: “Toda persona tiene derecho (...) 5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. (...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar. 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias (...)”.

En consonancia, en el art. 200 establece que “Son garantías constitucionales: (...) 3) La acción de hábeas data, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el art. 2º, incs. 5º y 6º, de la Constitución”.

La fórmula presenta una peculiaridad, toda vez que prevé que se utilizará la acción de hábeas data tanto para acceder a los datos personales obrantes en archivos o bancos de datos, como también para ejercer el derecho de acceso a la información pública.

En 1994 se produce la reforma constitucional argentina, siendo el hábeas data una de las garantías que —sin duda— debía ser incorporada en la nueva Constitución. Así es incluida —aunque sin ser rotulada con ese nombre— como acción y como subtipo de amparo en el art. 43, tercer párrafo, luego de regular en los dos primeros párrafos, a las acciones de amparo individual y colectivo.

### III. Evolución legislativa en materia de protección de datos personales. ¿Es el momento de reformular las leyes?

En esta línea, entiendo no sólo que es acertada sino que implica un aporte de claridad meridiana, la clasificación que hace Fappiano (3) cuando dis-

(3) FAPPIANO, A., “Hábeas data: una aproximación a su protección” en FIX ZAMUDIO, Héctor, *Liber Amicorum*, v. I, ps. 647/648. Cit. por PUCCINELLI, Oscar, R., *Protección de datos de carácter personal*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 20.

tingue siguiendo la evolución legislativa de las normas sobre tratamiento de datos personales, entre leyes de primera, segunda y tercera generación. Nótese que la división no responde a la aparición temporal de las normas, sino a los niveles de protección que las mismas otorgan. Así podemos diferenciar:

1) Leyes de primera generación. Entre las mismas podemos mencionar a la ley alemana *Datenschutz* del Land de Hesse de 1970, la *Landesdatenschutzgesetz* de Renania—Palatino de 1977, *Data Lag* sueca de 1973 —reformada posteriormente en 1982 y en 1998—. Éstas garantizan: a. La protección del derecho a la intimidad, constituyéndose en un límite a la informática, y b. Establecen que la eficacia de la ley se logra a través del contralor que realice un Órgano de Control, cuyo nombre podrá variar según los Estados; Dirección Nacional de Datos Personales en Argentina, Comisión Nacional de Informática y Libertades en Francia, Agencia de Protección de Datos en España, entre otros, que ejerza un control anterior a través de la Registración, y otro posterior, por medio de la potestad sancionatoria del Organismo.

Por supuesto que estas leyes de la década del '70 posteriormente fueron reformadas, sirva como ejemplo nada más, la ley alemana que se modificó íntegramente en 1978 y en 1986.

2) Leyes de segunda generación. En este grupo de normas puede señalarse a la *Privacy Act* norteamericana de 1974, la *Informatique aux fichiers et aux libertes* francesa de 1978 —reformada en 2004—, y a las Constituciones de Portugal de 1976 —art. 35— y de España de 1978 —art. 18.4—.

Éstas centran su inquietud en asegurar: a. El derecho de las personas de acceso a sus datos personales, b. Incorporan nuevos conceptos a la ley, en especial referido a la “calidad de los datos” y a la ponderación de la información considerada “sensible” por su directa incidencia sobre la vida privada; por ejemplo, los datos referidos a la orientación sexual, creencias religiosas, opinión política, origen racial o étnico e información sobre la salud de las personas, y c. Finalmente, la eficacia continúa reasegurándose a través del doble Control que realizará el Órgano establecido como tal por la propia ley.

3) Leyes de tercera generación. Aquí podemos incluir al Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, celebrado el 28 de enero de 1981, cuyas finalidades fundamentales fueron; 1.º (...) Garantizar, en el territorio de cada Parte, a cualquier persona física sean cuales fueren su nacionalidad o su residencia, el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, concretamente su derecho a la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona —arts. 1º y 2º—. 2.º Exigir el compromiso de las Partes de adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva la protección —art. 4º—; por lo tanto, la aplicación directa

del Convenio se produciría si estas medidas fueran adoptadas por todos los miembros del bloque. A modo de ejemplo, la Constitución española a través del art. 96 incorporó este Convenio al derecho interno.

En esta generación de leyes se integran —continuando los temas comprendidos por las anteriores— los siguientes ítems; a. Derechos a favor de los titulares de los datos personales, b. En contraposición, una serie de obligaciones para los titulares de los registros o archivos de datos; c. La válvula de seguridad o eficacia, va a estar dada siempre por el doble control que realiza el Órgano encargado, según lo mencionáramos anteriormente.

Con posterioridad y conforme a estos estándares, sancionaron sus leyes entre otros Estados Europeos; Dinamarca, Luxemburgo, Noruega, el Reino Unido con la Data Protection Act inglesa de 1984, Suecia e Italia que en 1981 sanciona la ley 121 —reformada en 1997— para adecuar sus previsiones a la directiva 95/46/CE, como todas las reformas europeas que se efectuaron a partir del año 1995. Asimismo, en Italia existe un Código referido a la protección de los datos personales sancionado en 2003, aunque entró en vigencia recién en el año 2004, otorgando un resguardo verdaderamente exhaustivo y de excelentes estándares en la materia.

En los Estados Unidos coexisten varias leyes ordenadas a la tutela de distintos tipos de datos. Pueden mencionarse: a. The Freedom of Information Act de 1966 —reformada en 1996—, sobre libertad de información y acceso a la documentación pública estatal; b. The Fair Credit Reporting Act de 1970 —reformada también en 1996—, que tutela los derechos crediticios de los individuos respecto de las comunicaciones que realicen las agencias de información crediticias; c. The Privacy Act de 1974, referida a la protección de la privacidad, aplicable a toda información sobre personas físicas contenidas en los registros federales; d. The Foreign Intelligence Surveillance Act de 1978 y The Electronic Communications Privacy Act de 1986 —ambas reformadas en 1994—. La primera, en relación a la posibilidad de interceptar comunicaciones telefónicas como consecuencia del ejercicio de la vigilancia motivada en la Seguridad Nacional; y la segunda, establece la necesidad de contar con una orden judicial para que el gobierno pueda realizar esas intercepciones telefónicas, y e. The Computer Matching Law de 1988, encargada de la regulación de las bases de datos pertenecientes a las distintas áreas del gobierno, con la finalidad de interconectar archivos federales y estatales para evitar el fraude al Estado. (4)

En el marco internacional, no puede obviarse la siguiente normativa:

1. La resolución 45/1995 de la Asamblea General de la ONU de 1990, en la que se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los ficheros computarizados de datos personales.

(4) Ver PUCCINELLI, Oscar R., Protección de datos de carácter personal, cit., ps. 23 y 24.

2. La directiva 95/46/CE de 1995 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se refiere a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, como a su libre circulación. Según las disposiciones de la Directiva, debían quedar ajustadas a esta las normativas internas de los Estados integrantes de la Unión Europea, lo que provocó un acentuado movimiento legislativo con la finalidad de eliminar la disparidad que pudiera existir al momento, en las legislaciones de los distintos Estados.

3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, que en el art. 8º reconoce el derecho de salvaguarda de los datos de carácter personal, los que “se tratarán de modo leal para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley” (...) “toda persona tendrá derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación”. Finalmente se refiere a la autoridad de control al señalar que “el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

4. En el ámbito de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), deben ser tomadas en cuenta: a. la recomendación relativa a las directrices aplicables a la protección de la vida privada y al flujo transfronterizo de datos personales, adoptada por el Consejo de la OCDE de 1980; b. la declaración relativa a los flujos transfronterizos de datos no personales, adoptada por los gobiernos de los países miembros de la OCDE de 1985; c. la recomendación referida a las directrices de política criptográfica, acogida por el Consejo de la OCDE de 1997; y d. la declaración concerniente al resguardo de la intimidad en las redes globales, realizada por los ministros de la OCDE en la conferencia “Un mundo sin fronteras: comprender el potencial del comercio electrónico global”, celebrada entre el 7 y el 9 de octubre de 1998 en Ottawa, Canadá. (5)

Nótese que tanto en los Estados Unidos como en Europa, la protección de datos se da a través de leyes generales o sectoriales, y la garantía de hábeas data no está constitucionalizada. En cambio, en el ámbito Iberoamericano se parte del texto constitucional, además que un gran número de países ya han sancionado sus normas reglamentarias. (6)

(5) Puede ampliarse de BAZÁN, Víctor, “Derecho de Hábeas Data”, en VILLANUEVA, Ernesto (coord.), Diccionario de Derecho de la Información, Porrúa y UNAM, México, 2006, p. 231.

(6) Sirvan de ejemplo Brasil: ley 9507 (1997) que regula el Derecho de Acceso a la Información y el Hábeas Data; Chile: ley 19.628 (1999) sobre Protección de la Vida Privada y ley 20.575 (2012) que establece el Principio de Finalidad en el Tratamiento de Datos Personales; Paraguay: ley 1682 (2001) sobre Información de Carácter Privado, modificada por ley 1.969 (2002); Uruguay: ley 18.331 (2008) sobre Protección de Datos Personales y Hábeas Data, ley 18.381 (2008) sobre Acceso a la Información Pública y el decreto 414 (2009) sobre Protección de Datos; Perú: ley 29.733 (2011) de Protección de Datos Personales; entre otros.

En este contexto, fue Portugal el primer país europeo que reconoció constitucionalmente en 1976 —art. 35—, la necesidad de proteger los datos personales frente a los avances informáticos. No obstante, transcurrieron varios años para que se sancionara la Ley lusitana de Protección de Datos Personales 10, de 1991. Seguido por la Constitución española de 1978, art. 18.4 y la Ley Orgánica de Tratamiento de Datos Personales 15 de 1999 (LOPD), que reforma a la ley de 1992.

#### IV. La regulación legal en Argentina

La reforma de 1994 en el art. 43 de la Constitución Nacional, con un diseño constitucional deficiente incorpora el amparo genérico en el primer párrafo, la acción de amparo colectivo en el segundo, y el hábeas data en el tercero, sin mencionarlo en forma expresa como un sub-tipo de amparo en los siguientes términos: "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística". Situación que no desentona si realizamos un estudio comparativo con otras normas de la región, puesto que ha habido diferentes y muy disímiles técnicas de incorporación a los textos constitucionales de esta acción de tutela efectiva.

Siguiendo el mandato constitucional otorgado por el constituyente de 1994, el Congreso de la Nación en el año 2000 sancionó la ley 25.326 (7) de protección de datos personales, reglamentada por el Poder Ejecutivo a través del decreto 1558/2001. (8)

La ley ha sido estructurada en siete capítulos, divididos de la siguiente forma: Capítulo I, "Disposiciones Generales"; Capítulo II, "Principios generales relativos a la protección de datos"; Capítulo III, "Derechos de los titulares de datos"; Capítulo IV, "Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos"; Capítulo V, "Control"; Capítulo VI, "Sanciones"; y Capítulo VII, "Acción de protección de los datos personales".

Sentado ello, no obstante el esquema realizado por el legislador como lo he adelantado, considero que la LPDP cuenta con tres fases claramente diferenciales.

a. La primera fase: regula los principios relativos al tratamiento de datos personales (arts. 1º a 7º).

(7) Ley 25.326. Publicada en el BO el 02/11/2000.

(8) Decreto 1558/2001. Publicado en el BO el 03/12/2001.

b. La segunda fase: que denomino operativa, regula los derechos de acceso y rectificación, supresión o actualización de datos personales (arts. 14 y 16).

c. La tercera fase: trata las herramientas para efectivizar los principios antes descriptos. Esto es, un Órgano de Control (DNPDP) que tiene a su cargo el Registro donde se inscribirán los bancos de datos, tanto públicos como privados a que se refiere la ley (siendo éste el primer control); y la aplicación de sanciones administrativas o erigirse en querellante para los casos previstos como penales en el art. 32 (siendo éste el segundo control). (9)

Si bien hemos señalado que la ley nacional, sin duda, puede incluirse entre las que denominamos como de "tercera generación" por el grado de protección tuitiva otorgado, cabe destacar que nuestro país no escapa a la tendencia imperante hacia nuevas propuestas legislativas, que a través de reformas a las leyes de protección de datos o mediante la presentación de proyectos específicos, están incorporando un nivel más avanzado de resguardo legal respecto de los derechos de los titulares de la información.

Básicamente los puntos en debate son: 1) la incorporación de la protección a los datos personales no sólo como garantía sino como derecho fundamental, 2) la responsabilidad de los buscadores de internet, y 3) la consagración del derecho al olvido, si bien enfrenta varios desafíos toda vez que aún no hay consenso en obligar a los motores de búsqueda a que eliminen resultados ante una solicitud de "derecho al olvido".

En tal sentido, hay proyectos de regulación en Colombia, Brasil y Chile. Argentina también transita este proceso, situación que puede advertirse fácilmente si se tiene presente que existen iniciativas legislativas que abordan directamente la cuestión, pendientes de tratamiento en la Cámara de Diputados:

1) El primero, sobre derecho al olvido. Régimen para eliminar o limitar el acceso a las publicaciones personales contenidas en internet. (10) Básicamente libera de responsabilidad al proveedor que de curso a los pedidos de retiro de información dentro del plazo establecido (15 días). En caso contrario el Juez puede fijar una multa que vaya desde la mitad de un salario mínimo vital y móvil hasta lo que resulte de la multiplicación de un salario mínimo vital y móvil por 250, con la obligación adicional de retirar el contenido impugnado.

2) El segundo sobre uso de internet: principios, garantías, derechos y obligaciones. Régimen (11), que se refiere al régimen de responsabilidad

(9) Ampliar de BASTERRA, Marcela I., Protección de Datos Personales. Ley 25.326 y Dto. 15578/01. Comentados. Derecho Constitucional Provincia. Iberoamérica y México, Ediar, Buenos Aires, 2008, ps. 349/353.

(10) Expediente 7989-D-2014.

(11) Expediente 3142-D-2014.

estableciendo que el proveedor de aplicaciones de Internet solamente será responsable por los daños que surjan del contenido generado por terceros, si después de una orden judicial específica, no toma las previsiones necesarias para hacer disponible el contenido especificado como infractor.

De concretarse la sanción de nuevas normas que consagren expresamente estos puntos, entre otros, estaremos iniciando la cuarta etapa legislativa o desarrollando las “leyes de cuarta generación” en materia de protección de datos.

Viene al caso mencionar que a través de reglamentaciones de inferior jerarquía legal, en nuestro país se ha avanzado para tomar medidas más efectivas respecto a las responsabilidades y deberes; no de los motores de búsqueda pero sí de los usuarios y responsables de bancos o archivos de datos.

En esta dirección el art. 9º de la ley 25.326, establece la responsabilidad del usuario o responsable de la base disponiendo que el “(...) responsable o usuario del archivo de datos deben adoptar las medidas técnicas y organizativas que resulten necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales, de modo de evitar su adulteración, pérdida, consulta o tratamiento no autorizado, y que permitan detectar desviaciones, intencionales o no, de información, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado. Queda prohibido registrar datos personales en archivos, registros o bancos que no reúnan condiciones técnicas de integridad y seguridad”.

La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales emitió en el año 2011 la disposición DNPDP 11/06, para aquellas bases de datos que se encuadren en el nivel medio o crítico de las medidas de seguridad comprendidas por la normativa; es decir, la mayoría de las empresas que manejan datos personales.

Siguiendo esta línea, Travieso (12) señala que para evitar la responsabilidad los usuarios deberán elaborar o generar: a) políticas de seguridad de la información, aplicadas exclusivamente a la protección de los datos de carácter personal, b) sistemas de control y auditoría empresaria, c) políticas comunes de difusión y contralor, d) un sistema de comunicación permanente, e) un “Manual de Buenas Prácticas Empresarias” y f) un “Manual de Auditoría”. Este último es uno de los resultados más importantes de la auditoría de datos personales, conteniendo el resultado del análisis de evaluación y a los efectos de cumplimentar una labor de contralor. Implica redactar el manual de pro-

(12) TRAVIESO, Juan Antonio, “La protección de datos personales: problemas y sistemas”, LL 2014-B-1 del 08/04/14.

cedimientos de auditoría, con un *check list* de acuerdo con los lineamientos propuestos, que permita de manera simple constatar los pasos a ejecutar, de manera objetiva con acciones concretas y verificables. Este documento, sirve además como elemento de examen temporal ante soluciones propuestas, ejecución de las acciones, resultado y eventual prospección.

En síntesis, se debe verificar que cada empresa cuente con un protocolo de salvaguarda de datos personales (política de privacidad), que comprenda las medidas previstas desde la recolección del dato personal hasta su destrucción.

La política en la materia debe adecuarse a estándares internacionales, tomando como referencia los más altos niveles de protección actualmente vigentes, adaptándolos en forma razonable para conformar un producto que pueda calificar según las normas de “protección adecuada”. Esa calificación, para empresas radicadas en la Argentina y relacionadas con Europa u otros países del mundo, les permitirá posicionarse a las filiales o sucursales de manera compatible con las casas matrices.

Esta situación significa un paso previo al que venimos desarrollando, pero sin duda visualiza claramente la necesidad de realizar un control cada vez más estricto, sobre las empresas que intervienen en el proceso de tratamiento de datos.

Por otra parte la ley 25.690 (13) de Proveedores de Internet, en el art. 1º establece que “Las empresas ISP —Internet Service Provider— tendrán la obligación de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet, independientemente de las formas de perfeccionamiento de los contratos de los mismos (Teléfonicos o escritos)”.

Molina Quiroga (14) con acierto señala, que lo más importante no es la tecnología sino la capacidad de los ciudadanos para afirmar su derecho a la libre expresión y a la privacidad de la comunicación, ya que en último término, es en la conciencia de éstos y en su capacidad de influencia sobre las instituciones de la sociedad, a través de los medios de comunicación y del propio Internet, en donde reside el fiel de la balanza entre la red en libertad y la libertad en la red.

En esa misma dirección Martino ha expresado que “todo derecho está ya en Internet. Lo que hay que hacer es construir un estándar para que pueda ser visualizado en cualquier parte; lo que hay que crear es una cultura de

(13) Ley 25.690, sancionada el 28/11/2002. Publicada en el BO el 02/01/2003.

(14) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Responsabilidad de los buscadores de Internet”, El Dial DC1963, publicado el 03/10/2012, p. 6.

confianza basada en el conocimiento y el conocimiento nace de la información. Informar todas las medidas que afecten la libre circulación de bienes, ideas y personas creando este *novus ius gentium*". (15)

### V. La consagración jurisprudencial del derecho al olvido

En la actualidad se está dando un intenso debate en torno a la consagración del derecho al olvido, abarcando también a la información personal que se encuentra disponible en Internet. Se trata de un tema relativamente novedoso, cuyo alcance y contenido está en proceso de consolidación a través de la vía jurisprudencial.

Esta prerrogativa ha sido conceptualizada como el principio a tenor del cual cierta información deben ser eliminada de los archivos, transcurrido un determinado espacio de tiempo, desde el momento en que acaeció el hecho al que se refieren, para evitar que el individuo quede "prisionero de su pasado". (16)

Esta temática comienza a ser objeto de diversos análisis jurídicos (17) a partir del paradigmático fallo "Costeja Gonzalez" (18) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el que se reconoce por primera vez el derecho al olvido, como un derecho que surge de la Directiva de Protección de Datos de la UE; al tiempo que establece que resulta aplicable a los motores de búsqueda de Internet.

La petición se origina en el marco de un litigio entre Google Spain SL y Google Inc. por un lado, y la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) y el Sr. Costeja González por el otro; en el que se ordenó a ambas empresas adoptar las medidas necesarias para retirar los datos personales del reclamante, e imposibilitar el acceso futuro a los mismos.

(15) MARTINO, Antonio A., "E-Commerce y Derecho hoy. La experiencia de la Comunidad Europea", Ecomder 2000 (Primer Congreso Internacional por Internet sobre Aspectos jurídicos del Comercio electrónico), Facultad de Derecho, UBA, <http://ecomder.com.ar>. Cit. por MOLINA QUIROGA, Eduardo, *ibídem*, p. 33.

(16) GOZAÍNI, Osvaldo A., *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del artículo 43 de la Constitución Nacional*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

(17) En relación al derecho al olvido y a la responsabilidad de los buscadores de Internet, puede verse; BUENO, Horacio, "Responsabilidad de los buscadores en Internet", LL AR/DOC/1094/2014, SLAIBE; María Eugenia, "El acceso a los medios de comunicación electrónica frente al respeto por la vida privada", LL 2014-C, AR/DOC/1715/2014 y GRANERO, Horacio R., "El tema de la responsabilidad de los buscadores en Internet está a resolución de la Corte Suprema de Justicia", *elDial.com* - DC1CE8 - 11/06/2014.

(18) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, "Google Spain, S.L., y Google Inc., vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González". Sentencia del 13/05/2014.

La plataforma fáctica es la siguiente: el Sr. Mario Costeja Gonzalez efectuó un reclamo ante la AEPD contra "La Vanguardia Ediciones" como también Google Spain, SL y Google Inc., toda vez que al introducir su nombre en el motor de búsqueda Google, se lo vinculaba con dos páginas del mencionado periódico en las que figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionadas con un embargo por deudas a la Seguridad Social, a pesar de que habían transcurrido dieciséis años.

Básicamente, petitionó que se exigiese a *La Vanguardia* eliminar o modificar la publicación de manera tal que no aparecieran sus datos personales, y a Google que eliminara la información para que no fuera incluida en los resultados de búsqueda, y dejara así de estar ligada a los enlaces del periódico.

El fundamento normativo en el que basa su pretensión son los arts. 1º y 12, incs. a) y b) de la directiva 95/46/CE, en tanto el primero dispone que el objeto de dicha normativa es la protección del derecho a la intimidad, en lo que concierne a los datos personales y la eliminación de los obstáculos a su libre circulación; mientras que el segundo, establece el derecho de supresión y bloqueo de la información.

Por su parte, Google alegó que la actividad de los motores de búsqueda no puede considerarse tratamiento de datos, ya que se muestran en páginas web de terceros que presenta la lista de resultados de búsqueda; y estos motores tratan la información accesible en Internet globalmente, sin clasificar entre datos personales y demás información.

El Tribunal analiza tres cuestiones: 1) Si tienen o no responsabilidad los motores de búsqueda, 2) las obligaciones que le corresponden al responsable del tratamiento de datos, y 3) el alcance de los derechos del interesado.

Respecto de la primera, sostuvo que el gestor de un motor de búsqueda es responsable del tratamiento de datos efectuados por éste, desde el momento en que determina la finalidad y los medios de dicho tratamiento, de ahí que se lo considere "responsable" en virtud de lo prescripto por el art. 2º, inc. d) de la citada Directiva. Agrega que ya en la sentencia "Lindqvist" (19) había tenido oportunidad de puntualizar que la conducta consistente en hacer referencias en una página web a datos personales debe considerarse "tratamiento".

Con base en estos argumentos, concluyó que toda vez que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar derechos fundamentales, como la privacidad y la protección de datos personales; el gestor de ese motor, como persona que determina los fines y los medios de esa actividad debe

(19) C-101/01, EU:C: 2003:596, apartado 25. Citado en el cuerpo de la Sentencia.

garantizar que la misma respete las exigencias de la directiva 95/46, a fin de que la tutela consagrada en ésta tengan pleno efecto.

En relación a la segunda cuestión, destacó que de conformidad con el art. 6° de la directiva, le corresponde al responsable del tratamiento asegurar que los datos personales sean tratados de manera lícita, que sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, como también que la actividad no se desarrolle de manera incompatible con estos fines. Juzgando que el responsable debe adoptar todas las medidas razonables para que los datos que no responden a estos requisitos, sean suprimidos o rectificadas.

En cuanto a la tercera cuestión referida al alcance de los derechos del interesado, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 12, inc. b), y 14 párrafo primero, inc. a) de la directiva; el Tribunal haciendo hincapié en que la información contenida en los anuncios resulta lesiva para la vida privada del requirente, y a su vez que la publicación inicial se remonta a dieciséis años atrás, entiende que el actor tiene derecho a que esa información ya no se vincule a su nombre.

Ello, en tanto entre los derechos que le reconocen los arts. 7° y 8° de la Carta Europea de Derechos Humanos, se encuentra el de solicitar que la información de que se trate no se ponga a disposición del público en general, y en el entendimiento que estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor de búsqueda, sino también sobre el acceso a la mencionada información.

Finalmente, concluye que el Sr. Costeja González puede legítimamente oponerse a la indexación de sus datos, con base en el derecho fundamental a la protección de datos personales, y en el derecho a su intimidad o vida privada que engloba el derecho al olvido.

En nuestro país, el tratamiento que se dará a los motores de búsqueda de Internet y la influencia que sobre este aspecto tiene la libertad de expresión, actualmente espera una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa "Belén Rodríguez", cuyo planteo ya ha sido aceptado parcialmente por la Cámara. (20)

En el caso, el juez de grado condenó a Google y Yahoo a indemnizar a una modelo por el uso no autorizado de su imagen, además de relacionarla con sitios y actividades de contenido sexual. Consecuentemente, ordenó eliminar esas vinculaciones.

Por su parte, la Alzada decidió confirmar parcialmente la sentencia. Para así decidir, sostuvo que el conflicto analizado involucra derechos

(20) C. Nac. Civ., sala A, "R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 13/05/2013.

fundamentales de ambas partes; por un lado el derecho al honor, imagen e intimidad de la actora, y por el otro, el derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información.

Destacó a su vez, que los motores de búsqueda no generan, modifican ni seleccionan el contenido de las páginas web que muestran en sus listados de resultados; por ello no pueden ser considerados "editores" periodísticos. No obstante, recordó que existe una regla de identificación impuesta a los intermediarios que debe cumplirse según las posibilidades tecnológicas disponibles, y en tanto no afecte la privacidad ni la libertad de expresión de las partes. Apuntando en consonancia, que cuando hay posibilidad de control hay responsabilidad. En cambio, cuando ello no es factible no puede imputarse responsabilidad alguna.

En este sentido, destaca que los buscadores simplemente se limitan a facilitar el acceso a sitios web y que no tienen forma —en principio— de saber qué contenidos son ilegales o agravantes. Por ello, corresponde al interesado informar tal circunstancia para que procedan a filtrar, bloquear o extraer de sus listados de resultados aquellos contenidos. Enfatiza que los buscadores no modifican la información ni la incorporan a sus propias páginas web, sino que remite al usuario a aquellas en las que originalmente se hallaban alojados.

Siguiendo esta línea argumental, coligió que Google al reproducir imágenes de la actora sin su consentimiento, produce una situación de menoscabo al Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (21) —específicamente al art. 31—, toda vez que al no existir un régimen especial es el que resulta aplicable. Por lo que confirma la sentencia de grado.

Distinto temperamento adopta en relación a Yahoo, teniendo en cuenta que no se encontraba acreditado que en su buscador figuraran reproducciones de imágenes de la accionante. La Alzada señala que Google es el único responsable por la violación del derecho a la imagen de la actora, en tanto editó y reprodujo fotografías de su persona sin autorización.

Esta postura jurisprudencial debe ser analizada en forma conjunta con el antecedente "Krum". (22) En este precedente la actora solicitó: la repa-

(21) Ley 11.723, publicada en el BO del 30/09/1933. Ley E-0175, artículo 31.— "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y, muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que no hubieran desarrollado en público".

(22) C. Nac. Civ., sala J, "Krum, Andrea Paola c. Yahoo de Argentina SRL y otro /s daños y perjuicios", sentencia del 31/08/2012.

ración por los daños y perjuicios padecidos, el cese del uso antijurídico y no autorizado de su imagen, la supresión de la misma de los “buscadores de imágenes/web”, como también toda vinculación entre su nombre y los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico. En primera instancia se rechazó la demanda, con fundamento en que los buscadores de Internet no tienen control sobre los contenidos de las páginas.

Sin embargo, la Cámara revocó la sentencia condenando a los buscadores de Internet Google y Yahoo a abonar una indemnización a la actora, así como a eliminar definitivamente de sus respectivas páginas la imagen y/o el nombre de la accionante vinculados con sitios web de contenido sexual, y similares.

Con un criterio diametralmente opuesto al del a quo, consideró de conformidad con lo dispuesto por la ley 26.032 (23) que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de Internet, está comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. Norma que a criterio del Tribunal, no hace más que reconocer la aplicabilidad de dicha garantía constitucional a las “ideas” difundidas por este medio.

Sentado lo expuesto, a partir de las audiencias públicas realizadas por el Alto tribunal a fin escuchar las argumentaciones de las partes en conflicto, resta aguardar la posición que adopte la Corte Suprema, que en suma, definirá el alcance que deberá otorgarse al derecho al olvido frente a la libertad de información.

Finalmente, cabe agregar que en el ámbito de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el documento titulado “Libertad de expresión en Internet: principios orientadores” (24) se ha señalado: “En la actualidad, el derecho a la libertad de expresión encuentra en Internet un instrumento único para desplegar, incrementalmente, su enorme potencial en amplios sectores de la población. En términos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y la Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Internet, como ningún medio de comunicación antes, ha permitido a los individuos comunicarse instantáneamente a bajo costo, y ha tenido un impacto dramático en el periodismo y en la forma en que compartimos y accedemos a la información y a las ideas (Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del

(23) Ley 26.032 de Servicio de Internet, “Establécese que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. Sancionada el 18/05/05, Promulgada de hecho el 16/06/05.

(24) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Libertad de Expresión e Internet: principios orientadores”, 31 diciembre 2013, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 <http://www.cidh.org/relatoria>.

Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/66/290. 10 de agosto de 2011. Párr. 10.)”

Agregando: “En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación. Esto implica, de una parte, que las características originales y diferenciales de Internet deben ser tomadas en cuenta antes de impulsar cualquier tipo de regulación que afecte su arquitectura o su incorporación social.” (25)

La doctrina está en pleno debate; Fernández Delpech (26) por ejemplo, enfáticamente señala que el derecho al olvido es una institución consagrada en casi todas las legislaciones sobre Protección de Datos Personales, en particular y siendo el caso “Costeja González” tramitado por la AEPD de España, debe recordarse que tiene el derecho al olvido incorporado a través del art. 29 (27) de la Ley Orgánica 15/1999, en donde entre otras cosas, se establece que sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados, y que no se refieran cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan

(25) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Libertad de Expresión e Internet: principios orientadores”, *ibidem*. párrs. 10 y 11.

(26) FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, “El derecho al olvido. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea”, LL del 09/06/2014, p. 5. AR/DOC/1835/2014.

(27) Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/99. Artículo 29. Prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. “1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento. 2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente ley. 3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos. 4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos.”

con veracidad a la situación actual de aquéllos. En igual sentido, en la Directiva 95/46/CE en el art. 6º el que prevé que los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: "(...) e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario a los fines para los que fueron recogidos o para los que se trate ulteriormente".

Palazzi (28) expresa que este caso puede ser considerado el más importante en materia de privacidad y protección de datos dictado por el Tribunal Europeo. Con razón, entiende que actualmente no hay una norma expresa que reconozca un derecho al olvido, pero el Tribunal lo deriva en este precedente del texto de la Directiva Europea. Si bien se está discutiendo este derecho a nivel comunitario con la posibilidad además de una reforma, y justamente dentro de la reforma este tema ha sido altamente controvertido, es probable que el fallo impacte positivamente en el reconocimiento legal del derecho al olvido.

Destaca, asimismo, que el presente no fue el único proceso resuelto por la Agencia Española de Protección de Datos (AEDP), sobre el derecho al olvido en Internet. Ya en su Informe Anual del año del año 2010, la AEPD señalaba que existían más de un centenar de casos dictados bajo el mismo supuesto fáctico. En casi todos el Organismo falló a favor del titular del dato personal, los que fueron apelados ante la Audiencia Nacional que sólo en dos oportunidades hizo la remisión al Tribunal Europeo consultado, sobre la interpretación del derecho comunitario aplicable al caso.

En nuestro país, los tribunales también reconocieron el derecho al olvido en materia de informes comerciales, antes y después de la sanción de la ley 25.326. (29) Por ende, no parece difícil que este derecho sea receptado con mayor amplitud por vía pretoriana.

No obstante lo señalado, deberá tenerse en cuenta las limitaciones que la propia Constitución y la ley establecen en relación a la prensa, así como las dificultades en la implementación respecto de los buscadores de Internet. Constituirá por tanto, un verdadero desafío su implementación, y será mayor aún si se lo reconoce sin restricciones.

## VI. Conclusiones

Actualmente se torna imposible hacer referencia al derecho a la privacidad como "el derecho a ser dejado a solas", tal como fue delineado en sus orígenes. En la adecuada protección de esta esfera de intimidad que atraviesa los límites del individualismo, se halla la relación dinámica con las normas sobre derechos humanos. La privacidad es redefinida en un nuevo

(28) PALAZZI, Pablo A., "El reconocimiento en Europa del derecho al olvido en Internet", LL del 09/06/2014, p. 5. Cita online: AR/DOC/1953/2014.

(29) PALAZZI, Pablo A., *Informes Comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 143 y ss.

contexto, el de la protección de datos personales que se extiende más allá de la tutela a la vida privada. Justamente, se convierte en un elemento trascendental para restablecer la comunicación en una sociedad democrática que se ha ampliado en cantidad y calidad de derechos.

En la protección de datos personales se ha generado una afirmación de la subjetividad a través de la democracia ineludiblemente dotada de derechos humanos, y se han superado las fronteras de las violaciones de la privacidad mediante las computadoras, para establecer un derecho a la autodeterminación de la información. (30)

Este derecho fundamental a la autodeterminación informática, a diferencia del derecho a la intimidad, posibilita a su titular disponer sobre cualquier dato referido a su persona, independientemente que éste sea íntimo o no. En síntesis, garantiza a los individuos un poder de control y disposición sobre la totalidad de sus datos personales.

Frente a este avance de la tecnología, aparece con gran virtualidad el derecho al olvido como un reaseguro más de la esfera de intimidad personal. De hecho, tal como se expuso en este trabajo constituye una de las preocupaciones actuales, tanto en Europa como en otros países del mundo.

En consonancia, la Comisión IDH ha concedido en forma reciente una audiencia temática sobre "Internet y derechos humanos", que se llevará a cabo el 28 de octubre del corriente año, y que ha sido solicitada por diversas organizaciones especializadas en la materia; las que advirtieron sobre la importancia de Internet para constituirse como una herramienta irremplazable para la promoción de los derechos humanos, como también una posible amenaza a los estándares de derechos desarrollados hasta la fecha, dependiendo del diseño y la aplicación que se haga de esta tecnología.

En síntesis, nos encontramos en plena redefinición de los contornos del derecho a la privacidad. El derecho al olvido, estimo que ya no tendrá un retroceso en su recepción jurisprudencial, si no en contrario, gozará de una amplia recepción en diferentes países del mundo, incluido el nuestro. Por ello, deberá incorporarse al plexo normativo con claras restricciones cuidando de no lesionar a su vez, derechos al menos de igual jerarquía, como lo son los derechos a la libertad de expresión e información. ♦

(30) TRAVIESO, Juan Antonio, "Los Derechos Humanos y la Informática", AA.VV., Régimen jurídico de los datos personales, cit., ps. 16/24.

# LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA: EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL

POR ALBERTO B. BIANCHI

Sumario: I. Introducción.— II. De “A.M. Delfino” a “Cocchia”.— III. De la reforma constitucional de 1994 a “Cameronera Patagónica”: A. El artículo 76 de la Constitución, la Disposición Transitoria Octava y la reglamentación legal; B. Las principales líneas jurisprudenciales hasta el presente.— IV. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia reciente: A. Los efectos menores y mayores del caso “Cameronera Patagónica”; B. La escasa utilidad del artículo 76 de la Constitución.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

A comienzos de la década de 1990 la delegación legislativa despertó luego de un prolongado letargo de casi sesenta años. No obstante su importancia como fuente del derecho, desde fines de la década de 1920 el reglamento delegado había vegetado confusamente, junto con el reglamento ejecutivo, bajo el entonces art. 86, inc. 2º de la Constitución (actualmente el art. 99, inc. 2º), sin que pronunciamiento judicial alguno lograra establecer con claridad las diferencias entre uno y otro. La Corte, rutinariamente, se había limitado a convalidar el obrar del Poder Ejecutivo en ambos reglamentos, apelando a dos reglas muy generales elaboradas —con diferencia de un año— en los casos “A.M. Delfino” (1) y “Administración de Impuestos Internos c. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.” (2), a los que me referiré en el punto siguiente.

Esta inercia jurisprudencial tuvo un cimbronazo en 1993, cuando la Corte resolvió “Cocchia c. Estado Nacional” (3) forzando la teoría de la delegación legislativa para declarar la constitucionalidad de un decreto que había derogado un convenio colectivo de trabajo. Aisladamente este

(1) Fallos 148-430 (1927).

(2) Fallos 151-5 (1928).

(3) Fallos 316-2624 (1993).

caso no hubiera tenido mayor trascendencia, pero en aquel entonces la sensibilidad hacia la hiperactividad presidencial estaba agudizada desde que la Corte, en *Peralta c. Estado Nacional* (4), convalidara el llamado "Plan Bonex", por medio del cual el decreto 36/1990 había ordenado la devolución de los depósitos bancarios en Bonos Externos con garantía dólar, títulos que todavía no habían sido emitidos.

En ese escenario, donde la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, de suyo muy fuerte, había escalado a niveles más preocupantes aún, comenzó a tomar forma la convocatoria a una reforma constitucional, cuyo principal propósito motorizado por el oficialismo, era la reelección presidencial. Para equilibrar fuerzas, desde la oposición —liderada entonces por el ex presidente Raúl Alfonsín— comenzó a trabajarse en un temario de reformas constitucionales, cuyo eje principal era la atenuación del poder presidencial, que finalmente se corporizó en el llamado "Pacto de Olivos" de noviembre de 1993.

Menos de un año después, en agosto de 1994, fue sancionada la reforma constitucional en la cual aparecieron una serie de nuevas figuras y contenidos tendientes a concretar el propósito enunciado en el acuerdo celebrado por el entonces Presidente y su predecesor en el cargo. Entre ellos, un artículo específico —el nuevo art. 76— fue dedicado a la delegación legislativa, inspirado en el propósito de limitar, tanto al Congreso, como al Poder Ejecutivo en esa materia.

En las páginas que siguen me ocuparé de analizar cómo se ha desarrollado la delegación legislativa desde entonces y cuáles son los resultados efectivos que ha cosechado la reforma constitucional en este terreno, cuando están por cumplirse veinte años de su sanción. Antes de ello haré una sucinta referencia a los principales casos resueltos por la Corte Suprema antes de la reforma de 1994 y a las líneas jurisprudenciales que éstos engendraron.

## II. De "A.M. Delfino" a "Cocchia"

Si bien es cierto que la doctrina de la delegación legislativa ya había sido aplicada por la Corte Suprema en los primeros años del siglo XX, con motivo de las leyes que habían delegado la facultad de demarcar el territorio expropiado para la construcción de vías férreas (5), doctrina empleada luego en obras viales (6), lo cierto es que la exposición teórica de la cuestión empieza a desarrollarse en 1927, en el caso "A.M. Delfino" citado más

(4) Fallos 313-1513 (1990).

(5) "Ferrocarril del Oeste c. Garbarini", Fallos 105-80 (1906); "Ferrocarril Buenos Aires al Pacífico c. Joaquín del Río", Fallos 119-5 (1914); "Ferrocarril Gran Oeste Argentino c. Vidal Hermanos", Fallos 120-332 (1915); "Ferrocarriles del Estado c. Vidal", Fallos 150-360 (1928).

(6) "Dirección Nacional de Vialidad c. Badaracco y Bottaro", Fallos 183-88 (1939).

arriba (7), en el cual se declaró constitucional la delegación en el Poder Ejecutivo para crear sanciones de policía portuaria que luego aplicaría la Prefectura del Puerto de Buenos Aires.

Allí, sin parar mientes en que la delegación legislativa es una facultad del Congreso y, por ende, no podría tener origen constitucional en las potestades reglamentarias propias del Presidente, la Corte, a falta de una disposición constitucional expresa (8), enmarcó la cuestión en el art. 86, inc. 2º (actual art. 99, inc. 2º) y elaboró un principio que luego se convirtió en un cliché jurisprudencial repetido con monótono treno a lo largo de décadas.

Según estableció la Corte en esa oportunidad: "existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquella. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido" (9).

Con este fallo la Corte estableció que la "política legislativa" (10) debe estar claramente delimitada en la ley delegante como requisito de validez de la misma, límite éste que obra, a su vez, como valladar de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo.

(7) Ver nota 1.

(8) En realidad debería haber acudido a las facultades implícitas del Congreso otorgadas por el entonces art. 67, inc. 28 (actualmente art. 75, inc. 32).

(9) "A. M. Delfino", Fallos 148-435.

(10) Si bien este fallo no emplea específicamente los términos "política legislativa", que aparecen en decisiones posteriores, lo cierto es que este concepto, entendido como la porción delimitada de competencia entregada al Poder Ejecutivo, ya estaba delineado en la prohibición de delegar el poder de hacer la ley sin marcar al Poder Ejecutivo un rumbo preciso. Los términos "política legislativa" fueron empleados por la Corte más adelante, tal por ejemplo en "Prattico c. Basso y Cía.", Fallos 246-345 (1960); "Laboratorios Anodia SA c. Nación", Fallos 270-42 (1968); "Domínguez c. Kaiser Aluminio SAICF", Fallos 280-25 (1971); "Juan Antonio Brocchiero", Fallos 289-457 (1974); "The American Rubber Co. SRL", Fallos 298-609 (1977); "Ufíto SRL", Fallos 304-1898 (1982); "Romero de Martino c. Caja Nacional de Ahorro y Seguro", Fallos 307-539 (1985); "Conevial SA c. Estado Nacional (Administración Nacional de Aduanas)", Fallos 310-2193 (1987); "Compañía Azucarera y Alcohólica Soler SA c. Estado Nacional (Ministerio de Economía)", Fallos 311-1617 (1988); "Verónica SRL s/ apelación ley 20.680", Fallos 311-2339 (1988); "Firpo c. Estado Nacional - Ministerio de Educación", Fallos 312-1484 (1989); "Legumbres SA y otros s/ contrabando", Fallos 312-1920 (1989); "Arpemar SAPCel", Fallos 315-908 (1992); "Propulsora Siderúrgica SAIC", Fallos 315-1820 (1992); "Agüero c. Banco Central de la República Argentina", Fallos 315-2530 (1992); "Cafés La Virginia SA", Fallos 317-1282 (1994); "Chocobar c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", Fallos 319-3241 (1996); "Selcro SA c. Jefatura de Gabinete de Ministros", Fallos 326-4251 (2003); "Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina y otros c. Secretaría de Energía", Fallos 328-940 (2005); "Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA", Fallos 330-1855 (2007); "YPF SE c. Esso SAPA", Fallos 335-1227 (2012), entre otros.

Este principio general —válido en sí mismo— fue invocado luego en todos los casos en los cuales se cuestionaba la validez de un reglamento delegado. El estudio de los mismos revela que la delegación legislativa fue admitida no sólo en una gran cantidad de decretos del Poder Ejecutivo, sino de otros reglamentos administrativos emitidos por diversos entes u órganos de la Administración. (11) Esta aprobación serial del obrar administrativo —tendencia a la cual tampoco fue ajena la Corte Suprema en los Estados Unidos hasta que las leyes de emergencia del "New Deal" incurrieron en francos excesos de delegación (12)— se detuvo solamente frente a las

(11) A partir de "A. M. Delfino", la Corte aplicó en numerosas situaciones la doctrina que emana de este fallo. Así por ejemplo en lo atinente a multas administrativas convalidó en "Sebastián Cartagena", Fallos 156-323 (1930), la delegación efectuada por la ley 5098 en el Concejo Deliberante de la Capital Federal para legislar sobre arrestos y multas. Con igual criterio en "León Waizelbaum", Fallos 207-133 (1947), declaró la constitucionalidad de la ley 12.713 que había delegado en el Departamento Nacional de Trabajo las condiciones en que debían ser llevados los libros laborales, permitiendo además la aplicación de multas por infracción a la norma. En "Eduardo Soete", Fallos 253-171 (1962), admitió la validez de la ley 13.526 que había delegado en el Poder Ejecutivo la reglamentación de los registros de importadores, fraccionadores o transformadores de productos industrializados o manufacturados y en "The American Rubber Co. SRL", Fallos 298-609 (1977), lo hizo respecto de la ley 11.275 con relación a las facultades sancionatorias de la Secretaría de Comercio empleadas contra los infractores al régimen de identificación de mercaderías. Igual doctrina fue aplicada en "Radio Suipacha SACIF", Fallos 300-271 (1977) en punto a la ley de Abastecimiento 20.680 y en "Ufito SRL", Fallos 304-1900 (1982), caso en el que se cuestionaba una resolución de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas dictada bajo el imperio de la ley 19.508.

(12) En los Estados Unidos, la delegación legislativa ha superado casi todas las pruebas judiciales a las que ha sido sometida. Uno de los casos que condensa el pensamiento de la Corte en este punto es "J.W. Hampton Jr. & Co. v. United States", 276 US 394 (1928), donde el Tribunal por medio del voto del Chief Justice Taft dijo "...la bien conocida máxima delegata potestas non potest delegare aplicable a los entes administrativos tanto en el derecho general como en el común, es bien entendida y tiene mayor aplicación en la interpretación de la Constitución federal y de las constituciones estatales que en el derecho privado. La Constitución federal y las constituciones estatales de este país dividen el poder del gobierno en tres ramas... Al poner en práctica esa división... sería una ruptura de la ley fundamental que el Congreso abandonara su competencia legislativa y la transfiriera al Presidente o a la rama judicial, o si intentara investirse por ley de competencias ejecutivas o judiciales. Esto no significa que las tres ramas no son partes coordinadas de un gobierno y que cada una —en el terreno de sus atribuciones— no puedan apelar a la actividad de las otras dos en la medida en que dicha apelación no constituya una usurpación de la competencia constitucional de aquéllas. La extensión y el carácter que puede tener la ayuda que un poder pueda requerirle a otro debe ser determinada por el sentido común y por las necesidades inherentes de la coordinación gubernamental", 276 US en ps. 405/406. La delegación ha abarcado casos muy variados. Así, por ejemplo, se ha delegado en autoridades administrativas para que establezcan como deben ser empacados ciertos productos, in re "Kollock", 165 US 526 (1897); para la aprobación de estándares mínimos de calidad para la importación del té, "Buttfield v. Stranahan", 192 US 470 (1904); para el establecimiento de reglas relativas al uso de las reservas forestales, "United States v. Grimaud", 220 US 506 (1911); para establecer variaciones o diferencias en la forma en que los envases de productos alimenticios deben indicar su contenido, "United States v. Shreveport Grain & Elevator Co.", 287 US 77 (1932);

para establecer en que mercados es obligatoria la graduación del tabaco, "Currin v. Wallace", 306 US 1 (1939); para determinar prioridades en el transporte de cargas durante períodos de emergencia, "Avent v. United States", 266 US 127 (1924); para fijar listas de precios para la distribución de la leche, "United States v. Rock Royal Cooperative", 307 US 533 (1939) y otros productos, "Yakus v. United States", 321 US 414 (1944); para fijar precios de alquileres, "Bowles v. Willingham", 321 US 503 (1944); para regular precios y salarios en la industria carbonífera, "Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins", 310 US 381 (1940); para imponer el toque de queda en orden a proteger recursos militares de eventuales sabotajes, "Hirabayashi v. United States", 320 US 81 (1943); para distribuir cuotas de mercado en la industria tabacalera, "Fahey v. Mallonee", 332 US 245 (1947); para imponer métodos de contabilidad en el transporte interestatal, "ICC v. Goodrich Transit Co.", 224 US 194 (1912); para establecer tarifas ferroviarias, "ICC v. Louisville & Nashville R.R.", 227 US 88 (1913); "American Trucking Association v. Atchinson, Topeka and Santa Fe Ry.", 387 US 397 (1967); para autorizar la remoción de puentes que obstaculizan vías navegables, "Union Bridge Co. v. United States", 204 US 364 (1907); para deportar extranjeros considerados como indeseables, "Mahler v. Eby", 264 US 32 (1924); "Tisi v. Tod", 264 US 131 (1924); para autorizar la fusión de empresas ferroviarias en el interés público, "New York Central Securities Co. v. United States", 287 US 12 (1932); para otorgar licencias de radio, "Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co.", 289 US 266 (1933). Incluso, la delegación legislativa en los Estados Unidos ha ido más lejos aún y se ha extendido —ya desde sus orígenes— a dos campos desconocidos por nosotros. El primero es aquel referido a la posibilidad de que el Presidente pueda suspender o rehabilitar temporalmente la vigencia de una ley. El problema fue analizado en el caso del Bergantín Aurora, 11 US (7 Cranch) 382 (1813), donde fue admitida la constitucionalidad de esta decisión. El segundo está vinculado con la autorización dada por el Congreso a los tribunales federales para que legislen sobre normas de procedimiento, delegación admitida por la Corte Suprema en "Wayman v. Southard", 23 US (10 Wheaton) 1 (1825). La regla jurisprudencialmente establecida a fin de superar la aparente antinomia entre delegación legislativa y división de poderes es que el Congreso no puede delegar la función de legislar, pero si puede transferir ciertos poderes para llenar los detalles (fill up the details) no contemplados en la ley. A tal fin la norma delegante debe establecer un patrón inteligible (intelligible standard, discernible standard o prescribed standard, "United States v. Chicago, Milwaukee, St. Paul & Pacific R. Co.", 282 US 311, 324 [1931]) que equivale a lo que nuestra Corte Suprema denomina política legislativa. Como guía principal en esta materia, la Corte Suprema ha sostenido que el Congreso debe "indicar suficientemente el campo en el cual la Administración ha de actuar, de manera tal que se sepa si aquella se ha mantenido dentro de la voluntad de la ley", "Yakus v. United States", 321 US 414, 425 (1944). De todos modos debe observarse que ese patrón inteligible ha sido la mayoría de las veces bastante amplio. Se han admitido estándares tales como "justo y razonable", "Tagg Bros. & Moorhead v. United States", 280 US 420 (1930); "interés público", "New York Central Securities Corp. v. United States", 287 US 12 (1932); "conveniencia, interés o necesidad pública", "Federal Radio Commission v. Nelson Bros. Bond & Mortgage Co.", 289 US 266 (1933); "lucro exagerado", "Lichter v. United States", 334 US 742 (1948) y "métodos de competencia desleales", "FTC v. Gratz", 253 US 421 (1920). Se ha permitido también que el Presidente pueda suspender la libre importación de mercaderías "por el tiempo que se considere apropiado", "Field v. Clark", 143 US 649 (1892). Existen sólo dos casos significativos en la historia jurisprudencial de los Estados Unidos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad de leyes que habían delegado en la Administración facultades legislativas. Dos factores influyeron en estas decisiones. Por un lado la delegación en ambos casos era muy amplia y por el otro, existía un fuerte conflicto entre el Presidente Franklin D. Roosevelt y una Corte conservadora que se obstinaba en no aceptar su programa de emergencia económica (New Deal). Estos casos fueron "Panama Refining Co. v. Ryan", 293 US 388 (1935) y "A.L.A. Schechter Poultry Corp.

restricciones a la libertad personal que imponían los llamados "edictos de policía", nacidos de una delegación muy amplia contenida en el art. 27 del entonces Código Procesal Penal de la Nación, cuya inconstitucionalidad fue declarada en el caso "Raúl Oscar Mouviel" (13), por inspiración de Sebastián Soler, entonces procurador general de la Nación.

Al año siguiente de "A. M. Delfino", la Corte resolvió el caso "Administración de Impuestos Internos c. Chadwick, Weir y Cía. Ltda." (14), en el cual se discutía si el Poder ejecutivo había excedido el límite de las facultades reglamentarias otorgadas por el art. 86, inc. 2º (actual art. 99, inc. 2º) Allí afirmó la Corte que: "[...] los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva [...]" (15).

Si bien este caso y los que siguen sus aguas no se refieren específicamente a la delegación legislativa, la relación tan estrecha existente en nuestro derecho entre reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos, permite sostener que esta doctrina, propia de los reglamentos ejecutivos, es aplicable también a los reglamentos delegados. De hecho, esta igualdad de trato entre ambas clases de reglamentos aparece en el caso "The American Rubber Co" (16) donde se dijo: "Ya se trate, en el caso, de que la ley haya conferido al Poder Ejecutivo la facultad de reglar ciertos pormenores o detalles necesarios para su ejecución o de la potestad reglamentaria propia del citado poder (art. 86, inc. 2º, de la Constitución Nacional), esta Corte ha reconocido la validez de tales decretos cuando los lineamientos de la "política legislativa" aparecen suficientemente determinados en la ley o no se altere su espíritu, según el caso" (17).

Luego de Chadwick, la Corte repitió el principio allí sentado en numerosos precedentes, entre ellos: "María F. de Salmón" (18); "Pérez y González" (19); "L. Bustos SRL c. Nación Argentina" (20); "Federación de Obreros y Empleados

v. United States", 295 US 495 (1935). En síntesis, la doctrina de la delegación legislativa ha tenido y tiene en el derecho constitucional de los Estados Unidos amplio predicamento. La jurisprudencia de la Corte ha propiciado en este terreno una interpretación flexible de la división de poderes señalando que "la delegación por el Congreso ha sido largamente reconocida como necesaria en orden a que el ejercicio de la función legislativa no se convierta en una inutilidad", "Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins", 310 US 381, 398 (1940).

(13) Fallos 237-636 (1957).

(14) Fallos 151-5 (1928).

(15) Fallos 151 en p. 33.

(16) Fallos 298-609 (1977).

(17) Fallos 298, en p. 611.

(18) Fallos 178-224 (1937).

(19) Fallos 200-194 (1944).

(20) Fallos 232-287 (1955).

de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines c. E. Flaibán SA" (21); "DGI c. De Angelis SA" (22); "Compañía Azucarera y Alcohólica SA c. Nación Argentina" (23); "Krill Producciones Gráficas SRL" (24); "Barrose c. Nación Argentina" (25); "Juárez c. Nación Argentina" (26); "Agüero c. Banco Central" (27); "AADI - CAPIF c. Hotel Mon Petit" (28); "Oharriz, c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos" (29); "Provincia del Chaco c. Estado Nacional" (30); "Argüello c. Universidad Nacional de Tucumán" (31); "Jesús Eijo SA" (32); "Gianola y otros c. Estado Nacional" (33); etc.

La reseña efectuada en los párrafos anteriores permite advertir que hacia fines de la década de 1920, la Corte estableció los dos principios bajo los cuales llevó a cabo en las décadas siguientes, el test de validez de las leyes delegantes y el de los reglamentos delegados. A las primeras las juzgó mediante la regla establecida en "A. M. Delfino", a los segundos les aplicó la creada en "Chadwick". Así, mientras la ley delegante debía contener una clara "política legislativa" ("Delfino"), el reglamento delegado podía modificar las expresiones verbales de la ley, pero no podía apartarse del "espíritu" de la misma ("Chadwick").

Se trataba, naturalmente, de dos reglas muy generales que dejaban en manos del Tribunal un amplio margen de discrecionalidad que la Corte empleó, tradicionalmente, con gran deferencia hacia las normas administrativas en cuestión, salvo, como ya señalé, en materia de privación de la libertad personal.

Esta jurisprudencia fue aplicada sin mayores cambios hasta que fue resuelto el caso "Cocchia c. Gobierno Nacional" (34) Se trataba de una acción de amparo planteada por el secretario general del gremio de apuntadores marítimos en la cual se demandó la inconstitucionalidad de los arts. 34 a 37 del decreto 817/1992 (35), el cual —dentro de la política de reforma del Estado— dispuso una reforma profunda en todo el sector portuario, entre ellas la disolución de la Administración General de Puertos SE, la disolu-

(21) Fallos 244-309 (1959).

(22) Fallos 304-438 (1982).

(23) Fallos 311-1617 (1988).

(24) Fallos 316-1239 (1993).

(25) Fallos 318-1707 (1995).

(26) Fallos 313-433 (1990).

(27) Fallos 315-2530 (1992).

(28) Fallos 321-2223 (1998).

(29) Fallos 326-3032 (2003).

(30) Fallos 326-3521 (2003).

(31) Fallos 327-5002 (2004).

(32) Fallos 328-43 (2005).

(33) Fallos 330-2255 (2007).

(34) Fallos 316-2624 (1993).

(35) BO del 28/5/1992; Adla 1992-B-1763.

ción de la Capitanía General de Puertos y la creación de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables. En el orden laboral que fue lo cuestionado en la acción de amparo, el decreto dejó sin efecto todas las normas contenidas en convenciones, actas, acuerdos o todo acto normativo que establecieran "condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio de dirección y administración empresaria", esto es las normas de la Convención Colectiva de Trabajo 44/89. En síntesis, por acto de autoridad ejecutiva, quedaban sin efecto normas de rango legislativo y normas acordadas en el marco de una negociación colectiva (36).

Por mayoría de 6-3 (37) la Corte rechazó el amparo que había sido exitoso en las instancias anteriores. Sostuvo para ello que el decreto 817/1992 era un reglamento delegado enmarcado dentro de la política de transformación del Estado y de su inserción en el sistema de integración regional, donde el proceso de desregulación del transporte marítimo y fluvial y de la actividad portuaria profundiza los alcances de la política de transformación del Estado signado por la filosofía de la privatización y la desregulación "tendientes a proteger y estimular el marco de libertad indispensable para el funcionamiento de una economía de mercado en la cual el Estado asume un papel exclusivamente subsidiario" indicando más adelante que "es también voluntad del legislador insertar a la Argentina en un régimen de integración regional, en una decisión que acompaña la realidad política, económica y social de nuestros tiempos" (...) "clara definición de política legislativa que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir dificultar u omitir en su implementación práctica" (38).

Tal es a juicio del Tribunal el marco de la política legislativa —el estándar o patrón inteligible— que habilitó el dictado del decreto 817/1992. Tal como señala la sentencia "se presenta ante el juzgador un sistema jurídico integrado por las normas citadas —en especial el Tratado de Asunción y las leyes 23.696 y 24.093 (39)— que definen una clara política legislativa cuya conformidad con la Constitución no fue cuestionada y sobre la cual no hay argumentaciones —ni de la actora, ni en la sentencia apelada— que demuestren que el decreto 817/1992 —globalmente considerado— fue dictado en contradicción, o en

(36) Cabe recordar que la Corte otorgó rango legal a las Convenciones Colectivas de Trabajo, las que solo pueden ser derogadas por una ley posterior. "Romano c. Usina Popular y Municipal de Tandil", Fallos 301-608 (1979) y "Nordhestol c. Subterráneos de Buenos Aires", Fallos 307-326 (1985).

(37) En la mayoría votaron los jueces Rodolfo C. Barra, Mariano A. Cavagna Martínez, Julio S. Nazareno y Eduardo Moliné O'Connor, al que se suma un voto separado de Antonio Boggiano. En disidencia votaron los jueces Fayt, Belluscio y Petracchi, este último en opinión separada.

(38) Considerando 12.

(39) Esta ley reglamentó la actividad portuaria y permitió la descentralización de los servicios respectivos por medio de su transferencia a las provincias o a la actividad privada.

exceso, o con desproporción o inadecuación de medios" (40). Para precisar más aún el espectro de la política legislativa que el decreto 817/1992 debía considerar como "techo" de su actuación, la Corte menciona a los arts. 10 y 61 de la ley 23.696 que son "de especial importancia para el caso de autos".

En otras palabras la Corte tomó como política legislativa o patrón inteligible un "programa de gobierno" —como ella misma lo denominó— constituido por un conjunto de tres leyes que —a su juicio— permitió que el Poder Ejecutivo pudiera dejar sin efecto todo un régimen laboral establecido por convención colectiva de trabajo y por ley. Su razonamiento está contenido en el considerando 14, el que debido a su extensión y detalle en el análisis puede ser considerado un verdadero estatuto jurisprudencial sobre la delegación.

La amplitud de la política legislativa y la intensidad del reglamento delegado en este caso, produjeron una señal de alarma que dio pie a incorporar una norma específica sobre la delegación legislativa en la reforma constitucional que ya estaba en marcha.

### III. De la reforma constitucional de 1994 a "Camaronera Patagónica"

#### A. El artículo 76 de la Constitución, la Disposición Transitoria Octava y la reglamentación legal

La reforma de 1994 incorporó al texto de la Constitución el art. 76, que dice: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa".

Esta norma fue completada con la Disposición Transitoria Octava, cuyo texto es el siguiente: "La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio, caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley".

Basta con leer el art. 76 para advertir que se trata de una disposición poco clara, tal como lo señalé en su momento (41). En primer lugar, tomando la clasificación adoptada en el caso "A. M. Delfino" en "delegación propia" o amplia y "delega-

(40) Considerando 13.

(41) BIANCHI, Alberto B., "Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional", Revista de Derecho Administrativo, N° 17, año 6, septiembre-diciembre de 1994, Depalma, ps. 379-430.

ción impropia” o restringida, no se sabe a qué tipo de delegación se refiere. En segundo lugar, tampoco es claro si la prohibición se limita al Poder Ejecutivo (único órgano mencionado) o si se extiende también al resto de la Administración pública, tanto centralizada como descentralizada. Por último, en tercer lugar, las dos excepciones allí previstas (materias de administración y de emergencia pública) parecen ser materias que son propias del Poder Ejecutivo y que, por ende, no requieren para ser ejercidas de una habilitación legal del Congreso.

Por su lado, el mandato contenido en la Disposición Transitoria Octava era muy claro, pero, al mismo tiempo, resultaba muy difícil de cumplir. Toda la legislación delegada preexistente a la reforma —es decir, la que fue dictada desde 1853 en adelante— que no tuviera un plazo establecido para su ejercicio, caducaría a los cinco años de sancionada la reforma, salvo que el Congreso la ratificara expresamente. Dicho en otras palabras, el Congreso debía analizar todos y cada uno de los reglamentos delegados dictados desde 1853 hasta 1994, y decidir si los ratificaba o si caducaban por virtud del vencimiento del plazo establecido en la mencionada Disposición. No solamente había que revisar una enorme cantidad reglamentos dictados a los largo de 140 años, sino que en la doctrina y jurisprudencia argentina la distinción entre los reglamentos delegados y los reglamentos ejecutivos nunca ha sido clara (42), de modo tal que el análisis de cada uno en particular presentaba el desafío de establecer, primeramente, a qué categoría pertenecía.

Para resolver estos problemas fue dictada la ley 25.148 (43), por medio de la cual el problema tuvo cuatro abordajes:

a) la legislación delegante sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento, fue ratificada por tres años, es decir, hasta agosto de 2002;

b) se reglamentó el concepto “*materias determinadas de administración*”, contenido en el art. 76;

c) se aprobó la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994; y

d) quedó establecido que la ley 25.148 no comprendía los reglamentos ejecutivos.

Como puede verse, la ley 25.148 resolvió dos problemas, y creó uno nuevo. En efecto: (a) resolvió qué debe entenderse por “*materias determinadas de administración*” y (b) cumplió con la Disposición Transitoria Octava al ratificar toda

(42) BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 1990, cap. III.

(43) BO del 24/08/1999.

la legislación delegada anterior a la reforma de 1994. Al mismo tiempo, creó el problema de tener que revisar la legislación delegante “sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento”. Esta obligación no estaba impuesta por la Constitución.

La obligación creada por la ley 25.148 de revisar la legislación delegante y el plazo establecido para ello nunca fueron cumplidos. Luego de ella se dictaron las leyes 25.645 (44), 25.918 (45), 26.135 (46) y 26.519 (47) que, por un lado, fueron prorrogando el plazo originalmente establecido en la ley 25.148 y, por el otro, generaron nuevas ratificaciones de la legislación delegada.

Al día de hoy la situación es la siguiente. El plazo fijado en la ley 26.519 para revisar la legislación delegante venció el 24 de agosto de 2010 y no ha sido prorrogado. Esto significa que podría haber una cierta cantidad de leyes delegantes que al día de hoy han perdido sus efectos. Ello crea una gran incertidumbre que sólo podría despejarse el día que se sancione el llamado *Digesto Jurídico Argentino* —cuya elaboración fue encomendada por la ley 24.967 (48)— cuya finalización fue anunciada en un acto público por la Presidenta en la Casa Rosada, en julio de 2011, pero que no se ha concretado aún.

### *B. Las principales líneas jurisprudenciales hasta el presente*

#### *i. La delegación en general*

No obstante la copiosa actividad legislativa descrita en el punto anterior, la jurisprudencia sobre la delegación legislativa posterior a 1994 es bastante limitada y, en general, como veremos, ha corrido por un andarivel paralelo al del art. 76, casi como si este no existiera.

Uno de los casos más relevantes resueltos por la Corte en este período ha sido “*Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - decreto 1204/2001)*” (49). Se discutía aquí si el decreto 1204/2001 (50), por medio del cual los abogados del Estado fueron relevados de la obligación de matricularse en el Colegio Público de Abogados de Capital Federal, constituía un ejercicio válido de la delegación legislativa establecida en el art. 1º, ap. I, inc. f) de la ley 25.414 (51).

(44) BO del 09/09/2002.

(45) BO del 24/08/2004.

(46) BO del 24/08/2006.

(47) BO del 24/08/2009.

(48) BO del 25/08/1998.

(49) Fallos 331-2406 (2008).

(50) BO del 27/09/2001.

(51) Esta norma dice: “Artículo 1º — Facúltase al Poder Ejecutivo nacional al ejercicio de las siguientes atribuciones hasta el 1º de marzo del año 2002. I. Materias determinadas de

Luego de un pormenorizado análisis de la cuestión, la Corte declaró la inconstitucionalidad del decreto 1204/2001 estableciendo que "...el decreto 1204/01 constituye una disposición de carácter legislativo dictada por el Presidente de la Nación fuera de las bases de la delegación de facultades contenida en el art. 1º, a. I, inc. f) de la ley 25.414 y, por consiguiente, violatorio de la prohibición establecida en el art. 99, inc. 3º, segundo párrafo de la Constitución Nacional".

Para llegar a esta conclusión, la Corte, con apoyo en el art. 76 de la Constitución sostuvo que (a) toda delegación debe tener "bases" claras, entendiendo por ello una "política legislativa" claramente definida; y (b) cuando las bases de la delegación son demasiado genéricas e indeterminadas, la legislación delegada será convalidada por los tribunales si puede demostrarse que la misma constituye una concreción de la política legislativa establecida por el Congreso.

Establecidos estos fundamentos, la Corte analiza el decreto 1204/2001. Se refiere primero a la amplitud de la delegación efectuada por la ley 25.414: "...el Congreso habilitó al Presidente para derogar cualquier norma legal con miras a lograr una reducción del gasto" (52). Critica luego la interpretación de la ley efectuada por el Estado nacional: "Una interpretación como ésta introduce tal indeterminación en la ley 25.414, que deja a la delegación legislativa prácticamente sin bases en función de las cuales discernir qué tipo de ley puede ser derogada por el Presidente, o sea, delinear un subgrupo dentro del conjunto de las leyes vigentes sobre el que recaerá la atribución delegada" (53) e indica cual debe ser la interpretación correcta: "...Un examen más atento muestra que la mencionada ley autorizó al Presidente para derogar leyes específicas, en materias determinadas de su ámbito de administración, que afectasen o regulasen el funcionamiento operativo de organismos o entes descentralizados, palabras que admiten una lectura mucho más plausible si se las entiende como refiriéndose a leyes cuya derogación, por su especificidad, no altera o modifica de manera grave otros fines o políticas legislativas que las dirigidas explícitamente y puntualmente al funcionamiento de la administración pública" (54).

Por último, establece los fundamentos de la inconstitucionalidad de los arts. 3º y 5º del decreto 1204/2001: "... los arts. 3º y 5º del decreto 1204/2001 encuentran, en efecto, serias dificultades para amoldarse a la delegación le-

su ámbito de administración:... f) Con el objeto exclusivo de dar eficiencia a la administración podrá derogar total o parcialmente aquellas normas específicas de rango legislativo que afecten o regulen el funcionamiento operativo de organismos o entes de la administración descentralizada, empresas estatales o mixtas, o entidades públicas no estatales, adecuando sus misiones y funciones; excepto en materia de control, penal o regulatoria de la tutela de intereses legítimos o derechos subjetivos de los administrados, y con respecto al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados".

(52) Ver considerando 13.

(53) Ídem.

(54) Ídem.

gislativa de la ley 25.414, tal como ha sido entendida anteriormente. Primero, porque ninguno de ellos dispone la derogación de una norma específica, sino la aprobación, para los abogados del Estado, de todo un régimen alternativo e incompatible con el establecido en la ley 23.187 que se encuentra vigente... Segundo, porque ambos artículos relevan a los referidos abogados del cumplimiento de sendos deberes hacia el colegio —aporte y matriculación— que son propios y sólo afectan a la administración pública de manera indirecta, como consecuencia de resoluciones tomadas por esta misma invocando razones de conveniencia. El deber que tienen los abogados de contribuir económicamente al sostenimiento del colegio profesional cuya constitucionalidad no está en discusión en este caso es una obligación propia del abogado para con el Colegio Público. Ello es así con independencia de que, en el caso de los abogados del Estado, para evitarles un deterioro de su ingreso, la misma administración haya decidido soportar el costo derivado de su cumplimiento. En esta medida, el decreto 1204/2001 viene a modificar la ley 23.187 en un aspecto que no afecta directamente a la administración ni se refiere específicamente a ella" (55).

Mucho más sencillo en su formulación, pero importante también por su contenido, es "Oviedo c. Marcone" (56), donde, con motivo de justificar la validez de la Acordada 2/2007, que elevó el monto del depósito en el recurso de queja a \$ 5.000, el Tribunal dice: "...el art. 8º de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, disponer de su patrimonio y determinar el régimen de percepción, administración y contralor de sus recursos y su ejecución, y dentro de esa amplia delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecido en el citado art. 286 [del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación]" (57). En síntesis, la Corte admite que, además del Poder Ejecutivo, ella también puede ser destinataria de una habilitación legislativa para dictar reglamentos referidos a su propia esfera de gobierno.

## ii. La subdelegación

Una cuestión siempre controvertida es la de la subdelegación, en la cual la línea divisoria de aguas pasa por determinar si tal facultad puede ser ejercida tan sólo con una mera habilitación implícita de la ley, en la medida en que la política legislativa esté claramente diseñada, o si, por el contrario, se requiere, en cualquier caso, una habilitación legal expresa (58). Sobre

(55) Ver considerando 14.

(56) Fallos 331-419 (2008).

(57) Ver considerando 4º. Agregó el destacado.

(58) Para un meduloso y exhaustivo análisis de esta cuestión puede verse CASTRO VI-DELA, Santiago M. y MAQUEDA FOURCADE, Santiago, Tratado de la regulación para el abastecimiento, Ábaco, Buenos Aires, 2014, en prensa, capítulos XIV y XV y, de los mismos autores, "La subdelegación legislativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema y su rele-

este particular, la jurisprudencia de la Corte ha sido oscilante, bien que en los últimos fallos se ha vuelto más exigente.

En los casos "Julio Héctor Czerniecki" (59) y "Comisión Nacional de Valores c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA" (60) se admitió que bastaba con que la ley fijara correctamente la política legislativa para que la subdelegación fuera constitucionalmente admisible. No era necesaria a juicio de la Corte una autorización expresa para subdelegar. En el segundo de los casos mencionados se discutía si, bajo la delegación efectuada por la ley 23.697, que nada decía al respecto, era válida la subdelegación que el decreto 2284/1991 había efectuado en favor de la Comisión Nacional de Valores para establecer los requisitos de información a los que deben ajustarse las sociedades emisoras con oferta pública de sus títulos valores, subdelegación ésta que, a su vez, había dado lugar al dictado de la resolución general 227 del citado órgano. Con cita del caso "Czerniecki" la Procuración General admitió la validez de la subdelegación en un dictamen que luego fue compartido por la Corte (61).

Más exigente fue la Corte en "Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina c. Secretaría de Energía" (62), bien que en este caso se trataba de una subdelegación para la creación de sanciones administrativas. Se planteó aquí la inconstitucionalidad de la resolución

vancia actual en el sector hidrocarburífero", RADEHM - Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, N° 2, Ábaco, Buenos Aires, 2014, en prensa.

(59) Fallos 318-137 (1995).

(60) Fallos 330-1855 (2007).

(61) Dice el dictamen: "las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegados por éste en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (Fallos 318:137). Asimismo, el Alto Tribunal ha reconocido que puede atribuirse competencia a ciertos órganos —centralizados o no— para establecer hechos y aplicar sanciones atendiendo a su función de policía social (art. 67, inc. 28, actual art. 75, inc. 32, CN), con la condición de que se preserve la revisión judicial de las decisiones adoptadas en el ámbito administrativo, como ha ocurrido en el caso bajo examen (Fallos 303:1776). Así, y en específica referencia al tema que nos ocupa, la facultad concedida a la CNV por el decreto 2284/1991 —ratificado por ley 24.307—, debe, a mi modo de ver, entenderse en armonía con la finalidad ya expuesta de la ley 17.811. En esta línea de pensamiento, y considerando que se trata de normas complejas y específicas referidas al mercado de capitales, es razonable que sean dictadas por el organismo especializado —CNV—, cuya competencia atribuida por ley, se extiende a todos los intervinientes o participantes en la oferta y negociación de valores negociables, que, a su vez, son los sujetos pasivos de la reglamentación. Por otra parte, resulta necesario resaltar que no constituyen atribuciones consideradas indelegables en razón de su naturaleza (v. art. 99, inc. 3° y 76, CN y Fallos 300:392, 443; 304:1898), desde que la resolución en estudio no regula materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. En este sentido, V.E. afirmó que de los términos de la ley 17.811 se desprende que su propósito no es sólo regular ciertas relaciones entre particulares, sino que apunta a un objetivo eminentemente público, cual es crear las condiciones e instrumentos necesarios para asegurar una efectiva canalización del ahorro hacia fines productivos (Fallos 303:1812)".

(62) Fallos 328-940 (2005).

79/1999 de la Secretaría de Energía de la Nación y del decreto 1212/1989, el cual permitía la libre instalación de bocas de expendio, sujeta al cumplimiento de ciertas normas técnicas, de seguridad y económicas y, a su vez, subdelegaba en la Secretaría de Energía de la Nación la facultad de tipificar las infracciones y establecer el régimen de sanciones correspondiente.

En virtud de esta subdelegación, la Secretaría de Energía, estableció en la resolución 79/1999 una serie de obligaciones a cargo de los sujetos comprendidos en la regulación, quienes debían inscribirse en el Registro de Bocas de Expendio de Combustibles Líquidos y Bocas de Expendio de Fraccionadores y Revendedores de Combustibles a Grandes Consumidores. Asimismo, se tipificaban allí una serie de conductas por incumplimiento de la reglamentación vigente en materia de seguridad, de medio ambiente, de especificaciones y calidad de combustibles líquidos y se establecían también las sanciones aplicables a cada una según su magnitud.

A juicio de la Procuración General, en un dictamen que la Corte hizo suyo, esta subdelegación era inconstitucional. Entendió el Ministerio Fiscal que, aun cuando tales sanciones aplicables por la Secretaría de Energía no participaban de la naturaleza de las normas del Código Penal —pues no se trataba de penas por delitos sino de sanciones por infracción a normas de policía— no era constitucionalmente válido que el Poder Ejecutivo, sin una delegación expresa de la ley, atribuyera facultades de esa índole a la Secretaría de Energía, toda vez que la imposición de tales medidas requiere la configuración de supuestos previstos, aunque fuere de modo genérico, por el legislador.

Esta exigencia —dijo— no puede considerarse cumplida con el simple argumento de que el decreto 1212/1989 es un reglamento delegado, pues de los términos de la ley 23.696 —que menciona como antecedente— surge que el objetivo del legislador fue impulsar un programa de privatizaciones tendiente a superar la grave crisis financiera del Estado y, aunque a tal efecto se le otorgaron amplias facultades al Poder Ejecutivo, dicha ley es notoriamente insuficiente para habilitarlo a subdelegar en otro organismo de inferior jerarquía el dictado de disposiciones como las que contiene la resolución 79/1999, pues ello implica un total apartamiento del marco legislativo que el Congreso ha impuesto a la ejecución de la política de reforma del Estado, en cuyo articulado no se advierte ninguna delegación del tipo que pretende la Secretaría de Energía (63).

(63) En un dictum que es válido para la doctrina de la delegación en general, la Procuración General agregó que la garantía de "ley anterior", consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o

En casos más recientes la Corte ha sido más restrictiva aún con la subdelegación exigiendo no sólo que la ley delegante establezca claramente la política legislativa sino que, además, no se trate de una ley genérica o poco específica.

Este criterio ha sido sentado en un grupo de causas promovidas en forma cruzada entre empresas refinadoras de petróleo por un lado (Shell y Esso) e YPF Sociedad del Estado y el Estado Nacional por el otro (64), en las cuales se discutía, entre otras cuestiones, la nulidad de la resolución 439/1983 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, luego ratificada en forma retroactiva por medio del decreto 1246/1985 en los términos del art. 19 de la Ley de Procedimientos Administrativos (ley 19.549). Por medio de la citada resolución, el Ministerio de Obras Públicas se había arrogado el ejercicio de una facultad (la fijación del sobreprecio del JP1) que en realidad le correspondía al Poder Ejecutivo, por delegación de la las leyes 17.319 y 17.597, que le otorgaban a éste la facultad para fijar los precios de los combustibles, sin que hubiera una disposición en ellas de la que pudiera inferirse una autorización para subdelegar esa competencia. Al resolver estos casos la Corte entendió (a) que la subdelegación era improcedente y (b) que, por tal motivo, no correspondía la ratificación retroactiva de la misma efectuada por el decreto 1246/1985.

condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. Tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida. En tales condiciones, si se requiere ley previa en cualquier hipótesis de delegación en organismos administrativos, con mayor razón ella resulta indispensable cuando se trata de imponer restricciones a los derechos y garantías de los particulares y, en la especie, mal pudo delegar el Poder Ejecutivo una facultad de la que carecía, circunstancia que, de ninguna manera, se puede ver favorecida por la ratificación ulterior del Congreso Nacional mediante la ley 25.148, puesto que, en cuanto a la materia que aquí se trata y a diferencia de otras cuestiones referidas a la administración, la garantía constitucional de ley previa exige su estricta observancia. Tampoco resulta válida —dice finalmente el dictamen— la invocación del art. 97 de la ley 17.319 —citada por el organismo a los efectos de fundar la competencia para dictar la resolución cuestionada—, pues dicha ley se limita a disponer que la entonces Secretaría de Estado de Energía y Minería o los organismos que dentro de su ámbito se determinen, es la autoridad de aplicación de dicha ley, que prevé, en el Título VII, las sanciones y recursos que corresponden al incumplimiento de las obligaciones emergentes de los permisos y concesiones, circunstancia que deben verificar los funcionarios que cumplen tareas de inspección y fiscalización para asegurar la observancia de las normas relativas a la exploración, explotación de los yacimientos, al transporte y comercialización de hidrocarburos.

(64) "YPF SE c. Esso SAPA", Y.18.XLV; "Esso SAPA c. Estado Nacional", E.97.XLV; "Shell Compañía Argentina de Petróleo SA c. Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos)", S.442.XLV y "Shell Compañía Argentina de Petróleo SA c. Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos)", S.443.XLV. Estas causas fueron todas acumuladas y resueltas por medio de la sentencia de fecha 03/07/2012, Fallos 335-1227.

Según el fallo: "...las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida... Sin embargo, y en esto asiste razón a las apelantes, no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (art. 3º de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes... En tales condiciones, no puede entenderse que la delegación se encontraba permitida, con el simple argumento de que el entonces vigente art. 14 de la ley de ministerios autorizaba en forma genérica al Poder Ejecutivo Nacional a delegar facultades en los ministros. Ello es así, porque de los propios términos del artículo citado resulta que la autorización allí prevista es para delegar 'facultades relacionadas con las materias que le competen', es decir, a aquellas propias del Poder Ejecutivo. Y, como se ha señalado, la interpretación de este tipo de normas debe ser restrictiva, por lo que no cabe entender que esa autorización también permite subdelegar aquellas facultades que el Ejecutivo recibe por vía de delegación legislativa. Por similares motivos, tampoco resulta suficiente la invocación del art. 97 de la ley 17.319, pues esta norma se limita a disponer que la entonces Secretaria de Estado de Energía y Minería o los organismos que dentro de su ámbito se determinen, es la autoridad de aplicación de dicha ley. Esta previsión no hace referencia concreta a las facultades de fijación de precios que la ley reconoce al Poder Ejecutivo, y la simple determinación de la autoridad de aplicación del régimen resulta notoriamente insuficiente como autorización para subdelegar esa competencia en otro organismo de inferior jerarquía. En consecuencia, corresponde admitir el agravio de las apelantes en este punto, ya que no existía habilitación legislativa para que el Poder Ejecutivo subdelegara las facultades que le otorgaban las leyes 17.319 y 17.597 en materia de fijación de precios y, por ello, la resolución 439/83 no pudo ser ratificada en forma retroactiva, en los términos del art. 19 de la ley 19.549" (65).

### iii. La delegación en materia tributaria

Muy crítica es la delegación legislativa en materia tributaria, pues ella pone en juego el principio de legalidad o reserva de ley. En los últimos diez años la cuestión ha quedado definida en dos fallos importantes, en donde la Corte ha honrado el principio mencionado.

(65) Considerando 6º.

El primero de ellos fue “Selcro SA c. Jefatura de Gabinete de Ministros” (66), donde se discutía la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 59 de la ley 25.237, en cuanto delega la facultad de fijar los valores o, en su caso, las escalas aplicables para determinar el importe de las tasas que percibe la Inspección General de Justicia, y la nulidad del art. 4º de la decisión administrativa 55/2000 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en cuanto modifica las escalas previstas en el art. 4º del decreto 67/1996.

Con gran claridad y sencillez la Corte sostuvo que “ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo” y por ello “al tratarse de una facultad exclusiva y excluyente del Congreso, resulta inválida la delegación legislativa efectuada por el segundo párrafo del art. 59 de la ley 25.237, en tanto autoriza a la Jefatura de Gabinete de Ministros a fijar valores o escalas para determinar el importe de las tasas sin fijar al respecto límite o pauta alguna ni una clara política legislativa para el ejercicio de tal atribución” (67).

Más extenso y muy argumentado es el reciente fallo recaído en el caso Camaronera Patagónica c. Ministerio de Economía (68), el cual refleja, además, un fuerte debate interno en el seno del Tribunal que se advierte, especialmente, en los votos disidentes. Se trataba de una acción de amparo entablada contra las resoluciones 11/2002 y 150/2002 del —entonces— Ministerio de Economía e Infraestructura, que gravaron con derechos a la exportación para consumo determinadas mercaderías identificadas en la Nomenclatura Común del Mercosur. Dichas resoluciones —adujo la demandada— habían sido dictadas como consecuencia de una delegación legislativa proveniente del art. 755 del Código Aduanero y de la Ley de Emergencia Económica 25.561.

Si bien la Corte coincide unánimemente en que la delegación legislativa invocada por la demandada es inválida por su amplitud y falta de una política legislativa precisa y determinada, la sentencia no es unánime en cambio en cuanto a la validez de la ratificación legislativa posterior.

Antes de analizar estos pormenores veamos el fallo en su conjunto. Todo el Tribunal coincide en dos aspectos centrales del caso (a) la naturaleza tributaria de los derechos de exportación y por ende la sujeción de éstos al principio de legalidad y (b) la invalidez de la delegación legislativa invocada.

(66) Fallos 326-4251 (2003).

(67) Considerandos 6º y 7º.

(68) C.486.XLIII, 15/04/2014.

En relación con esto último, el considerando 9º del voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco y Maqueda es contundente y por ello lo transcribo casi íntegramente:

“...ese valladar inconstitucional que supone el principio de reserva, de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de la delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución ... tampoco resultaría admisible el argumento que subyace en la defensa realizada por el ente fiscal, que consiste en sostener que la ley de emergencia 25.561 —y sus sucesivas prórrogas—, ha otorgado una delegación suficiente al Poder Ejecutivo para que, en el marco de la dolorosa situación de emergencia nacional por la que atravesó el país, tomara una serie de medidas tendientes a terminar con esa situación, entre las cuales estaba la habilitación para que estableciese el tributo aquí cuestionado.

“En efecto, ni la ley 22.415 ni mucho menos la 25.561 establecen, siquiera con mínimos recaudos, los elementos esenciales del tributo de que se trata.

“Por una parte, la ley 25.561 solo contiene en su art. 5º, tercer párrafo, *in fine*, una previsión de creación de un derecho a la exportación de hidrocarburos, supuesto ajeno al de la especie cuya constitucionalidad no es objeto aquí de discusión. Pero, con la salvedad mencionada, no hay otra disposición en su articulado que permita establecer, con claridad y sin duda alguna, las pautas de la clara política legislativa a las cuales debe atenerse el Presidente. Es más, de su lectura no puede siquiera intuirse que el Poder Legislativo haya delegado en el Ejecutivo la posibilidad de crear este tipo de gravámenes, más allá de la admisibilidad constitucional de tal mecanismo, que como se señaló anteriormente debe ser enérgicamente rechazada.

“En segundo término, corresponde detenerse en el Capítulo Sexto del Título 11, de la Sección IX, del Código Aduanero, titulado “Tributos regidos por la legislación aduanera”, que prevé la existencia de derechos de exportación y regula aspectos atinentes a tal tipo de gravámenes, los arts. 733 y ss. Establecen que el derecho de exportación puede ser *ad valorem* (es decir, de base imponible variable en función del valor de la mercadería) o bien específico (una cantidad determinada, fija o variable en función de la cantidad de mercadería que se exporte), pero para el caso en concreto aquí discutido, como puede observarse, no es el legislador quien ha determinado, de manera cierta e indudable, cuál es la forma de cuantificar la prestación, sino que ha de recurrirse necesariamente, a lo dispuesto por la resolución 11/2002 mencionada.

“En efecto, el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación. Al guardar silencio el citado cuerpo legal respecto

de la alícuota máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación, coloca a la resolución impugnada a extramuros de las normas y principios constitucionales antes reseñados”.

Similares conceptos, bien que con distinta redacción, ilustran el considerando 17 del voto disidente de los jueces Petracchi y Argibay.

En definitiva, la sentencia comentada ratifica que no es válida la delegación legislativa en materia tributaria, si la ley delegante no define los elementos esenciales del tributo de que se trata.

Hasta aquí, como dije, la Corte es unánime. Las diferencias entre sus jueces aparecen cuando el Tribunal analiza la validez de la ratificación legislativa posterior. Recordemos que, conforme surge de la reseña de antecedentes legislativo efectuada en REF, la ley 25.645 ratificó —según entiende la mayoría del Tribunal— la legislación delegada dictada entre el 24 de agosto de 1999 y el 24 de agosto de 2002 (69).

Según este criterio —que suscriben los jueces Lorenzetti, Fayt, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, este último por medio de un voto separado— las resoluciones impugnadas habrían sido válidamente ratificadas por medio de la ley 25.645. No obstante, aclaran que esta ratificación solo tiene efectos hacia el futuro, en tanto “...la ley 25.645 carece de eficacia para convalidar retroactivamente una norma que adolece de nulidad absoluta e insanable— como la resolución 11/2002 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura—, pero no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia” (70).

Muy diferente es la postura de los jueces Petracchi y Argibay en este punto. A su juicio la ratificación efectuada por la ley 25.645 es inválida porque, para que una ratificación de esa naturaleza tenga efectos “debe existir una voluntad legislativa clara y explícita que pueda ser entendida —más allá de las imperfecciones técnicas de su instrumentación— como un aval de los contenidos de la norma que se ratifica... y ello, nítidamente, no ha ocurrido en el caso de la resolución 11/2002. En efecto, frente a un universo heterogéneo de normas que ni siquiera son identificadas en forma alguna, la mención del legislador en el sentido de aprobar ‘la totalidad de la legislación delegada dictada...’ aparece poco propicia para derivar de ella que se ha querido avalar el contenido de la resolución 11/2002, máxime cuando se trata de una

(69) Según lo explican los votos mayoritarios, la ley 25.148 ratificó toda la legislación delegada dictada desde 1853 hasta el 24 de agosto de 1999, fecha en la cual aquélla entró en vigencia. A su vez, la legislación delegada dictada entre el 24 de agosto de 1999 y el 24 de agosto de 2002, entre ella las resoluciones del Ministerio de Economía impugnadas en el caso, fueron ratificadas por la ley 25.645.

(70) Considerando 11, párrafo 16.

materia ajena a las mencionadas en el arto 76 de la Constitución Nacional, y la propia ley 26.519 puso en evidencia que, pese a haber transcurrido más de diez años desde el vencimiento del plazo de cinco años que el convencional le concedió al Congreso para expedirse, éste ni siquiera ha logrado establecer cuáles son las leyes que delegan facultades; cuáles de ellas se encuentran vigentes, modificadas, derogadas o son de objeto cumplido, ni si las materias se corresponden con lo regulado por el arto 76 de la Constitución Nacional, razón por la que se ha decidido crear en el seno del Poder Legislativo una comisión bicameral especial con el fin de ‘revisar, estudiar, compilar y analizar... la totalidad de la legislación delegante preexistente...’ (art. 3º de la ley 26.519)”.

#### IV. Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia reciente

##### A. Los efectos menores y mayores del caso “Camaronera Patagónica”

Seis años demoró la Corte Suprema en resolver el caso “Camaronera Patagónica c. Ministerio de Economía” (71). Si tenemos en cuenta que, finalmente, lo decidido en él es que las resoluciones 11/2002 y 150/2002 del —entonces— Ministerio de Economía, fueron nulas tan sólo durante el breve espacio que va desde su sanción, a principios de 2002, hasta su ratificación en agosto de ese mismo año por medio de la ley 25.645, el resultado es magro en función del tiempo insumido en resolver el caso y de la sencillez de lo decidido. No olvidemos, además, que se trataba de una acción de amparo, lo que potencia más aún la variable temporal.

Sin embargo, el fallo merece algo más que esta mirada de corto alcance pues, en primer lugar, contiene —nada menos— el certificado de defunción constitucional del art. 755 del Código Aduanero, sobre cuya delegación está montado todo el sistema de las llamadas retenciones a la exportación. Tal es su legado. No en vano Gregorio Badeni se ha preguntado al comentar el fallo si estamos ante el ocaso de las retenciones (72).

En segundo lugar, y no menos importante, la Corte —por mayoría— ha admitido que la ratificación general de la legislación delegada, efectuada por la ley 25.148 y sus sucesoras sin análisis alguno, es válida.

Veamos entonces, cómo juegan hacia el futuro estos efectos “mayores” de “Camaronera Patagónica”.

(71) Véase el reciente artículo de Eugenio L. Palazzo, en el cual analiza exhaustivamente el caso y pone de relieve la demora de la Corte en resolverlo. PALAZZO, Eugenio L., “El amparo, los derechos de exportación y la delegación legislativa en ‘Camaronera Patagónica’”, *El Derecho - Constitucional*, diario del 26/05/2014, ps. 1-7.

(72) BADENI, Gregorio, “¿El ocaso de las retenciones?”, *LL* del 29/05/2014.

En relación con los derechos de exportación la sentencia es clarísima y no deja lugar a dudas de que, como en el caso de cualquier impuesto, las retenciones a la exportación deben ser fijadas por ley, al menos en sus aspectos sustanciales. En otras palabras, el Congreso al crear un impuesto —sea un derecho de exportación o cualquier otro— debe fijar con precisión la “política legislativa”, pudiendo delegar en el Poder Ejecutivo los aspectos instrumentales.

Queda por analizar si, en tales condiciones, el Poder Ejecutivo puede, a su vez, subdelegar en otros órganos o entes de la Administración algunas de las facultades que la ley le ha delegado. Según la jurisprudencia examinada en el punto REF, ello solamente es posible si la ley (a) fija claramente la política legislativa y (b) se trata de una delegación específica. No se exige que la subdelegación esté expresamente habilitada por la ley delegante y a mi juicio éste es un requisito de validez necesario, tal como lo sostuve hace más de veinte años, opinión que ratifico ahora (73). No debe olvidarse que, tal como la propia Corte sostiene, la delegación —y por ende también la subdelegación— debe ser interpretada restrictivamente.

Hasta aquí la ortodoxia constitucional de la jurisprudencia examinada es casi impecable. Está a salvo el principio de legalidad, se han ratificado los principios clásicos de la delegación legislativa en punto a la política legislativa y se ha limitado razonablemente la subdelegación, aun cuando no se hayan extremado todas las exigencias.

La pregunta que sigue es si todo ello, en definitiva, no puede convertirse en letra muerta al permitir —como lo hace la mayoría— que una ratificación legislativa posterior general, que en modo alguno analiza, siquiera mínimamente, la legislación delegada ratificada, es válida. En otras palabras, ¿cuál es, constitucionalmente hablando, más correcta, la posición de la mayoría o la de la minoría?

Sin lugar a dudas, en un esquema ideal, la minoría tiene razón. Una ratificación tan general de todo un extenso cuerpo de legislación administrativa, donde el Congreso ha hecho un acto de fe, ratificando a ciegas un número indeterminado de reglamentos, no se compadece ni con el espíritu de la Cláusula Transitoria Octava, ni con los elementales principios de una razonable ratificación, que presupone, al menos, que quien ratifica sabe y conoce lo que está ratificando. No se puede ratificar lo que no se conoce, salvo, insisto, como acto de fe. Y el Congreso no es una institución religiosa.

Pero al margen de estos saludables principios constitucionales hay otro, no menos importante, que es la seguridad jurídica. Me pregunto: ¿qué pasaría a esta altura, a veinte años de la reforma constitucional, si la Corte Suprema dijera

(73) Ver La delegación legislativa, cit. en nota 42, ps. 270-274.

que la ratificación de la legislación delegada efectuada por la ley 25.148 y por las sucesivas leyes que le siguieron, es inválida? Sin dudas reinaría el caos y tal decisión se convertiría en un semillero de incertidumbres y, por ende, de pleitos.

En otras palabras, como en tantos otros casos, en los cuales por imprudencia o negligencia se ha llegado a una situación extraordinaria, la Corte ha tenido que optar entre el respeto a los principios constitucionales y el valor de la seguridad jurídica, que también tiene rango constitucional. Ante esa disyuntiva, ha preferido este último. No es el desenlace deseable, ciertamente, pero el Tribunal es consciente de que no puede desatar un vendaval de proporciones inimaginables. Aun así, es saludable que, desde un sector minoritario del Tribunal, se escuche la buena doctrina, para que ésta, quizás en una ocasión mejor, sea la voz mayoritaria.

#### B. La escasa utilidad del artículo 76 de la Constitución

Viene ahora la pregunta que nadie querría formular, pero que es necesario hacer: ¿era necesario el art. 76 de la Constitución para producir la jurisprudencia antes analizada? Dicho de otro modo: ¿los principios que la Corte Suprema aplica actualmente en materia de delegación legislativa, nacen del art. 76 o ya existían con anterioridad?

Por mucho entusiasmo que el art. 76 pueda producir, la respuesta es muy clara: todos los principios que la Corte Suprema aplica actualmente en materia de delegación legislativa ya existían. Habían sido elaborados, con las imperfecciones antes señaladas, en la jurisprudencia anterior a 1994. Es cierto que los fallos analizados mencionan reiteradamente el art. 76, pues es la norma aplicable al caso, pero ello no quiere decir que la decisión hubiera sido diferente si este artículo no existiera.

Aunque resulte antipático reconocerlo, los fallos que ha dictado la Corte en esta materia desde 1994 en adelante, podrían decir lo mismo que dicen, aun cuando no existiera el art. 76 de la Constitución.

¿Quiere decir entonces que la tarea de la Convención de 1994 ha sido estéril en esta materia? Obvio es decir que la delegación legislativa podría sobrevivir perfectamente sin el art. 76. Sin embargo, su presencia en la Constitución ofrece a los jueces un valladar en el cual apoyarse, más allá de su propia jurisprudencia, para controlar el desborde de la legislación delegante.

#### V. Conclusiones

Todas las sofisticaciones jurídicas que quieran introducirse en relación con la delegación legislativa no pueden evitar que su centro neurálgico radica en que (a) la “política legislativa” esté concretamente enunciada en

la ley delegante y (b) el órgano delegado no sobrepase esos límites. Estos principios, nacen de la separación de poderes, ya habían sido elaborados antes de 1994 y son los jueces a quienes les corresponde decidir, en cada caso, si han sido respetados o no lo han sido. Todo lo demás es secundario.

En "Camaronera Patagónica" la Corte Suprema los ha vuelto a poner de relieve en un fallo que, además, exigirá de aquí en adelante mucha atención en el manejo de las retenciones a la exportación, pues tal vez no siempre el Poder Ejecutivo y la Administración cuenten con el auxilio que en este caso les ha provisto el Tribunal para evitar un terremoto.

Tengamos en cuenta, a propósito de ello, que la legislación delegada dictada a partir del 24 de agosto de 2009, no ha sido ratificada todavía, salvo por las leyes particulares que puedan haberse dictado al efecto. Tampoco se ha aprobado hasta ahora, la delegación delegante, tarea ésta que en su momento se auto impuso el Congreso al sancionar la ley 25.148. Lo preocupante a este respecto es que la última prórroga para ello venció el 24 de agosto de 2010.

Seguramente muchos descuentan que, antes de producirse una catástrofe, el Congreso dictará, *in extremis*, una ley sanadora, que la Corte, para evitar el caos, finalmente aprobará, aun cuando lo haga a regañadientes. La historia antigua y reciente permite anticipar este resultado. Lo que deberíamos preguntarnos es si vale la pena forzar ese desenlace. ♦

## SECRETOS DE ESTADO VS. LIBERTAD DE PRENSA

POR MANUEL J. GARCÍA-MANSILLA

Sumario: I. Introducción.— II. El marco constitucional aplicable.— III. El delito de "receptación".— IV. Conclusión.

### I. Introducción

¿Puede un periodista ser condenado en un juicio penal por haber recibido información secreta ilegalmente obtenida por una de sus fuentes? ¿Incorre en el delito de obtención de secretos o, en su caso, en el de encubrimiento, el periodista que accede a esa misma información con ánimo de publicarla? ¿Es culpable un periodista de encubrir a su fuente por el solo hecho de haber tomado conocimiento de un correo electrónico ilegalmente interceptado que contiene información secreta? Lejos de tratarse de interrogantes teóricos y abstractos, en este mismo momento tramita un expediente en la justicia federal en el que cuatro jueces han contestado que "sí" a alguna de esas preguntas. (1) A pesar de que ha pasado prácticamente desapercibido, el caso tiene una enorme trascendencia para la libertad de prensa en nuestro país: por primera vez en la historia argentina se pretende someter a persecución penal a periodistas por haber encubierto supuestas violaciones de secretos de estado por parte de sus fuentes.

Los hechos que dieron lugar a ese expediente judicial, en el que se encuentran procesados un grupo de periodistas, fueron la supuesta procura-

(1) La causa se originó en el juzgado federal de San Isidro, a cargo de la Dra. Sandra Arroyo Salgado. El 11 de septiembre de 2012, el Fiscal Federal, Dr. Sebastián Lorenzo Basso, solicitó el procesamiento de una serie de periodistas, incluyendo a Carlos Pagni, conocido columnista del diario *La Nación*, y Roberto García, de *Perfil*, (Cfr. [http://www.gactamercantil.com/down.php?f=resolucion\\_178.doc](http://www.gactamercantil.com/down.php?f=resolucion_178.doc) [última visita, 31/3/2014]). Tres días después, la jueza Arroyo Salgado dictó el procesamiento por violación de secretos de estado y encubrimiento agravado contra esos periodistas y otro grupo de personas (Cfr. <http://cij.gov.ar/nota-9858-La-jueza-Arroyo-Salgado-proces-a-ocho-acusados-en-una-causa-por-espionaje.html> [última visita, 31/3/2014]). Casi un año después, el 23 de agosto de 2013, la Cámara Federal de San Martín confirmó parcialmente el procesamiento dictado en primera instancia (Cfr. <http://www.cij.gov.ar/nota-12133-La-C-mara-Federal-de-Apelaciones-de-San-Martn-confirm--procesamientos-en-una-causa-por-espionaje.html> [última visita, 31/3/2014]).

ción, búsqueda, sustracción, revelación y comercialización ilegal de datos, archivos e información de diversa índole por una eventual asociación ilícita liderada por un ex Secretario de Inteligencia, Juan Bautista Yofre. Dentro de la información en cuestión se encontraban correos electrónicos de diversos funcionarios públicos obtenidos a través de técnicas de *hackingy phishing*, y enviados a diversas personas, incluyendo varios periodistas a través de cuentas de email compartidas.

Apelado el procesamiento dictado en primera instancia, la Cámara Federal de San Martín entendió que, en el caso de los periodistas, estaban acreditados los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal del encubrimiento agravado (cfr. art. 277, inc. 1º, ap. 3º, Código Penal). Para ello, la Cámara argumentó que los periodistas imputados (a) debieron haber sospechado que los correos electrónicos a los que tuvieron acceso eran producto del accionar delictivo de otras personas y (b) obraron con ánimo de lucro ya que el sólo hecho de poseer la información supuestamente secreta implicaba, necesariamente, un beneficio económico para ellos.

Desde el punto de vista constitucional, el caso plantea la necesidad de analizar las alegadas violaciones al Código Penal y confrontarlas con la evidente y robusta protección que nuestra Constitución brinda tanto a la libertad de prensa y a los derechos a buscar, recibir y difundir información de toda índole, como al secreto de fuentes periodísticas. A partir de la reconstrucción de ese marco constitucional es que deben encararse las respuestas a los interrogantes a los que me refería al comienzo de este trabajo.

## II. El marco constitucional aplicable

### 1. Publicidad de los actos de gobierno y derecho a la información

La Constitución Nacional establece en su art. 1º la forma de gobierno representativa, republicana y federal. En su faz republicana, nuestra forma de gobierno consiste en un sistema político de división y control del poder, con ciertas notas características y esenciales. Entre otras: (i) la publicidad de los actos de gobierno; (ii) la responsabilidad de los funcionarios públicos; (iii) la periodicidad de los cargos y mandatos electivos; y (iv) la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. (2) En relación con la publicidad de los actos de gobierno, se ha dicho, con razón, que "es un principio fundamental del sistema republicano el que todos los actos del gobierno se comuniquen a la opinión pública, a fin de que la sociedad ejerza el control

(2) Cfr. GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 21.

sobre los órganos que ejercen el poder". (3) Y es que, tal como sostuviera James Madison, "un gobierno popular sin información pública, o sin los medios para obtenerla, no es otra cosa que el prólogo de una farsa o una tragedia; o, tal vez, de ambas". (4)

En su faz representativa, nuestra forma de gobierno se caracteriza también por un principio central: la responsabilidad de los gobernantes ante el electorado (su mandante) y el deber de rendir cuentas periódicamente por su gestión. (5) De ahí que, dentro del catálogo de derechos que corresponden a los habitantes de la Nación, nuestro sistema constitucional reconozca un derecho de acceso a toda información que se refiera al manejo de los negocios o asuntos gubernamentales, a temas o personalidades institucionales, y, de modo especial, respecto a aquellas cuestiones de relevancia o interés público. Se trata de la contracara del principio de publicidad de los actos de gobierno y de la responsabilidad de los gobernantes: para poder hacer efectiva esa responsabilidad y la rendición de cuentas correspondiente, es lógicamente imprescindible que los actos de nuestros gobernantes puedan ser conocidos por el electorado. (6) Y esa publicidad sólo es posible a través del libre funcionamiento de los medios técnicos de comunicación social, especialmente de la prensa. Por ello, la forma representativa y republicana de gobierno presupone el deber de los gobernantes de informar y el derecho de los ciudadanos a acceder a esa información. (7) En definitiva, en sistemas de gobiernos como el nuestro "es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones" (8) (el resaltado nos pertenece).

En ese marco, no es casual que la Constitución se refiera a la noción de "secreto" solamente en dos oportunidades y que ninguna de ellas ampare al gobierno, sino a los ciudadanos. En efecto, las referencias de nuestra Constitución al secreto se refieren, por un lado, al sufragio universal (art.

(3) Cfr. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Derecho a la Información. Reforma Constitucional y Libertad de Expresión. Nuevos Aspectos, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 63.

(4) Carta de James MADISON a William T. BARRY, 4 de agosto de 1822, en Letters and other writings of James Madison, t. III, J. B. Lippincott & Co., Filadelfia, 1865, p. 276.

(5) Cfr. GONZÁLEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina (1853-1860), La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 230.

(6) Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución, t. I, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1930, p. 429.

(7) Cfr. KLEIN, Anthony R., "National Security Information: Its Proper Role and Scope in a Representative Democracy", en Federal Communications Law Journal, vol. 42, n. 3, p. 452 y ss. (1990).

(8) Corte IDH, "Claude Reyes y ot. vs. Chile", 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N. 151, párr. 92.

37, CN) y, por el otro, a la protección del secreto de fuentes de información periodística (art. 43, CN). Como contrapartida, tampoco es casual que una de las dos referencias acerca de la "prensa" en nuestra Constitución se refiera, precisamente, a la necesidad de publicar las leyes de forma inmediata (art. 83, CN).

Así es que, a diferencia de otros países, nuestro sistema constitucional reconoce y protege expresamente el libre acceso a las fuentes de información. El art. 13, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), a la que el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución le reconoce "jerarquía constitucional", consagra expresamente el derecho a la información:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende *la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole*, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección [...]" (el resaltado nos pertenece). (9)

A renglón seguido, el art. 13, inc. 2º de la CADH aclara que:

"El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas." (10)

En materia de derecho a la información, entonces, la regla general es la libertad amplia y el principio de máxima divulgación. Las excepciones que eventualmente pudieran existir al principio de publicidad de los actos de gobierno deben estar, naturalmente, sujetas a un criterio de interpretación sumamente restrictivo. (11) De otra forma, se desnaturalizaría de forma

(9) El art. 19, inc. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene una disposición prácticamente idéntica: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

(10) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene idéntica disposición en su art. 19.3.

(11) Si bien es cierto que la Constitución no contiene una norma expresa en relación con la publicidad de los actos de gobierno, esa obligación surge claramente de diversos artículos (i.e. arts. 83 y 99, inc. 3º, primer párrafo, CN). Sin perjuicio de ello, la doctrina más autorizada entiende que el art. 33 de nuestra Constitución, que se refiere a los derechos y garantías

evidente no sólo nuestra forma de gobierno, sino también el propio sistema constitucional en su conjunto al colocar al gobierno de turno por encima de las personas.

## 2. La libertad de prensa y el rol del periodismo

Uno de los necesarios y más importantes desprendimientos del derecho de expresión, es sin lugar a dudas, el derecho a la libertad de prensa (12), reconocido en nuestro país en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional. Bajo nuestro sistema constitucional, este derecho implica la posibilidad de difusión de ideas por medios de divulgación masiva, a fin de que determinada opinión o información pueda ser conocida por grandes cantidades de personas. Se fundamenta no sólo en la libertad de expresarse, sino también en el correlativo derecho de información de los ciudadanos. (13) Tal como ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (14), aun antes de la reforma de 1994, la protección constitucional en nuestro país abarca el derecho a buscar, recibir y difundir información de toda índole. En esa misma línea, el Alto Tribunal caracterizó al "derecho de crónica" como una manifestación del derecho de información, que comprende la facultad de difundir noticias que pueden ser de interés para la comunidad. (15) Por último, pero no menos importante, la Corte también reconoció un derecho *social* a la información. El mismo consiste en la capacidad de la comunidad y de cada uno de sus miembros de ajustar su conducta a las razones y sentimientos sugeridos por esa información. (16)

El derecho a la libertad de prensa y de expresión es considerado así como una libertad estratégica y preferida. (17) Esa precedencia de la libertad de expresión y de opinión sobre otros derechos, está directamente vinculada a su valor estratégico para el resguardo del sistema republicano y represen-

no enumerados, brinda un fundamento suficiente a la obligación de dar a publicidad todos los actos de gobierno, al reconocer los derechos que emanan de la soberanía del pueblo. En consecuencia, debe interpretarse restrictivamente y como excepción cualquier límite que tenga por objeto restringir el acceso de los habitantes de la República a los actos del gobierno producidos por cualquiera de los tres poderes del Estado (Cfr. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 151).

(12) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., Elementos de Derecho Constitucional, t. II, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 427.

(13) SAGÜÉS, Elementos..., t. II, p. 429.

(14) CSJN, "Vago, Jorge v. Ediciones de La Urraca", Fallos: 314:1517 (1992).

(15) Cfr., entre otros, CSJN, "Campillay", Fallos: 308:789 (1986).

(16) CSJN, "Costa", Fallos: 310:508, Consid. 4º, p. 524 (1987).

(17) Al respecto, ver NOWAK, John E. y ROTUNDA, Ronald D., Constitutional Law, 5ª ed., West Group, Minnesota, 1999, p. 993 y ss. En relación con las consecuencias de la doctrina judicial de las libertades preferidas, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, 4ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 154.

tativo, especialmente en su faz democrática, y en la medida en que sirva a su defensa y funcione como herramienta para la propuesta de cambio social o político eventualmente deseado por el pueblo. Al respecto, hace más de 50 años, la Corte Suprema sostuvo:

“Entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de la prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmembrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución, al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”. (18)

Tan extensa es la protección de la libertad de prensa en nuestro país que, cuando se la analiza en perspectiva comparada, se comprueba que “esa libertad disfruta de un reconocimiento jurídico muy superior al existente en los restantes Estados de Latinoamérica y en la mayoría de los países del mundo”. (19)

La importancia que se asigna a la prensa es tal que se ha llegado a decir que su existencia misma es condición necesaria de un gobierno libre. (20) Por ello, en un Estado de Derecho, en el que las libertades y la transparencia alcanzan teóricamente su máximo esplendor, todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de conocer lo que en él sucede. Y, como contracara, todos los ciudadanos deben tener la posibilidad de expresar sus opiniones al respecto. Para ello, los periodistas deben tener tanto la posibilidad de buscar y recibir información de todo tipo, como la libertad para poder publicarla.

### 3. El secreto de fuentes del periodista y el derecho a la información

El art. 43, párr. 3º, *in fine*, de la Constitución Nacional, resguarda un aspecto fundamental de la libertad de prensa al establecer de forma categórica que: “No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”. Al respecto, resulta obvio que si la Constitución le reconoce al periodista el derecho a reservar su fuente, es porque primero tiene el derecho de acceder a ella y a la información que ésta le haya provisto. Así, el objeto de la protección constitucional del secreto de fuentes es el derecho

(18) CSJN, “Edelmiro Abal y ot. v. Diario ‘La Prensa’”, Fallos: 248:291, p. 325 (1960).

(19) BADENI, Gregorio, “La Regulación de la Libertad de Prensa: Derecho Interno, Derecho Internacional y Tecnología”, en FAYT, Carlos S. y otros (dir.), *Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 347.

(20) CSJN, “Verbitsky”, Fallos 312:916, p. 935, Consid. 6º de la disidencia del Dr. Fayt (1989).

a buscar y recabar información por parte del periodista, y, de esta forma, satisfacer el derecho a saber por parte de la población por medio de su posterior publicación. (21)

Son numerosos los casos en los que la posibilidad de obtener información sensible de manera lícita por los hombres de prensa está condicionada a no divulgar la fuente de esa información. Sin el anonimato de las fuentes, el acceso a mucha información que se publica periódicamente estaría vedado, en perjuicio de toda la sociedad. (22) Tal como explica Badeni, “[s]e trata de una de las reglas básicas en el arte del periodismo a cuyo estricto cumplimiento está condicionada la credibilidad que pueda merecer el periodista en quienes le suministran la información, y la posibilidad de poder proseguir contando con un caudal importante e interesante de datos novedosos”. (23)

El secreto profesional del periodista ha sido considerado como un derecho subjetivo de naturaleza pública que integra la libertad de prensa. (24) Desde esa perspectiva, el secreto profesional para el periodista es no sólo un derecho consagrado expresamente por la Ley Fundamental, sino también un deber ético y social. (25)

De conformidad con el marco constitucional hasta aquí descripto, queda claro que el derecho de los periodistas a buscar información, comprende incluso ciertas materias o asuntos que, de modo excepcional, pueden ser mantenidas en reserva por parte del gobierno. Sin ese derecho a buscar información, quedarían totalmente vacíos de contenido y perderían su sentido los derechos de publicar, difundir y diseminar información sobre el gobierno. (26) Pero esto no significa que el gobierno tenga el deber constitucional de aportar información a los medios de prensa en esos casos. (27) Tampoco significa que el derecho de acceso

(21) Cfr. VILLANUEVA, Ernesto, *El Secreto Profesional del Periodista. Concepto y Regulación Jurídica en el Mundo*, Fragua, Madrid, 1998, p. 23.

(22) Cfr. ZELNICK, Robert, “Journalists and Confidential Sources”, en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 19, p. 548 (2005).

(23) BADENI, Gregorio, *Tratado de Libertad de Prensa*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 344.

(24) Obra de la Convención Nacional Constituyente. 1994, t. VI, sesión del 12/8/1994, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 5916.

(25) Cfr. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 550.

(26) Cfr. WATKINS, John J., *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall (Simon & Schuster), Nueva Jersey, 1990, p. 216.

(27) “The First and Fourteenth Amendments bar government from interfering in any way with a free press. The Constitution does not, however, require government to accord the press special access to information not shared by members of the public generally. It is one

a la información sea omnicompreensivo, ni que sea un derecho absoluto. Tal como se explica en el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año 2009:

“El derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones. Sin embargo, tal como se detalla más adelante, dichas limitaciones deben dar cumplimiento estricto a los requisitos derivados del artículo 13.2 de la Convención Americana, esto es: verdadera excepcionalidad, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y estricta proporcionalidad. No obstante, las excepciones no deben convertirse en la regla general; y debe entenderse, para todos los efectos, que el acceso a la información es la regla, y el secreto la excepción. Asimismo, en la legislación interna debe resultar claro que la reserva se mantendrá solamente mientras la publicación pueda efectivamente comprometer los bienes que se protegen con el secreto. En este sentido, el secreto debe tener un plazo razonable, vencido el cual, el público tendrá derecho a conocer la respectiva información”. (28)

#### 4. El secreto de Estado como excepción: el art. 222 del Código Penal

La principal excepción al principio de publicidad de los actos de gobierno y al derecho de acceso a la información pública no está contenida a nivel constitucional, sino que surge del art. 222 del Código Penal que dispone lo siguiente:

“Será reprimido con reclusión o prisión de uno (1) a seis (6) años, el que revelare secretos políticos, industriales, tecnológicos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación. En la misma pena incurrirá el que obtuviere la revelación del secreto. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la bandera, el escudo o el himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina. Si la revelación u obtención fuese cometida por

thing to say that a journalist is free to seek out sources of information not available to members of the general public, that he is entitled to some constitutional protection of the confidentiality of such sources [...] and that government cannot restrain the publication of news emanating from such sources. [...] It is quite another thing to suggest that the Constitution imposes upon government the affirmative duty to make available to journalists sources of information not available to members of the public generally. That proposition finds no support in the words of the Constitution” (Cfr. “Pell v. Procunier”, 417 U.S. 817, p. 834 [1974]).

(28) Ver Informe Anual 2009 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 30 de diciembre de 2009, Capítulo IV, Apartado B, N. 1.a., párr. 11, en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf> (última visita, 31/3/2014).

un militar, en el ejercicio de sus funciones el mínimo de la pena se elevará a tres (3) años y el máximo de la pena se elevará a diez (10) años”.

A primera vista, la vaguedad de este tipo penal resulta evidente. Conceptos tales como “secretos políticos”, “seguridad”, “medios de defensa” o “relaciones exteriores de la Nación” son de una amplitud tal que podrían abarcar prácticamente toda la información relacionada con el accionar del poder gubernamental. De ser válida esa interpretación, el espacio que quedaría disponible para la libertad de prensa y el derecho a la búsqueda y acceso de información pública sería extremadamente reducido. Por ende, el art. 222 del Código Penal sería notoriamente inconstitucional por desconocer de forma palmaria el principio de supremacía constitucional y violar de forma evidente disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos como, por ejemplo, la CADH.

Para sortear ese problema constitucional, resulta imprescindible recordar que este artículo figura incluido bajo el Capítulo II del Título IX del Código Penal que se refiere a los Delitos contra la Seguridad de la Nación. Así, la única interpretación válida que podría hacerse respecto del contenido de este tipo penal es que las acciones que se tipifican como delito no comprenden cualquier secreto a juicio del poder gubernamental, sino solamente aquellos cuya revelación podrían generar que nuestro país ingrese en un conflicto que ponga en peligro directo y evidente su seguridad. Dicho de otro modo, aquellos secretos cuya revelación expongan a nuestro país ante la posibilidad concreta de entrar en una guerra. (29)

Fuera del supuesto excepcional mencionado, tanto la revelación como la obtención del “secreto de estado” no pueden caer dentro del tipo del art. 222 del Código Penal. Los secretos concernientes a la seguridad de la Nación, entonces, deben corresponder siempre al orden exterior y no al interno (30), y quedar estrictamente limitado al supuesto de guerra exterior.

El único precedente conocido que existe sobre este peculiar tipo penal confirma la referida interpretación. En efecto, así surge de la lectura de la

(29) Esa es la interpretación de Soler, que entiende que las infracciones descriptas en el Capítulo II del Título IX del Código Penal “se vinculan estrechamente con la situación de seguridad ante eventuales conflictos. Este aspecto de la seguridad [...] es la designación general del título del Código, y a esa idea, en realidad, debe considerarse subordinado todo el contenido del capítulo. La seguridad de la nación está comprometida siempre que esté comprometida la paz, porque la guerra, ineludiblemente, aun para el Estado más seguro y orgulloso, comporta un riesgo para su seguridad” (SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, p. 43. El resaltado nos pertenece).

(30) FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 48 y 49.

sentencia dictada por la Cámara Federal de La Plata en el caso "Callaci". (31) Antonio Callaci, un ex militar, estaba detenido bajo el régimen de la prisión preventiva acusado de haber cometido el delito de revelación de secretos previsto en el art. 222 del Código Penal. En particular, se imputaba a Callaci el haber obtenido del ex conscripto José Stilman el texto de documentos militares de carácter secreto, que éste había copiado en una oficina del Regimiento 8 de infantería donde prestaba servicios. El documento secreto en cuestión era un plan de propaganda y contrapropaganda secreto a ser desarrollado en el ejército.

En lo que aquí respecta, la Cámara sostuvo que el art. 222 del Código Penal no se refiere a la revelación de cualquier tipo de secreto relacionado con el gobierno, sino solamente a aquellos que afecten la seguridad de la Nación. El Tribunal sostuvo que "la revelación de dicho plan [de propaganda y contrapropaganda no encuadra en la disposición legal de referencia, pues si bien se inspira en el alto propósito de fomentar el sentimiento patriótico en el ejército frente a la prédica de ideas disolventes, y para contrarrestarla, con mira también a fortalecer la eficacia de aquél, a juicio del tribunal la revelación de ellos no puede comprometer *la seguridad de la Nación* ni sus medios de defensa o relaciones exteriores en el concepto del art. 222 del C. P., que se refiere a la Nación como ente político y a su seguridad en relación con los demás Estados, lo que se confirma por todas las disposiciones del tít. IX del C.P." (32) (el destacado me pertenece).

La necesidad de interpretar de forma restrictiva el art. 222 del Código Penal surge también de la CADH, que agrega otros requisitos ineludibles. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH sostuvo:

"Toda limitación a la libertad de expresión debe encontrarse establecida en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley, tanto en el sentido formal como material. Lo anterior significa que el texto de la ley debe establecer en forma diáfana las causales de responsabilidad posterior a las que puede estar sujeto el ejercicio de la libertad de expresión. Las leyes que establecen las limitaciones a la libertad de expresión deben estar redactadas en los términos más claros y precisos posibles, ya que el marco legal debe proveer seguridad jurídica a los ciudadanos". (33)

(31) Cám.Fed. La Plata, "Callaci, Antonio y otros", 31 de mayo de 1937, en J.A., t. 58, p. 374.

(32) Ídem.

(33) Informe Anual 2009..., Capítulo III, Apartado D, N. 2.b.1, párr. 70.

A renglón seguido, el Informe aclaró:

"Las normas legales vagas o ambiguas que por esta vía otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades son incompatibles con la Convención Americana, porque pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que equivalgan a censura previa o que impongan responsabilidades desproporcionadas por la expresión de discursos protegidos. [...] Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión". (34)

Adicionalmente, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH recordó que en 2004 los relatores de la OEA, ONU y OSCE hicieron una declaración conjunta en la que sostuvieron:

"Las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación 'secreta' para evitar la divulgación de información que es de interés público"; y "Las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos y también deberán establecer límites generales con respecto al período de tiempo durante el cual los documentos pueden mantenerse secretos". (35)

Teniendo en cuenta su antigüedad y los términos en los que está redactado, el art. 222 del Código Penal no parece cumplir con los estándares que se exigen bajo el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la norma no define con exactitud el alcance del concepto "seguridad nacional". Tampoco define claramente los criterios a ser aplicados para poder decidir si determinada información es o no secreta. Esa realidad, plantea dos alternativas posibles: (i) o la declaración de inconstitucionalidad del art. 222 del Código Penal en su aplicación a los hechos que se ventilan concretamente en un caso; (ii) o la obligación de adoptar el criterio de interpretación restrictivo al que hicimos referencia en relación con el marco constitucional aplicable, lo que obliga a limitar la aplicación de este tipo penal a situaciones concretas que puedan causar o causen, de forma directa e inmediata, que nuestro país ingrese en un conflicto armado no deseado. (36)

(34) Informe Anual 2009..., párr. 71 y 72.

(35) Informe Anual 2009..., Capítulo IV, Ap. C, N. 5.g, párr. 57.

(36) Se pueden encontrar argumentos adicionales en la nota "Apuntes sobre el secreto de Estado", en [http://www.diariojudicial.com/contenidos/2007/07/26/noticia\\_0001.html](http://www.diariojudicial.com/contenidos/2007/07/26/noticia_0001.html) (última visita, 31/3/2014).

El análisis previo se aplica, *mutatis mutandis*, al tipo penal previsto en el art. 2 de la ley 13.985, que dispone:

“Será reprimido con prisión de uno a diez años el que procurare, buscare, revelare, remitiere o aprovecharse noticias, documentos, informaciones u objetos de orden político, social, militar o económico que deban permanecer secretos en función de la seguridad, de la defensa o de las relaciones exteriores de la Nación”.

Más allá de la evidente vaguedad y amplitud de esta norma, que no se adecua a los estándares que exige nuestro sistema constitucional a través de la recepción de los criterios aplicables conforme el derecho internacional de los derechos humanos, el propio art. 1 de la ley sugiere que su aplicación está restringida también a los casos de guerra librada o a librarse con “los enemigos de la Nación”. (37)

##### 5. Análisis de precedentes jurisprudenciales

Sin perjuicio de lo expuesto en los puntos anteriores, dada la falta de precedentes judiciales en nuestro país en relación con la persecución penal a periodistas en cuestiones relacionadas con el espionaje, la violación de secretos de estado y/o su encubrimiento, entiendo que resulta necesario repasar la jurisprudencia estadounidense al respecto. (38) No sólo porque nuestra Corte Suprema suele citar precedentes de su par norteamericana en materia de libertad de prensa (39), sino también porque el constituyente reconoció expresamente haber tomado como fuente en esta materia al derecho constitucional de los Estados Unidos.

En efecto, ya desde la reforma constitucional del año 1860, año en que se incorporó el actual art. 32 de nuestra Constitución (40), se advirtió la

(37) “Art. 1º. Las acciones u omisiones previstas en la presente ley que constituyan ayuda y socorro a los enemigos de la Nación, serán calificadas de traición cuando hubieran sido cometidas por argentinos o por cualquier persona que deba obediencia a la Nación por razón de su empleo o función pública”.

(38) Al respecto, se ha dicho que “el problema de la reserva o secreto de la información no ha tenido entre nosotros una expresión significativa y orgánica en el ámbito jurisprudencial” (BADENI, Tratado de Libertad..., p. 362).

(39) Ver, entre otros, CSJN, “Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias”, Fallos: 319:2741 (1996); “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y ot. s/ daños”, Fallos: 324:2895 (2002); “Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén s/ amparo”, Fallos: 330:3908 (2007); etc.

(40) Al defender la incorporación del actual art. 32 de la Constitución Nacional, se especificó que: “En esta sección de la Constitución, están comprendidos todos aquellos derechos, o más bien principios, que son anteriores y superiores a la Constitución misma, que la ley tiene por objeto amparar y afirmar, y que ni los hombres constituidos en sociedad pueden renunciar, ni las leyes abrogar” (RAVIGNANI, Emilio, Asambleas Cons-

importancia de seguir el ejemplo de los Estados Unidos. El constituyente sugirió ese seguimiento no sólo en cuanto al diseño constitucional general (41), sino especialmente en lo referido a la protección de la libertad de prensa. En los debates constituyentes que precedieron a la incorporación, entre otros, de los actuales artículos 32 y 33, se dijo que: “para evitar todo avance de los poderes públicos sobre los derechos individuales, la Comisión aceptó dos de los artículos de enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos”. (42) A su vez, luego de reconocer la influencia directa que tuvo la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en nuestro art. 32 de la Constitución, en el Informe Nro. 6 de *El Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal* se afirma que “las Colonias Norteamericanas reivindicaron los derechos del hombre, para constituirse en sociedad; libertades y declaración que están implícitas en nuestro derecho público y le sirven de base”. (43) En definitiva, la importancia de analizar y seguir los criterios elaborados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de libertad de prensa radica en que la Primera Enmienda fue fuente directa de nuestra Constitución Nacional. (44)

Algo similar ocurre, paradójicamente, con el derecho de protección del secreto de fuentes previsto en el art. 43 de la Constitución Nacional. En los debates constituyentes también se mencionaron precedentes emblemáticos de la Corte norteamericana en lo referido a la protección de la libertad de expresión. Al respecto, el convencional Antonio María Hernández destacó que: “del sistema de valores y creencias de nuestra Constitución emerge una clara filosofía política que hace de la República uno de los fundamentos esenciales de la argentinidad. Como un concepto íntimamente ligado a la misma aparece la cuestión de la libertad de prensa. La naturaleza de la libertad de prensa es de un carácter institucional y estratégico, como dice Gregorio Badeni. Además, siguiendo al tribunal constitucional federal

tituyentes Argentinas, t. 4 (1827-1862), Casa Jacobo Peuser, Ltda., Buenos Aires, 1937, ps. 771 y 772).

(41) Más allá de la absurda discusión acerca de si nuestra Constitución de 1853-1860 era una copia o no de su modelo, no cabe duda que la Constitución Nacional tomó de la Constitución de los Estados Unidos los elementos determinantes que conforman la estructura fundamental de nuestro sistema constitucional. Al respecto, ver GARCÍA-MANSILLA, Manuel José y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional. Los Principios Fundamentales del Derecho Público Argentino*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, y *La Constitución Nacional y la Obsesión Antinorteamericana*, Virtudes, Salta, 2008.

(42) RAVIGNANI, *Asambleas Constituyentes...*, p. 772.

(43) Reforma Constitucional de 1860, *Textos y Documentos Fundamentales*, Universidad Nacional de la Plata, La Plata, 1961, pp. 393 y 394.

(44) Ese criterio fue confirmado por la Corte Suprema y por la doctrina nacional (ver, por ejemplo, CJSN, “Procurador Fiscal c. Director del diario La Provincia”, Fallos 167:121, p. 136 (1932)); y, entre muchos otros, MAGARIÑOS, Héctor M., “Delito y Libertad de Expresión”, en ZIFFER, Patricia (dir.), *Summa Penal. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 911 y ss.).

alemán podríamos decir que tiene un carácter constituyente para el ordenamiento básico democrático liberal. También vamos a citar al luminoso voto del juez Black, de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el famoso caso "New York Times vs. United States", donde dijo: "la prensa está para servir a los gobernados, no a los gobiernos, se la protege para que pueda desnudar los secretos del gobierno e informar al pueblo. Sólo una prensa libre y sin restricciones puede exponer las imposturas del gobierno". (45)

La referencia del convencional Hernández al voto del *Justice* Black en el caso de los "Papeles del Pentágono" es relevante por dos motivos. Por un lado, el propio constituyente reconoce que la idea de la protección constitucional del secreto de fuentes prevista en el art. 43 de nuestra Constitución es, precisamente, garantizar un marco para que el periodismo pueda escudriñar en los asuntos de gobierno, aun aquellos que sean secretos. Por el otro, como veremos en el punto siguiente, la referencia al voto de Black implica el haber adoptado el criterio más amplio reconocido en Estados Unidos en relación con la protección del derecho a la búsqueda y recepción de todo tipo de información de gobierno, aun la que se considere o haya sido clasificada como secreta.

En consecuencia, teniendo en cuenta la génesis de la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión en nuestro país, entiendo que:

(i) Un sólido criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales en juego en este caso es aquel que proviene de los debates constitucionales que precedieron a la redacción de cada artículo.

(ii) De tales debates surge que los constituyentes quisieron basarse en materia de libertad de prensa en el diseño constitucional previsto en los Estados Unidos.

(iii) La inclusión de la protección del secreto de fuentes en la reforma de 1994, diferencia el sistema argentino del norteamericano al sumar una protección adicional al ejercicio de tales derechos que no existe en aquel sistema a nivel federal.

(iv) Al hacerlo, el convencional constituyente hizo expresa mención a la postura del *Justice* Black que, como veremos seguidamente, es la que reconoce mayor protección a la prensa.

(45) Obra de la Convención..., t. VI, p. 5916.

Teniendo en cuenta la voluntad expresada por el constituyente, la revisión de la jurisprudencia estadounidense contribuye a integrar el marco constitucional dentro del cual deben ser evaluados los requerimientos básicos de protección que corresponden a la libertad de prensa y a los periodistas en aquellos casos en los que está en juego información de gobierno considerada como secreta, reservada o confidencial. (46) Resultaría llamativo y contradictorio que los tribunales argentinos aplicaran un criterio menos favorable a la libertad de prensa en comparación con la jurisprudencia estadounidense, cuando nuestro texto constitucional cuenta con una protección incluso mayor que la que se reconoce en los Estados Unidos.

### 5.1. Jurisprudencia norteamericana

El secreto en cuestiones de seguridad nacional ha sido invocado y utilizado por el gobierno de los Estados Unidos desde su independencia. (47) Como contrapartida, la búsqueda y posterior publicación por parte de la prensa de información de gobierno clasificada o secreta ha sido una constante ya desde la primera presidencia de George Washington. (48) En algunas ocasiones, la filtración y posterior publicación de documentos secretos dio origen a importantes conflictos judiciales entre el gobierno y la prensa. A continuación, haré un repaso de los casos más relevantes:

#### (i) "Chicago Tribune v. United States": el caso del código secreto japonés

La única vez que un medio de prensa o un periodista estuvieron cerca de ser juzgados penalmente a nivel federal en los Estados Unidos por la posesión y publicación de material secreto fue en plena Segunda Guerra Mundial. El 7 de junio de 1942, el *Chicago Tribune*, un diario abiertamente enfrentado con el gobierno de Franklin D. Roosevelt, publicó una nota de tapa ("Navy Had Word of Jap Plan to Strike at Sea") en la que se dejaba entrever que la inteligencia estadounidense había descifrado el código secreto utilizado por las fuerzas armadas japonesas en sus comunicaciones. (49)

(46) La Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó un criterio similar en un caso de habeas data relacionado con un pedido de datos obrantes en organismos de seguridad (Cfr. CSJN, "Ganora, Mario Fernando y ot. s/ habeas corpus", Fallos: 322:2139, Consid. 13) [1999]).

(47) Cfr. SALES, Nathan Alexander, "Secrecy and National Security Investigations", en *Alabama Law Review*, vol. 58, n. 4, p. 811 (2007).

(48) Cfr. FELDSTEIN, Mark, "The Jailing of a Journalist: Prosecuting the Press for Receiving Stolen Documents", en *Communications Law and Policy*, vol. 10, n. 2, p. 149 (2005).

(49) Cfr. GOREN, Dina, "Communication Intelligence and the Freedom of the Press. The Chicago Tribune's Battle of Midway Dispatch and the Breaking of the Japanese Code", en *Journal of Contemporary History*, vol. 16, p. 664 (1981).

Dos días después, el Secretario de Marina, Frank Knox, exigió al Procurador General (*Attorney General*) que se iniciaran acciones legales por violación a la Ley de Espionaje (*Espionage Act*). Las acusaciones penales debían recaer contra Stanley Johnston, corresponsal de guerra del *Chicago Tribune*, y James Loy Maloney, director gerente del diario, así como contra cualquier otra persona que hubiese estado involucrada en la filtración y publicación referida. Según Knox, el contenido de la nota demostraba que los involucrados tenían en su posesión, sea de forma legal o ilegal, el contenido de un cable secreto que confirmaba el desciframiento del código secreto japonés. (50)

La situación generó un gran escándalo, en el que se acusó al *Chicago Tribune* de haber alertado al gobierno japonés en medio de la guerra y de haber destruido una ventaja esencial para las fuerzas armadas estadounidenses. (51) Por su parte, el *Tribune* sostuvo en su defensa que el gobierno pretendía perseguirlo por mantener a rajatabla su independencia y ejercitar la libertad de prensa prevista en la Primera Enmienda. (52)

Luego de constituido lo que se conoce como un *grand jury*, el 19 de agosto de 1942, se decidió rechazar la acción penal intentada. En particular, se tuvo en cuenta que el gobierno no había demostrado un daño concreto o potencial a la seguridad nacional producto de la nota del *Chicago Tribune* y que, en todo caso, quienes deberían haber estado sujetos a un procedimiento penal eran los oficiales de la marina encargados de proteger la información secreta en tiempos de guerra. (53)

#### (ii) "New York Times v. United States": el caso de los "Papeles del Pentágono"

En 1971, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó sentencia en la causa "New York Times v. United States" (54), más conocida como el caso de los *Papeles del Pentágono*. En 1971, Daniel Ellsberg, un ex funcionario del Departamento de Estado, obtuvo una de las 15 copias existentes de un voluminoso estudio que había sido encargado en 1967 por el Secretario de Defensa, Robert S. McNamara. Allí se analizaban diversos aspectos de las estrategias diplomáticas de los Estados Unidos en la región de Indochina desde 1945, así como del curso de la cruenta guerra que se libraba en ese momento con Vietnam del Norte. El estudio en cuestión, que tenía 7.000

(50) Según declaró ante el grand jury, Johnston tuvo oportunidad de leer el cable secreto y memorizó su contenido.

(51) GOREN, "Communication...", p. 668.

(52) Cfr. GOREN, "Communication...", p. 684.

(53) GOREN, "Communication...", ps. 673 y 674.

(54) 403 U.S. 713 (1971).

páginas de extensión y contenía numerosos secretos de carácter militar y diplomático, había sido clasificado por el gobierno estadounidense como ultra secreto (*top secret*). (55) Ellsberg, quien también era un ex Marine, intentó primero filtrar ese reporte secreto al Congreso federal con la intención de frenar la guerra en Vietnam. Frente al fracaso de ese primer intento, tomó contacto con Neil Sheehan, un periodista del prestigioso *The New York Times*, y le entregó una copia del estudio. (56)

El 13 de junio de 1971, luego de meses de análisis de su contenido, el *New York Times* comenzó a publicar partes del informe. Al día siguiente, el Procurador General (*Attorney General*) envió un telegrama al diario en el que solicitaba que se suspendiera de forma inmediata la publicación. Dos horas después, el *Times* contestó que estaba obligado a rechazar el pedido debido a que consideraba que la población debía conocer el material contenido en el informe secreto. Frente a la negativa del periódico, el gobierno estadounidense acudió inmediatamente a la justicia para prohibir la publicación y exigir que se identificara la fuente que había filtrado el reporte secreto. El argumento del gobierno era que esa filtración (i) violaba la Ley de Espionaje (*Espionage Act*), tanto por parte de quien había filtrado el informe como del diario que lo divulgaba, (ii) afectaba seriamente la política exterior de los Estados Unidos y (iii) impedía llegar a un proceso de paz exitoso con el gobierno de Vietnam del Norte. (57)

En particular, se alegaba que el *Times* tenía conocimiento que el informe había sido robado (58), y que estaba violando el art. 793, inc. e), de la Ley de Espionaje de 1917 que, entre otras cosas, tipificaba como delito tanto (i) la posesión, el acceso o el control, sin la debida autorización, de cualquier documento, escrito, código, fotografía, plano, mapa o información relacionada con la defensa nacional que pudiera afectar los intereses de los Estados Unidos o beneficiar a una nación extranjera, como (ii) la comunicación, transmisión o entrega de esos secretos a personas no autorizadas. La pena máxima prevista para ambos delitos alcanzaba los 10 años de prisión. (59)

(55) El informe fue desclasificado en 2011. Se puede consultar en <http://www.archives.gov/research/pentagon-papers/> (última visita, 31/3/2014).

(56) Cfr. ABRAMS, Floyd, *Speaking Freely*. Trials of the First Amendment, Penguin, Nueva York, 2005, ps. 6-10.

(57) ABRAMS, *Speaking Freely...*, p. 14 y ss.

(58) Cfr. FELDSTEIN, "The Jailing...", p. 151.

(59) El texto completo en inglés del art. 793, inc. e), de la Ley de Espionaje, cuya constitucionalidad ha sido puesta seriamente en duda, es el siguiente: "Whoever having unauthorized possession of, access to, or control over any document, writing, code book, signal book, sketch, photograph, photographic negative, blueprint, plan, map, model, instrument, appliance, or note relating to the national defense, or information relating to the national defense which information the possessor has reason to believe could be used to the injury of the United States or to the advantage of any foreign nation, willfully communicates, de-

El caso llegó rápidamente a la Corte Suprema. A pesar de lo delicado de la situación, que incluía una clara advertencia al tribunal acerca de los riesgos que implicaba una decisión favorable al *Times*, tanto para la seguridad nacional como para las relaciones exteriores de los Estados Unidos, el 30 de junio de 1971, la Corte rechazó el pedido gubernamental por una mayoría de 6 a 3.

De la lectura del fallo, surgen diversas posturas. A pesar de reconocer el impacto que podía causar esta decisión, los jueces Black y Douglas, por ejemplo, adoptaron una posición de defensa irrestricta y absoluta de la Primera Enmienda. En particular, Black sostuvo que:

“En la Primera Enmienda los Padres Fundadores le brindaron a la libertad de prensa la protección necesaria para cumplir su rol esencial en nuestra democracia. La prensa está para servir a los gobernados y no a los gobernantes. El poder del gobierno para censurar la prensa fue abolido para que la prensa pudiera permanecer para siempre libre de censurar al gobierno. La prensa fue protegida al punto de poder acceder a los secretos del gobierno e informar al pueblo. Solamente una prensa libre y sin restricciones puede efectivamente exponer el mal funcionamiento del gobierno”. (60)

Según esta postura, debe dejarse libre a la prensa de publicar noticias, cualquiera sea su fuente. (61)

Más allá de los diversos argumentos expuestos por los jueces en este caso, la mayoría de ellos llegó a un acuerdo acerca del test de constitucionalidad que el gobierno tendría que aprobar para que un juez ordene impedir la publicación de una noticia por la prensa en casos en los que se alegue una violación potencial de la seguridad nacional. (62) Ese test consiste en acreditar que la información a ser publicada por la prensa “va a resultar con seguridad en un daño directo, inmediato e irreparable para la Nación o su población”. (63) Como ejemplo, el juez Brennan sostuvo que en tiempos

livers, transmits or causes to be communicated, delivered, or transmitted, or attempts to communicate, deliver, transmit or cause to be communicated, delivered, or transmitted the same to any person not entitled to receive it, or willfully retains the same and fails to deliver it to the officer or employee of the United States entitled to receive it [...] [s]hall be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than ten years, or both” (Cfr. EPSTEIN, Richard D., “Balancing National Security and Free-Speech Rights: Why Congress Should Revise the Espionage Act”, en *CommLaw Conspectus*, vol. 15, p. 495, n. 93 [2007]).

(60) “New York Times Co.”, 403 U.S., p. 717.

(61) Ídem.

(62) Cfr. SIMS, John Cary, “Triangulating the Boundaries of Pentagon Papers”, en *William and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 2, n. 2, p. 342 (1993).

(63) “New York Times Co.”, 403 U.S., p. 730.

de guerra no debería permitirse que la prensa publique noticias acerca del movimiento de tropas. (64) Queda claro, entonces, que si la publicación de la información por medio de la prensa no tiene ese tipo de consecuencias negativas extremas, la Primera Enmienda impide cualquier tipo de orden judicial que prohíba la publicación de la información, por más secreta que haya sido previamente clasificada por el gobierno.

Si bien el caso de los “Papeles del Pentágono” no se refiere a la sanción posterior a la publicación de información secreta, la doctrina estadounidense entiende que corresponde aplicar el mismo criterio: el único supuesto válido en que podría sancionarse de modo constitucional a un medio de prensa (o a un periodista) después de haber publicado información supuestamente secreta es que se haya producido efectivamente ese daño directo, inmediato e irreparable a que se refiere el mencionado test. (65) Dicho de otro modo, aun cuando el gobierno considere que cierta información es secreta y así la haya clasificado, ninguno de los poderes del gobierno, incluido el Congreso, pueden prohibir o castigar su publicación salvo que se acredite de forma fehaciente que la divulgación de la información secreta causó o va a causar, inevitablemente, el daño directo, inmediato e irreparable a que se refiere el test del caso de los “Papeles del Pentágono”. (66)

### (iii) “United States v. Progressive”: el caso de la bomba de hidrógeno

Otro precedente norteamericano de gran valor para el caso de autos es “United States v. Progressive”. (67) En este caso, “The Progressive”, una pequeña revista de tirada mensual de la ciudad de Madison, Wisconsin, tenía intenciones de publicar en abril de 1979 un artículo escrito por un activista antinuclear llamado Howard Morland. En ese artículo (“The H-bomb secret: How we got it - why we’re telling it”) se detallaba, entre otras cosas, el proceso de fabricación de la bomba de hidrógeno. Enterados de la futura publicación del artículo de Morland, el 2 de marzo de 1979, funcionarios del Departamento de Energía y del Departamento de Justicia de los Estados Unidos pidieron a la revista que no se publique. Para ello, argumentaron que el artículo contenía datos que la Ley de Energía Atómica de 1954 (*Energy Atomic Act*) calificaba como secretos y cuya divulgación era considerada un

(64) 403 U.S., p. 726.

(65) Cfr. SEDLER, Robert A., “The Media and National Security”, en *The Wayne Law Review*, vol. 53, ps. 1027 y 1028 (2007).

(66) Cfr. SEDLER, “The Media...”, p. 1028. En el caso de los Papeles del Pentágono, la publicación de los secretos militares y diplomáticos, que naturalmente continuó después del fallo de la Corte Suprema, no produjo las graves consecuencias que el gobierno había alegado con tanta vehemencia en el juicio (cfr. ABRAMS, Floyd, “The Pentagon Papers After Four Decades”, en *Wake Forest Journal of Law & Policy*, vol. 1, n. 1, p. 9 [2011]).

(67) 467 F. Supp. 990 (W.D. Wis. 1979).

delito, con penas de hasta 20 años de prisión. Adicionalmente, sostuvieron dramáticamente que el daño que podía causar la publicación del artículo de Morland era gravísimo e irreparable: “la ayuda a naciones extranjeras para el desarrollo de armas termonucleares, con el consiguiente riesgo de una guerra termonuclear”, situación que podía derivar en una “potencial destrucción [de los Estados Unidos] en un holocausto nuclear”. (68) Ante la negativa de la revista, el 8 de marzo de 1979, el gobierno de los Estados Unidos presentó un pedido ante el juez Robert Warren, juez del Distrito Este de Wisconsin, para impedir la publicación del artículo.

El 28 de marzo de 1979, el juez Warren dictó una medida cautelar ordenando a la revista que no publique el artículo. Era la primera vez en la historia de los Estados Unidos que se dictaba una medida semejante. (69) El juez entendió que ante la existencia de un peligro grave, directo, inmediato y el riesgo de causar un daño irreparable a los Estados Unidos, el derecho a publicar previsto en la Primera Enmienda debía ceder. Mientras se tramitaba el recurso de apelación, un pequeño periódico de Wisconsin publicó una nota en términos similares a la escrita por Morland, en el que se incluía un diagrama de la bomba y una lista de sus componentes. El gobierno estadounidense decidió, entonces, desistir de la acción judicial. (70) La medida cautelar que se mantuvo durante 6 meses y 19 días, quedó sin efecto y *The Progressive* publicó finalmente el artículo completo en su edición de noviembre de 1979. (71)

En este caso, el gobierno norteamericano buscó únicamente impedir la publicación de la información considerada como secreta. A pesar de la gravedad de la situación alegada por las autoridades, no se persiguió ni a la revista ni al autor del artículo por haber recibido o por mantener en su poder ese tipo de información. Tampoco hubo persecución judicial alguna luego de su posterior publicación.

#### (iv) “Bartnicki”: el caso de la publicación de una conversación grabada ilegalmente

En el caso “Bartnicki v. Vopper” (72), la Corte Suprema sostuvo que un periodista no puede ser perseguido penalmente por la publicación de in-

(68) Cfr. ALDERMAN, Ellen y KENNEDY, Caroline, In Our Defense. The Bill of Rights in Action, HarperCollins, Nueva York, 1991, pp. 48 y 49.

(69) Ver KNOLL, Erwin, “The H-Bomb and the First Amendment”, en William and Mary Bill of Rights Journal, vol. 3, n. 2, p. 705 y ss. (1994).

(70) Cfr. DUMAIN, Ian M., “No Secret, No Defense: United States v. Progressive”, en Cardozo Law Review, vol. 24, n. 4, p. 1327 y ss. (2005).

(71) Se puede consultar una copia de esa publicación en <http://progressive.org/images/pdf/1179.pdf> (última visita, 31/3/2014).

(72) 532 U.S. 514 (2001).

formación de interés público, aun cuando hubiese sido obtenida de forma ilegal por un tercero. En este caso, Frederick W. Vopper, un locutor radial, recibió en su correo electrónico una grabación que contenía una conversación telefónica que había sido ilegalmente interceptada. La conversación fue “pinchada” cuando Gloria Bartnicki llamó desde su celular al líder del sindicato de maestros públicos, para pedir instrucciones y discutir estrategias en medio de una complicada negociación de un convenio colectivo de trabajo. La conversación en cuestión, que no dejaba bien parado al líder sindical, fue luego emitida al aire en el programa de radio conducido por Vopper.

Vopper fue denunciado bajo una ley federal que tipifica como delito tanto la interceptación ilegal como la revelación del contenido de cualquier comunicación, sea oral o electrónica, que hubiera sido ilegalmente interceptada. La Corte Suprema tuvo especialmente en cuenta que, aun cuando Vopper no había participado en la interceptación ilegal de la llamada, conocía el origen ilícito de esa grabación y, a pesar de ello, decidió darla a conocer a la sociedad.

En su fallo, la Corte Suprema declaró inconstitucional esa ley federal por entender que, en el caso de los periodistas, violaba la Primera Enmienda. (73) La Corte citó el caso de los “Papeles del Pentágono” como precedente aplicable y aclaró que en esa sentencia había defendido “el derecho de la prensa de publicar información de gran interés público obtenida de documentos robados a una tercera parte”. (74) Y concluyó que cuando un periodista recibe información de una fuente que la obtuvo previamente de forma ilegal, no puede ser penado por la recepción y/o publicación de esa información, pues se ve amparado por la Primera Enmienda: “Creemos que resulta claro que [...] la conducta ilegal de un extraño no es suficiente para remover el escudo protector de la Primera Enmienda sobre expresiones acerca de asuntos de interés público”. (75)

#### (v) Otros casos relevantes de la jurisprudencia estadounidense

Para completar el panorama de la jurisprudencia estadounidense, corresponde repasar otros casos relevantes que permiten reconstruir las doctrinas aplicables en esta materia.

A nivel local, el caso más notable es “People v. Kunin” (76), en el que la Corte Suprema del estado de California dejó sin efecto la decisión de

(73) 532 U.S., p. 525.

(74) 532 U.S., p. 528.

(75) 532 U.S., p. 535.

(76) 507 P. 2d. 1392 (Cal. 1973).

un jurado que encontró culpables al editor y a uno de los periodistas del diario *Los Angeles Free Press*, a los que se pretendía perseguir penalmente con motivo de la publicación de un artículo ("Know Your Local Narc") que contenía un listado de los nombres, domicilios y teléfonos de una serie de agentes encubiertos de la división Narcóticos de la policía local a lo largo de todo el estado.

El listado en cuestión estaba inserto en un documento que, a pesar de lo sensible de su contenido, no contenía una leyenda de secreto o confidencial. El documento original había sido filtrado por un empleado de la Oficina del Procurador General (*Attorney General*) en Los Ángeles. El beneficiario de la filtración fue Gerald Applebaum, periodista del *Free Press*, quien asumió con su fuente el compromiso de copiar el documento y devolvérselo. Luego de una serie de consultas, el editor del diario, Arthur Glick Kunkin, decidió publicar el listado completo, cosa que se hizo el 8 de agosto de 1969.

En su sentencia, la Corte Suprema de California entendió que, dado que habían asumido con su fuente el compromiso de devolverlo, en el caso no se había demostrado la intención específica por parte del periodista y del editor de robar o hurtar el documento filtrado. El tribunal se mostró también escéptico en cuanto a que el ejercicio del periodismo pudiera considerarse alguna vez como encubrimiento por recibir propiedad robada en circunstancias similares. (77)

A nivel federal, corresponde destacar dos casos relevantes, "Liberty Lobby v. Pearson" (78) y "Pearson v. Dodd" (79), que involucran demandas civiles para impedir la publicación en la prensa de información ilegalmente obtenida por terceros.

"Liberty Lobby" es un caso que se originó en 1966, a instancias de una organización que pretendía impedir la publicación de documentos internos que habían sido robados o ilegalmente copiados de sus archivos. El juez federal que rechazó el pedido para impedir la publicación de información filtrada a la prensa, sostuvo claramente:

"El mero hecho de que un periodista hubiese obtenido información de forma clandestina, o de un modo furtivo, o producto del descuido e inadvertencia de alguien que revela información confidencial, o incluso a través de la violación de la confianza por parte de un empleado digno de confiar, no da lugar a una acción judicial para obtener una medida cautelar.

(77) Cfr. FELDSTEIN, "The Jailing...", p. 153.

(78) "Liberty Lobby, Inc. v. Drew Pearson", 390 F.2d 489 (D.C. Cir. 1967).

(79) "Pearson v. Dodd", 410 F.2d. 701 (D.C. Circuit 1969).

Los tribunales no deberían revisar la forma en la que un periodista obtiene su información y no deberían restringir la publicación de noticias por el mero hecho de que la persona responsable de obtener la información para la publicación lo hizo de manera tal vez ilegal o inmoral. Sería una limitación a la libertad de prensa de enormes proporciones si a los tribunales les fuera asignado el poder de revisar la forma en la que la prensa obtiene su información y pudiera restringir la publicación de noticias obtenidas de una forma que el tribunal no apruebe. Si esa fuera la norma, no tendríamos libertad de prensa, sino una prensa controlada". (80)

El caso segundo caso se originó a instancias de Thomas Dodd, un senador por el estado de Connecticut, que demandó civilmente a los periodistas Drew Pearson y Jack Anderson por la publicación de información que había sido copiada de sus archivos personales, en violación a su derecho a la privacidad. Esos documentos ponían en evidencia diversos hechos de corrupción que involucraban al senador. (81)

En el caso "Pearson", el 24 de febrero de 1969, la Corte de Apelaciones del Circuito de Columbia en Washington, D.C. sostuvo que un periodista no puede ser perseguido civilmente por haber publicado información que había sido obtenida de forma irregular por parte de un tercero. (82)

En cuanto a la Corte Suprema estadounidense, corresponde destacar el caso "Landmark Communications, Inc. v. Virginia" (83), en el que esa Corte dejó sin efecto una condena a un diario (el *Virginia Pilot*) que había publicado información sobre un proceso seguido ante la Comisión de Ética Judicial del estado de Virginia contra un juez local. La publicación en

(80) 390 F.2d 489, p. 493.

(81) Cfr. FELDSTEIN, "The Jailing...", p. 155.

(82) Otro caso que vale la pena destacar es el de Les Whitten, un periodista de investigación que trabajaba con el mismo Anderson y que escribía junto a este una de las columnas más leídas en los Estados Unidos. Whitten fue arrestado en 1973 por el FBI. El arresto se produjo en medio del célebre escándalo conocido como "Watergate" y de un clima de abierta hostilidad hacia la prensa, especialmente por parte del presidente Richard Nixon y su vice Spiro T. Agnew. Ambos acusaban a la prensa de tener un poder concentrado sobre la opinión pública y promovieron acciones ilegales de persecución contra diarios y periodistas desde diversas reparticiones del gobierno federal. Durante el arresto, el FBI acusó a Whitten de tener en su posesión documentos de gobierno clasificados que habían sido previamente robados. Luego de iniciadas las acciones penales con el afán de obtener una condena de hasta 10 años de prisión, el "grand jury" que se constituyó para su caso decidió no acusarlo formalmente y el FBI retiró los cargos. A raíz de este caso, el Departamento de Justicia emitió una norma en la que protege a la prensa de cualquier forma de persecución penal indebida por parte de autoridades del gobierno federal (Cfr. FELDSTEIN, "The Jailing...", pp. 157-170).

(83) 435 U.S. 829 (1978).

cuestión violaba una ley estatal que tipificaba como delito la divulgación de información sobre ese tipo de procedimientos disciplinarios, la que se consideraba como reservada y confidencial.

La Corte estadounidense ponderó el interés estatal protegido por la norma (preservar la reputación de los jueces y mantener la integridad del Poder Judicial) frente al derecho a la libertad de prensa consagrado por la Primera Enmienda. Y, en una sentencia unánime, declaró inconstitucional la ley y dejó sin efecto la condena por entender que ese interés estatal, a pesar de ser válido, no justificaba una usurpación a la libertad de prensa. Sin perjuicio de ello, el *Chief Justice* Burger, autor del voto de la Corte, fue explícito en mencionar como un factor importante que el diario había obtenido la información de manera lícita. (84)

Otro caso de interés es "Smith v. Daily Mail Publishing Co." (85), en el que la Corte Suprema estadounidense declaró inconstitucional una ley del estado de West Virginia en un caso en el que dos diarios locales (el *Charleston Daily Mail* y el *Charleston Gazette*) habían sido condenados por el delito de haber publicado, sin autorización judicial previa, la identidad de un menor de edad sometido a un proceso penal como sospechoso de un homicidio. La pena prevista para el delito en cuestión era de hasta 6 meses de prisión.

Ambos diarios habían obtenido la información a través del monitoreo de la frecuencia de radio de la policía local y la entrevista de diversos testigos. Y, en su apelación, sostuvieron que la Corte debía aplicar el criterio estricto de revisión (*strict scrutiny*), y aplicar la consiguiente presunción de inconstitucionalidad que corresponde a los casos de censura previa. En su decisión, la Corte aclaró que no entraría a analizar si la ley que se declaraba inconstitucional podía encuadrarse como un caso de censura previa o como uno de sanción posterior por la publicación de información verdadera obtenida de manera lícita, ya que no había mayor diferencia en cuanto al test de revisión a aplicar. Dicho de otro modo, la Corte sostuvo que en ambos casos debía aplicar el test estricto de revisión judicial. En consecuencia, según el criterio expuesto por la Corte en este caso, surge que: (i) para sustentar la validez de una sanción posterior a la publicación, se requiere la presencia de un interés estatal del más alto nivel; y (ii) que la jurisprudencia de la Corte demuestra que la sanción derivada de la publicación de información verdadera puede satisfacer los estándares constitucionales requeridos en muy raras ocasiones. (86)

(84) 435 U.S., pp. 837 y 838.

(85) 443 U.S. 97 (1979).

(86) "Whether we view the statute as a prior restraint or as a penal sanction for publishing lawfully obtained, truthful information is not dispositive because even the latter action

Finalmente, cabe destacar que en "Branzburg v. Hayes" (87), una controvertida decisión tomada en medio del escándalo de "Watergate" por un escaso margen de 5 votos contra 4, la Corte estadounidense sostuvo que los periodistas no tienen privilegio especial que los ampare a nivel federal y les permita mantener en secreto sus fuentes frente a un requerimiento judicial en el marco de una investigación penal.

## 5.2. Conclusión

Del análisis de los casos reseñados, cabe concluir lo siguiente:

(i) Tal como explica Badeni, del análisis de los precedentes relacionados con la Primera Enmienda surge que "hay un principio que, en cierto modo, es absoluto: el derecho de los periodistas para buscar información, incluso respecto de ciertas materias que pueden ser mantenidas en reserva por el gobierno" (88).

(ii) La mera recepción y/o posesión de información secreta, confidencial o que no deba divulgarse a terceros a juicio del poder estatal, sea por parte de un periodista o de un medio de prensa, no puede ser objeto *per se* de persecución penal. Tal como explica Geoffrey Stone, una de las máximas autoridades sobre la Primera Enmienda en los Estados Unidos, esa restricción se aplica aun cuando el periodista o el medio de prensa pudieran haber tenido conocimiento que la persona que les hace llegar la información la obtuvo por medios ilegales. (89) De hecho, en toda la historia de los Estados Unidos, el gobierno federal jamás ha llevado a juicio penal a un periodista por haber recibido o solicitado información clasificada como secreta con propósitos de publicarla (90).

(iii) La publicación de información secreta a través de la prensa tampoco puede ser objeto *per se* de una persecución penal. De hecho, en toda la histo-

requires the highest form of state interest to sustain its validity. Prior restraints have been accorded the most exacting scrutiny in previous cases. [...] However, even when a state attempts to punish publication after the event, it must nevertheless demonstrate that its punitive action was necessary to further the state interests asserted. [...] Since we conclude that this statute cannot satisfy the constitutional standards [...], we need not decide whether, as argued by respondents, it operated as a prior restraint. Our recent decisions demonstrate that state action to punish the publication of truthful information seldom can satisfy constitutional standards" (443 U.S., pp. 101 y 102).

(87) 408 U.S. 665 (1972).

(88) BADENI, Tratado de Libertad..., p. 362.

(89) STONE, Geoffrey R., "Government Secrecy vs. Freedom of the Press", en *Harvard Law and Public Policy Review*, vol. 1, p. 211 (2007).

(90) STONE, "Government Secrecy...", p. 204.

ria de los Estados Unidos, el gobierno federal jamás ha llevado a juicio penal a un medio de prensa por la publicación de información clasificada (91).

(iv) Toda norma que afecte el derecho de búsqueda, recepción y/o posterior publicación de información secreta, reservada, o confidencial está sujeta a revisión judicial estricta. En consecuencia, la norma en cuestión debe presumirse inconstitucional, y el gobierno es quien tiene la carga de la prueba de acreditar (a) que los fines que pretende alcanzar a través de la normativa cuestionada son sustanciales y del más alto nivel, (b) que los medios utilizados a ese efecto son necesarios, es decir, que los promueven efectivamente, y, finalmente, (c) que no existen alternativas menos restrictivas para los derechos en juego.

(v) Además de tener que superar el test de constitucionalidad a que se refiere el punto (iv) anterior, para que un juez pueda impedir válidamente la publicación de secretos de estado a través de la prensa, el gobierno debe acreditar de forma fehaciente que la información secreta a ser publicada va a resultar con seguridad en un daño directo, inmediato e irreparable para la Nación o su población.

(vi) El único caso en que un medio de prensa o un periodista puede ser pasible de persecución penal en los Estados Unidos es si la información secreta posteriormente publicada (a) se obtuvo de forma ilegal por la acción directa del medio de prensa o del periodista (92); y/o (b) se publicó con conocimiento de que la información secreta publicada podía resultar en un daño directo, inmediato e irreparable para la Nación o su población y no contribuía de forma significativa al debate público (93).

(vii) Los tribunales estadounidenses han sido especialmente rigurosos con los funcionarios públicos que filtraron secretos a la prensa, los que, a diferencia de los medios de prensa y los periodistas, no pueden invocar la Primera Enmienda para impedir una persecución penal por esa filtración (94).

(viii) Los periodistas no están amparados por privilegio especial alguno y están obligados a nivel federal a informar al juez que así lo requiera la

(91) STONE, "Government Secrecy...", p. 197.

(92) Por ejemplo, si el periodista sobornó al funcionario encargado de proteger la información secreta para convencerlo de entregarle aquello que el funcionario estaba obligado a preservar (Cfr. STONE, "Government Secrecy...", ps. 211 y 212).

(93) Cfr. STONE, "Government Secrecy...", p. 217.

(94) Ver DAVIDSON, Sandra, "Leaks, Leakers, and Journalists: Adding Historical Context to the Age of WikiLeaks", en *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 34, n. 1, p. 27 y ss. (2011).

identidad de la fuente que filtró la información o los documentos secretos en su posesión o publicados. (95)

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial mencionado, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha reconocido a la prensa la existencia de una suerte de "derecho de discreción editorial". (96) En ese marco, es la propia prensa la que decide qué tipo de información secreta va a publicar o no. (97) Obsérvese que el potencial conflicto surge cuando la prensa decide publicar la información secreta y no por su mera búsqueda y/o posesión. Así, del relevo de la jurisprudencia mencionada, surge claramente que la mera posesión o acceso a la información o documentación secreta no puede ser motivo de persecución penal. Lo mismo ocurre con la posterior publicación de esa información secreta, aun cuando se refiera a cuestiones militares o diplomáticas sensibles y de gran importancia. (98)

De la reconstrucción del marco constitucional aplicable al caso de un periodista que accede a un correo electrónico ilegalmente interceptado por una de sus fuentes y que contiene un secreto de estado, queda claro que el método ilegal por el cual alguna de sus fuentes pudiera haber ob-

(95) La periodista Judith Miller del diario *The New York Times*, por ejemplo, pasó 85 días en prisión por negarse a revelar la fuente de un artículo en el que había colaborado, que develaba la identidad de una agente de la CIA (Cfr. BEJESKY, Robert, "National Security Information Flow: From Source to Reproter's Privilege", en *St. Thomas Law Review*, vol. 24, p. 459 [2012]).

(96) El "right of editorial discretion" ha sido reconocido en casos como "Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee", 412 U.S. 94, pp. 117 a 121 (1973); "Federal Communications Commission v. League of Women Voters of California", 468 U.S. 364, p. 379 (1984); "Arkansas Educational Television Commission v. Forbes", 523 U.S. 666, p. 673 (1998); etc.

(97) Los criterios editoriales que la prensa sigue para tomar esas decisiones fueron expuestos por Dean Baquet y Bill Keller, editores del "Los Angeles Times" y del "The New York Times", respectivamente, en "When Do We Publish a Secret?", *The New York Times*, 1° de julio de 2006, p. 15. Este artículo fue publicado en medio de una dura polémica, en la que el gobierno acusaba a periodistas de haber violado la ley de espionaje por publicar información secreta acerca de los programas de vigilancia interna de la National Security Agency (NSA) (ver <http://www.nytimes.com/2006/07/01/opinion/01keller.html?pagewanted=all&r=0> [última visita, 6/3/2014]).

(98) De hecho, ningún medio de prensa fue objeto de persecución penal luego de una de las filtraciones más importantes de la historia de los Estados Unidos en 2010, en la que más de 391.832 documentos secretos, en su gran mayoría de índole militar y diplomático, fueron dados a conocer, en una primera etapa, desde Wikileaks a *The New York Times*, *The Guardian* y *Der Spiegel*. En idéntico sentido, a pesar del grave impacto a nivel internacional que tuvo para el gobierno de los Estados Unidos, tampoco hubo persecución penal contra medio de prensa alguno luego de la reciente filtración en 2013 de documentos ultra secretos que daban cuenta del programa de vigilancia global orquestado por la National Security Agency (NSA) y que Edward Snowden filtró originalmente a los diarios *The Guardian* y *The Washington Post*.

tenido la información supuestamente secreta, no se le puede extender de forma automática y mecánica al periodista. Por ende, esas conductas no pueden ser objeto de persecución en el ámbito penal. Lo contrario implicaría una violación lisa y llana de uno de los pilares sobre los que se asienta nuestro edificio constitucional: el principio de supremacía de la Constitución.

Sin perjuicio de lo expuesto, la revisión del tipo penal en el que pretende encuadrarse esas conductas demuestra que, aun si se dejaran de lado todas las consideraciones constitucionales mencionadas en los puntos anteriores, tampoco podría considerarse válidamente que un periodista incurrió en el delito de receptación por el sólo hecho de haber accedido a un correo ilegalmente interceptado, sea que ese correo contenga o no información secreta.

### III. El delito de "receptación"

En el auto que confirma el procesamiento de diversos periodistas por encubrimiento, la Cámara Federal de San Martín entiende que si un periodista accede a un correo electrónico ilegalmente interceptado por una de sus fuentes incurre en el delito conocido como "receptación", tipificado en el art. 277, inc. 1º c) del Código Penal, que dispone lo siguiente:

"Art. 277: 1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: ... c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito".

A su vez, la Cámara aplica el tipo agravado previsto en el inciso 3 b) que dispone:

"... 3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: ... b) El autor actuare con ánimo de lucro".

La acción típica a que se refiere el art. 277, inc. 1º c) del Código Penal, conocido técnicamente como "receptación", consiste en adquirir, recibir u ocultar dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. (99) Ninguna de esas conductas puede ser endilgada válidamente a quien accede a una casilla de correo electrónico a la que tiene autorización para ingresar y revisa uno o varios mensajes contenidos en esa misma casilla, aun cuando esos mensajes fueran el resultado de un ilícito. Sin embargo, la Cámara sostiene

(99) D'ALESSIO, Andrés José (dir.), Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado, t. II, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 1397.

que el delito de encubrimiento "se vio configurado al tomar conocimiento los aquí imputados del contenido de los mails". (100)

Contrariamente a lo expuesto por la Cámara, queda claro la acción de "tomar conocimiento" de un correo electrónico, es decir, abrir y leer el contenido de ese correo, no permite obtener un objeto en propiedad, con voluntad de ejercer un derecho real sobre el mismo como requiere el tipo penal. En similar sentido, quien accede a un correo electrónico no recibe, no toma, no admite ni acepta dinero, cosa u efecto alguno. Finalmente, queda claro que la acción de abrir un correo electrónico y leerlo no implica ocultar algo, ni impide la posibilidad de localización por parte de terceros, sea de dinero, cosa o efecto alguno. (101)

Si se analiza debidamente el elemento objetivo del tipo penal, resulta fácil concluir que no se está en presencia de ninguno de los objetos materiales sobre los que recae el acto de receptación, es decir, de dinero, cosa o efecto alguno. Al respecto, la doctrina penal explica que "el objeto material [del encubrimiento] lo constituyen el dinero, cosas o efectos. Por dinero debe entenderse la moneda corriente empleada como medio de cambio; cosas son los objetos materiales susceptibles de tener un valor, según el art. 2311, Cód. Civil; y por efectos deben entenderse los bienes muebles de cualquier naturaleza, comprendiendo los valores mercantiles y los documentos de crédito público". (102) Por más valor económico que se asigne a la información contenida en un correo electrónico, queda claro que no estamos ni ante dinero en sí mismo, ni ante un objeto material que pueda caer bajo nuestros sentidos, ni ante un bien mueble. En todo caso, estamos frente a un bien inmaterial e intangible, que solamente puede ser percibido por nuestra inteligencia. (103) No puede, entonces, extenderse válidamente el tipo penal a quien accede a un correo electrónico y debió haber decidido que esa conducta era atípica.

En lo que se refiere al elemento subjetivo del tipo penal, no hay duda que la nueva redacción del art. 277 del Código Penal (cfr. ley 25.815) abarca el dolo eventual. Es decir que el aspecto subjetivo no exige que el autor conozca la naturaleza del delito. (104) Sin embargo, aun cuando se aceptara que el correo electrónico puede ser subsumido en algunas de las categorías exigidas por el tipo penal ("dinero", "cosa" u "efecto"), esa nueva redacción del art.

(100) Punto VII. b).2 del auto del 23 de agosto de 2013.

(101) D'ALESSIO, Código Penal de la Nación..., t. II, p. 1397.

(102) *Ibidem* (citas internas omitidas).

(103) Cfr. ZANNONI, Eduardo (dir.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, t. 10, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 10.

(104) D'ALESSIO, Código Penal de la Nación..., t. II, p. 1399.

277 debería presumirse inconstitucional en su aplicación al caso concreto de un periodista que accede a un correo electrónico recibido por parte de una de sus fuentes. En primer lugar, la redacción de la norma no cumple con el requisito exigido para las restricciones legales en materia de libertad de prensa, ya que no está redactada de manera expresa, taxativa, precisa y clara como una restricción en ese sentido. En segundo lugar, se trataría del típico caso de una norma vaga y abierta que, por su mera existencia, disuade el ejercicio legítimo de la libertad de prensa por el miedo a las posibles sanciones penales (efecto conocido como *chilling effect*), lo que se encuentra expresamente vedado bajo nuestro sistema constitucional. Finalmente, en la aplicación de la norma en cuestión no puede olvidarse el contenido de la protección del secreto de fuentes periodísticas tal como fuera expuesto en la Convención Constituyente de 1994. En definitiva, tal como lo sostiene Badeni, de forma clara y contundente, para que exista responsabilidad “el acceso ilegal a la información debe provenir directamente del periodista. No se presenta, y por ende no hay responsabilidad por parte del periodista, cuando se difunde información obtenida ilícitamente por un tercero”. (105)

En lo que respecta al bien jurídico tutelado por el art. 277, queda claro que la conducta de quien accede a un correo electrónico no afecta de modo particular la administración de justicia, que es el bien jurídico que se pretende tutelar con el delito de encubrimiento. (106) En efecto, no puede sostenerse válidamente que la conducta de acceder a un correo electrónico pueda perjudicar el accionar judicial, o impida el descubrimiento de un delito o la individualización de los responsables. (107) Del mismo modo, no puede decirse que esas conductas puedan servir para impedir el descubrimiento de un delito o el castigo de un delincuente. (108)

En definitiva, la Cámara Federal de San Martín no parece haber ponderado debidamente el alcance que tiene el derecho a la libertad de expresión, con la consiguiente libertad de búsqueda y recepción de información a que se refieren los arts. 14, 32 y 43 de nuestra Constitución y el art. 13 de la CADH. El déficit de la sentencia de Cámara en este punto es manifiesto. Por un lado, soslaya completamente el criterio fijado bajo el derecho internacional de los derechos humanos en lo que respecta a los requisitos exigidos para las excepciones previstas en el art. 13.2 de la CADH, especialmente las exigencias referidas a que las leyes definan con exactitud el concepto de “seguridad

(105) BADENI, Tratado de Libertad..., p. 351.

(106) Cfr. SOLER, Derecho Penal..., t. V, 271; CSJN, “Rosengarten, Alberto”, Fallos: 195:129 (1943); “Albornoz, Jorge H. y ot.”, Fallos: 253:78 (1962); “Jorge Juan Contossich y ot.”, Fallos: 300:884 (1978); etc.

(107) Cfr. FONTÁN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal..., t. IV, p. 397.

(108) FONTÁN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal..., t. IV, p. 402.

nacional”. (109) Por el otro, incurre en numerosas contradicciones lógicas que invalidan el razonamiento en que pretende basar el criterio sentado. Como primer ejemplo, basta observar que, de aceptarse el particular criterio propuesto por la Cámara, bastaría el mero hecho de abrir un correo electrónico para que un periodista pueda incurrir en el delito de encubrimiento agravado. Al respecto, la Cámara afirma que la supuesta conducta delictiva “se consumó al acceder los imputados a los correos que les fueron reenviados”. (110) Sin embargo, luego de explicar que los imputados debieron haber sospechado que los correos que se les enviaban eran producto de una intromisión a correos de otras personas, se agrega:

“aún en la hipótesis de tratarse de cuentas abiertas en servidores privados, debían advertir que algunos de los dominios que figuraban en los correos eran de organismos públicos y funcionarios públicos y la información *dado su contenido* y lo expuesto ut supra, no debía trascender” (111) (el destacado me pertenece).

Pero, ¿de qué forma es que un periodista pueda analizar y formar su convicción acerca de si el contenido de un correo electrónico debe o no trascender si, siguiendo de forma coherente el criterio expuesto, ni siquiera lo puede abrir para leerlo?

La Cámara, además, soslaya un hecho fundamental: la información de supuesto carácter secreto fue transmitida por diversos funcionarios públicos a través de direcciones de correo electrónico personales y no oficiales. Si bien es cierto que la Cámara lo reconoce al pasar (112), sorprende que, a renglón seguido, minimice ese hecho tan importante. Obsérvese que los funcionarios no se preocuparon por encriptar los mensajes involucrados en esta causa, ni de enviarlos por un procedimiento especial. Por el contrario, utilizaron los servidores más conocidos, de forma regular. Si tanta era la importancia del mensaje, era esperable una mayor diligencia en el protocolo de seguridad del mismo ya que, como es sabido desde hace mucho tiempo, los correos electrónicos pueden ser fácilmente interceptados, leídos e incluso alterados de forma remota. (113)

Obsérvese que, si la postura de la Cámara fuera correcta y la información contenida en correos electrónicos privados de funcionarios públicos fuera

(109) Punto V.a) del auto del 23 de agosto de 2013.

(110) Punto VII.b).3 del auto del 23 de agosto de 2013.

(111) Punto VII.b).2 del auto del 23 de agosto de 2013.

(112) Punto V.a), in fine, del auto del 23 de agosto de 2013.

(113) Cfr. MURR, Ryan Alan, “Privacy and Encryption in Cyberspace: First Amendment Challenges to ITAR, EAR and Their Successors”, en *San Diego Law Review*, vol. 34, p. 1403 (1997).

secreta, la consecuencia lógica e inevitable es que esos mismos funcionarios debieran responder por el delito previsto en el artículo 223 del Código Penal que dispone:

“Art. 223.- Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por doble tiempo, el que por imprudencia o negligencia diere a conocer los secretos mencionados en el artículo precedente, de los que se hallare en posesión en virtud de su empleo u oficio”.

Es evidente que si el contenido de esos correos electrónicos fuera secreto, los funcionarios habrían obrado con evidente negligencia e imprudencia al circularla a través de sus cuentas personales de correo electrónico en servidores como Hotmail, Gmail, etc. Al respecto, desde hace más de dos mil años que los gobernantes saben que deben tomar importantes recaudos a la hora de transmitir información de carácter secreto. Piénsese, por ejemplo, en los griegos, que evitaron ser dominados por los persas gracias al arte de la escritura secreta (114), o en Julio César, que usaba un código para cifrar sus mensajes. (115) Ese interés gubernamental por preservar el secreto de cierta información valiosa dio origen a la criptografía, que ha tenido un desarrollo espectacular en los últimos 50 años. (116) Si el contenido del mensaje era secreto, insisto, lo lógico era haberlo circularado en un correo encriptado para preservar su contenido. (117)

Para que quede claro: me parece evidente que los funcionarios públicos usaron sus cuentas de correo electrónico personales no por negligencia, sino porque sabían que no estaban transmitiendo información de carácter secreto. El problema de la Cámara es que se basa en una presunción que,

(114) Heródoto de Halicarnaso, por ejemplo, explica como Demarato pudo advertir a los espartanos acerca de la invasión que planeaba Jerjes. Lo hizo a través de un mensaje oculto en tablillas de madera cubiertas de cera, dándole a Esparta una ventaja fundamental en la batalla de Salamina el 23 de septiembre del año 480 a.C. (HERODOTUS, *The Histories*, Penguin, Nueva York, 2003, pp. 499 y 500).

(115) Suetonio, *Vida de los Doce Césares*, Tolemia, Entre Ríos, 2011, p. 56 (“para los asuntos secretos [Julio César] empleaba una especie de clave que hacía el sentido ininteligible, estando ordenadas las letras de manera que no podía formarse ninguna palabra; y si alguno quisiera descifrarlas, cambie el orden de las letras, tomando la cuarta por la primera, esto es d por a, y así las demás”).

(116) Al respecto, ver SINGH, Simon, *The Code Book: The Science of Secrecy from Ancient Egypt to Quantum Cryptography*, First Anchor Books, Nueva York, 1999.

(117) La encriptación hace las veces de un “sobre” en el correo postal tradicional. La técnica consiste en “la codificación de un texto o de una combinación de cifras mediante el auxilio de claves confidenciales y de procesos matemáticos complejos, cuya finalidad es tornarlos incomprensibles para quien desconoce el sistema” (Cfr. MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Valor del correo electrónico: Prueba documental. Supuestos particulares. Soportes electrónicos”, en J.A., t. 2003-I-966).

aplicada de modo coherente, debió haber jugado a favor y no en contra de los imputados. Esa misma presunción, de hecho, también juega a favor y no en contra de los funcionarios públicos involucrados. Dicho en otras palabras, la Cámara debió haber presumido que el contenido de la información que los funcionarios públicos transmitieron desde sus cuentas personales de correo electrónico no era secreto.

La descripción de los correos electrónicos a los que la Cámara califica como “secretos” (118), confirma este aserto. El tribunal pretende sostener toda su decisión sobre la base de afirmar que esos correos eran efectivamente secretos debido a que se referían a “las eventuales estrategias que el Estado argentino consideraba, sobre cuestiones vinculadas a las Islas Malvinas, el gobierno de Gran Bretaña y la comunidad internacional”. (119) Sin embargo, el déficit del razonamiento expuesto por la Cámara en este punto resulta evidente. Por un lado, se basa en una afirmación claramente dogmática. Por el otro, la descripción que realiza la propia Cámara acerca de esos correos electrónicos demuestra que no estaban referidos a cuestiones que pudieran haber afectado la seguridad de la Nación, único bien jurídico tutelado por el art. 222 del Código Penal. No sorprende, entonces, que la Cámara esgrima el insólito argumento de que las conductas investigadas en autos configuraron “una invasión en una esfera de privacidad del Estado materializada en la persona de sus funcionarios públicos” (120), argumento que pone al desnudo la peligrosa e inconstitucional concepción de la que parte el tribunal para resolver como lo hizo.

#### IV. Conclusión

Dado el alcance que tiene en nuestro país la protección constitucional de los derechos tanto a buscar y recibir información pública de toda índole, como a la libertad de prensa, toda restricción a esos derechos, especialmente a través de normas de carácter penal que impidan su ejercicio en función del contenido de la información, debe presumirse inconstitucional y ser sometida a un criterio de revisión judicial estricto.

Al respecto, hay que tener en cuenta que la persecución penal a un periodista por buscar, recibir y publicar información pública, cualquiera sea su índole, produce un efecto de miedo y autocensura (*chilling effect*) que impide que esa información llegue a la población. Ese efecto paralizante viola derechos expresamente amparados por nuestro sistema constitucional.

(118) Punto V. b) del auto del 23 de agosto de 2013.

(119) Ídem.

(120) Punto VII. b).3 del auto del 23 de agosto de 2013.

En ese marco, entiendo que la acción de un periodista de consultar un correo electrónico enviado por una de sus fuentes, aun cuando contenga información secreta y haya sido obtenido de forma ilegal por esa fuente, no constituye delito alguno por parte del periodista, sea de espionaje, recepción de secretos y/o encubrimiento. Además de no encontrarse reunidos los requisitos elementales de esos tipos penales, el accionar descripto refleja el ejercicio regular de un derecho reconocido y protegido por nuestro sistema constitucional. Finalmente, el ejercicio normal del rol del periodismo no lesiona la seguridad de la Nación ni la administración de justicia, los bienes jurídicos tutelados por esos tipos penales.

Nuestro sistema constitucional, sin embargo, no reconoce derechos absolutos. Así, el único supuesto bajo el cual un periodista puede ser pasible de persecución penal por violación de secretos de estado o por su encubrimiento en nuestro país es si la información secreta (i) se obtuvo de forma ilegal por la acción directa del periodista; y (ii) se publicó con conocimiento de que la información secreta podía resultar en un daño directo, inmediato e irreparable para la seguridad de la Nación y no contribuía de forma significativa al debate público. Fuera de esos supuestos excepcionales, nuestro sistema constitucional impide la persecución penal a un periodista por la supuesta violación de secretos de estado o su encubrimiento. El procesamiento a periodistas en el expediente judicial al que hice referencia en la Introducción de este trabajo constituye un precedente sumamente peligroso, que debe ser rechazado por constituir un evidente atentado a la libertad de prensa y al derecho de buscar y recibir información pública de toda índole por parte de los periodistas. ♦

## RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. ¿CÓDIGO CIVIL O LEY PROVINCIAL? ENFOQUE CONSTITUCIONAL

POR EMILIO A. IBARLUCÍA

Sumario: I. Introducción.— II. La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el siglo XIX y la evolución posterior de la jurisprudencia.— III. El enfoque administrativista.— IV. El enfoque civilista.

### I. Introducción

Una interesante discusión jurídica y política se suscitó el año pasado con motivo de las reformas que el Poder Ejecutivo introdujo al Anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión de juristas en 2012, y que derivó en que se elevara al Congreso Nacional un proyecto diferente respecto de cuestiones de gran trascendencia institucional.

Entre esas reformas, posiblemente las más importantes sean las referidas a la exclusión total de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos de la materia regulada por el Código Civil.

Dentro del Título "De otras fuentes de las obligaciones", el Anteproyecto abordaba la responsabilidad civil en su Capítulo I y en la Sección 10ª del mismo, titulada "Supuestos especiales de responsabilidad", contenía tres artículos referidos respectivamente a la responsabilidad del Estado (art. 1764), a la responsabilidad del funcionario y del empleado público (art. 1765) y a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita (art. 1766).

Las tres disposiciones no hacían más que recoger la pacífica jurisprudencia, emanada principalmente de la Corte Suprema Nacional, a lo largo de una evolución de al menos ochenta años en torno a la interpretación de diversas normas del Código Civil, que el alto tribunal había entendido aplicables cuando de la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos se trataba, ya sea del ámbito nacional como del provincial o municipal.

El Poder Ejecutivo sustituyó dichas normas por las siguientes:

*Art. 1764: Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni de manera directa, ni subsidiaria.*

*Art. 1765: Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

*Art. 1766: Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.*

Estas modificaciones suscitaron duras críticas consistentes, principalmente, en que se procuraba lograr la “impunidad” del Estado y de los funcionarios públicos, dejando desprotegidos a los ciudadanos frente a los daños que su accionar pudiera causarles. Pocos advirtieron que, en realidad, el P.E. no había hecho más que plasmar legislativamente lo que la mayoría de la doctrina administrativista venía sosteniendo desde hacía tiempo.

En efecto, importantes autores administrativistas venían afirmando que todo lo referido a la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos era materia reservada por las provincias y por ende no delegada a la Nación (arts. 121 y 75 inc. 12 C.N.). Por consiguiente, solamente el vacío normativo de las provincias al momento de la organización nacional podía haber justificado que la Corte Suprema apelara a la aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil para llenarlo, circunstancia esta que no impedía que las provincias pudieran en cualquier momento retomar la competencia para legislar en la materia que constitucionalmente les correspondía.

La doctrina civilista, por el contrario, sostuvo la tesis opuesta; es decir, reivindicó que la materia estuviera comprendida en el amplio alcance de la responsabilidad civil en general, señalando que no se advertían razones para que la responsabilidad del Estado y de los funcionarios fuera pasible de una regulación muy distinta que la de las personas privadas, más allá de las particularidades que debían destacarse, como las de toda responsabilidad especial.

Los proyectos de unificación de los códigos civil y comercial elaborados a partir de 1983 mantuvieron el texto originario del art. 1112 del C.C., agregando referencias a la responsabilidad del Estado. Así, el proyecto de 1987—luego convertido en ley 24.032, vetada por el P.E. en 1991—agregó un párrafo a dicho

artículo que establecía que en caso de condena judicial contra el Estado por los hechos u omisiones imputables a funcionarios o agentes, la sentencia respectiva debía determinar si había mediado falta personal de los mismos por la que debieran responder hacia aquel. El llamado “Proyecto de la Comisión Federal” de 1993 agregó al art. 1112 un párrafo que prescribía que quedaban incluidos en su ámbito los actos ilícitos de administración o disposición de bienes. Finalmente, el Proyecto de Código Civil de 1998, dentro de la sección dedicada a los “supuestos especiales de responsabilidad” introdujo dos artículos referidos a la responsabilidad del Estado —por ejercicio irregular (art. 1675), y por “actos ilícitos” (art. 1676)— y otro respecto de los agentes públicos (art. 1677).

Ninguna de estas normas mereció objeciones por parte de sector alguno de la doctrina, y pasaron indemnes las jornadas y congresos que se llevaron a cabo durante los años siguientes para debatir el tema como así su tratamiento en la Cámara de Diputados (1999 a 2001).

El Anteproyecto de 2012, con ligeras variantes, no hizo más que repetir aquellas normas, sin que tampoco, al tomar estado público, fueran cuestionadas. Sin embargo, sorpresivamente, fue modificado por el P.E., que introdujo en el elevado al Congreso las normas ya referidas.

El Proyecto, siguiendo todas las propuestas desde 1983 a la fecha, unifica la responsabilidad contractual y la extracontractual (1), de manera que, al eliminar del capítulo respectivo la responsabilidad del Estado lo hace también en relación a cualquier tipo de contrato que el mismo pueda celebrar, incluidos aquellos clásicamente llamados *iure gestionis* (v.g.: el contrato de locación), como también los daños ocasionados por vías de hecho, respecto de los cuales nunca se dudó que se aplicaba el derecho común. (2)

En noviembre de 1983, posiblemente con el objeto de dar una respuesta a las críticas formuladas, el P.E. elevó al Congreso un proyecto de ley sobre responsabilidad del Estado Nacional y de sus funcionarios y agentes públicos (3), que fue rápidamente aprobado, con modificaciones por la Cámara de Diputados y actualmente se halla en revisión en el Senado. En uno de sus últimos artículos el proyecto “invita” a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires a adherir a los términos de la ley para la regulación de la responsabilidad del Estado en sus respectivos ámbitos.

(1) El Título no contiene una norma como el art. 1107 vigente y elimina las diferencias en cuanto causalidad, daño resarcible y prescripción.

(2) Por ejemplo, si el Estado ocupa ilegítimamente un inmueble de un particular este puede iniciar, en su caso, una acción de reivindicación y acumular una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios.

(3) H.C.D. Expte. n. 9-PE-2013.

La cuestión tiene un arduo trasfondo constitucional, que necesariamente debe ser abordado antes de tomar partido en el debate generado. La conclusión a la que se arribe determinará si es correcto el proyecto del P.E., o si, por el contrario es conveniente volver al proyecto de la comisión de juristas.

Voy a hacer primero un rápido repaso de la evolución de la jurisprudencia de la Corte en la materia, luego destacaré los principales argumentos de la doctrina administrativista y civilista, para finalmente encarar lo que estimo que es la interpretación correcta de la Constitución Nacional, y, consecuentemente, trataré de abordar lo que debe entenderse por "derecho común".

## II. La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos en el siglo XIX y la evolución posterior de la jurisprudencia

Como es bien sabido, históricamente se partió de la base de la inmunidad soberana del Estado a partir de la idea de que el rey no podía obrar mal (*the can do no wrong*), concepto que, pese al movimiento antimonárquico, se mantuvo a través del principio rousseauiano de infalibilidad de la ley como fruto de la voluntad popular. Lógicamente, si no se concebía que el Estado fuera responsable, mal podían las provincias contemplar su propia responsabilidad en las respectivas constituciones y leyes locales.

Sin embargo, el Código de Vélez Sarsfield, dentro del Título dedicado a las obligaciones nacidas de los hechos ilícitos, introdujo una norma muy particular, verdaderamente avanzada para su época. Me refiero al art. 1112 que se mantiene hasta el día de hoy: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les sean impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título".

Según la nota respectiva de Vélez, la fuente fue la obra de Aubry y Rau, quienes daban como ejemplos, a los jueces y oficiales del ministerio público y, entre otros, a "todos los empleados de la administración del Estado". Al decir la norma que quedaban comprendidos *en las disposiciones de este título* quiso decir, a mi juicio, que la responsabilidad por culpa o negligencia prevista en el art. 1109 era aplicable a los funcionarios públicos en los casos de incumplimiento irregular de sus funciones.

El Título no contemplaba la responsabilidad del Estado (nacional, provincial o municipal) simplemente porque, como ya expresé, no se aceptaba todavía a mediados del siglo XIX, pero además porque tampoco se concebía la responsabilidad por hechos ilícitos de las personas jurídicas. En el título

respectivo de la Sección primera del Libro primero, el art. 42 preveía que pudieran ser demandadas por acciones civiles y hacerse ejecución de sus bienes, pero circunscribiéndose a la responsabilidad contractual. Ello así porque el art. 43 establecía que no se podían ejercer contra las personas jurídicas "acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas".

La fuente principal de los artículos referidos a las personas jurídicas fue el Esbozo de Freitas, quien a su vez se inspirara en Savigny. Para resolver el dilema de que entes que no fueran personas físicas (y por ende sujetos con voluntad y discernimiento) (4) pudieran tener derechos y contraer obligaciones, este eximio jurista había elaborado la teoría de la ficción legal, pero esta explicación sólo alcanzaba para hacerlas responsables por el incumplimiento de obligaciones convencionales contraídas por sus representantes (arts. 35 y 36), pero no por daños causados por actos ilícitos cometidos por estos. Es que por aplicación del principio de especialidad, las personas jurídicas sólo tenían capacidad para obrar en el ámbito fijado por el acto de su creación y este en ningún caso podía acordarles la facultad de llevar a cabo actos ilícitos; por lo tanto, los representantes que lo hacían habrían excedido sus facultades y por consiguiente no podían generar acciones resarcitorias en contra de sus representadas. (5)

Por lógica consecuencia, las personas jurídicas de carácter público que el art. 33 mencionaba (6) no podían tampoco responder por los actos ilícitos cometidos por sus representantes, toda vez que, por definición, el Estado tenía por finalidad proveer al bien común. Pero ello no era impedimento para que el funcionario respondiera personalmente si, en el ejercicio de sus funciones, incurría en actos ilícitos (art. 1112), lo mismo que el director o representante de una empresa privada.

La jurisprudencia pasó por alto el art. 43 (7) y encontró la forma de hacer responsable a las personas jurídicas privadas por aplicación del art. 1113,

(4) De ahí distinción entre "personas de existencia visible" y de "existencia ideal", que, tomada de Savigny, Vélez introdujo en el art. 31, que está aún vigente. La teoría civilista debatió durante décadas cuál era la naturaleza de las personas jurídicas, ya que, bajo el influjo todavía del ius-naturalismo no era fácil justificar que hubiera personas distintas de las "personas naturales". Se elaboraron todo tipo de teorías al respecto. Ver: LAVALLE COBO, Juan, "Comentario a arts. 32 y 33", en BELLUSCIO-ZANNONI, Código Civil Comentado, t. 1, Astrea, 1978, p. 138 y ss.

(5) Ver LAVALLE COBO, ob. cit., p. 215, y VIDELA ESCALADA, Federico, "La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos", E.D. del 15/08/85.

(6) El art. 33 del Código de Vélez decía: "Las personas jurídicas, sobre las cuales este Código legisla son las que, de una existencia necesaria, o de una existencia posible, son creadas con un objeto conveniente al pueblo, y son las siguientes: 1) el Estado. 2) Cada una de las provincias federadas. 3) Cada uno de sus municipios. 4) La Iglesia...."

(7) La Corte Suprema recién lo admitió en 1921.

que contemplaba la responsabilidad por los daños causados por los dependientes —llamada también “refleja”—, aunque la superación definitiva de aquel obstáculo recién se alcanzó con su reforma por medio de la ley 17.711, que expresamente estableció que las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio de sus funciones y por los causados por sus dependientes.

Ese mismo expediente fue al que se recurrió en una primera época para hacer responsable al Estado, sorteando el vacío de que ninguna norma lo prevenía. Vale aclarar que en un principio la Corte Suprema sostuvo que para demandar al Estado era necesario el previo consentimiento del Congreso (venía legislativa) (8), situación que recién cambió con la ley 3952 de 1900, que eliminó ese requisito y lo substituyó por el previo agotamiento del reclamo administrativo.

En efecto, en el fallo “Tomás Devoto” de 1933 (9), la Corte Suprema admitió, pese al art. 43, la responsabilidad indirecta del Estado con fundamento en los arts. 1109 y 1113. Es decir, la responsabilidad comitente por los actos de sus dependientes (en el caso, los empleados públicos), atribuibles a título de culpa.

Cinco años después, en el fallo “Ferrocarril Oeste” (10), la Corte dijo que el art. 43 no era aplicable en los casos de responsabilidad estatal derivada por la actuación como poder público, e invocó por primera vez el art. 1112 del C.C. para fundarla, aunque relacionándolo con el art. 1113.

Pero en 1984 en el caso “Vadell v. Provincia de Buenos Aires” (11), la Corte directamente fundó la responsabilidad en el art. 1112. Sobre la base de la teoría del órgano sostuvo que la responsabilidad del Estado no era indirecta sino directa, asentada en la idea objetiva de la *falta de servicio*, cuyo fundamento radicaba en el art. 1112, de aplicación subsidiaria. Dejó así de lado la responsabilidad subjetiva e indirecta, con fundamento en los arts. 1109 y 1113 1er. párr. Tal criterio se reiteró en fallos posteriores. (12)

Posteriormente, también invocó la Corte el art. 1113 2do. párr. (introducido por la ley 17.711), en relación a los daños ocasionados por cosas propiedad del Estado o que estuvieran bajo su guarda, como por actividades estatales creadores de situaciones de riesgo o de peligro. (13)

(8) Fallos: 1:317 (1864); 2:36 (1865).

(9) Fallos: 169:111. Se responsabilizó al Estado Nacional por el incendio de un campo causado por empleados del Telégrafo Nacional.

(10) Fallos: 185:5. La Corte responsabilizó a la Provincia de Buenos Aires por los daños ocasionados por la expedición defectuosa de certificados por el Registro de la Propiedad.

(11) Fallos: 306:2030.

(12) Fallos: 308:821 (1985); 321:1124 (1998); 330:563 (2007).

(13) Fallos: 315:2834 (1992), entre otros.

El último jalón importante en la materia fue la modificación de la doctrina sobre la *causa civil* para definir la competencia originaria establecida por el art. 1117 de la C.N. y el art. 24, inc. 11 del dec.-ley 1285/1958, por medio del fallo “Barreto” de 2006 (14), en el que la Corte ratificó la idea de *falta de servicio* cuando de responsabilidad del Estado se trataba. Por su importancia me referiré a ello más adelante.

### III. El enfoque administrativista

El desconocimiento inicial de la responsabilidad del Estado como resabio de concepciones monárquicas absolutistas fue dando paso a su reconocimiento en la medidas que algunos autores han llamado la “juridización del Estado” (15), que no implica otra cosa que el imperio del Estado de Derecho. (16)

Prestigiosos autores sostuvieron que no había una norma que expresamente la contemplara. Rafael Bielsa, por ejemplo, sostenía que el art. 1112 del C.C. daba fundamento a la responsabilidad de los funcionarios y agentes públicos pero no del Estado. (17) Otros, en cambio, comenzaron a argumentar que dicha norma era lo que le proporcionaba fundamento. Así lo sostuvo Cassagne en un trabajo de 1983 (18), postura que, a su juicio, vino a ser avalada por la Corte Suprema en el fallo “Vadell” de 1984 que he citado. (19) Para este autor, con el art. 1112 Vélez se había adelantado a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés sobre la *falta de servicio*, por vía de la cual se consagraba la responsabilidad del Estado como directa. Por esta razón hizo la salvedad de que el fallo era criticable en cuanto hablaba de responsabilidad subsidiaria del Estado. Sostuvo en tal sentido que el art. 1112, pese a hallarse en el Código Civil, no podía calificarse de *subsidiario* por cuanto era una norma de derecho administrativo, como tantas otras obrantes en el mismo.

(14) Fallos: 329:759.

(15) BIANCHI, Alberto B., Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa, Abaco, Buenos Aires, 1999, p. 28.

(16) Tesis de MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, t. IV, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 706.

(17) “Responsabilidad del Estado como poder administrador”, J.A. 43-417.

(18) “La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del derecho administrativo”, E.D. 100-986.

(19) CASSAGNE, Juan Carlos, “La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte”, E.D. 114-215. Este autor amplió luego su visión del tema en: “Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración”, LL 2005-D, 1268.

Desde otro punto de vista, se ha sostenido que el art. 1112 es una norma "federal" inserta en un código de derecho común (20), y por lo tanto que se refiere a la responsabilidad del Estado nacional y no de las provincias, que tienen amplias facultades para legislar localmente por tratarse de una cuestión de derecho administrativo.

Esta tesis es compartida por María Graciela Reiriz pero apunta que, en realidad, se trata de una norma "de reenvío" dado que para determinar si la conducta u omisión del Estado o del funcionario público es ilícita es necesario examinar las leyes de derecho administrativo locales. (21)

Pero quienes especialmente hacen hincapié en que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios es de competencia local, no delegada a la Nación, son Beltrán Gambier y Pablo Esteban Perrino en un trabajo titulado "¿Pueden las provincias dictar leyes en materia de responsabilidad del Estado?" publicado en 1996. (22) Aclarando que se refieren sólo a la actuación del Estado como persona de derecho público, estos autores sostienen que la aplicación del Código Civil sólo puede hacerse por vía analógica, pero que siempre puede ser desplazado por el dictado de leyes provinciales que encaren la regulación de la cuestión referida. En relación al art. 1112, en coincidencia con los autores citados, dicen que no es más que una norma federal inserta en un código de derecho común.

Pablo E. Perrino ha profundizado estas ideas en un notable trabajo posterior (23), en el que critica el enfoque civilista sobre la cuestión, haciendo hincapié en que la "teoría del Fisco" —por la cual el Estado actuaba como persona jurídica de derecho privado, distinta al Estado propiamente dicho— está totalmente superada, y que debe circunscribirse el derecho civil a sus límites naturales, quitándole la cantidad de instituciones jurídicas de las que se ha apoderado. A su entender, el derecho administrativo ha adquirido autonomía científica, que se integra por sus propio sistema de normas y principios, muy diferentes a las del derecho privado, aunque pueda haber principios comunes.

Finalmente Lucas Piaggio, en un interesante comentario sobre el Proyecto de Código Civil de 2012, sobre la base de entender también que el art. 1112

(20) Voto del Dr. Alejandro Uslenghi en fallo de la C.N.Cont. Adm. Fed., sala IV del 7/10/1999, pub. en L.L. 1999-F-497.

(21) "Responsabilidad del Estado", en *El Derecho Administrativo argentino*, hoy, U. Austral, Cs. de la Administración, 1996, p. 220.

(22) J.A. 1996-IV-793.

(23) "Crítica al enfoque iusprivatista de la responsabilidad del Estado", en "Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público", Jornadas de Derecho Administrativo de la U. Austral, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 791.

es una "norma federal", opina que las modificaciones del P.E. son correctas pero destaca los inconvenientes que pueden acarrear. (24)

#### IV. El enfoque civilista

Como es bien sabido el derecho civil desde la sanción del Código Civil francés en 1984, que sólo contemplaba a la culpa como factor de atribución de responsabilidad, transitó un largo camino tendiente a ampliar las hipótesis de la responsabilidad objetiva, proceso paralelo al desarrollo de la sociedad industrial y el consiguiente aumento de las actividades riesgosas, que en nuestro país encontró su recepción legislativa con la modificación del art. 1113 del C.C. y de otras normas en la misma dirección en el año 1968.

Desde el punto de vista doctrinario, adquirió una importancia decisiva la conferencia pronunciada por José María López Olaciregui en 1978 titulada "Esencia y fundamento de la responsabilidad civil" (25), a partir de la cual comenzó a predicarse que el acento debía ponerse en la injusticia del daño —el *daño injustamente sufrido*— y no en su causa, por lo que no debía haber víctima sin reparación. Esta doctrina aparejó todo tipo de consecuencias jurídicas: la víctima debía ser indemnizado aunque el daño hubiese sido causado por un acto involuntario (v.g. por un incapaz), debían reducirse al máximo las causales de exoneración en los supuestos de responsabilidad objetiva —que tenían que extenderse—, debía estrecharse el ámbito de comprensión del caso fortuito como eximente de responsabilidad, etc. Comenzó a hablarse de *derecho de daños* en lugar de responsabilidad civil. En materia contractual su correlato ha sido la extensión el alcance de la llamada "obligación tácita de seguridad". (26)

Desde esta óptica, los civilistas acogen de buen grado la teoría de la *falta de servicio* (que parte de considerar al agente o funcionario autor de la irregularidad como *órgano* de la administración), dado que objetiviza la responsabilidad, y aún facilita la procedencia de la demanda reparatoria en la medida que, a diferencia de la responsabilidad refleja, exige de la necesidad de identificar al auto material de la falta. No obstante, desconfían de las tesis administrativistas por entender que, bajo el pretexto de que la responsabilidad del Estado no se guía por la justicia conmutativo sino por la

(24) "La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial", E.D. 249-602.

(25) Publicada en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 11, n. 64, Buenos Aires, 1978, p. 951.

(26) MAYO, Jorge, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", L.L. 1984-B, 949, entre otros.

justicia distributiva (dado que debe afrontarse con fondos públicos) (27), se procura, con distintas excusas retacear el resarcimiento (v.g. no indemnizar el daño moral, el lucro cesante, etc.), y por ende no cumplir con el tan declamado principio de la reparación integral.

El abanderado del enfoque civilista es Mosset Iturraspe, quien le ha dedicado varios trabajos (28), y expresamente sostiene que el *derecho de daños* es uno solo y que no existe razón jurídica alguna para excluir la responsabilidad del Estado y de los funcionarios del Código Civil. Aída Kemelmajer de Carlucci ha defendido igual posición en diversos trabajos (29) y en sus votos como juez de la Suprema Corte de Mendoza. (30) Cito sus palabras: "...propicio la unidad en la teoría del responder, que es la consecuencia lógica de la unidad del ordenamiento jurídico. El fraccionamiento en departamentos estancos lleva a resultados absurdos cuando se trata de actos u omisiones que pueden ser imputados tanto a particulares como al Estado".

Poniendo el acento en la víctima, la tesis civilista propende a la satisfacción del principio de igualdad ante la ley, toda vez que considera que no hay motivo alguno para la aplicación de un diferente régimen de responsabilidad según que el causante del daño sea el Estado o un particular.

### V. ¿Cuál es el enfoque constitucional correcto?

Dijimos al comienzo que la decisión del Poder Ejecutivo de excluir la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos del Código Civil responde a la tesis administrativista de que todo lo que se refiere a ello es materia no delegada por las provincias a la Nación y por ende reservada (arts. 121 y 75, inc. 12). Se parte de la base de que es derecho público y que el Código Civil debe ocuparse solamente de las relaciones entre particulares.

Me permito poner en tela de juicio esta afirmación. Para ello haré primero una interpretación histórica de la Constitución de 1853/60, procurando

(27) Ver: BARRA, Rodolfo, "La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil", elDial.com-CD1946.

(28) "Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado", en STIGLITZ, Gabriel (dir.), Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 17; y t. X, "Responsabilidad del Estado", en Responsabilidad por daños, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

(29) En coautoría con PARELLADA, Carlos, "Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial", en Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 24.

(30) Especialmente en las causas "Torres, Francisco v. Provincia de Mendoza" del 4/04/1989, L.L. 1989-C, 514; "Díaz de Ghiotti, Ana v. Municipalidad de la Capital", L.L. 1997-A, 347.

desentrañar cuál fue la voluntad de sus autores. La misma, como no podría ser de otra manera, no se circunscribirá al art. 67, inc. 11 (hoy 75, inc. 12), sino también a otras cláusulas de la Constitución, que, naturalmente, deben interpretarse armónicamente.

Me abocaré luego a dilucidar qué se entendía por *códigos* ante de 1853 y por ende a desentrañar si necesariamente el Código Civil debía referirse sólo a las relaciones de derecho privado o si podía comprender normas de derecho público.

Por si alguna duda quedara del resultado de tal examen, procuraré dilucidar el entuerto recurriendo a la interpretación previsora o consecuenialista; o sea, a aquella que examina el resultado que se deriva de una u otra interpretación.

#### 1. La interpretación histórica de la "cláusula de los códigos" (art. 67, inc. 11) y del art. 24

En la sesión del 28 de abril de 1853 de la Convención Constituyente de Santa Fe se continuó con la discusión de las atribuciones del Congreso Nacional de acuerdo al proyecto preparado por la Comisión de Negocios Constitucionales. (31) Al llegar al inc. 11 —que, siguiendo el proyecto de Alberdi expuesto en la segunda edición de las Bases, decía *dictar leyes...*—, el convencional Salustiano Zavalía objetó que la atribución que se le daba de dictar códigos para toda la Confederación era propia de las Legislaturas de cada provincia, y que implicaba una restricción a su "soberanía" contraria a la forma de gobierno adoptada. Agregó que en los EE.UU. cada Estado dictaba sus propios códigos. Le respondió el convencional Benjamín Gorostiaga, miembro informante de la comisión, diciendo que por el art. 24 —recién sancionado— se había establecido que el Congreso debía *promover la reforma de la actual legislación* del país, que no se trataba de que dictara leyes en el interior de cada provincia sino que sancionase los Códigos Civil, Mineral, Penal y demás leyes generales para toda la Confederación, y que si se dejaba a cada provincia dicha facultad, "la legislación del país sería un inmenso laberinto de donde resultarían males inconcebibles. Que los Códigos que dictare el Congreso serían, no lo dudaba, aceptados con gratitud por las Provincias, pues el solo anuncio que hizo el General Urquiza fue acogido con aplauso. Que era inútil probar la necesidad que tiene el país de una nueva legislación después de los males experimentados en dos siglos que ha estado abandonado a las leyes españolas confusas

(31) Sigo el registro del debate que obra en RAVIGNANI, Emilio, Asambleas constituyentes argentinas 1813-1893, Talleres, S.A. Casa Jacobo Peuser Ltda., 1937, ps. 528/29.

por su número e incoherentes entre sí. Que si en los Estados Unidos había códigos diferentes, era porque los americanos del norte descendientes de los ingleses, habían formado un cuerpo de legislación de leyes sueltas”

Zavalía replicó que el art. 24 ya aprobado no decía que el Congreso *dictará* esas leyes sino que las *promoverá*, y que en los pueblos argentinos no había laberinto de leyes, pues en 42 años habían estado en absoluta carencia de ellas, y que el *gaje* más importante de las provincias era la facultad de dictar leyes de acuerdo a su organización, costumbres y peculiaridades, que consultasen mejor sus intereses. Gorostiaga contestó que esas peculiaridades sólo tendrían lugar en un código de procedimientos. El convencional Zenteno dijo que la intención de Zavalía estaba satisfecha con el tenor del artículo dado que siendo que en el Congreso estarían representadas todas las provincias, representaba su *soberanía de intereses* y por ello podía dictar leyes para toda la Confederación. Finalmente, Gorostiaga propuso que el inciso, para su mejor redacción, quedara de la siguiente manera: “Dictar los Códigos civil, comercial, penal y de minería y especialmente leyes generales para toda la Confederación”.

La defensa que hizo Gorostiaga del inciso —y su propuesta final de hacer referencia a *códigos*— lejos estuvo de ser una ocurrencia nacida en la convención. Respondió a un anhelo nacido desde nuestro despertar como Nación, que se mantuvo como bandera —no sin altibajos, por cierto— durante cuarenta años hasta que se plasmó en la Constitución de 1853.

Es que, al producirse la revolución de 1810, ya existía el Código de Prusia (de 1795) y sobre todo se conocían los efectos benéficos que había comenzado a brindar el Código Civil francés de 1804 en cuanto a la unificación de Francia y su modernización. La Constitución de Cádiz de 1812 —fuente indirecta de nuestra Constitución— estableció que debían dictarse códigos en lo civil, criminal y mercantil, y a lo largo de la primera parte del siglo XIX varios países europeos y americanos siguieron ese camino. (32)

En su magnífica obra “La codificación en la Argentina (1810-1870)” (33), Víctor Tau Anzoátegui demuestra que las leyes de Indias, heredadas del Virreinato español, fueron atacadas desde un principio por Mariano Moreno y por el Dean Gregorio Funes, cuestionamiento que dio lugar a la bandera

(32) El Código Civil francés fue adoptado en Bélgica, Luxemburgo y Holanda, y en América se sancionaron códigos civiles en Haití (1826), Bolivia (1826), Perú (1836), Costa Rica (1841) y Chile (1855) y en Uruguay Eduardo Acevedo publicó su proyecto de Código en 1852.

(33) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1977.

de la *Reforma Legislativa*, esgrimida en cuanto oportunidad se presentó cuando de la organización del país se hablara durante esos cuarenta años y aún después hasta la sanción del Código Civil.

Es que la situación normativa que presentaba nuestro país tenía características similares a las de Francia antes de 1804. En este país regían distintas normas y costumbres en los distritos que lo conformaban. En el norte y el centro primaba el *droit coutumier* y en el sur el derecho común de base romana y canónica, lo cual daba lugar a que los jueces —heredados en su mayoría del *ancien regime*— fallaran en forma distinta los distintos casos que se presentaban. De ahí que el objetivo fundamental de Napoleón con el *Code* fue propender a la unificación de Francia y sobre todo a que los jueces fallaran conforme a las leyes. (34) En Argentina, la situación normativa existente en 1853 era similar en cuanto al caos normativo. Formalmente regía la “Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias” de 1860, varias regulaciones o compilaciones posteriores, y hasta las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio del siglo XIV. Había nacido un “derecho patrio” luego de 1810, pero no existía ninguna claridad sobre cuál era el derecho aplicable para la resolución de los pleitos, y los jueces se veían obligados a invocar la equidad o el derecho natural para fallar. Sus decisiones, por ende, eran discrecionales y, lógicamente, influenciadas por el poder político bajo cuya órbita se encontraban. (35)

Es por ello que la *reforma legislativa* o *codificación* en nuestro país, lo mismo que en Francia, a lo largo del siglo XIX fue sinónimo de progreso y modernización, y ello se acentuó en la medida que la corriente del racionalismo jurídico se impuso. Las “soluciones de equidad” debían ser desplazadas por el imperio de la ley. Para construir una república, hacía falta tener *jueces de la ley* y no *jueces de equidad*. Según Tau Anzoátegui hasta 1850 las sentencias no eran más que conclusiones. Carecían de fundamentos razonados por escrito. Esto recién comenzó a cambiar luego de 1862 y sobre todo a partir de la sanción de los códigos de Comercio y Civil.

Pero lo que es más elocuente acerca de la imperiosa necesidad de superar el atraso normativo del país es que cuando no habían pasado tres meses del Acuerdo de San Nicolás —en el que se decidió la convocatoria a un Congreso General Constituyente—, el Director Supremo de la Confederación Justo José de Urquiza dictó el 24 de agosto de 1852 un decreto disponiendo la

(34) Ver: CAMPOS FILLOL, Adolfo, “El Código Napoleón: origen y proyección”, E.D. del 2/08/04.

(35) MILLER, Jonathan, “Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina” (tesis doctoral), [http://www.org/newsletters/19/nws19\\_miller.pdf](http://www.org/newsletters/19/nws19_miller.pdf).

formación de una comisión encargada de elaborar los proyectos de código civil, penal, de comercio y de procedimientos. Este fue el decreto al que luego hizo alusión Gorostiaga en el debate en el seno de la Convención de 1853 al que hemos aludido. En sus considerandos se describió así el estado normativo de nuestro país:

*"...Leyes análogas a una forma de gobierno que no es la nuestra, y escritas bajo la influencia de tiempos muy remotos a nosotros. Leyes recopiladas unas en muchos voluminosos códigos dictados por los legisladores españoles en diversas épocas y cuya inteligencia necesita ser auxiliada por los comentarios de los expositores, contenidos en los más abultados y numerosos volúmenes. Leyes dispersas otras, que contienen legislación de dos y medio siglos, y que sin embargo son desconocidas del pueblo a quienes obligan, pues encerradas en los archivos de los altos tribunales, y en bibliotecas de muy pocos individuos que los poseen como una curiosidad preciosa, la aplicación improvisada de algunas de ellas a personas que ignoran su existencia, como lo ignora toda la sociedad, incluso muchas veces los jurisperitos y aun los mismos magistrados, es tan impropia como juzgar por disposiciones que no tienen suficiente promulgación. Leyes multiplicadas y aún contradictorias sobre algunos puntos, sin que a un estudioso profesor de derecho le sea siempre fácil designar cuál es la última... Leyes que dejan ancha puerta a los pleitos, por donde entran de buena fe los dos contendores; prueba bien clara de la deficiencia y obscuridad de ellas..."* (36)

Como dice Tau Anzoátegui, el decreto es demostrativo de que Constitución y códigos eran dos pasos necesarios y urgentes de la nueva organización, y trasluce que en la idea de su mentor la sanción de la Constitución, sin el paralelo dictado de los códigos, frustraría los objetivos de aquella. Lamentablemente la revolución del 11 de septiembre de 1852, por la cual Buenos Aires se separó de la Confederación, frustró las buenas intenciones de Urquiza, quien se vio obligado a prepararse para el enfrentamiento militar que se avecinaba.

Pero la provincia de Buenos Aires no se olvidó de la bandera de la codificación, y encargó a Vélez Sarsfield y a Acevedo que proyectaran el Código de Comercio que fue sancionado en 1858, y que luego, poco después de asumida por Mitre la presidencia se sancionó como Código Nacional por el Congreso Nacional en 1863 a libro cerrado.

El proceso histórico que muy brevemente hemos descripto demuestra que hubo en 1853 un apartamiento consciente y deliberado del modelo

(36) TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, ob. cit., ps. 313/315.

norteamericano que se tuvo en cuenta para adoptar el sistema federal. Sánchez Viamonte señaló diecisiete sustanciales diferencias entre el federalismo estadounidense y el argentino (37) y que por ello, en principio, no eran aplicables la doctrina y la jurisprudencia del país del norte. Entre esas diferencias, a mi juicio, la más importante es la referida a que en nuestro país la legislación de fondo es dictada por el Congreso Nacional. Creo que si hubiera que brindar un ejemplo más ilustrativo de la originalidad de nuestra Constitución —producto de un proceso histórico y cultural muy distinto al estadounidense—, como sostuviera Alberdi en su polémica con Sarmiento (38), no podría encontrarse uno mejor.

La Convención de la Provincia de Buenos Aires de 1860, convocada para revisar el texto de 1853, que, como es sabido la hizo "más federal", insertó en el inc. 11 del art. 67, a continuación de los códigos: "sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones". Quedó así consagrada la *reserva de jurisdicción*. Es decir, legislación de fondo sancionada por el Congreso Federal y aplicación por los tribunales provinciales o federales según las reglas de competencia. Este fue el esquema constitucional definitivo que adoptó nuestro país.

2. *La interpretación armónica de las distintas cláusulas de la Constitución de 1853/60 (arts. 24, 31, 67 inc. 11, 100 y 101)*

Ya vimos que la cláusula de los códigos (art. 67, inc. 11) tuvo estrecha relación con el art. 24, el que, recogiendo el anhelo que naciera desde los albores de la revolución de Mayo, estipuló que el Congreso debía promover *la reforma de la actual legislación*. Pero no es la única que tiene que ver con aquella.

El art. 31, conocido como la norma consagratória de la supremacía constitucional, dice expresamente: "Esta Constitución, las leyes de la Nación, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes y constituciones provinciales..." Es decir, impuso esta norma la obligación de las provincias

(37) Instrucción Cívica. Manual de Derecho Constitucional, Kapelusz, Buenos Aires, 1944, p. 82.

(38) Sarmiento publicó "Comentarios a la Constitución" diciendo que se había inspirado en la Constitución de EE.UU. y en el proyecto de Alberdi. Este replicó con Estudios de la Constitución de 1853.

de respetar las leyes que el Congreso Nacional sancionara, entre ellas, obviamente, las leyes de fondo o de derecho común. El texto de la cláusula es claramente indicativo de la preocupación que existía —fundada en la experiencia histórica vivida— de que las provincias se “alzaran” contra las autoridades federales.

Cuando en septiembre de 1863 se promulgó la ley 48, reglamentaria de la jurisdicción federal, y se reglamentó el recurso extraordinario federal, quedó claro que la finalidad de este era que la Corte Suprema Nacional controlara que los tribunales provinciales respetaran la supremacía del ordenamiento jurídico indicado en el art. 31 de la C.N. Es decir, no sólo de las leyes federales sino de todas las leyes que el Congreso dictara. La cuestión federal compleja directa que prevé el inc. 2º del art. 14 se configura también cuando el superior tribunal provincial le da prevalencia a una norma provincial frente a una ley nacional de derecho común (requisito de la “resolución contraria”). El art. 15 excluye del recurso a las cuestiones de interpretación (hipótesis del inc. 3º del art. 14, llamada cuestión federal simple) de los códigos de fondo, pero no a los casos de conflictos mencionados.

Es así como en infinidad de casos a lo largo de su historia —a los que luego me referiré—, la Corte Suprema descalificó por inconstitucionales a leyes y aún cláusulas de constituciones provinciales por ser contrarias a leyes de derecho común dictadas por el Congreso.

Finalmente, el art. 67, inc. 11 de 1853/60 debe leerse junto con los arts. 100 y 101 (hoy arts. 116 y 117), por lo cuales se contempló la jurisdicción de los tribunales federales. Por el primero se previó que, entre otras, las causas entre una provincia y los vecinos de otra, debían ser competencia de los tribunales federales, y por el segundo que aquellas en las que una provincia fuera parte debían ser competencia originaria de la Corte.

La competencia que estos artículos atribuyeron a los tribunales federales obedeció a la desconfianza acerca de la imparcialidad de los tribunales provinciales sobre la base de que era previsible que fallaran en contra de un ciudadano, de una provincia o de la Nación, si la contraparte era la provincia a la que pertenecían al punto de que en este caso debía entender la Corte Federal. (39)

En esta materia también hubo un apartamiento claro del modelo norteamericano. En el país del norte en 1978 quedó ratificada la Enmienda XI

(39) Ver BIANCHI, Alberto, Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 141.

que, modificando la Sección 2da. del Art. III, estableció que el Poder Judicial de los Estados Unidos (o sea, la Justicia Federal) no debía extenderse *a los litigios en derecho o en equidad, incoados o seguidos contra los Estados de la Unión...* Obviamente, esta Enmienda era bien conocida por los constituyentes de 1853 y se apartaron deliberadamente de ella, de forma que dejaron claramente establecido que en nuestro país podían los Estados provinciales ser demandados ante la Corte Suprema por ciudadanos de otras provincias.

Ahora bien, si la razón de ser de los arts. 100 y 101 fue la desconfianza hacia los jueces provinciales si una de las partes era la provincia a la que pertenecían, es obvio que en la inteligencia de los constituyentes en los conflictos entablados por un ciudadano de otra provincia o un extranjero contra una provincia no eran las leyes provinciales las que debían aplicarse sino las sancionadas por el Congreso Nacional; entre ellas, por supuesto, las leyes de derecho común que son las que regulan la mayor cantidad de situaciones conflictivas que pueden presentarse en los tribunales.

Cuando las provincias comenzaron a ser demandadas ante la Corte Suprema se resistieron oponiendo excepciones de incompetencia invocando la Enmienda XI de la Constitución norteamericana. La Corte rechazó los planteos, exponiendo extensamente las razones en el caso “José Leonardo Avegno v. Pcia. de Buenos Aires” del 14/04/1874. (40) Expresamente dijo que los constituyentes habían querido darle al Poder Judicial Federal atribuciones más extensas que los norteamericanos, revelando una intención y una voluntad enteramente contrarias a la doctrina de la Enmienda. Señaló que la Convención del 60 introdujo cláusulas inspiradas en la Constitución norteamericana pero dejó subsistente la competencia de la Corte en las causas entre una provincia y los vecinos de otra. Luego mencionó la ley 48 que previó la competencia originaria de la Corte en tal tipo de litigios sin que ninguna voz se opusiera en el Congreso Nacional. Aclaró que no todos los actos de gobiernos provinciales podían ser materia de pleitos ante la Corte, ya que “sólo pueden serlo aquellos en que las provincias obran como personas jurídicas y que pueden producir acciones civiles”.

Especial importancia reviste este fallo como interpretación auténtica de la Constitución, dado que dos de los jueces firmantes —José Benjamín Gorostiaga y Salvador María del Carril— fueron convencionales constituyentes en 1853. La doctrina que emana del mismo fue reiterada en varios fallos posteriores (41) y demuestra a las claras que la intención de los

(40) Fallos: 14:425. El fallo es comentado por BIANCHI, Alberto, ob. cit., p. 189.

(41) Fallos: 61:409; 28:326; 28:331. Ver: BIANCHI, Alberto, ob. cit., p. 193 y ss.

constituyentes fue que los Estados provinciales pudieran ser demandados por particulares, generándose causas que debían resolverse aplicando el derecho común.

No puedo dejar de señalar por último que el alejamiento del modelo norteamericano al suprimir *los casos de equidad* dentro de la competencia federal, es demostrativo de la intención de los constituyentes de adoptar un modelo racional-normativo de derecho —concordante con la orden de unificar la legislación del país por medio de los códigos—, muy alejado del *common law* anglosajón.

3. *¿Por Código Civil se entendía necesariamente lo relativo a las relaciones de derecho privado?*

Lo dicho hasta ahora respecto de los arts. 100 y 101 demuestra que por “Código Civil” el inc. 11 del art. 67 de la Const. de 1853/60 no puede haberse referido sólo a las relaciones entre particulares.

La cláusula, como hemos visto, fue producto de la bandera de la *codificación* o de la *reforma de la legislación* que caracterizó al siglo XIX y de la cual no escapó nuestro país. Por *códigos* se entendían cuerpos unificados de normas, que comprendieran toda la legislación, claro está que divididos en las principales materias (civil, comercial, penal, de minería, procesal). Los códigos europeos —que se tenían en mira— no hacían una distinción nítida entre derecho público y privado.

Por de pronto el Código Penal es, obviamente, derecho público. También el Código de Minería —mencionado en el art. 67, inc. 11—, que desde su primera sanción en 1886 (ley 1919), contempló el régimen de propiedad y explotación de las minas, estableciendo cuáles eran del dominio del Estado y cuáles de los particulares.

Con relación al Código Civil hacen hincapié los administrativistas para defender la tesis que expusimos al comienzo, en que Vélez Sarsfield en la nota al art. 31 dijo: “Como en un Código Civil no se trata sino del derecho privado...” Sin embargo, el mismo codificador en la nota siguiente (a los artículos 33 y 34) expresó: “...Desde que se reconoce que *las mismas obligaciones que se forman entre particulares, pueden formarse entre un Estado y un particular, es forzoso admitir que los tribunales deben administrar justicia sin distinción de personas*. Los tribunales franceses están declarados competentes para juzgar las cuestiones entre el gobierno y los particulares, lo que no puede explicarse sin admitir la misma personalidad jurídica creada para las asociaciones de interés público”. A continuación

agrega: “En nuestra República no puede haber duda alguna en la materia. La Constitución Nacional ha creado una Suprema Corte de Justicia, ante la cual el Estado, en cuestiones con los particulares, debe demandar sus derechos, y ante la cual también puede ser demandado, previa autorización del Congreso. *La misma Corte de Justicia es el tribunal competente en las cuestiones civiles de una provincia con otra, o entre un Estado y las personas particulares*. Por consiguiente el Estado y las provincias son personas civiles, personas jurídicas, desde que no son personas individuales, y pueden estar en juicio sobre sus bienes, o sobre sus derechos a la par de los particulares”.

Más adelante, explicó Vélez que este derecho no era nuevo, ya que era el derecho administrativo del derecho romano, en que el Fisco podía ser demandado ante los jueces ordinarios, y siguió el codificador con varias consideraciones que ciertamente no eran referidas a las relaciones entre particulares.

Antes de esta nota, en la correspondiente al título I (“De las personas jurídicas”) de la Sección Primera del Libro I, explicando por qué no utiliza el término *persona moral* dice: “... En los códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llaman personas morales, a pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos, etc.”, y a continuación ejemplifica con los códigos de la época.

Debemos tener en cuenta que las notas de Vélez Sarsfield son de una importancia fundamental si de hacer una interpretación histórica u originalista de la Constitución se trata, dado que el codificador fue constituyente. En efecto, la Constitución originaria es la de 1853/60, dado que en 1860 se cerró el ciclo constituyente (42), y Vélez fue convencional tanto en la Convención de la Provincia de Buenos Aires que revisó el texto de 1860 y en la Convención Nacional ad-hoc del mismo año que aceptó casi todas las reformas propuestas por aquella. Lo mismo puede decirse de Sarmiento, quien participó de ambas convenciones.

Volviendo entonces al Código Civil, el art. 33 del texto de Vélez —y que, reitero, tenía su fuente en los códigos de la época—, al enumerar a las personas “de existencia ideal” citaba al “1) El Estado, 2) cada una de las Provincias Federadas, 3) cada uno de sus municipios, 4) la Iglesia...” (enumeración reiterada en el art. 34).

(42) SÁNCHEZ VIAMONTE, ob. cit., p. 52; BIDART CAMPOS, Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 109.

El artículo 42 estableció que las personas jurídicas (comprendiendo en ellas a las de carácter público de acuerdo a lo señalado en los artículos precedentes) podían ser demandadas por acciones civiles y podía hacerse ejecución de sus bienes. El art. 43 estableció la limitación que ya he analizado.

Demás está decir que el Título Preliminar I (“De las leyes”) no puede considerarse de derecho privado. Sus normas son aplicables a todas las ramas del derecho, pudiendo ser catalogadas muchas de ellas como de jerarquía constitucional, toda vez que no de otra forma puede considerarse a la obligatoriedad de las leyes (art. 1), a su publicación (art. 2), a su irretroactividad (art. 3), a la obligación de juzgar por parte de los jueces (art. 15). Otras contienen principios generales del derecho aplicables también al derecho público: sobre las leyes aplicables a las formas y solemnidades de los contratos e instrumentos públicos (art. 12), sobre la aplicación de las leyes extranjeras (arts. 13 y 14), sobre cómo deben resolverse las lagunas legislativas y los casos dudosos (art. 16), sobre los efectos de los actos prohibidos por las leyes (art. 18), sobre la renuncia general de las leyes (art. 19), acerca de que la ignorancia de las leyes no se presume (art. 20), sobre las leyes de orden público (art. 21). El Título Preliminar II (“Del modo de contar los intervalos en el derecho”) también establece reglas generales. Basta leer las notas de estos artículos para advertir que sus fuentes eran los códigos vigentes antes de 1853.

Lo mismo ocurre con otras disposiciones que ciertamente son netamente de derecho público. Además de las referidas a las personas jurídicas ya señaladas, todo el Capítulo Único del Título I del Libro III (“De las cosas consideradas en relación a las personas”): el art. 2339 dice que las cosas pueden ser bienes públicos o privados del Estado general o de los Estados particulares que lo componen; el art. 2340 (texto anterior a la reforma de 1968) enumera los bienes públicos, mencionando entre ellos, a los mares adyacentes, los “mares interiores”, los ríos, las playas, los lagos navegables y las islas que se formen en ellos, y las plazas, caminos, canales, puentes y cualquier obra de utilidad común; el art. 2341 sobre el uso y goce de los bienes públicos por los particulares; el art. 2342 enumera los bienes privados del Estado general o de los Estados particulares; el art. 2343 los que son susceptibles de apropiación privada; el art. 2344 los bienes municipales; el art. 2349 se refiere al uso y goce de los lagos que no son navegables.

El Título IV sobre los derechos reales también contiene normas que, a mi juicio, pueden considerarse de derecho público (arts. 2527, 2547, 2571, 2572 y 2583). Lo mismo el Título VI sobre las restricciones y límites del dominio (art. 2611 y ss.).

La Sección Tercera del Libro IV regula la adquisición y pérdida de los derechos reales por el transcurso del tiempo, y *el art. 3951 dice expresamente*

*que el Estado general o provincial y todas las personas jurídicas están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, en cuanto a sus bienes o derechos susceptibles de ser de apropiación privada, y pueden oponer la prescripción. Las fuentes de este artículo (según la nota) son, entre otros, los códigos civiles francés y holandés.*

Por último no puedo dejar de citar al art. 1112, que he tratado al comienzo, cuya fuente, según su nota, fue Aubry y Rau en un comentario al art. 1384 del Cód. Civil francés. (43)

La conclusión forzosa de lo expuesto —cotejando el texto de Vélez Sarsfield (convencional constituyente) con sus fuentes (anteriores a 1853)— es que por Código Civil difícilmente nuestros constituyentes quisieran referirse exclusivamente al derecho privado, de la misma manera que algunos de los códigos mencionados en el art. 67, inc. 11 eran indudablemente de derecho público.

Destaco finalmente que así como Vélez debe ser considerado constituyente, la misma calificación cabe para Sarmiento, quien participó tanto en la convención provincial como en la nacional de 1860, y Mitre, que participó en la primera. Este último encargó a Vélez la elaboración del código y luego, junto con Sarmiento impulsaron su aprobación a libro cerrado.

#### 4. La interpretación que surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema

##### 4.1. Una larga historia en defensa de la legislación nacional

Cumpliendo el rol asignado por la ley 48, la Corte Suprema Nacional a través de su historia ejerció un celoso control de que las provincias por medio de sus normas respetaran la legislación sancionada por el Congreso Nacional como ordena el art. 31 de la C.N. Son innumerables los fallos en que declaró inconstitucionales leyes provinciales (o prescindió de ellas como dice el art. 3º de la ley 27) por considerar que invadían las facultades delegadas a la Nación por el art. 67, inc. 11 (luego art. 75, inc. 12), desestimando los argumentos esgrimidos por las provincias consistentes en que regulaban cuestiones de derecho público.

Así por ejemplo, ya desde 1936, en Fallos: 176:115, sostuvo que las leyes locales como la de presupuesto de la Prov. de Buenos Aires no podían modificar los plazos de prescripción establecidos en el C. Civil, postura esta que reiteró en varios pronunciamientos posteriores: en Fallos: 200:444

(43) Conf. LINARES, Juan Francisco, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, L.L. 153, 601.

—1944— decidió que la aplicación de la ley provincial de Mendoza declarando caduca no sólo la acción contencioso-administrativa sino también la de repetición de impuestos por no haberse deducido en el plazo fijado por esa ley, contrariaba los arts. 31, 67 inc. 11 y 108 de la C.N. toda vez que el art. 4023 del C.C. fijaba un plazo de diez años; en Fallos: 203:274 —1945— sostuvo que la ley de San Luis en cuanto establecía que la repetición de impuestos pagados por error sólo podía hacerse dentro de los dos años siguientes era inconstitucional por iguales motivos. (44)

En Fallos: 285:209 —1973— dijo que la prescripción del cobro del intereses moratorios de impuestos provinciales se regía por el art. 4027, inc. 3º del C.C. y no por el de diez años previsto por la ley provincial. Lo mismo sostuvo —en relación a la prescripción de impuestos provinciales— en el conocido fallo “Filcrosa S.A. s/ quiebra s/ Incidente de verificación por Municipalidad de Avellaneda” del 30/09/03, al que luego me referiré.

En varias ocasiones sostuvo que ante la jurisdicción originaria de la Corte las provincias no podían oponer la defensa de no haberse agotado por el accionante el reclamo administrativo previo previsto por las leyes locales (Fallos: 276:401 de 1970; Fallos: 285:209 de 1973; Fallos: 316:2182 de 1993).

En Fallos: 226:727 —1953— dijo que el artículo del Cód. de Procedimientos provincial que establecía el plazo de un mes para deducir la demanda era contrario a la legislación nacional.

En Fallos: 275:254 —1969—, frente al pedido de levantamiento de un embargo trabado en una ejecución de honorarios formulado por la Provincia de Santa Cruz invocando una cláusula de la Constitución provincial, dijo que ello era inadmisibles dado que las provincias, en su carácter de personas jurídicas eran demandables y sus bienes podían ser ejecutados por las obligaciones contraídas de acuerdo al art. 42 del C.C. Dijo en tal sentido: “La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que cualquiera que sean las disposiciones que contengan las leyes locales tendientes a substraer de la acción de los acreedores los bienes, recursos y rentas del Estado contrariando los derechos y garantías que acuerda la ley civil, no pueden ser válidamente invocadas, pues *las relaciones entre acreedor y deudor son de exclusiva legislación del Congreso Nacional*”. (45) Reiteró esta postura en Fallos: 311:1795 —1988—.

(44) El mismo criterio fue sostenido en Fallos: 276:401 (1970), Fallos: 284:319 (1972), Fallos: 301:709 (1979), Fallos: 304:163 (1982), Fallos: 316:2182 (1993), Fallos: 313:1366 (1990).

(45) Con cita de Fallos: 171:431; 172:11; 176:230; 188:383.

Posteriormente, sostuvo que la provincia demandada por incumplimiento de un contrato de empleo no podía desconocer que el art. 3986 del C.C. contemplaba que la interrupción de la prescripción se producía por la demanda deducida ante un juez incompetente. (46)

En materia de derecho tributario, las tesis opuestas entre lo que algunos autores han calificado como *iuspublicistas* y *iusprivatistas* quedaron expuestas en el fallo “Liberti” del 10/08/56 (Fallos: 235:571), considerado por los tributaristas como el punto de partida de cualquier análisis sobre el tema. (47) El voto mayoritario, siguiendo los precedentes, se inclinó por la primera, argumentando que, si bien las provincias no habían renunciado expresamente a favor de la Nación a la facultad de establecer impuestos con amplitud, sí habían aceptado implícitamente las limitaciones a tal facultad provenientes de los códigos de fondo. La segunda tesis fue defendida en el voto en disidencia por Alfredo Orgaz, quien sostuvo que no debía, a su juicio, interpretarse la Constitución (suprema y federal) según el Código Civil (accesorio y unitario), que sólo concernía a las relaciones privadas. Pero esta postura quedó en minoría, lo que se reiteró en fallos posteriores: “Liebig’s Extract of Meat S.A.” de 1982 (Fallos: 269:379), y especialmente en “Filcrosa S.A.”.

Otra importante cuestión en que la Corte puso un claro límite al apartamiento de las provincias del cumplimiento de las disposiciones del Cód. Civil ha sido lo relativo a la publicación de las ordenanzas para su plena aplicación, exigencia que estimó ineludible —atento a lo prescripto por el art. 2º del C.C.—, descalificando por arbitraria la sentencia recurrida que no lo había considerado así. (48)

#### 4.2. El voto del Dr. Petracchi en la causa “Cena v. Provincia de Santa Fe” (49)

En este fallo del 18/11/1999, la mayoría de la Corte resolvió que la ley de emergencia de la provincia por la cual se había decretado la inembargabilidad de las cuentas de rentas generales frente a la pretensión de cobro de haberes previsionales reconocidos por sentencias firmes, no era inconsti-

(46) Fallos: 320:1344 (1997), con cita de Fallos: 176: 115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795.

(47) GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “La autonomía del derecho tributario frente a la legislación tributaria provincial”, E.D. 87-881.

(48) Fallos: 327:4474, “Municipalidad de Santiago de Liniers v. Irizar, José M. s. Apremio” (2004). He tratado el tema en mi trabajo “El fondo jurídico común entre la Nación y las provincias”, pub. en Debates de Actualidad, Rev. de la Asoc. Arg. de Der. Const., n. 202, año 25, enero-junio 2010, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 90.

(49) Fallos: 322:2817.

tucional dado que restringía sólo por un tiempo la percepción y que no se alteraba la sustancia del derecho alegado. Como se ve se trató de un caso más —muy cuestionable por cierto— de aplicación de la doctrina de la emergencia económica sustentada por la Corte Suprema.

Pero lo interesante es el voto en disidencia del ministro Petracchi. Sostuvo que era incorrecto afirmar que la provincia estaba facultada para legislar sobre la expurgación del estado de mora y sus consecuencias por el simple hecho de que la obligación de que se trataba hubiera nacido de una ley local. Recordó los precedentes que hemos citado en cuanto a que la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores era materia de los códigos de fondo. En cuanto a la invocación de la doctrina de la emergencia económica, dijo que ello había nacido en EE.UU. donde los Estados tenían atribuciones para dictar dichos códigos. "...en Argentina, en cambio, —argumentó— la atribución de dictar los códigos de fondo fue delegada por las provincias en el Congreso de la Nación que, al reglamentar en ellos los derechos patrimoniales, personales y reales, mediante un régimen común cuyas reglas también vinculan al Estado Nacional, a las provincias, y a las municipalidades, dio cumplimiento cabal a aquello que para Dicey ... constituía la primera virtud del estado de derecho, esto es, que todos los litigios se sustancien ante los tribunales ordinarios y se sometan a las mismas reglas, tanto si se plantean contra un ente público, como contra un ciudadano privado".

Agregó que si llegáramos a admitir que una ley de derecho administrativo provincial bastaba para poner fin al estado de mora y obligar al acreedor de la provincia a aceptar bonos emitidos para ese pago, "también tendríamos que admitir, forzosamente, que cuando se trate de obligaciones que tienen por fuente una ley provincial o un contrato celebrado por el estado provincial, cada una de las provincias puede legislar a su arbitrio sobre el pago y sus efectos, los plazos de la prescripción liberatoria y su modo de cómputo, los modos de extinción de las obligaciones, *el régimen de responsabilidad extracontractual*, y, en fin, cualquier otro capítulo de nuestro derecho de las obligaciones; a pesar de que esta Corte ha interpretado prácticamente sin excepciones, que tales cuestiones forman parte de la legislación común...."

Luego de recordar la contestación de Gorostiaga a Zenteno en la Convención de 1853, dijo el ministro que, en la tarea de interpretar el alcance del art. 75 inc. 12, "no se puede dejar de advertir que, en aquel tiempo, *la responsabilidad del Estado constituía materia propia de las leyes civiles*, y que sólo con el apoyo de ellas podía serle demandado el cumplimiento de sus obligaciones, sea que hubieren nacido de la ley, de los contratos, *o de los hechos y actos ilícitos*... Dado que no se admitía que, por su carácter so-

berano, la autoridad pública fuese sometida a juicio, sólo se la consideraba patrimonialmente responsable en tanto actuase como persona jurídica, en los términos establecidos por la ley civil. Bajo la influencia directa de tales concepciones nuestro Código Civil caracterizó a la Nación, a las provincias y a las municipalidades como personas jurídicas de carácter necesario, declarándolas susceptibles... de ser sujetos activos y/o pasivos de las obligaciones y de los derechos reales, imponiendo así límites concretos a su actuación frente a la propiedad privada". (50)

Explicó que debido a la ausencia en nuestra Constitución de una cláusula equivalente a la Enmienda XI de la Constitución norteamericana, nuestras provincias siempre fueron demandables en la jurisdicción federal sin necesidad de prestar consentimiento previo. Ejemplificó ello con una extensa enumeración de precedentes de la Corte, en los que se resolvió: a) que por aplicación de las leyes civiles, las leyes provinciales que regían la inversión de la renta pública no podían derogar los códigos de fondo en cuanto a la forma y medios de perseguir el pago de las obligaciones contraídas; b) que era inadmisibles que una provincia se negara pagar una deuda contraída mediante licitación pública con fundamento en el agotamiento de la partida presupuestaria prevista para atenderla, impuesto por ley local; c) que el Código Civil debía prevalecer sobre el Código Rural que exigía exhibir el título para mantenerse en la posesión; d) que la provincia no podía desconocer que el pago recibido sin reserva había extinguido la obligación fiscal; e) que el plazo establecido por la Constitución provincial para el pago de las obligaciones en mora instrumentadas en títulos de la deuda interna contrariaba el art. 505 del C.C.; f) que la provincia no podía establecer efectos meramente declarativos a las sentencias dictadas en su contra desconociendo leyes civiles; etc.

Explicó que también debían ser considerados como obligaciones "civiles" las derivadas de contratos administrativos y los actos estatales que traducían el ejercicio del poder público; o sea, los efectos de las relaciones jurídicas caracterizadas como derecho administrativo.

Señalar que la Corte, ante la falta de reglas positivas que permitieran juzgar adecuadamente las controversias relativas a la nulidad de actos y contratos administrativos, había adoptado la fórmula de la aplicación "subsidiaria" o analógica del derecho privado a la actividad de la administración pública, pero que la evidencia de que en varias ocasiones el derecho común resultara insuficiente para resolver los casos administrativos, no autorizaba a descartar, lisa y llanamente su aplicación. Con cita de Juan

(50) Con cita de la nota al art. 33 del C.C. que hemos citado y de fallos de la Corte.

Francisco Linares (51), expresó que cuando el derecho privado contenía valoraciones adecuadas para la solución del caso, procedía su aplicación *directamente y no por analogía*.

Sostuvo que decir que el derecho común era de aplicación subsidiaria o analógica a falta de normas administrativas no era más que una reiteración del principio de que la ley especial prevalecía sobre la ley general, pero que en nuestro ordenamiento constitucional —en el que el derecho común es nacional— era imposible trasvasar ese razonamiento al orden provincial sin caer en la paradoja de que el derecho de rango constitucional preferente sea aplicado “en subsidio” con relación a normas de rango inferior. La ley nacional debía ser *aplicable o inaplicable* pero no *subsidiaria*.

#### 4.3. El fallo “Filcrosa S.A.”

Este importante fallo de 2003, como vimos, no hizo más que reiterar la inveterada jurisprudencia del tribunal en cuanto a que las obligaciones tributarias provinciales no escapaban a las reglas de prescripción de la acción previstas en el Código Civil. No obstante, como la Corte se explayó largamente sobre el tema y es de fecha relativamente reciente, vale la pena detenernos en sus argumentos, dado que son de estricta aplicación al tema que nos ocupa.

Dijo la Corte que la prescripción no era un instituto del derecho público sino un instituto general del derecho, el que involucraba aspectos típicamente vinculados al derecho de propiedad cuya inclusión dentro de la delegación al Congreso Nacional no era discutible. “En ese marco —sostuvo—, y del mismo modo en que esa razón ha justificado la regulación por la Nación de los distintos modos de extinción de las obligaciones —sin que ello obste a su aplicación en ámbito de materias no delegadas—, idéntica solución debe adoptarse respecto de la prescripción, desde que no se advierte cuál sería el motivo para presumir que, al dictar la Constitución, las provincias hayan estimado indispensable presupuesto de sus autonomías, reservarse la posibilidad de evaluar los efectos de la propia desidia que ésta lleva implícita”. Agregó que si igual conclusión se extendiera a otros modos extintivos de las obligaciones, ello comprometería seriamente la seguridad jurídica.

Con relación a la delegación hecha a la Nación para dictar los códigos de fondo recordó el alto tribunal lo que venimos sosteniendo desde el comienzo de este trabajo: que ello tuvo “por finalidad el logro de un *sistema homogéneo de leyes* que, sin desmerecer el poder de aquéllas de crear

(51) “El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional”, L.L. T. 24, Sec. Doct., ps. 178 y 192.

obligaciones destinadas a garantizar su subsistencia y autonomía, contribuyera al inequívoco propósito de generar, entre los estados provinciales que mediante la Constitución se congregaban los *fuertes lazos de unidad que eran necesarios para otorgarles una misma identidad*”.

Sostuvo que, si bien la potestad fiscal que asistía a las provincias era una de las bases sobre las que se sustentaba su autonomía, debía recordarse que el límite de esas facultades estaba dado por la exigencia de que la legislación dictada en su consecuencia no restringiera los derechos acordados por normas de carácter nacional, que de manera uniforme establecían los modos de extinción de las obligaciones. El conflicto planteado entre los alcances de ese poder del Congreso Nacional y el contemplado en los arts. 121 y 122 de la C.N. —agregó— debía ser resuelto mediante una *interpretación armónica que permitiera integrar las norma supuestamente en pugna dentro del sistema ideado por el constituyente*, sin establecer restricciones que no fueran derivación inequívoca de las materias que en cada texto se regulaban. “...esa inteligencia exige preservar el *desenvolvimiento armonioso entre las autoridades nacionales y provinciales, lo que deriva en la necesidad de lograr un razonable equilibrio entre las facultades de estas últimas de crear impuestos y las que corresponden a aquellas para establecer en todo el país un régimen único de extinción de obligaciones*”.

Luego de señalar —con cita del fallo “Gunther” (52)— que el derecho administrativo no estaba al margen de la unidad general del derecho, dijo que no había ningún motivo especial impuesto por la naturaleza de lo que constituía la materia en examen, para apartarse de las normas de prescripción fijadas por el código de fondo.

Este fallo ha sido objeto de críticas sobre la base de un serio y riguroso análisis —partiendo de la autonomía de las provincias en materia de derecho administrativo— por Lucas A. Piaggio y Lucila Carsoglio (53), pero se comparten o no los fundamentos del mismo, lo cierto es que la doctrina constitucional de la Corte, que, como hemos visto, no es nueva sino la consolidación de lo sostenido prácticamente a través de toda su historia.

#### 4.4. La “causa civil” justificante de la competencia originaria de la Corte

##### 4.4.1. La doctrina tradicional de la Corte

Al abordar la interpretación histórica y armónica de la Constitución dijimos que ya de los primitivos arts. 100 y 101 se derivaba que las provincias podían

(52) Fallos: 308:1118 (1986).

(53) “Prescripción en materia tributaria local: un debate no cerrado por el fallo ‘Filcrosa’”, J.A. 2008-I-390.

ser demandadas por ciudadanos de otras provincias o por extranjeros y que, para preservar la imparcialidad de los tribunales, el constituyente previó que esas causas tramitaran en la Corte Suprema, lo que implicaba que, obviamente, el derecho aplicable no fuera el emanado de la provincia demandada sino del Congreso Nacional, incluido la legislación de derecho común.

Al reglamentarse la jurisdicción de la Corte por la ley 48, se estableció que eran de competencia originaria las causas suscitadas entre una provincia y los vecinos de otra o extranjeros (54) si eran *causas civiles*, excluyéndose los pleitos en que debiera aplicarse el derecho local. El dec.-ley 1285/1958, ratificado por ley 14.467 (actualmente vigente), en su art. 24, mantiene la competencia originaria de la Corte en estos casos.

La Corte ensayó muchas definiciones sobre la *causa civil*, pudiéndose decir que por tal ha entendido todas las regidas por el derecho común emanado del Congreso en virtud del art. 75, inc. 12 de la C.N., excepto lo atinente al Código Penal, quedando, entonces excluidas las causas regidas por el derecho administrativo, que es, en principio, de derecho local. Quedaron comprendidas tanto las causas originadas en responsabilidad contractual como extracontractual y todo lo regido por preceptos de derecho común.

En 1987, frente a un caso dudoso, dado que se reclamaba por los daños ocasionados por una defectuosa inscripción en el Registro de la Propiedad provincial, el Procurador General Dr. Juan O. Gauna, con cita del precedente "Vadell", sostuvo que se trataba de daños atribuidos a una falta de servicio y por ende que no era de competencia originaria. La Corte, en cambio, por fallo unánime, sostuvo que el hecho de que en ese fallo se hubiera invocado la teoría objetiva de la falta de servicio con sustento en el art. 1112 del C.C., no alcanzaba para producir el desplazamiento de la competencia originaria, toda vez que ello no implicaba el examen y revisión de disposiciones de ese carácter. Dijo que ello sería distinto si se pretendiera la invalidez de actos administrativos dictados por autoridad provincial, lo que en el caso no se había planteado. (55)

#### 4.4.2. La doctrina del fallo "Barreto"

Esta doctrina sufrió un viraje notable en la causa "Barreto" de 2006 que ya hemos citado. Se trató de una demanda contra la provincia de Buenos Aires

(54) Salvo que el particular declinara la competencia federal a favor de la provincial (art. 12, inc. 4º, ley 48).

(55) Fallos: 310:1074, "Ruth Sederó de Carmona v. Prov. de Buenos Aires". En opinión que comparto, BIANCHI, Alberto B., en su obra *Competencia originaria de la Corte*, ob. cit., p. 262, coincide con la solución de la Corte, diciendo que, en definitiva, siempre hay que analizar normas locales para verificar la responsabilidad de una provincia.

en la que se le imputaba responsabilidad por la actuación de un agente de policía —quien persiguiendo a dos presuntos delincuentes había disparado y matado a la hija de los actores— con fundamento en el art. 1112 del C.C.

La Corte reconoció que desde antiguo y en especial desde el fallo "De Gandia" de 1992 (56), venía sosteniendo que los procesos de esa índole debían ser calificados como *causa civil* en los términos del art. 24 del dec.-ley 1285/1958 y del art. 117 de la C.N., pero que ello debía "abandonarse", dado que aquel concepto había tenido una amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del tribunal, con procesos caracterizados por una gran diversidad de temas concernientes a la responsabilidad de las provincias por la llamada falta de servicio, regulados por el derecho común o por el derecho público, "con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos y materiales existentes que en gran medida están destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este tribunal como intérprete final de la Constitución Nacional y custodio último de las garantías superiores reconocidas en dicha Ley Suprema".

Luego de recordar que desde el primitivo texto de la ley 48 y viejos fallos del tribunal, se había aceptado la posibilidad de que los ciudadanos o extranjeros declinaran la competencia originaria, de acuerdo al amplio margen de interpretación que las normas admitían, dijo que se inclinaba por la alternativa de mayor rigurosidad, que, a la par de dejar dentro de tal competencia un núcleo de asuntos nítidamente previstos en la Constitución, permitía que se atendieran de modo compatible con las altas funciones jurisdiccionales que debía ejercer.

Añadió que el objeto de la jurisdicción originaria —conceder garantía de imparcialidad a los particulares que litigaran contra los estados provinciales— encontraba su preciso límite en el respeto al principio constitucional que consagraba la autonomía de los mismos, de manera de no perturbar su administración interna, porque de lo contrario si todos los actos de los poderes públicos pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte "vendría a ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales". Por ello por *causa civil* debía considerarse aquella en que la decisión sólo pudiera ser por aplicación de disposiciones de derecho común. Por el contrario —agregó— quedaban excluidos de ese concepto los supuestos en que, pese a reclamarse restituciones o indemnizaciones de carácter civil, se requería para su solución la aplicación de normas de

(56) Fallos: 315:2309.

derecho público provincial o el examen o revisión de actos administrativos, legislativos o judiciales de las provincias en los que éstas procedieran dentro de las facultades reconocidas por los arts. 121 y ss. de la C.N. (57)

Sobre esta base, dijo que, en el caso, la pretensión subsumía el caso en un supuesto de responsabilidad extracontractual del Estado local por una presunta falta de servicio en que habría incurrido un órgano del mismo derivada del incumplimiento irregular de las funciones estatales (poder de policía de seguridad), materia cuya regulación competía al campo del derecho administrativo y de resorte exclusivo de los gobiernos locales, "y que encuentra su fundamento en principios extraños a los propios del derecho privado". Ello conducía al estudio del régimen administrativo local que sentaba las bases del sistema provincial de seguridad pública y que determinaba las funciones esenciales y obligaciones del personal que lo integraba.

Agregó que no obstaba a ello la circunstancia de que se invocara la aplicación de normas del Cód. Civil dado que todos los principios jurídicos —entre ellos, el de la responsabilidad— no eran patrimonio de ninguna disciplina jurídica y menos del derecho privado, dado que constituían principios generales del derecho, aunque interpretándolos teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídica de que se tratara, y que tampoco era un obstáculo que se aplicaran subsidiariamente normas de derecho común. Sostuvo que, en concordancia con ello, la Provincia de Buenos Aires había sancionado un nuevo código contencioso administrativo, reconociéndole competencia a los tribunales de ese fuero para entender en todos los casos originados por la actuación u omisión de funciones administrativas de la provincia.

Concluyó la Corte en que por *causa civil* debían entenderse los litigios regidos *exclusivamente* por el derecho privado, tanto en lo concerniente a la relación jurídica de que se tratara, como respecto de la ocurrencia de cada uno de los presupuestos de responsabilidad patrimonial ventilada y en la determinación del daño resarcible.

Cabe preguntarse si este fallo implica un viraje total de la jurisprudencia a la largo de toda su historia o si puede ser conciliable con la misma. En otras palabras cuál es el alcance que debemos darle a la doctrina de este fallo en lo que al tema que nos ocupa se refiere. Me ocuparé de ello en los párrafos siguientes.

(57) Para algunos autores, la Corte de esta manera adoptó la tesis del art. 1112 del C.C. como "norma de reenvío" (Ver PIAGGIO, Lucas, "La responsabilidad del Estado en el Proyecto..." cit.).

#### 4.5. ¿Qué es el derecho común?

A esta altura del análisis cabe preguntarse qué es el derecho común, término respecto del cual nadie —ni administrativistas ni civilistas— discute que se alude a aquel sector del ordenamiento jurídico que rige tanto en el orden nacional como provincial, y cuyo dictado es competencia del Congreso Nacional. La discusión estriba en el alcance o ámbito de comprensión del concepto. ¿Se refiere solamente a las relaciones de derecho privado, o sea a las relaciones entre particulares, o alcanza también a determinado tipo de relaciones entre estos y el Estado (nacional, provincial o municipal)?

Por de pronto, vimos que si por *derecho común* se entiende lo delegado al Congreso Nacional en el art. 75, inc. 12, esta cláusula incluye códigos de derecho público, como el Código Penal y el de Minería. Pero si excluyéramos a estos por entender que están fuera del debate que nos ocupa, tenemos que en su origen histórico los códigos civiles tenidos en mira por nuestros constituyentes de 1853/60 contenían numerosas disposiciones atinentes a todas las disciplinas jurídicas y cláusulas netamente de derecho público, lo que se tradujo en el Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield.

Los más acerbos defensores de la amplitud de la autonomía normativa provincial no dejan de reconocer que el Código Civil contiene reglas y principios generales del derecho (v.g. las contempladas en el Título Preliminar), y otras, como el principio general de la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (art. 1198), el abuso del derecho (art. 1071), o el enriquecimiento sin causa (doctrina que se extrae de distintas normas del C.C.), que no son patrimonio exclusivo del derecho privado. Añaden que a ello puede sumarse el "principio general de la responsabilidad" y el "principio de la reparación". (58) Hasta ahí llega su admisión acerca del alcance del "fondo jurídico común" entre la Nación y las provincias.

Desde mi punto de vista, tal interpretación es totalmente insuficiente y no responde a la doctrina de la Corte Suprema a lo largo de su historia, que hemos visto. Para la misma todo lo atinente a las relaciones entre acreedor y deudor (sea este un particular o un ente estatal) es derecho común delegado a la Nación. ¿Qué motivo habría para que una provincia legislara, por ejemplo, sobre las obligaciones divisibles o indivisibles de forma distinta al C.C.? ¿qué razón habría para que regularan en forma distinta las obligaciones simplemente mancomunadas y las solidarias?, ¿o las obligaciones principales y las accesorias?, ¿por qué los requisitos de la

(58) PERRINO, Pablo, "Crítica al enfoque iusprivatista..." cit., y PIAGGIO, Lucas, "La responsabilidad del Estado en el Proyecto..." cit.

novación de obligaciones tendrían que ser distintos según que una de las partes fuera un particular o una provincia? (59), ¿qué razón podría justificar que la reivindicación o la usucapión de inmuebles fuera distinta según si el demandado fuera un particular o un ente estatal?, ¿por qué podría una provincia regular un interdicto de recobrar la posesión en forma distinta según se tratase el despojante de un particular o de ente estatal?

Todo lo atinente a la responsabilidad extracontractual está comprendido en el capítulo de las “fuentes de las obligaciones” y no hay motivos para que no sea regulado por el Código Civil, aún cuando el sujeto deudor sea un ente estatal, y menos aún si es un funcionario público de cualquier jurisdicción (nacional, provincial o municipal). Así se entendió desde la primitiva redacción del Código Civil sin que a nadie le llamara la atención, y, con toda naturalidad sus disposiciones fueron aplicadas cuando las provincias o los municipios fueron demandadas, como ha señalado el Dr. Petracchi en la causa “Cena” que he citado.

Vélez Sarsfield contempló en el código que las personas jurídicas podían ser privadas o públicas y que tanto unas como otras podían ser demandas por acciones civiles por las obligaciones que contrajeran, y hacérselas ejecución de sus bienes (art. 42). La exclusión que de esas acciones hizo de las reclamaciones de daños y perjuicios (art. 43) —entendiéndose que se refería a los provenientes de hechos ilícitos— comprendió tanto a las dirigidas contra personas jurídicas públicas como privadas sin distinción alguna. Y ello obedeció, como vimos, a que la ciencia jurídica no estaba suficientemente desarrollada a esa altura de los tiempos como para aceptar que un ente que debía su existencia a un reconocimiento estatal —principio de la especialidad—, pudiera cometer hechos ilícitos, y mucho menos, entonces, que pudiera incurrir en ellos el Estado, cuyo objeto era perseguir el bien común. Naturalmente, también tuvo que ver en tal exclusión el viejo principio *the king can do no wrong* trasladado al Estado como expresión de la soberanía del pueblo, pero, repito, el no reconocimiento de la responsabilidad por hechos ilícitos fue parejo tanto para entes públicos como privados.

La inclusión de Vélez del art. 1112 no fue un injerto insólito dentro de un código de derecho privado —como pretenden quienes sostienen que es una “norma federal”—, ni tampoco puede considerarse un accidente histórico. El factor de atribución genérico por responsabilidad extracontractual que el codificador previó fue la culpa (art. 1109); luego reguló supuestos especiales, también comprendidos en ese factor subjetivo (de los padres,

(59) La “novación legal” de obligaciones tributarias dispuesta por la Provincia de Buenos Aires ha sido considerada inconstitucional por contrariar los arts. 893 y ss. del C.C. Ver mi trabajo: “El fondo jurídico común...”, cit.

arts. 1114, 1115 y 1116; de los directores de colegios, maestros y artesanos, art. 1117); otros por hechos de los dependientes (art. 1113; de los dueños de hoteles y hospedajes, arts. 1118 y 1120; de los capitanes de buques, art. 1119, y supuestos especiales (por ser dueño de un animal que causa un daño, arts. 1124 a 1131; de los causados por cosas inanimadas, arts. 1132 a 1136). En estos casos el factor de atribución también era, en última instancia, la culpa, dado que no otra cosa era la falta de vigilancia, custodia o cuidado. Así como previó estos supuestos, Vélez no dejó de tener en cuenta que los funcionarios públicos también podían causar daños a terceros si incumplían en forma irregular sus funciones y por ende lo incluyó en el título de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, entendiendo, en concordancia con el art. 1109, que ese incumplimiento era necesariamente culposos. (60)

Como dijimos al comienzo, la jurisprudencia y la doctrina, tanto en el derecho comparado como en la argentina, fue evolucionando hacia la admisión de distintos supuestos de responsabilidad objetiva (responsabilidad de los padres, de establecimientos educativos, por cosas riesgosas o viciosas y por actividades peligrosas, etc.), todos los cuales fueron incorporándose en sucesivas reformas a los códigos civiles, y en leyes especiales (61), y han sido recogidos en los distintos proyectos de nuevo Código Civil elaborados desde 1987 hasta ahora.

La incorporación en estos proyectos (en especial en los de 1998 y 2012) de artículos referidos a la responsabilidad del Estado (tanto por hechos ilícitos como por su actividad lícita), junto a una actualización del viejo art. 1112, se inscribe dentro de este proceso. Así como el legislador nacional introdujo en el código la responsabilidad objetiva por riesgo creado o la de los establecimientos educativos, receptando las tendencias jurisprudenciales y doctrinales que se venían dando, al momento de elaborar un código actualizado y moderno no pueden sus redactores dejar de incluir las normas atinentes a ella.

En tal tarea, como lo hicieron el Proyecto de 1998 y el Anteproyecto de 2012, en lo que se refiere a la responsabilidad del Estado por su actividad irregular o ilícita, ambos receptaron el factor de atribución *falta de servicio* (que lleva implícita la *teoría del órgano*), de la misma manera que en su momento se receptó el factor del riesgo creado. La admisión jurisprudencial de la responsabilidad por actividad lícita del Estado también condujo a

(60) No nos olvidemos que, según surge de la nota del art. 1112, la fuente fue Aubry y Rau en un comentario al art. 1384 del C.C. francés referido a la responsabilidad por culpa.

(61) V.g. leyes 23.184 y 24.192 (sobre espectáculos deportivos), ley 24.894 (sobre actividad nuclear).

que fuera incorporada en los dos proyectos. Basta leer las normas proyectadas en el Anteproyecto de 2012 de la comisión de juristas para advertir que ninguna razón existe para que sus previsiones no sean aplicadas a la responsabilidad de las provincias y de los municipios.

Es que, al igual que, por ejemplo, el régimen de las obligaciones, es *derecho común*, y su aplicación es directa (ni subsidiaria ni analógica).

Poco agregamos si nos conformamos con decir que el abuso del derecho, la buena fe o el enriquecimiento sin causa forman parte del derecho común. Lo importante es si concretamente determinado tipo de daños sufridos por las personas pueden recibir un tratamiento distinto en los tribunales, según que el causante del daño haya sido un particular o en ente estatal.

Por ejemplo, si el daño ha sido provocado por un automóvil de policía provincial, ¿podría la solución ser distinta al supuesto del daño causado por un vehículo particular? ¿Podría en aquel caso no pesarle a la provincia la carga de la prueba acerca de la culpa de la víctima, de un tercero o del caso fortuito para eximirse de responsabilidad, como contempla el art. 1113 del C.C.? ¿Podría un municipio eludir su responsabilidad, ante el daño causado por un automóvil inscripto registralmente a su nombre, alegando que fue vendido, pretendiendo una solución distinta a la del art. 1113 del C.C.?

Con los proyectos de Código y de ley especial tal como han sido enviados por el P.E., en el caso de ser sancionados, se produciría una gran desigualdad de tratamiento según que el daño sufrido por un alumno haya ocurrido en un establecimiento educativo o público.

En efecto, el art. 1117 del C.C. vigente regula un supuesto especial de responsabilidad objetiva de *establecimientos educativos privados o estatales*. El Anteproyecto, en la medida que contemplaba la responsabilidad del Estado, consideró sobreabundante esa terminología y contempló: *El titular de un establecimiento educativo...* La norma se mantiene en el proyecto del Ejecutivo, pero resulta que elimina la responsabilidad del Estado del código. Quedará entonces un vacío para los daños causados en establecimientos públicos. ¿Se lo encuadrará en la falta de servicio prevista en el art. 3 del proyecto de ley especial? Si ello fuese así, cabría la eximente de culpa del damnificado o de un tercero que el art. 2 permite. En cambio, los establecimientos privados sólo podrían invocar el caso fortuito (art. 1766 del Proyecto de código). El tratamiento desigual es evidente, y no se advierte ninguna razón justificante para ello.

Finalmente debo señalar que considero que nada contraría lo aquí afirmado sostener que el art. 1112 es una "norma de reenvío" —tesis de Reiriz,

aparentemente adoptada por la Corte Suprema en el fallo "Barreto" —, dado que para resolver si están configurados los elementos de la responsabilidad civil debe el juez establecer en qué consiste el hecho antijurídico juzgado como exigen los arts. 1066 y 1074 del C.C., y para ello debe, frecuentemente, indagar cuál es la ley, decreto, reglamento u ordenanza (nacional, provincial o municipal) que se ha violado por acción o por omisión.

Así, por ejemplo si se trata de responsabilidad civil atribuida a un escribano indagará en la ley provincial que regula la actividad de esa profesión. Lo mismo hará si se trata de la responsabilidad de martilleros, arquitectos, ingenieros, farmacéuticos, etc., y no dejará de hacerlo aun cuando la causa tramite en los tribunales nacionales. Asimismo, un juez provincial si tiene que resolver una cuestión de responsabilidad bancaria, indagará en la ley de entidades financieras y en las comunicaciones del Banco Central. Si la demanda es contra una empresa de medicina prepa tendrá que bucear en la ley respectiva, etc. Hará el juez ello para discernir la antijuridicidad del hecho motivante de la demanda, y aplicará luego las demás normas del Código Civil que hacen a los restantes elementos de la responsabilidad civil (daño, causalidad y factor de atribución). En realidad, los arts. 1066 y 1074 del C.C. son normas de reenvío, y el art. 1112 no hace más que contemplar, en un supuesto especial, lo que ellas estipulan. Si el reclamo, entonces, es contra un intendente, secretario o director de una municipalidad de la provincia de Buenos Aires, tendrá que indagar en la Ley Orgánica de Municipalidades (dec.-ley 6766/1958) para verificar si han incurrido en el ejercicio irregular de la funciones que se les imputa, pero lo hará de la misma forma que bucearía en la ley del notariado si se tratara de la responsabilidad de un escribano.

A la causa "Barreto" no debe dársele un alcance mayor que el que surge expresamente de sus considerandos: restringir el alcance del concepto de "causa civil" de forma tal de disminuir el número de causas tramitables en instancia originaria de la Corte, para que el alto tribunal pueda abocarse a su misión constitucional más importante, que es la que se origina en el recurso extraordinario federal. La Corte en ninguna parte del pronunciamiento dice que las normas reglamentarias de la responsabilidad civil de las provincias o de los municipios pueden ser distintas que las que regulan la responsabilidad de los particulares, dado que no puede desprenderse tal conclusión del "reenvío" a las normas de la provincia que regulan la respectiva actividad, requisito este ineludible para analizar el elemento "antijuridicidad" de la responsabilidad civil. Es decir, una vez que el tribunal provincial competente —de acuerdo a la nueva jurisprudencia— determine en qué ha consistido la irregularidad incurrida por el agente u órgano del Estado aplicará el derecho común para resolver el caso.

Es la única interpretación que, a mi juicio, hace comprensible que el Dr. Petracchi en la causa "Cena" haya votado como hemos visto y que sea uno de los firmantes de este fallo.

#### 4.6. La interpretación previsor de la Constitución

En los últimos tiempos la Corte Suprema ha hecho especial hincapié en que la interpretación de la Constitución y de las leyes no puede desentenderse de las consecuencias que se derivan de ella. Como bien es sabido, el alto tribunal sentó las bases de tal criterio de interpretación en el fallo "Saguir y Dib" de 1980 (62), en el que dijo que debían tenerse en cuenta *el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos*. Es decir, que entre dos o tres interpretaciones posibles que el margen de interpretación literal de la Constitución o de la ley brindara, debía elegirse aquella que fuera más valiosa o más compatible con las finalidades enunciadas en el preámbulo de la ley fundamental.

Reiteró este concepto en varios fallos posteriores. (63) En especial, en "Filcrosa S.A.", en el que, rematando la argumentación, dijo que, recurriendo a una interpretación *consecuencialista*, se resguardaba la plenitud normativa de las provincias, que no sufría desmedro por la circunstancia de que el cobro de sus tributos se ajustara al régimen general de prescripción del código de fondo, *evitándose de ese modo una atomización de pautas rectoras en esta importante cuestión*. Ello —sostuvo— era más valioso desde el punto de vista práctico, "pues, además de reflejar el propósito de los constituyentes de contribuir a la creación de aquellos lazos de unidad entre las provincias y sus integrantes necesarios para fundar la República, evita los peligros ínsitos en la dispersión de soluciones concernientes a instituciones generales, que quedarían librados... al criterio particular de cada legislatura local".

Como vimos también esta motivación fue expresa o implícitamente sostenida por la Corte en todos los fallos en que debió expedirse acerca de la compatibilidad de normas provinciales —todas ellas de derecho público— con disposiciones del Código Civil, inclinando las decisiones a favor de la preeminencia de estas últimas.

Si la interpretación histórica y armónica de la Constitución que hemos abordado nos resultara insuficiente porque consideráramos que su letra (en especial los arts. 121 y 75, inc. 12 —en cuanto habla de "Código Civil"—) da margen para interpretar que todo lo relativo a la responsabilidad estatal —contractual y extracontractual— no es materia delegada por las provincias

(62) Fallos: 302:1284.

(63) Fallos: 303:917 (1981); 315:158 (1992); 328:690 (2005); 329:5913 (2007); 330:885 (2007); 330:2361 (2007); 330:3483 (2007); 333:1023 (2010), entre otros.

por la Nación, cabe preguntarse si ese resultado interpretativo es valioso. Es decir, ¿es conveniente que en esa materia haya dispersión legislativa?, ¿es valioso que la Nación reglamente la responsabilidad del Estado y que cada una de las provincias pueda hacerlo a su manera?

Las mismas preguntas debemos hacernos acerca de la conveniencia de que, eventualmente, los distintos municipios del país regulen su responsabilidad frente a los particulares si se llegara a la conclusión de que, desde la reforma constitucional de 1994 (art. 123), tienen plena autonomía normativa. (64) La "atomización" legislativa que puede producirse —si se convierte en ley el proyecto tal cual ha sido elevado al Congreso por el P.E.— causa alarma y preocupación.

Esa posible pluralidad de soluciones perjudicará la seguridad jurídica, y, sobre todo, afectará el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.). Los ciudadanos recibirán distinto tratamiento según que el daño haya sido causado por un particular o por el Estado, según haya sido provocado por una provincia o por otra, por un municipio o por otro.

El proyecto de ley enviado por el P.E. en 2013 se refiere sólo a la responsabilidad del Estado Nacional y de los funcionarios de ese ámbito. Recapta en líneas generales la jurisprudencia de la Corte y los principios elaborados por la doctrina. Algunas previsiones son cuestionables, a mi juicio, porque implican una regulación distinta a la contemplada en el Código Civil (65) —que quedaría sólo para los daños causados por particulares—, pero ello no es lo más grave. Lo preocupante es que las provincias y los municipios, en caso de no adherir las primeras, podrían regirse por normas distintas. Para colmo el proyecto prohíbe expresamente la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil (art. 1), y al sacarse de este último una norma como el art. 1112 del código vigente, ni siquiera existiría sustento de derecho positivo —si las provincias no adhirieran a la "ley federal"— para responsabilizar a los funcionarios públicos o al Estado con fundamento en la doctrina elaborada en torno a dicha norma. (66)

(64) No es la oportunidad de abordar el tema pero las sentencias de la Corte de Fallos: 320:619 (1997); 324:933 (2001); 321:1052 (1998), dan pie para sostener tal tesis.

(65) Por ejemplo, el art. 2 exceptúa de la responsabilidad objetiva del Estado a los casos en que el damnificado o el hecho de un tercero hubiera "concurrido" a provocar el daño, con lo cual genera la duda acerca de si la exención puede ser parcial, como sí prevé el art. 1113 del C.C. vigente y los arts. 1726 y 1728 del Código proyectado. En el Proyecto el plazo general de prescripción es de 5 años (art. 2560); en la ley especial enviada por el P.E., en materia de responsabilidad extracontractual es de 2 años, que también rige en forma supletoria para la responsabilidad contractual.

(66) Así lo señala PIAGGIO, Lucas en el trabajo citado "La responsabilidad del Estado en el Proyecto de Código Civil y Comercial", E.D. 249-602, autor que adhiere a que tolo lo relativo a la responsabilidad del Estado es materia reservada por las provincias.

Cassagne, en un comentario al proyecto de C.C. enviado por el P.E. (67), reconoce que se corre el riesgo de que una regulación nacional o provincial restrinja o suprima el alcance de la responsabilidad, pero que si alguna violación de derechos constitucionales se produjere, el particular estará habilitado para activar el control judicial de constitucionalidad. Entiendo que es un consuelo muy riesgoso. Debe legislarse procurando evitar la proliferación de casos de inconstitucionalidad en los tribunales, cuya resolución definitiva por la Corte Suprema lleva largos años.

## VI. Conclusión

Como síntesis de lo expuesto podemos decir:

1°.- La interpretación histórica de la Constitución de 1853/60 no autoriza a afirmar que *todo* lo relativo a la reglamentación legal de la responsabilidad de los estados provinciales y de las municipalidades fue reservado por las provincias y no delegado a la Nación.

2°.- La interpretación armónica de la Constitución (arts. 24, 31, 75 inc. 12, 116 y 117) tampoco conduce a esa conclusión.

3°.- Por "Código Civil" los constituyentes comprendieron reglas y principios generales del derecho y disposiciones de derecho público, no excluyendo lo relativo a la responsabilidad del Estado (nacional, provincial o municipal).

4°.- La jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional a lo largo de su historia, en cumplimiento del art. 31 de la C.N. y del art. 14 de la ley 48, invariablemente defendió la aplicación de la legislación nacional frente a su desconocimiento por los estados provinciales.

5°.- Al excluir el art. 43 del primitivo Código Civil la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, lo hizo tanto respecto de las personas privadas como públicas, dado que así surgía del estado de evolución de la ciencia del derecho en esa época.

6°.- El art. 1112 del C.C. no es una "norma federal" dentro de un código de derecho común, sino que forma parte de un todo coherente dentro de la regulación que el código hace de la responsabilidad por hechos ilícitos.

(67) "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el C.C. y C. proyectad", E.D. del 1/10/2012.

7°.- El art. 1112 es efectivamente una "norma de reenvío" a las disposiciones (de orden nacional, provincial o municipal) que regulan la actividad del funcionario o agente público de que se trate, pero ello no le quita el carácter de norma de derecho común, dado que no hace más que reiterar —para un supuesto especial— lo previsto en los arts. 1066 y 1074 del C.C.

8°.- La incorporación al Código Civil de normas especiales sobre responsabilidad del Estado, receptando la teoría de la falta de servicio en relación a los actos ilícitos, y las teorías del sacrificio especial y de la igualdad ante las cargas públicas en relación a la actividad lícita, responde a la misma tendencia receptiva de los distintos supuestos de responsabilidad objetiva, que originariamente no habían sido contemplados en los códigos civiles del derecho comparado y en el argentino.

9°.- El "derecho común" no se circunscribe a las relaciones de derecho privado; tampoco se extiende sólo a las reglas y principios generales del derecho y algunas disposiciones de derecho público; comprende las concretas reglas referidas a las relaciones entre acreedor y deudor, ya sea este un particular o un ente público, incluyendo lo relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado.

10°.- La interpretación previsora de la Constitución no aconseja inclinarse por interpretaciones que conduzcan a la dispersión o "atomización" legislativa, toda vez que lleva a soluciones disvaliosas.

11°.- Tal interpretación aconseja, por el contrario, guiarse por la solución que mejor se compadece con el principio de igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, y con el propósito de nuestros constituyentes de asegurar la unión nacional, afianzar la justicia y promover el bienestar general. ♦

# LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ¿DERECHO INDIVIDUAL O COLECTIVO? UNA VISITA A LA TEORÍA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA, LUEGO DEL CASO "GRUPO CLARÍN"

POR CARLOS J. LAPLACETTE

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Es necesario justificar a la libertad de expresión?— III. La libertad de expresión como derecho individual.— IV. La libertad de expresión como bien público o derecho colectivo.— V. Apuntes críticos sobre las teorías de la LdE.— VI. Los fundamentos de la libertad de expresión en el caso "Grupo Clarín".

## I. Introducción

La Constitución Nacional, en su art. 14, asegura la libertad de todos los habitantes de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Entendiendo que esa garantía era insuficiente, la reforma de 1860 incorporó el art. 32, por el cual se proclamó, de modo solemne, que el Congreso federal no dictaría leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

A estas disposiciones se les sumó, entre otros, el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual reconoce la libertad de todo hombre de pensamiento y expresión, la cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin restricción de fronteras y a través de cualquier medio de comunicación.

La tutela normativa de esta libertad no nos liberaría, claro está, de discutir cuál es su amplitud. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, los desacuerdos en materia de libertad de expresión (LdE) no se dirigen sólo a sus alcances. La discusión es más radical. No existe un mínimo de acuerdo acerca de qué es o en qué consiste la LdE que tutelan las disposiciones constitucionales. De allí que Raz haya podido afirmar que

la LdE es un rompecabezas liberal; es muy valorada por los liberales, por razones que quizás no logran entender (1).

En esta exposición se procurará recorrer un aspecto de esas discusiones: si la LdE es un derecho individual, un bien público o, acaso, ambas cosas al mismo tiempo. A ello sumaremos algunas consideraciones críticas a la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Grupo Clarín".

## II. ¿Es necesario justificar a la libertad de expresión?

Más allá de las enseñanzas de Bobbio acerca de la relativa importancia de discutir sobre los fundamentos filosóficos de los derechos fundamentales, frente al problema de su protección concreta (2), gran cantidad de los conflictos en materia de LdE provienen de la ausencia de una fundamentación aceptada por la generalidad de los operadores.

Partimos de una afirmación, si se quiere, trivial: que la resolución de los distintos casos genéricos que involucran a la LdE no puede ser adecuadamente realizada sin adoptar previamente una teoría general que le brinde fundamento. A su vez, la adopción a una teoría sobre la LdE, muy probablemente presupondrá la adopción de teorías epistemológicas, filosóficas y jurídicas, y todo ello tendrá efectos a la hora de resolver el caso concreto (3).

(1) RAZ, Joseph, "Free Expression and Personal Identification" 11 OJLS 303 (1991). Palabras similares había utilizado Carlos Nino, al afirmar que aun cuando es evidente que la libertad de expresión de ideas es un bien central en el marco de una concepción liberal de la sociedad, no es tan evidente cuál es la justificación de esa centralidad, qué es lo que justifica una especial protección para la expresión (NINO, Carlos S., Fundamentos de derecho constitucional, 3ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 260). Tal vez, afinando esa opinión, me atrevería a sostener que, en general, todos entendemos los motivos por los cuales consideramos que la libertad de expresión debe gozar de una protección especial, pero en ocasiones pasamos por alto que esos motivos no son siempre los mismos.

(2) "El problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no es el de fundamentarlos, sino el de protegerlos... El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político" (Bobbio, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos" en Bobbio, N., El tiempo de los derechos —1990—, Sistema, Madrid, 1991, ps. 63/64).

(3) Al referirme a "casos genéricos", intento aclarar que no me refiero a acontecimientos reales y concretos, sino a ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener (Alchurrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, Sistemas normativos, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 44). Desde esta perspectiva, caso concreto sería, por ejemplo, la publicidad de comida rápida que vemos por la televisión en un horario determinado, o la condena penal impuesta a una persona por afirmar que la Alemania Nazi jamás tuvo campos de concentración; en oposición a ellos, casos genéricos serían el commercial speech y la sanción del negacionismo. Si bien es un tema sobre el que corresponderá ahondar en otro momento, creo que es posible y conveniente distinguir al menos cuatro niveles de análisis en materia de LdE. Un primer nivel consiste en determinar si el supuesto de hecho que se analiza en un caso concreto puede o no ser incluido dentro de cierto caso genérico (v.gr., si una fotografía debe ser considerada o no pornográfica); un segundo nivel está dado por la confi-

Es posible que en aquellos ámbitos donde la protección de las expresiones goza de un mayor consenso, la elección de una u otra teoría puede ser indiferente. Por ejemplo, tratándose de la censura de opiniones políticas, las doctrinas de la búsqueda de la verdad y aquellas vinculadas a la democracia pueden confluir, como ocurrió en "New York Times vs. Sullivan" (4).

Sin embargo, en otras situaciones, la adopción de un fundamento u otro para explicar su protección constitucional tiene efectos determinantes sobre los casos concretos (5). Pensemos en la regulación de la campaña electoral y en las diferentes soluciones que esta temática recibe desde las dos teorías mencionadas. Esta situación se repite con muchas expresiones cuya tutela constitucional es materia de discusión, como la pornografía, el negacionismo o las expresiones de odio.

Una aclaración adicional. Cuando hablamos de la necesidad de determinar los fundamentos de la LdE, nos referimos a la importancia de brindarle una justificación, en el sentido de brindar razones a la solución de los conflictos en la materia, y no como justificación última de la decisión o como una vinculación que nos remita necesariamente a normas morales (6). Algunas teorías de la LdE presuponen una vinculación necesaria entre derecho y moral, mientras que para otras esa conexión no existe o resulta solo contingente.

Aceptemos o no la existencia de una vinculación necesaria entre el derecho y ciertos principios políticos o morales, parece difícil desconocer el papel preponderante que cumplen las diversas teorías sobre los funda-

guración de los alcances y resolución de un determinado caso genérico (v.gr., qué se entiende por pornografía y si ésta tiene algún grado de protección constitucional); un tercer nivel compuesto por las distintas teorías que dan fundamento y configuran el contenido y alcance de la LdE (búsqueda de la verdad, debate público robusto, autogobierno, realización personal, teorías eclécticas, etc.); por último, un cuarto nivel de análisis, situado ya fuera del ámbito propio de la LdE, que está dado por diferentes teorías epistemológicas, políticas y morales sobre las cuales se sustentan esas teorías. La identificación de estos niveles de análisis podría servir de utilidad para simplificar discusiones, identificando rápidamente los desacuerdos y permitiendo explicitar las relaciones entre las teorías sobre LdE y distintas teorías epistemológicas, jurídicas y políticas, así como la forma en que estas teorías impactan, luego, a la hora de establecer la protección constitucional de determinados tipos de expresión.

(4) 376 US 254.

(5) "Las dos tradiciones examinadas, la del 'libre mercado de las ideas' y la del 'debate público robusto', son capaces de avanzar de modo conjunto en una enorme diversidad de casos, para dar fortaleza a una doctrina hiperprotectiva de las opiniones críticas. Sin embargo... esa multitud de coincidencias que las unen se acompaña con una multitud de diferencias que amenazan con tornar a estas tradiciones en rivales" (Gargarella, Roberto, "Constitucionalismo y Libertad de Expresión", en GARGARELLA, Roberto (coord.), Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, AbeledoPerrot, t. II, Buenos Aires, 2009, ps. 749/750).

(6) COMANDUCCI, Paolo, Democracia, derechos e interpretación jurídica, ARA, Lima, 2010, ps. 98/99.

mentos de la LdE, a la hora de justificar (brindar razones para) la solución de los conflictos concretos.

### III. La libertad de expresión como derecho individual

Para un grupo muy importante de teorías, la LdE es un derecho individual.

**III.1.** Muchos autores creen que la LdE es particularmente valiosa por cuanto la discusión abierta, el libre intercambio de ideas, la libertad de investigar y la libertad de criticar, serían condiciones necesarias para descubrir la verdad.

Su primer exponente fue el poeta John Milton, cuando en *Areopagítica* (7) afirmó: "aunque todos los vientos de la doctrina, desatados, acometieran la tierra, mientras la Verdad no levantara el campo, será agravio de ésta seguir licenciando y prohibiendo, como en incertidumbre de su fortaleza. Entre ella en agarrada con el Engaño; ¿quién supo jamás de vencimiento de ella en libre y paladino encuentro?" (8).

Muchos adscribieron a esta doctrina. Tomas Jefferson, por ejemplo, afirmó que la verdad "es un adversario adecuado y suficiente para el error, y no hay nada que temer de un conflicto a menos que la intervención humana lo prive de sus armas naturales, la libre argumentación y el debate; los errores dejan de ser peligrosos cuando está permitido discutirlos libremente" (9).

(7) Su nombre completo es *Areopagítica*: un discurso del Sr. John Milton al Parlamento de Inglaterra sobre la libertad de impresión sin censura, y fue publicado por primera vez en 1644.

(8) Debe destacarse, de todos modos, que la argumentación de Milton fue más allá de argumento de la verdad. Milton también brindó argumentos que hoy pueden vincularse con la posición de quienes vinculan a la LdE con la democracia y el autogobierno: "Porque no nos es dado esperar una libertad en cuyo trecho no se produzca motivo de queja en la república, ni convendrá que haya humano que la reputa acaecida; más en oír francamente las quejas, en considerarlas hondamente y remediarlas con diligencias se halla el extremo límite de la alcanzable libertad civil que buscan los avisados". Se ha agregado, además, que en Milton existiría, incluso por encima de su argumento de la verdad, una pulsión principal vinculada con la libertad del individuo y la autorrealización, tanto individual como de la sociedad: "Por todo, aunque la *Areopagítica* de Milton ha servido de nexo conductor del argumento más enarbolado y debatido del moderno proceso de conceptualización de la libertad de expresión, la ulterior conquista de la verdad, sin embargo, el concepto de libertad que trasciende la *Areopagítica* se extiende más allá del principal argumento que doctrinal y jurisprudencialmente se ha atribuido al ensayo areopagítico, antes al contrario, la búsqueda de la verdad no es más que consecuencia del universo axiológico que informa al discurso areopagítico, la consagración de la autorrealización individual como presupuesto de canalización de la energía política y social y de consecución del progreso colectivo" (SALDAÑA DÍAZ, María Nieves, "Libertad de prensa y energía política en *La Areopagítica* de John Milton", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, II Época, vol. 3, 2007, p. 229).

(9) "A Bill for Establishing Religious Freedom", en *Jefferson: Political Writings*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 391.

Uno de sus máximos exponentes fue John Stuart Mill. En el capítulo II de su libro *Sobre la Libertad* (10), Mill explica que la LdE no sólo puede ser concebida como una garantía del pueblo contra un gobierno corrupto o tiránico; la pretensión de controlar las expresiones y las opiniones es ilegítima, aun cuando el gobierno esté cumpliendo con los mandatos de la opinión mayoritaria de la población (11). Agrega que "si toda la humanidad salvo una persona tuviera la misma opinión y esa única persona fuera de la opinión contraria, la humanidad no tendría más razones para silenciar a esa persona que ésta para callar al resto de la humanidad..." Plantea que incluso las opiniones erróneas y falsas merecen ser respetadas (12), entre otros motivos, por su capacidad para mantener vivas las opiniones verdaderas e impedir que se repitan como dogmas.

Desde esta óptica, la libre discusión es un elemento necesario para el progreso de la humanidad, ya que es precisamente a través de la discusión, y no solo de la experiencia, la forma en la cual el hombre es capaz de rectificar sus equivocaciones.

El argumento es compatible con cierto grado de escepticismo respecto de la posibilidad de conocer la verdad (aunque no sobre su existencia). En este caso, la LdE sería un medio necesario para descubrir errores. Se trata de una formulación más limitada del argumento, que podría derivar sin mayor dificultad de la prédica de Mill respecto de la falibilidad humana (13).

Con esas correcciones, el argumento también resultaría próximo al falsacionismo popperiano, de acuerdo al cual el avance del conocimiento es un continuo proceso de exposición del error. Y si bien es cierto que la identificación del error no implica necesariamente que nos acerquemos a la verdad, de todos modos supone un avance epistemológico (14).

Estas posiciones comparten una gran confianza en el poder de la discusión adversarial sin restricciones como forma de acercarnos a la verdad, y una

(10) El libro fue publicado en febrero de 1959, y fue elaborado por Mill entre los años 1953 y 1958.

(11) "Este poder es en sí ilegítimo. El mejor gobierno no tiene más derecho que el peor a ejercerlo. Resulta tanto o más nocivo cuando se lo ejerce con la opinión pública que si se lo hace en oposición a ella" (*On liberty*, II).

(12) "Nunca podemos estar seguros de que la opinión que intentamos sofocar es falsa; y aun si estuviéramos seguros, sofocarla seguiría siendo un mal" (*On liberty*, II).

(13) En el ya citado capítulo II de *On Liberty*, Mill afirmará que: "la opinión que se intenta suprimir por la fuerza puede que sea verdadera. Quienes desean suprimirla niegan, por supuesto, que lo sea; pero no son infalibles. No tienen ninguna autoridad para decidir la cuestión en nombre de toda la humanidad y para quitarles a los demás los medios para juzgar por sí mismos... Toda vez que se silencia una discusión se está asumiendo la propia infalibilidad".

(14) SCHAUER, Frederick, *Free speech: a philosophical enquiry*, Cambridge University Press, New York, 1982, p. 25.

profunda desconfianza respecto de las creencias aceptadas. Una fuerte dosis de falibilidad está implícita en la mirada de que la LdE es una condición necesaria para la búsqueda racional de la verdad (15). Estas teorías llenarían una exigencia de "humildad epistemológica" que algunos autores han llegado a considerar como la premisa más fundamental de la teoría de la LdE (16).

Se trata de argumentos que han tenido una singular importancia en la jurisprudencia de los Estados Unidos a partir de la disidencia de Holmes en "Abrams" (17), de la cual surgirá la metáfora del libre mercado de las ideas, aun cuando se trata de una expresión que no utilizó Holmes. (18) Otra conocida formulación de esta doctrina se encuentra en las palabras de la Suprema Corte de los Estados Unidos en "New York Times v. Sullivan" (19), el juez Brennan dirá, citando a Learned Hand, que la Primera Enmienda "presupone que es más probable que las conclusiones correctas surjan de una multitud de voces que de ninguna selección autoritaria. Para muchos esto es, y siempre será, una locura; nosotros, en cambio, lo hemos apostado todo a ese ideal".

**III.2.** Otro grupo de teorías sostiene que la LdE es una la libertad inherente a la propia naturaleza humana; una consecuencia directa de la libertad de pensamiento.

Así lo explica Gregorio Badeni, afirmando que "el pensamiento configura la característica esencial que distingue y dignifica al hombre permitiendo que, de manera racional o irracional, pueda esbozar los procedimientos convenientes para satisfacer sus innumerables necesidades... El pensamiento, que se produce en el ámbito más íntimo del hombre, es esencialmente libre. No hay ley humana ni procedimiento técnico que impida su conformación en plena libertad... Se podrá influir sobre el contenido del pensamiento o sobre su proceso formativo respecto de cuestiones determinadas, pero no se podrá evitar que el hombre piense... Para el ser humano, la libertad de pensamiento resulta insuficiente en el ámbito de su vida espiritual interna.

(15) SCHAUER, F., *Free speech: a philosophical...*, op. cit., p. 16.

(16) REDISH, Martin H., *Money Talks. Speech, Economic Power and the Values of Democracy*, New York University Press, NY, 2001, p. 48.

(17) 250 US 616 (1919).

(18) Afirmo allí este juez que "perseguir a alguien por expresar opiniones me parece perfectamente lógico. Si uno no tiene ninguna duda de sus premisas o de su autoridad, y quiere de todo corazón un determinado resultado, naturalmente plasmará sus deseos en la ley y removerá cualquier oposición a ellos... Pero cuando los hombres se dan cuenta que el tiempo ha derribado muchas creencias combativas, ellos pueden que lleguen a creer, aún más de lo que creen en sus propias ideas, que el bien deseado se obtiene mejor por medio del libre intercambio de las ideas- que el mejor test para la verdad es el poder de las ideas de ser aceptadas en la competencia del mercado y que la verdad es el único cimiento sobre el cual los deseos de los hombres pueden ser llevados a cabo en forma segura. Esta es, en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución. Y esa teoría es un experimento, como todo en la vida es un experimento..."

(19) 376 US 254.

Debido a su naturaleza social necesita... poder comunicar su pensamiento a otros y conocer el contenido del pensamiento de las personas con las cuales convive... El ser humano es un animal que piensa, y sus vivencias se complementan al entrar en comunicación con quienes lo rodean, mediante la recíproca manifestación externa de sus conceptos, ideas y razonamientos. Quien sólo se habla a sí mismo, desconociendo un imperativo de la naturaleza humana, es un desequilibrado porque no participa plenamente en la vida de la humanidad ni cumple con su destino social..." (20)

Otro autor que podemos enrollar en estas teorías es Martin Redish, quien sostiene que la tutela constitucional de la LdE sirve, en última instancia, a un único valor verdadero, al cual denomina "autorrealización individual" (*individual self-realization*). (21)

En sentido similar se explica que "una vez que la primacía inviolable de la libertad de pensamiento es aceptada, la posición preferente de la libertad de expresión es una consecuencia... No es posible insistir en que los hombres deban guardar sus pensamientos para sí mismos, la necesidad humana de pensar incluye la necesidad de decir lo que se piensa. Pensamiento y expresión son libertades complementarias, reforzadas, libertades que participan a la vez de los aspectos privados y sociales de la personalidad. El espíritu humano no podría nutrirse sin pensamiento y expresión al mismo tiempo, así como el cuerpo no se nutre sin comida y agua". (22)

**III.3.** Ya sea que se la considere por su utilidad para la búsqueda de la verdad, o como una extensión de la libertad de pensamiento indispensable para la plena realización de la personalidad, la LdE funciona aquí como un derecho individual. Es la posibilidad de comunicarse sin interferencias, en particular sin interferencias del Estado, acercándonos a concebirla como una libertad negativa de acuerdo a la terminología de Isaiah Berlin. (23)

Estas teorías han recibido distintas críticas. Por ejemplo, respecto de la búsqueda de la verdad se ha sostenido que ella no puede demostrar que, efectivamente, la verdad triunfe sobre el error en una discusión libre. (24)

(20) BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 5.

(21) REDISH, Martin H., "The Value of Free Speech", 130 U.Pa.L.Rev. 591 (1982).

(22) SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, Vintage Books, New York, 1992, p. 11.

(23) BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en *Dos conceptos de libertad y otros ensayos*, Alianza, Madrid, 2010. En sentido similar, distinguiendo entre libertad de expresión como una ausencia de interferencia estatal (*as immunity*) y no como un derecho a ser escuchado (*as ability*): Schauer, Frederick, *Free speech: a philosophical enquiry*, op. cit., ps. 125/130.

(24) En realidad, algunas experiencias históricas sugerirían lo contrario; por ejemplo, los nazis alcanzaron el poder en el marco de una relativa libertad política otorgada por la Constitución de Weimar. Ello no implica que exista una mayor posibilidad de descubrir las verdades en la

Se ha respondido a ello reconociendo que el presupuesto de estas teorías es, en buena medida, un acto de fe. Señala Smolla que es una ironía a la cual no pueden escapar estas teorías, el hecho de que nunca podamos demostrar, empíricamente, la proposición de que la verdad triunfará sobre el error, porque ello requeriría algún tipo de parámetro objetivo para establecer qué ideas son verdaderas y cuáles son falsas, un parámetro que estas teorías prohíben. Pero considera que el acto de fe que la imagen de *market place* exige, no es su debilidad sino su mayor fortaleza, porque nos impulsa a aceptar el reto más noble de la mente: nunca dejar de buscar. (25)

En cuanto a las doctrinas que explican a la LdE desde la libertad de pensamiento, la crítica más habitual reside en que si el único interés que resulta relevante es el interés individual del orador, no existirían motivos para justificar una protección especial a este derecho. (26) Ello lleva a que distintos autores coloquen a la LdE en un pie de igualdad con otros derechos, como el derecho al honor. (27)

Se trata de una crítica bastante usual y bien dirigida, a la cual, sin embargo, se le ha dado numerosas respuestas, por lo general señalando funciones adicionales que cumpliría la LdE. (28)

ausencia de libertad de expresión; ésta sería necesaria para ese propósito, pero no suficiente, quizás algunas restricciones puedan ser necesarias para asegurar que proposiciones falsas no expulsen a las verdaderas (Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, second edition, Oxford 2009, p. 9).

(25) SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, op. cit., p. 8.

(26) V.gr., BORK, Robert H. "Neutral Principle and some First Amendment Problems," 47 *Ind.L.J.* 1, 1971. En términos similares, se ha afirmado que "si la protección de la autonomía fuera una meta fundamental de la Primera Enmienda, todas las expresiones conectadas de modo similar con la autorrealización de una persona deberían recibir la misma protección constitucional. Sin embargo, claramente ese no es el caso. Muchas expresiones que pueden ser de gran importancia para la autorrealización de un orador, no reciben protección en absoluto", por ejemplo, las expresiones difamatorias, que pueden ser muy importantes para quien las emite, pero no merecen protección (POST, Robert C., *Democracy, Expertise, Academic Freedom. A First Amendment Jurisprudence for de Modern State*, Yale University Press, New Haven, 2012, ps. 9/10).

(27) Ello puede verse en Robert Alexy, al tratar su conocido ejemplo del Titanic e intentar reconstruir la ponderación que habría efectuado el tribunal, sin otorgar ningún tipo de valor específico a los derechos en juego y colocándolos a la par, dando por sentado que tienen el mismo peso. José J. Moreso efectúa esta misma observación en "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos" (*Arbor*, vol. 186, N° 745, 2010, p. 826).

(28) Badeni, por ejemplo, explica que en cierto modo, el ejercicio de las restantes libertades "siempre se canaliza a través de la libertad de expresión. Cuando formulamos una petición, profesamos un culto, impartimos una orden, ejercemos el derecho de enseñar, suscribimos un contrato, nos asociamos a una entidad, fijamos nuestro domicilio o decidimos trasladarnos de un lugar a otro, al margen de desplegar cierta actividad física, estaremos ejerciendo la libertad de expresión... la libertad de expresión es la vía a la cual debemos acudir necesariamente para el logro del objetivo que nos propusimos. Es aquí donde se percibe el carácter global que reviste la libertad de expresión y, en cierto modo, la relación de dependencia que se forja con las restantes libertades humanas. Asimismo, esa particularidad de la libertad de expresión nos permite calificarla como una libertad estratégica porque, cuando mayores son las restricciones

Un repaso de los presupuestos, críticas y bondades de estas teorías exceden el ámbito de este trabajo. Solo interesa señalar aquí que para los autores que se enrolan en estas posiciones, la LdE es un derecho individual, que puede cumplir una finalidad de interés general a través de su realización, pero no por ello deja de ser estrictamente individual. Ello no implica, como aclara Redish, que la protección de la LdE no procure, además, la consecución de otros valores, pero todas esas finalidades (incluida la propia democracia), si bien resultan valiosas, serían en realidad subvalores de la autorrealización individual. (29)

#### IV. La libertad de expresión como bien público o derecho colectivo

IV.1. Si bien el papel central de las expresiones políticas no es negado por ninguna de las teorías (30), un grupo de autores considera que el motivo determinante o excluyente para proteger a la LdE se encuentra en la función que ésta cumple en el sistema democrático; como con el voto, la protección constitucional de la LdE se explicaría por ser un insumo imprescindible para el sistema democrático, y no tanto por el interés del individuo en expresarse.

Un temprano ejemplo de esta vinculación entre libertad de expresión y democracia lo encontramos en el voto de Brandeis en la causa "Whitney v. California" (31), y aún medio siglo antes en el propio Vélez Sarsfield, cuando en la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal, sostuvo que "la libertad de imprenta... puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes. Cuando un pueblo elige a sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El pueblo puede conservar y conviene que conserve el derecho de examen y crítica para hacer efectivas las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses". (32)

que se le imponen, mayores serán los límites para exteriorizar las restantes libertades humanas" (BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho de derecho constitucional*, op. cit., t. II, p. 8).

(29) REDISH, Martin H., "The Value of Free Speech", cit.

(30) "Whatever differences may exist about interpretations of the First Amendment, there is practically universal agreement that a major purpose of that Amendment was to protect the free discussion of governmental affairs" ("*Landmark Communications, Inc v. Virginia*", 435 U.S. 829, 838 —1978—).

(31) 274 US 357 (1927).

(32) El carácter beneficioso de la libertad de expresión es destacado por Vélez, quien afirmará que "resumiendo, señores, estas diversas ideas, podréis echar la vista sobre las sociedades de todo el mundo y no hallaréis un pueblo que vaya en progreso y en que estén asegurados los derechos de los hombres y restringida al mismo tiempo la libertad de imprenta. Ni hallaréis un pueblo que goce de absoluta libertad de imprenta y en el que su riqueza y sus adelantamientos morales retrograden y en que sus habitantes no se juzguen garantidos en sus derechos individuales" (RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. IV, Peuser, Buenos Aires 1937, ps. 840/841).

IV.2. Una de las formulaciones más conocidas de estas teorías la encontramos en Alexander Meiklejohn. En su trabajo *The First Amendment is an Absolute* (33) el autor interviene en la disputa entre quienes, como Hugo Black, sostenían que la protección de la Primera Enmienda es absoluta, por lo que cuando se afirma que el Congreso no dictará ley que restrinja la libertad de expresión, sólo puede entenderse eso, es decir, que el Congreso no podrá dictar ninguna ley en tal sentido, mientras que otros, como Harlan, creían que la Primera Enmienda debía ser sometida a un balance entre la libertad de expresión y los intereses gubernamentales en juego.

Para Meiklejohn la libertad que la Primera Enmienda protege no es la ausencia de regulación, sino la vigencia del autogobierno. Esa habría sido la intención del constituyente y ese es el alcance que corresponde dar a la Primera Enmienda. Por lo tanto, la Primera Enmienda no protege una "libertad de expresión", sino aquellas actividades de pensamiento y comunicación por las cuales el pueblo gobierna. No tendría relación con un derecho privado, sino con un poder público, con una responsabilidad gubernamental.

La Primera Enmienda, entiende Meiklejohn, prohíbe al Congreso limitar la LdE y otras actividades, como la de reunión, cuando ellas son utilizadas para el gobierno de la Nación. A fin de explicar cuáles son esas expresiones y actividades protegidas por la primera enmienda, Meiklejohn señala a la libertad de votar, la cual debe ser objeto de una protección absoluta. A ella se agregan ciertas formas de pensamiento y expresión de las cuales los votantes derivan sus conocimientos, su inteligencia y su sensibilidad para lograr, dentro de lo posible, una valoración sana y objetiva de la forma en la cual ejercerán su voto. Entre ellas mencionará a la educación, la ciencia, la filosofía, la literatura y la discusión de asuntos públicos, junto con la difusión de información y opiniones sobre los mismos. (34)

Otro autor que puede citarse en este lugar es Owen Fiss, para quien la LdE es una libertad política, que procura preservar la integridad del debate público y, por tanto, las condiciones para una verdadera autodeterminación colectiva. (35)

(33) MEIKLEJOHN, Alexander, "The First Admendment is an Absolute", *Supreme Court Review*, 245 (1961), versión publicada en *The First Admendement. Freedom of Speech. Its Constitutional History and the Contemporary Debate*, editado por Vikram David Amar, Prometheus Books, New York, 2009.

(34) La amplitud con la cual Meiklejohn permite el ingreso bajo el paraguas de la Primera Enmienda, de expresiones que no son estrictamente políticas fue motivo de una célebre polémica con Robert Bork, otro representante de estas posturas.

(35) FISS, Owen M., "La idea de la libertad política", en Fiss, *Democracia y Disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, traducción María Luisa Piqué y María Victoria Ricciardi, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 33.

Esta concepción política de la LdE, si bien valora el debate libre y abierto, no lo hace para promover el entendimiento del individuo sino el del ciudadano democrático. (36) En el ámbito constitucional la LdE no sería, como en Mill, un principio filosófico; se trataría más bien de una norma jurídica articulada en el proceso de creación de una estructura de gobierno. Por lo tanto, tendría un carácter más político que personal.

Quienes diseñaron la Primera Enmienda, señala Fiss, no pretendieron crear las condiciones necesarias para que los individuos madurasen; antes bien, procuraron dar vida a un gobierno y dotarlo de legitimidad democrática. Más que promover la clase de individualidad que defendía Mill, pretendían asegurar el funcionamiento apropiado del sistema de gobierno que establece la Constitución. Por ello, "mientras para Mill la libertad de expresión era esencial para el desarrollo pleno de la personalidad individual, desde la perspectiva de la Constitución ella es valorada por su contribución al funcionamiento del sistema democrático. La libertad de expresión fomenta la democracia a través del proceso de deliberación pública. Un debate libre y abierto puede, como Mill sostuvo, ayudar a los individuos a determinar cómo vivir sus vidas. Sin embargo, desde el punto de vista de la Primera Enmienda, dicho beneficio es incidental respecto de la prosecución de un fin más político: proveer a los ciudadanos de la información y el conocimiento que necesitan para ejercitar su prerrogativa democrática efectiva y sabiamente". (37)

Desde este enfoque, para satisfacer el mandato de preservar la robustez del debate, es relevante tener en cuenta el impacto real de cada emisión en el debate público y no el ejercicio de la autonomía de los oradores. La autonomía individual podría ser sacrificada para asegurar que el debate público sea lo suficientemente rico como para permitir la verdadera autodeterminación colectiva. De este modo, el Estado no tiene tanto un deber de no interferir en las expresiones, como el de asegurar la existencia de esas expresiones. (38)

(36) FISS, Owen M., "Una libertad tanto personal como política", *ibídem*, p. 61.

(37) *Ibídem*, ps. 58/9.

(38) "Con la pornografía, el discurso de odio y la regulación de campañas, la amenaza a la libertad que la expresión produce es más directa e inmediata. No es que el discurso pueda persuadir a los que lo escuchan a actuar de una forma determinada, por ejemplo, creando una nueva forma de dictadura o subyugando a determinados grupos de la sociedad. El peligro es que el mensaje haga imposible participar en la discusión de los asuntos públicos, a grupos históricamente marginados. En ese contexto, el remedio clásico de más y no menos libertad de expresión resulta hueco o vacío. Vanos han sido los esfuerzos de aquellos que han querido responder. El discurso de odio tiende a disminuir el sentido del valor propio de sus víctimas, impidiendo de este modo su participación plena en muchas de las actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público... El mismo efecto silenciador ha sido atribuido al caso de la pornografía. Al reducir a la mujer a un mero objeto sexual, la pornografía subor-

Desde esta óptica Cass Sunstein entiende que la LdE se encuentra en los cimientos del proceso democrático y tendría entre sus metas básicas, la de "asegurar una amplia comunicación sobre asuntos de interés público entre la ciudadanía en su conjunto y entre los ciudadanos y sus representantes". (39)

A partir de esas consideraciones, Sunstein propone pensar la tradición estadounidense a la LdE como una serie de luchas por comprender la relación entre esa concepción de soberanía y el sistema de LdE. La extraordinaria protección actualmente reconocida a la expresión política podría ser adecuadamente entendida como una elaboración de la distintiva concepción estadounidense de la soberanía. Al cimentar a la LdE en una concepción de la soberanía popular, se lograría ver que la actual comprensión de este derecho se ha salido de sus cauces; al perder de vista su finalidad, se protegen expresiones que no deberían estar protegidas y, peor aún, se invalidan los esfuerzos democráticos para promover el principio de soberanía popular bajo condiciones apropiadas. (40)

Por ello, el autor propuso llevar a cabo una reformulación de la doctrina de la LdE que revigore el proceso de deliberación democrática, asegurando una mayor atención a los asuntos públicos y una mayor diversidad en el tratamiento de los mismos. Sunstein llamó a esta reformulación como un *New Deal* para la expresión, similar al que por impulso del Presidente Roosevelt llevó a abandonar "Lochner v. New York". (41)

**IV.3.** En buena medida, todas las teorías aceptan el papel fundamental que la libertad de expresión juega en las democracias occidentales. Sin embargo, la diferencia de estas teorías con las restantes, es que explican a la LdE a partir de su importancia para el proceso democrático y no desde el

dina y acalla a la mujer... Del mismo modo, el ilimitado gasto de campañas políticas no sólo reproduce la desigual distribución de la riqueza y pone en desventaja a los pobres en la arena política, sino que tiene el efecto de silenciar —hasta el desvanecimiento total— la voz de los que menos tienen... En cada uno de estos casos, no es el Estado la agencia que amenaza los valores de la expresión" (FISS, Owen M., "El Efecto Silenciador de la Libertad de Expresión", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4 —abril 1996—, p. 17).

(39) SUNSTEIN, Cass R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, Macmillan, New York, 1993, p. 19. Agrega Sunstein que "quizás podamos definir a la verdad política como el resultado de ese proceso deliberativo, asumiendo que el proceso pueda cumplir o acercarse a las condiciones apropiadas".

(40) SUNSTEIN, Cass R., "Free Speech Now", *University of Chicago Law Rev.* 59 (1992). Entre las categorías de expresiones que estarían fuera de la protección de la primera enmienda, Sunstein menciona la incitación al crimen, las expresiones comerciales, sexualmente explícitas, difamatorias o los discursos de odio.

(41) 198 US 45 (1905). En este sentido, Sunstein afirma que "Buckley v. Valeo" (424 U.S. 1, 1976), impidiendo los intentos del Estado para regular la disparidad de fuerzas en las contiendas electorales, refleja las concepciones pre-New Deal, debiendo ser visto como un suceso moderno de Lochner, es decir, una decisión que toma el status quo del mercado como prepolítico, y utiliza la decisión judicial para invalidar los esfuerzos políticos para reformar ese status quo.

interés que individuo pueda tener en expresarse. Esto permite un funcionamiento distinto, especialmente en lo que hace a la intervención del Estado.

Estas teorías tienden a considerar a la libertad de expresión no tanto como un derecho individual o como una libertad negativa, sino más bien como una libertad positiva y, en ocasiones, como un bien público o un valor del pluralismo. (42) Se trataría de un estado de cosas social y no de la acción de un individuo o institución. (43) En tanto bien colectivo, una de sus características sería la indivisibilidad de sus beneficios. (44) El derecho de réplica o la regulación de la campaña electoral son ejemplos del tipo de regulaciones que estas doctrinas propugnan.

Por otro lado, si la expresión tiene sentido en tanto sirva a la democracia, sería incorrecto tolerar la circulación de material que promoviera su eliminación (45); además, tampoco debería protegerse aquellas expresiones que carecen de contenido político, como ciertas formas de arte o las expresiones comerciales.

Entre las críticas y problemas que enfrentan estas teorías, se encuentra la dificultad por establecer una demarcación entre expresiones protegidas y aquellas que no lo son (v.gr., por qué motivo el arte abstracto merecería tutela y no así la publicidad comercial). Asimismo, el grado de neutralidad que estas teorías exigen de parte de las autoridades, y la dificultad para obtenerlo, es un serio problema para su implementación.

## V. Apuntes críticos sobre las teorías de la LdE

### V.1. ¿Un ecléctico Jano?

La armonía goza de buena prensa. Tanta, que los hombres de derecho hace ya tiempo que nos sentimos obligados a armonizar cosas que parecen incompatibles, y solemos embarcarnos en la tarea de intentar juntar el agua y el aceite. Para ello contamos con la posibilidad de argumentar; un vehículo infalible en la cual somos expertos y que, con un mínimo de audacia, puede llevarnos al puerto que deseemos.

(42) LORETI, Damián, "Libertad de expresión y sus razones. O las teorías de por qué defenderla", en *Revista Argentina de Comunicación*, año 4/5, Federación Argentina de Carreras de Comunicación Social, IUSSSN 1850-4043, p. 209.

(43) GARGARELLA, Roberto - PIQUÉ, María Luisa, su prólogo a FISS, Owen M., *Democracia y Disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, cit., p. 13.

(44) Señala Lorenzetti como una de las características de los bienes colectivos, la de no ser divisible entre quienes lo utilizan; este "carácter no distributivo" impediría la concesión de derechos subjetivos, ya que éstos presuponen que la titularidad se ejerce sobre una porción inidentificable o claramente delimitada. No hay derecho de propiedad ni posesión individual que permita adquirirla, y sólo se conceden derecho de actuación bajo la forma de legitimación colectiva (LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos del Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 333).

(45) BARENDT, Eric, *Freedom of speech*, cit., p. 19.

Así es como se pretende, por ejemplo, armonizar las contradicciones entre distintas fuentes con jerarquía constitucional (a las cuales llamamos genéricamente "bloque") o la jurisprudencia nacional con la jurisprudencia de la Corte Interamericana o de la Comisión Interamericana. A tal fin tendríamos la posibilidad de echar mano al principio *por homine*, una verdadera *wild card* que funcionaría casi como un amuleto que mágico capaz de permitirnos sortear cualquier contradicción.

Tiendo a pensar, en cambio, que más allá de lo valiosos que puede ser la pretensión de buscar esa armonía, los amuletos mágicos no existen, y muchas veces existen conflictos que no podemos armonizar, sino sólo resolver en un sentido o en otro. En tales casos, decir que hemos logrado una "armonía" entre normas contradictorias, podrá dejar tranquila a nuestra conciencia, pero será solo un eufemismo para ocultar que uno de los extremos de la disputa ha sufrido una derrota aplastante.

En el caso de la LdE, no son pocos los que mencionan su naturaleza bifronte, queriendo indicar con ello que asegurar su existencia es de gran importancia para el individuo y también para el resto de la comunidad. (46) No hay en esto ningún inconveniente, por el contrario, compartimos plenamente esa posición, pero al hacerlo no podemos dejar de advertir que estamos viendo a la LdE a través de un lente panorámico, muy útil para ver su funcionamiento en general, pero de poca utilidad para distinguir sus elementos y características específicas.

La posibilidad de ejercer un derecho individual, como por ejemplo el derecho a la identidad o a la libertad religiosa o artística puede ser, al mismo tiempo, de gran interés y beneficio para toda la sociedad, sin embargo, ello no lo convierte en un bien colectivo. Por el contrario, muchos bienes colectivos, como el medio ambiente, generan un gran interés para la ma-

(46) Explica Aguiar que "cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a 'recibir' informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por un lado, como lo afirma la Corte desde la Opinión Consultiva OC-5/85... un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (AGUIAR, Asdrúbal, La libertad de expresión y prensa. Jurisprudencia Interamericana 1987-2009, Sociedad Interamericana de Prensa, Miami, 2009, p. 14). Esta doble dimensión o función que cumple la libertad de expresión ya había sido mencionada por autores estadounidenses a principios del siglo XX, como Roscoe Pound ("Interests of Personality", 28 Harvard Law Review 457) o Zachariah Chafee (Jr.) ("Freedom of Speech in War Time", 32 Harvard Law Review 932), y puede considerarse implícita en la mayoría de los fundamentos que siempre se han dado para reconocer un estatus especial a la LdE.

yoría de los individuos, pero ese interés individual no los convierte en un derecho individual.

En muchos casos puede existir una contradicción entre el interés del individuo que desea ejercer su conducta en un sentido afirmando que lo hace al amparo de ese derecho, y el interés de la comunidad que desea, para satisfacer su interés colectivo, la conducta del individuo sea ejercida en un sentido distinto. Será entonces necesario cambiar el lente y analizar la cuestión con instrumental de mayor precisión para decidir si se trata de un derecho individual o de un derecho colectivo.

Si es un derecho individual, que el ejercicio del mismo no satisfaga el interés del resto de la comunidad no es motivo suficiente para impedir su ejercicio. En cambio, si se trata de un bien colectivo, el individuo no podría sostener que tiene derecho a ejercer una conducta que contravenga ese interés colectivo. En el primer caso, el individuo puede imponer una prestación al resto, en el segundo caso, el resto de los habitantes o un grupo de ellos, pueden imponer una conducta al individuo.

Pongamos un ejemplo. Si la LdE es un derecho individual, la obligación de transmitir la cadena nacional es una clara restricción al derecho del obligado; aun cuando eventualmente se la justifique en términos constitucionales, no por ello deja de ser una restricción a la LdE, y su validez deberá ser analizada como tal.

Por el contrario, si la LdE no es un derecho individual sino un derecho colectivo o una estado social de cosas, la obligación de transmitir por cadena nacional jamás podría ser objetada por afectar la supuesta libertad del dueño del medio (47); en todo caso la obligación podría ser considerada inconstitucional si se demuestra que no contribuye a la realización del bien colectivo.

De modo similar, si vemos a la LdE como un derecho individual, las restricciones a los mensajes electorales, por ejemplo a la publicación de encuestas en forma previa a la elección, son una clara restricción a los derechos de quien desea publicarlas, y quien desee justificarlas en términos constitucionales cargará con la nada sencilla tarea de explicar que hay un interés estatal apremiante para limitar de ese modo uno de los aspectos medulares de la LdE como lo son las expresiones políticas. En cambio, si la LdE es un bien colectivo o un estado de cosas, sólo se trata de explicar por qué motivo el debate público será desarrollado en forma más adecuada silenciando a algunos oradores.

(47) "Concedemos libertad editorial a los medios en tanto eso los habilite para cumplir con funciones que desempeñan en el sistema educacional informal y de esa manera presten un servicio a la democracia" (FISS, Owen, "Las dos caras del Estado", en Democracia y Disenso..., cit., p. 154).

Los ejemplos pueden multiplicarse, pero creo que es suficiente para dejar planteada mi posición. Afirmar que la LdE es al mismo tiempo un derecho individual y un bien colectivo solo se justifica en un nivel global del análisis, que tenga en cuenta el funcionamiento general de este derecho y la habitual complementariedad que se da entre los intereses individuales y colectivos. Sin embargo, cuando esos intereses entran en conflicto, seguir sosteniendo que estamos ante un derecho individual y colectivo es, o bien una posición que subestima y niega el conflicto, o la deliberada voluntad de no dar ninguna pauta concreta y dejando que cada conflicto se resuelva según lo prefiera el decisor de turno.

La discusión que planteo puede graficarse con el contrapunto entre Meiklejohn, para quien "*lo esencial no es que cada uno pueda hablar, sino que todas las cosas valiosas sean dichas*" (48) y Edwin Baker, respondiendo que lo importante no es que cada cosa valiosa pueda ser dicha, aun cuando pueda ser esa una meta política valiosa; "*por el contrario, la preocupación más importante es que la sociedad no deniegue a nadie su derecho a hablar*". (49) Entre esas posiciones debemos optar.

## V.2. LdE es un derecho individual

Superado el análisis anterior, y puestos ante el dilema de decidir si la LdE es un derecho individual o un derecho colectivo, la decisión no se nos presenta compleja. En lo que hace al derecho vigente, los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional consagraron un derecho individual. Esa concepción estuvo presente en nuestra tradición desde la Revolución de Mayo (50), se mantuvo con la incorporación del art. 32 al texto constitucional (51), no fue objeto de modificación en la reforma de 1994, y tampoco podría haberlo sido, en virtud a la prohibición expresa de la ley que declaró la necesidad de reforma.

Las disposiciones citadas, y otro tanto puede decirse del art. 13 de la Convención Americana, consagraron una libertad individual, entendida como

(48) MEIKLEJOHN, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, p. 65, 1965. Citado por SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, op. cit. p. 371.

(49) BAKER, C. Edwin, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, NY, 1989, p. 24.

(50) Solo como ejemplo, Manuel Belgrano escribía en agosto de 1810, en el número 24 del Correo de Comercio de Buenos Aires que "La libertad de la prensa no es otra cosa que una facultad de escribir y publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua. Es tan justa dicha facultad, como lo es la de pensar y de hablar, y es tan injusto oprimirla, como lo sería el tener atados los entendimientos, las lenguas, las manos o los pies a todos los ciudadanos".

(51) Se expresó en 1860 que "siendo la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se halla comprendido entre los derechos intransmisibles de que se ha hablado" (RAVIGNANI, Emilio, "Asambleas Constituyentes Argentinas", op. cit., t. IV, ps. 772/773).

inmunidad o ausencia de interferencias. No hay un derecho a ser escuchado y, mucho menos, un supuesto bien colectivo al cual deba supeditarse el interés individual de quien desea expresarse.

Que alguien tenga la libertad de expresarse quiere decir eso, y no más allá; no existe un derecho a tener audiencia. Puedo pararme en una esquina y denunciar casos de corrupción o imprimir para ello una serie de panfletos, pero no tengo derecho a obligar a los transeúntes a que se paren a escucharme. Tengo derecho a escribir este artículo y solicitarle a la editorial que lo publique, pero no puedo obligarla a hacerlo o imponerle al lector su atención. La circunstancia de que la población opte por programas de entretenimientos considerados de muy baja calidad, en lugar de programas educativos, es un problema sobre el cual puede debatirse y pensarse alternativas, pero entre ellas no puede estar la de permitir que un funcionario estatal tome la decisión por los oradores o por los televidentes. Poner esa decisión en cabeza de un funcionario sería, como recordó recientemente Fayt, la quintaesencia del paternalismo inconstitucional. (52)

La finalidad con la cual se sancionó el art. 14 y, en particular, la finalidad con la que se incorporó el art. 32 al texto constitucional no dejan lugar a dudas. Sustener que estas disposiciones autorizan al Estado a intervenir de modo activo, silenciando a algunos oradores y promoviendo a otros, para asegurar un bien colectivo no mencionado en el texto constitucional, no parece ser compatible con un método de interpretación que reconozca en la Ley Fundamental un obra humana encargada de establecer reglas de juego a las cuales los poderes constituidos quedan sometidos. (53)

(52) En el considerando 33 de su voto en la sentencia del caso "Grupo Clarín", citando la disidencia parcial de Petracchi y Belluscio en Fallos 328:1825, el juez Fayt afirmó que "sustituir el juicio de la población por el juicio de las autoridades: he aquí la quintaesencia del paternalismo inconstitucional".

(53) Parece útil recordar aquí las expresiones de Belluscio en "Servini de Cubría" (Fallos 315:1943), donde luego de rechazar la existencia a priori de jerarquías entre los derechos, sostuvo que "obviamente, la precedente afirmación es válida en tanto no haya sido el mismo constituyente quien atribuyera específicamente a ciertos derechos una importancia superior; pero... es precisamente al derecho de expresarse libremente por la prensa al cual esa prioridad se asigna, a punto tal que no se conformó con consagrar en el art. 14 el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el art. 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa". Y para dejar de lado la pretensión de aplicar un supuesto derecho a la dignidad por sobre las reglas concretas de los artículos constitucionales citados, agregó que "menos todavía puede aceptarse que por sobre los derechos de los habitantes de la Nación que reconoce expresamente la Constitución puedan prevalecer derechos supuestamente naturales —categoría, ésta, no reconocida por todas las corrientes filosóficas— pues ello implicaría dejar librada la aplicación de la Constitución no ya siquiera a restricciones impuestas por el Congreso sino a la primacía de las ideas de los jueces sobre concretas normas de la ley fundamental, lo que equivaldría a sujetar la eficacia de los derechos humanos reconocidos por la Constitución

Justificar la inexistencia de un derecho individual a la LdE o su sujeción a intereses colectivos, de no mediar reforma constitucional obligaría a adoptar un método de interpretación constitucional (y seguramente una teoría de la Constitución) que permita dejar de lado el texto y la finalidad de los preceptos constitucionales, situación que no haría más que profundizar el proceso de desnormativización del texto constitucional.

Pero más allá del argumento de derecho positivo, existen otros inconvenientes para adoptar alguna versión de las teorías de la democracia. En primer lugar, ellas parecen incapaces de establecer principios demarcatorios para distinguir entre las expresiones políticas dignas de tutela y aquellas que no lo son; como bien se afirma, en la vida moderna es prácticamente imposible identificar un tópico que no tenga alguna relación con la idea de autogobierno. (54)

Ello nos obligaría a colapsar en una distinción completamente subjetiva. Comparto con Steve Shiffrin la idea de que, al igual que la diferencia entre la lírica y la vulgaridad (55), la identificación del discurso políticamente relevante depende de los ojos del espectador. Por lo tanto, el abismo que existe entre las conclusiones amplias de Meiklejohn y las más estrechas de Bork sobre el alcance del discurso político y su consiguiente tutela por la Primera Enmienda, debería ser bastante predecible. (56)

Pero incluso si esa distinción pudiera trazarse, aún entonces no está claro por qué motivo las expresiones políticas son intrínsecamente más valiosas que las expresiones no políticas. Ciertamente el adecuado funcionamiento del sistema democrático es una meta sumamente valiosa, y para ello la LdE resulta imprescindible, pero la Constitución y el Gobierno tienen sentido para asegurar la libertad de individuo, para éste el arte o la ciencia pueden ser mucho más relevantes que el sistema de gobierno. "Una cultura que trata a la política como algo más importante y vital que el arte, la ciencia, el sexo o la religión, sería una cultura con un panorama intelectual yermo, estéril y gris, probablemente diseñada por burócratas y atendida por abogados". (57)

Al argumento también se le critica que, en su formulación más simplista, conduce a algunas consecuencias incómodas; por ejemplo, un gobierno podría considerar que en ocasiones el valor de la democracia, incluida la

a la ideología de los magistrados, anulando la eficacia de una porción tan esencial de la Constitución que equivaldría a la anulación de la Constitución misma".

(54) SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, op. cit., p. 15.

(55) Mención al recordado "one man's vulgarity is another's lyric" de "Cohen v. California" (403 U.S. 15 — 1971—).

(56) SHIFFRIN, Steve, "The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment", 78 Nw. U. L. Rev. 1212 (1983).

(57) SMOLLA, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, op. cit., p. 14.

exigencia de la LdE, a largo plazo puede ser preservado de mejor manera suprimiendo ciertas expresiones. (58)

Si la LdE tiene un estatus especial, él debe implicar una limitación al poder de la mayoría. Por ello, cuanto más aceptemos que el fundamento de la libertad de expresión proviene de la soberanía popular, más difícil nos resultará impedir que la mayoría decida prohibir aquello que no quiere oír. (59)

De allí que la adopción de estas teorías solo se justificaría en el marco de una teoría limitada de la democracia, en la cual existan ciertos aspectos que quedan fuera de la decisión de las mayorías. Por ello, se le critica a Meiklejohn que mientras todo el argumento reposa sobre el concepto de soberanía política del electorado, es precisamente ese principio el cual le expone su más prominente debilidad. Si el pueblo, colectivamente, es el soberano, y si esa soberanía es ilimitada (como usualmente se considera), entonces la aceptación de esta mirada de la democracia nos impone aceptar el poder del soberano para restringir la LdE. (60)

Por otra parte, estas teorías de la democracia implican una combinación de estatismo y elitismo, por la cual sólo las ideas útiles para el sistema de gobierno merecerían protección, y correspondería a una autoridad o grupo de personas determinar qué es útil y qué no lo es. Ello daría lugar a que el gobierno ocupe una posición incompatible con la que, en nuestro país, surgiría de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, aun aceptando desde lo teórico las posiciones que criticamos, lo que sigue es la necesidad de que una autoridad estatal intervenga de modo activo para promover el debate público, y ello podrá exigir, en ocasiones, obligar a que los medios transmitan determinadas noticias, que lo hagan con determinado sentido, que otorguen espacio a ciertas que expresiones, etc.

La acción estatal por la cual se impone la emisión de una determinada expresión es, al mismo tiempo, una forma de suprimir una expresión distinta; aquella expresión que el orador habría emitido si se lo hubieran

(58) BARENDT, Eric, *Freedom of Speech*, cit, p. 19.

(59) SCHAUER, Frederick, *Free speech: a philosophical enquiry...*, cit., ps. 40/41. Aunque inmediatamente el autor reconoce que ese argumento probaría demasiado, ya que podría ser aplicado también a otros derechos y, por ejemplo, no habría mayores argumentos para probar que la mayoría no tiene la posibilidad de impedir a la minoría el derecho a votar.

(60) *Ibidem*, p. 40. El autor señala también que no hay razón para decir que el soberano no pueda otorgar a ciertas personas determinados poderes; el poder de delegar estaría implícito en el poder del soberano. Así, no existiría forma lógica de negar a pueblo soberano la posibilidad de delegar en alguno de los poderes que él mismo crea, la posibilidad de determinar qué es verdadero o qué es falso y, más aún, la posibilidad de ejercer el poder de censurar determinadas publicaciones.

permitido y, muy posiblemente, los espectadores habrían elegido escuchar en lugar de la que el funcionario ha determinado como más valiosa.

En estos casos, las autoridades públicas pueden actuar de buena fe, silenciando a algunos y obligando a que otros sean escuchados, a fin de promover un mayor debate de ideas. Sin embargo, aun de buena fe, se tratará de una decisión marcadamente paternalista, que al desconfiar del juicio de los ciudadanos, decide por ellos qué es lo que deben escuchar. (61)

Esto es problemático incluso con una autoridad de aplicación que procure ser neutral. Pero antes de ello, tenemos la realidad, y ésta nos indica que las personas de carne y hueso que integran este tipo de autoridades, están profundamente comprometidas con la política agonial; aspiran a ocupar mayores cargos o su permanencia en la autoridad de aplicación dependerá del resultado de las próximas elecciones. No se trata de presuponer que actuarán de mala fe, sino de reconocer que los funcionarios públicos están directamente interesados (quizás más que nadie) en la regulación del debate público, por lo que la neutralidad, objetividad o equidad que se les pide parece una meta demasiado difícil de alcanzar.

Aun cuando los anteriores sean problemas generales, ya que es muy común que los gobiernos tengan “una despreciable tendencia a intentar afianzar su poder reprimiendo la oposición y sofocando el disenso” (62), no es menos cierto que esa tendencia se muestra con mayor intensidad en sistemas políticos poco acostumbrados a la vigencia efectiva del Estado de Derecho.

Saliendo al cruce de estas críticas se afirma que no existiría una situación de “no intervención estatal”, sino que solo podríamos optar entre distintos criterios de regulación, “unos que buscan dejar más poder de decisión a las minorías que eventualmente tengan más dinero; y otras que se orienten a robustecer la capacidad de elección de cada uno de los miembros”. (63)

Creo que el anterior es un argumento no del todo bien dirigido. Dar a entender que la intervención estatal que podríamos llamar “pasiva” (dejar hacer), favorece a minorías poderosas y la intervención estatal activa, en cambio, promueve el debate público, es completamente falso en innumerable cantidad de

(61) Si, en cambio, la LdE es un derecho individual, no podría decirse que no constituya una limitación al mismo la decisión estatal de imponer al orador o a la audiencia un determinado mensaje. Que pueda o no estar justificado es una discusión distinta; lo que está claro es que la LdE, entendida como un derecho individual, se ve notoriamente restringida por una decisión estatal de esa naturaleza.

(62) SIMPSON, Robert Mark, “Intellectual Agency and Responsibility for Belief in Free-speech Theory”, *Legal Theory* 2013, 19(3), 307-330.

(63) GARGARELLA, Roberto, “Constitutionalismo y libertad de expresión”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, op. cit., p. 759.

ocasiones. No hay ningún motivo por el cual esas mismas minorías poderosas (64) no podrían lograr del Estado regulaciones activas tendientes a proteger sus intereses. Si una de estas minorías se encontrase en el poder, la ausencia de intervención estatal será mucho más beneficiosa para el debate público.

Pero incluso dejando de lado lo anterior, el planteo formula una pregunta equivocada. El problema no es si la no intervención estatal carece o no de efectos; está claro que si el Estado no interviene alguien se ve favorecido (aquel a quien se pensaba silenciar) y alguien perjudicado (v.gr., el funcionario que será objeto de críticas). Del mismo modo, si el Estado interviene también habrá beneficiados y perjudicados, y en todos los casos podremos simpatizar con alguno de los dos extremos. Sin embargo esa no es la discusión; de lo que se trata es de decidir si la Constitución tolera la intervención estatal activa en esta materia y, si se quiere dejar de lado el derecho vigente, si ella es deseable o no.

Al primero de esos interrogantes los arts. 14 y 32 dan una respuesta clara. Al segundo de ellos, y ya *de lege ferenda*, creo que la histórica propensión de los seres humanos a conservar el poder y pensar en las próximas elecciones acallando voces críticas, es una razón sumamente poderosa como para impedir que el contenido de los mensajes sea determinado por un funcionario administrativo.

Los ejemplos son múltiples en todo el mundo, pero el peligro resulta aún más elocuente aquí, donde más allá de lo que declamada todo el arco político, los medios de comunicación del Estado han sido utilizados siempre como medios de propaganda del grupo o líder gobernante.

## VI. Los fundamentos de la libertad de expresión en el caso “Grupo Clarín”

VI.1. En esta materia, y por distintos motivos, la sentencia más relevante de la Corte Suprema en los últimos años ha sido la dictada en el caso “Grupo Clarín” el 28 de octubre de 2013. Si bien los aspectos en discusión eran numerosos, los límites y prohibiciones para ser titular de servicios de comunicación que no utilizan espectro radioeléctrico exigían de la Corte Suprema una explicación sobre el contenido del derecho a la LdE, y ello suponía, también, otorgar un determinado valor al límite específico del art. 32 de la Constitución Nacional.

Antes de esa sentencia, el Tribunal siempre había considerado a la libertad de expresión como un derecho individual. Más allá de reconocer su importancia para la democracia, jamás había adoptado una posición que

(64) Digamos al pasar que el poderío puede no ser solo económico. La capacidad de lobby es, en no pocas ocasiones, aún más importante que el manejo de fondos económicos.

hiciera de la LdE un bien colectivo. Por el contrario, era sido muy frecuente la vinculación entre libertad de expresión y autorrealización personal.

Por ejemplo, en "Servini de Cubría" (65) Fayt afirmó que "el derecho de pensar y expresar el pensamiento resume la esencia misma de la naturaleza humana. El hombre es por el pensamiento y el pensamiento se expresa por el lenguaje, que sirve para registrarlo y comunicarlo. La palabra es un signo del destino social del hombre". En esa misma causa, y desde una postura iusfilosófica distinta, Belluscio realizó una fuerte defensa de la LdE como un derecho individual.

Otro caso donde se puede verse claramente a la LdE como un derecho individual es "Ekmedkjian c. Sofovich" (66), en el cual, tanto la mayoría como la disidencia entendió que derecho de réplica funciona como una limitación a la LdE y no como una herramienta que la amplíe, lo que contribuye a señalar que la Corte no había receptado argumentos vinculados a la teoría de la democracia, sino, por el contrario, había recurrido a argumentos de derecho natural vinculados con la dignidad del individuo. (67)

**VI.2.** En el proceso previo a la sentencia en la causa "Grupo Clarín", uno de los debates presentes fue la contraposición entre la LdE entendida como un derecho individual o como un bien colectivo. Ella estuvo muy presente en las audiencias públicas, donde los Amigos del Tribunal que se pronunciaron a favor del gobierno defendían distintas versiones de la teoría de la democracia (Abramovich, Loreti, Gils Carbó, etc.), mientras quienes apoyan la posición del particular discutían tanto la teoría de la LdE vigente en nuestro sistema (Aguiar, Sola, etc.), como la forma en la cual debía resolverse el caso dentro de la teoría de la democracia (Grosman).

A la hora de resolver la cuestión, sólo algunos votos llevaron adelante una explicación concreta acerca de cuáles son los fundamentos de protección constitucional a la LdE en nuestro país.

(65) Fallos 315:1943.

(66) Fallos 315:1492.

(67) En el considerando 10 del voto de la mayoría se afirma que con la réplica compulsiva "se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad. A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo". En el caso de las disidencias de Petracchi y Moliné se puede ver también una posición contraria a las teorías de la democracia: "...Un periódico o una emisora no son una plaza pública en donde cualquiera puede levantar su tribuna. Lo decisivo es que los responsables de los medios de difusión son los que determinan el contenido de las informaciones, noticias o programas que publican o emiten. A este principio sólo hacen excepción motivos de orden público o institutos como el derecho de rectificación o respuesta, este último con los alcances que se han expuesto supra".

El voto que encabeza el fallo —Lorenzetti y Highton de Nolasco— adhiere en forma marcada a teorías de la democracia. Asimismo, es el que menor importancia otorga al interés individual y mayor potestad regulatoria reconoce a la autoridad pública.

Se señala en este voto que la LdE, en su dimensión individual, sería la exteriorización de la libertad de pensamiento; y en tal marco la LdE podría ser entendida como una "facultad de autodeterminación, de realización de sí mismo" y merecería una mínima intervención estatal, que "solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros (art. 19 de la CN)". (68)

De este modo, el voto afirma que hay un derecho individual a exteriorizar el pensamiento, en tanto no se afecte a terceros. Ello merece múltiples críticas; dos me resultan más evidentes. En primer lugar, si la exteriorización del pensamiento no afecta a terceros, y la protección proviene entonces del art. 19, los arts. 14 y 32 son por completo innecesarios; la redundancia del constituyente de 1853 en el art. 14, se habría acrecentado en 1860 cuando se incorporó el art. 32.

En segundo lugar, si hay un derecho individual a la LdE, éste implica que podemos afectar a terceros con nuestras expresiones, y ellos deben soportarlo.

A diferencia de la mayoría de los derechos, la LdE se ejerce con la finalidad predominante de afectar a otras personas. Más aún, en la mayoría de los casos, las expresiones de los individuos tienen el único y solo motivo de causar algún efecto en los terceros. (69)

La crítica irónica y corrosiva contra un funcionario público, una marcha de protesta ante un Ministerio, las pinturas negras de Goya, los ensayos de Emile Ciorán, las esculturas de León Ferrari o el predicador que en una esquina anuncia la proximidad del Apocalipsis, son todas formas de expresión que procuran molestar, angustiar, provocar, afectar, hacer reflexionar o dudar; mucho de ello era lo que buscaban los oradores en casos como "New York Times v. Sullivan" y más recientemente "Snyder v. Phelps". (70)

(68) Consid. 20.

(69) "...las expresiones tienen efectos sobre terceros. Expresarse no es simplemente un acto relacionado con uno mismo. Afectar a terceros es el propósito más habitual de las expresiones; existen palabras como 'engañar', 'persuadir', 'convencer' y 'tergiversar', las cuales, con toda lógica, presuponen que las expresiones tendrán efectos sobre los demás. Más específicamente, expresarse claramente puede causar daño, y frecuentemente lo hace. Esos daños incluyen daños a quien se expresa, daños para los intereses y los derechos individuales de otras personas distintas de quien se expresa, daños a la sociedad y daños para el aparato de gobierno del Estado" (Schauer, Frederick, Free speech: a philosophical enquiry, op. cit., p. 10).

(70) Sentencia del 2 de marzo de 2011, en la cual la Suprema Corte de los Estados Unidos consideró protegida por la Primera Enmienda la protesta realizada contra la política de de-

De lo anterior no se sigue que cualquier daño sea admisible, pero sí que debemos reconocer, como premisa, que las expresiones pueden tener como principal finalidad, y en ocasiones única, la de afectar o dañar a terceros. Por ello, como bien lo explica Barendt, la existencia de un derecho a la LdE implica que ella debe ser tolerada, incluso cuando conductas que producen una ofensa o daño comparable puedan ser prohibidas. (71)

Sostener, en cambio, que la LdE se asegura en tanto no se afecte o dañe a un tercero equivale a negar la existencia de ese derecho como un derecho específico, distinto de la protección general distinta del principio de autonomía. (72)

A esa tutela limitada de la LdE de los individuos, el primero de los votos le adosa una dimensión social que lejos de reforzarla, la debilita aún más, convirtiéndola casi en un residuo de los intereses colectivos. Luego de repasar las opiniones de Meiklejohn, Fiss y Nino, la conclusión de este voto es clara: "a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde —cómo se dijo— la actividad regulatoria del Estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del Estado, por lo que su intervención aquí se intensifica" (el destacado corresponde al propio fallo).

De este modo, la LdE deja de ser un derecho individual fuerte o robusto, que los individuos podían imponer a sus semejantes y cuya restricción jamás podía provenir de parte del Estado. Aquí la LdE de los individuos se acorrala en el ámbito de las acciones privadas que no afectan a terceros, mientras que en todo lo demás la actividad regulatoria del Estado se ve intensificada.

Podemos sostener, entonces, que para este voto prácticamente no existe hoy un derecho individual a la LdE. Esta ha pasado a ser un bien colectivo, como el medio ambiente, un estado de cosas social, un bien público o un valor del pluralismo, pero no algo que los individuos puedan reclamar como propio; habrá LdE si todas las cosas valiosas pueden ser escuchadas, y corresponderá a la autoridad de turno asegurar la existencia de ese bien colectivo.

fensa de los Estados Unidos mediante agravios a la memoria de un marine muerto en las cercanías de su entierro (131 S. Ct. 1207).

(71) BARENDT, Eric, *Freedom of Speech*, op. cit., p. 7.

(72) La distinción entre en principio de autonomía y la libertad de expresión como un derecho que debe ser tolerado aun cuando afecte a terceros se encuentra hoy una aceptación amplia en la doctrina; se entiende, también, que esta distinción puede rastrearse claramente en John S. Mill, quien en *On Liberty* explicó la libertad individual a partir del no causar daños a terceros, pero en el capítulo II, dedicado a la libertad de expresión, los aceptó de modo claro.

En el voto de Petracchi, la adopción un fundamento concreto para la LdE no resulta tan claro. Parece dirigirse de modo marcado hacia una teoría de la democracia, pero ella coexiste con menciones al mercado de las ideas, a la búsqueda de la verdad e incluso a la autorrealización personal.

En cuanto a Zaffaroni, la remisión al voto de Petracchi permitiría situarlo también en el ámbito de las doctrinas de la democracia o autogobierno, aunque en este caso con mucha mayor claridad, a partir de haber agregado la dimensión cultural a la que considera incluso más importante que el funcionamiento del sistema democrático y cuya homogenización debe ser evitada por el Estado. (73)

La sumisión de la LdE a fines colectivos está presente con fuerza en Maqueda, quien considera ésta "consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado... ese derecho es inherente a toda la población y no exclusivo ni excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión". De allí que en esta materia el Estado no solo está autorizado, sino que, incluso está obligado "a adoptar una serie de medidas destinadas a promover, respetar y garantizar la pluralidad en los medios de comunicación". (74)

La jueza Argibay no adopta explícitamente ninguna teoría para justificar a la LdE. Sin embargo, cuando afirma que "*aun cuando las restricciones del art. 45, LM no se funden en el contenido de los servicios de comunicación, no pierden por eso el carácter de tales, es decir, de restricciones a la libertad de expresión y de información*", nos da a entender que para ella la LdE continúa siendo una libertad individual, cuya restricción por parte del Estado se produce por el solo hecho de limitar a una persona las posibilidades de expresarse, aun cuando ello podría estar constitucionalmente justificado.

Por último, en el caso de Fayt, si bien no hay una toma de posición expresa en cuanto a los fundamentos de la LdE, es conocida su filiación cercana a posiciones iusnaturalistas, considerándola una libertad individual, más allá

(73) "Que no obstante lo señalado en el considerando anterior, estimo que... sería jurídica y constitucionalmente falso deducir la necesidad de evitar su monopolización sólo a partir de sus efectos negativos en el plano de la democracia política, pues los medios audiovisuales trascienden con mucho este aspecto y su regulación hace también a otra cuestión constitucional más profunda, que es la dimensión cultural de la materia que se discute. Si bien no ha sido parte de la discusión, dada su fundamental trascendencia, estimo que esta Corte, como cabeza de un Poder del Estado, no puede pasarla sin mención, toda vez que la cuestión cultural hace a la existencia y coexistencia de todos los habitantes de la Nación, lo que si bien no implica ninguna ponderación o *Erwagung* de principios y valores, indica la real dimensión jurídica y social de la cuestión a decidir" (consid. 21).

(74) Consid. 30.

de cuáles sean las restricciones que éste puede soportar y las finalidades sociales que cumple al ser ejercido.

VI.3. Ya sea que se trate de un límite competencial reservado sólo al Congreso de la Nación, o que se trate de un límite sustantivo aplicable a todas las legislaturas del país, la prohibición del art. 32 de la Constitución Nacional parecía ser incompatible con la regulación del art. 45 de la ley 26.522. Esta incompatibilidad sólo podía evitarse brindando una conceptualización específica a la LdE a través de la doctrina de la democracia, o bien mediante la adopción de una teoría constitucional que convirtiese al art. 32, y a cualquier otro límite previsto en la Ley Fundamental, en un principio general susceptible de ser dejado de lado de acuerdo a las circunstancias del caso.

Si bien puede resultar en parte una repuesta coyuntural, en la sentencia del caso "Grupo Clarín" la Corte Suprema parece haber modificado su línea histórica, al adoptar mayoritariamente una teoría de la democracia para fundamentar a la LdE. Ella está claramente presente en el voto de Lorenzetti y Highton, y otro tanto ocurre con los votos de Zaffaroni y Maqueda, y en parte también Petracchi.

Ello es un cambio no menor a la hora de establecer en qué consiste la LdE en nuestro sistema constitucional. Se trataba de determinar si ella sigue siendo un derecho individual, o si ha pasado a ser un bien colectivo cuya defensa corresponde al Estado. Es clara al respecto la contraposición entre el voto mayoritario suscripto por Lorenzetti y Highton afirmando que la LdE se asegura y fortalece reduciendo la posibilidad de expresarse del Grupo Clarín, y el voto de Argibay, sosteniendo una posición expresamente contraria.

Por nuestra parte, creemos que los problemas teóricos, y principalmente los prácticos, hacen de las teorías de la democracia y del fallo de la Corte Suprema una elección peligrosa para la LdE y para el resto de las libertades.

Entender que los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional permiten que los gobernantes intervengan activamente y decidan acerca de la regulación, propiedad y control de contenidos de los medios de comunicación, es llevar los límites de la interpretación constitucional a confines en los cuales todo límite concreto impuesto por el constituyente a los poderes constituidos resultará fútil.

Asimismo, y tal como ya lo hemos señalado, el grado de neutralidad, objetividad y buena fe que se exige de parte de las autoridades de aplicación, parece difícil de hallar por estas tierras. E incluso si lo encontrásemos, más difícil aún parece poder mantenerlo.

La mejor expresión de esos problemas de implementación quizás surge del propio fallo, cuando en el considerando 74 del primer voto, se men-

cionan una serie de requisitos para la validez de los postulados de la teoría que defiende (políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial, no reparto de subsidios u otros beneficios a los medios que apoyan al gobernante, no utilización de los medios públicos a favor de una facción política, existencia de una autoridad de aplicación independiente y de carácter técnico, etc.) (75); requisitos cuya inexistencia en el mundo de los hechos era de público y notorio conocimiento al mismo momento de sentenciar. ♦

(75) "Todo lo que se ha dicho acerca de la ley y su propósito de lograr pluralidad y diversidad en los medios masivos de comunicación perdería sentido sin la existencia de políticas públicas transparentes en materia de publicidad oficial. La función de garante de la libertad de expresión que le corresponde al Estado queda desvirtuada si por la vía de subsidios, del reparto de la pauta oficial o cualquier otro beneficio, los medios de comunicación se convierten en meros instrumentos de apoyo a una corriente política determinada o en una vía para eliminar el disenso y el debate plural de ideas. Lo mismo ocurre si los medios públicos, en lugar de dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad, se convierten en espacios al servicio de los intereses gubernamentales. Es de vital importancia recordar que tampoco se puede asegurar que se cumplan los fines de la ley si el encargado de aplicarla no es un órgano técnico e independiente, protegido contra indebidas interferencias, tanto del gobierno como de otros grupos de presión. La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley. Debe respetar la igualdad de trato, tanto en la adjudicación como en la revocación de licencias, no discriminar sobre la base de opiniones disidentes y garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso de información plural".

# LITIGIOS ESTRUCTURALES EN PERSPECTIVA COMPARADA

POR MARTÍN OYHANARTE (h.) (\*)

Sumario: I. Introducción.— II. Litigios estructurales en los EE.UU.— III. Litigio estructural en la Argentina.— IV. Enseñanzas del análisis comparativo.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

Es posible distinguir dos grandes vías que el Poder Judicial puede transitar para ser decisivo en la promoción de un cambio social en países con un control de constitucionalidad fuerte. (1)

Por un lado, en el marco del control de constitucionalidad tradicional, el Poder Judicial puede declarar una inconstitucionalidad en un caso particular, establecer un precedente, y procurar su cumplimiento por los operadores jurídicos en casos ulteriores. Esto suele estar acompañado por una declaración de responsabilidad del sujeto que ha causado un daño, con la consecuente fijación de una indemnización, u otro tipo de reparación individual.

Por otro lado, más modernamente, con la consagración de derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, se encuentran ejemplos cada vez más frecuentes en donde el Poder Judicial abandona su rol tradicional. Además de formular una declaración de derecho, se ve en la necesidad de asumir un rol político activo, exhortando a los poderes públicos a tomar un determinado curso de acción o asumiendo el gerenciamiento de un determinado conflicto social. Cuando la violación de los derechos fundamentales se explica a partir de la operación defectuosa de una organización burocrática, la violación constitucional “no puede ser adecuadamente resuelta con una compensación monetaria” (2) o una respuesta meramente

(\*) Abogado, UCA (2000); LL.M., Harvard Law School (2004); profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Austral y en la Universidad del Salvador.

(1) Véase MARK TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, p. 33 (2008) (definiendo al “control de constitucionalidad fuerte” como aquel sistema en el cual las interpretaciones judiciales de la Constitución son definitivas e irrevisables por una mayoría legislativa ordinaria).

(2) STURM, Susan P., *A Normative Theory of Public Law Remedies*, 79 *Geo. L. J.* 1357, 1378 (1991).

individual. Por ello, la "la necesidad de cumplir con el deber de los tribunales justifica el uso de medidas procesales estructurales para remediar violaciones de Derecho Público" (3) en las que se apunta a "reestructurar los organismos públicos" (4) con el objetivo de darle "sentido a nuestros valores constitucionales en la operación de estas organizaciones". (5)

En los EE.UU., el instrumento mediante el cual el Poder Judicial ha cumplido este rol administrativo o gerencial ha sido el de las *injuncti*o*ns* estructurales adoptadas en el marco de lo que se ha denominado "*Public Law Litigation*" (que podríamos traducir como "Litigios de Derecho Público" o "Litigios de reforma estructural" o "litigios estructurales"). Se trata de instrumentos procesales mediante los cuales el juez no sólo declara la inconstitucionalidad del caso, sino que retiene su jurisdicción y busca ejecutar la sentencia en el marco de un conflicto "policéntrico". (6) En el entendimiento de que es en la operación día a día de la burocracia donde los conflictos sobre derechos colectivos es que finalmente se dirimen, el acento de la actuación judicial se pone en el remedio futuro más que en la declaración de derechos en sí misma.

En años recientes, varios países han considerado a la experiencia estadounidense en este campo como un camino a seguir. Así, tribunales de países como la Argentina han adoptado un modelo fuertemente activista, respaldados en el prestigio de la Corte Suprema de los EE.UU. De todos modos, el impacto concreto y los resultados de reformas sociales conducidas por el Poder Judicial siguen en discusión.

De este modo, se nos ofrece la oportunidad de contrastar las experiencias de ambos países a fin de contestar a un interrogante básico: ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales los remedios estructurales son eficaces?

El objeto de este trabajo, entonces, es contestar esta pregunta usando el método comparativo. En primer lugar describiremos cuál ha sido el uso de los litigios estructurales en los Estados Unidos y en la Argentina, estableciendo similitudes, conexiones y diferencias. Luego, a partir de esta primera aproximación, será posible identificar principios de validez general y estándares para la implementación eficaz de estos complejos dispositivos procesales.

A fin de poder llevar a cabo este objetivo, dividiremos el estudio de la siguiente forma:

(3) Id., p. 1379.

(4) SABEL, Charles F. — SIMON, William H., *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harv. L. Rev. 1015, 1016 (2004).

(5) FISS, Owen M., *Foreword: The Forms of Justice*, 93 Harv. L. Rev. 1, 2 (1979).

(6) Véase FULLER, Lon L. — WINSTON, Kenneth I., *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 Harv. L. Rev. 394 (1978) (definiendo a los conflictos "policéntricos" como aquellos con puntos de influencia complejos e interactivos, que sólo pueden ser resueltos de modo administrativo o contractual).

En la parte I, analizaremos cuál ha sido la experiencia concreta en los EE.UU. y se examinarán algunas enseñanzas que emanan de su jurisprudencia.

En la parte II, se discutirá si es posible y útil establecer una comparación entre la experiencia estadounidense y la argentina, señalando cuáles son los puntos de contacto relevantes. Luego, se describirán los casos en los que la Corte Suprema argentina ha usado remedios estructurales.

Finalmente, a partir de este análisis comparativo, en la parte III se distinguirán cuáles son las condiciones políticas y los requisitos técnicos para lograr resultados eficaces. Esta descripción esquemática constituye un modelo teórico que puede resultar útil para evaluar y guiar el uso e implementación de este controvertido instrumento de reforma social.

Finalmente, en la parte IV se formulan las conclusiones generales que pueden extraerse del presente estudio.

## II. Litigios estructurales en los EE.UU.

Los litigios estructurales nacieron en los EE.UU. en el marco de los casos sobre derechos civiles de mediados del siglo XX. Ese fue el ámbito en el cual "la mayoría de los tribunales ganaron familiaridad con el litigio estructural" y "han delineado cómo los tribunales federales manejarían estos los litigios estructurales en general". (7)

Es por eso que a continuación nos concentraremos en enunciar los hitos más salientes de la utilización de los remedios estructurales en el marco de la desegregación racial, para luego hacer algunas referencias específicas en otra área, como la reforma carcelaria.

### 1. La desegregación racial en las escuelas

Más allá de alguna utilización previa en casos puntuales, la irrupción y consolidación definitiva del litigio estructural se produjo a partir del proceso de desegregación racial en la escuela pública a partir del caso "*Brown v. Board of Education*" (8), de 1954 y su progenie. Este caso es, sin dudas, paradigmático, y la verdadera clave para entender el posterior desarrollo de los litigios estructurales en diversas áreas del Derecho. (9) Y ello no sólo en los EE.UU. sino en muchos otros países, incluyendo la Argentina, dado que el caso "*Brown*" vino a ejemplificar a nivel global "la posibilidad de

(7) APPEL, Peter A., *Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm*, 78 Wash. U. L.Q. 215, 222 (2000).

(8) 347 U.S. 483 (1954).

(9) TUSHNET, Mark, *Public Law Litigation and the Ambiguities of Brown*, 61 Fordham L. Rev. 23 (1992). En igual sentido véase Appel, op. cit., p. 222; FISS, *Foreword...*, p. 2; GILLES, Myriam E., *Reinventing Structural Reform Litigation: Deputizing Private Citizens in the Enforcement of Civil Rights*, 100 Colum. L. Rev. 1384, 1390 (2000).

que los abogados podrían estructurar y ejecutar una estrategia judicial para producir cambios sustanciales en el andamiaje jurídico". (10)

Pero, mientras "*Brown*" es uno de los casos más celebrados por su significado moral, han sido fuertes las críticas respecto de las medidas procesales concretas para implementarlo, es decir, la utilización por parte de los jueces de remedios estructurales a lo largo de los años.

Como es sabido, esta célebre decisión de la Corte Suprema de EE.UU. fue el resultado de una larga estrategia judicial de la NAACP, que adoptó este curso de acción en numerosos frentes de interés para la población afroamericana. Su *holding*, que establece que la segregación *de jure* violaba la 14 Enmienda de la Constitución de EE.UU., resultó aplicable y extensivo a todos los establecimientos educativos públicos. El fallo afectaba, así, a la legislación de 21 Estados que requerían o expresamente permitían a nivel local un sistema educativo segregado, bajo el estándar "separados pero iguales" que había sido declarado constitucional en el caso "*Plessy v. Ferguson*" (11) a principios del siglo XX. Este estándar segregacionista llegó a su fin en "*Brown*", donde se dijo que las "las instalaciones separadas son inherentemente desiguales". Hasta aquí, una declaración de inconstitucionalidad típica, con impacto jurídico inmediato.

Sin embargo, dado que no se incluyó en el fallo ningún tipo de "remedio" explícito ni consecuencia práctica, la sentencia no tuvo el menor cumplimiento, siendo necesario que la Corte tuviera que emitir un nuevo pronunciamiento para definir cómo se llevaría a cabo la fase de ejecución.

Para resolver este tema se tardó un año más, y tampoco se llegó a una solución. En el caso que se conoce como "*Brown II*" (12), la Corte renunció al liderazgo en la implementación y dijo que, dadas las particularidades locales, la cuestión debía ser tratada por los juzgados de primera instancia de cada jurisdicción, quienes debían emitir sentencias para lograr que en las escuelas públicas se admitiera a los alumnos bajo un criterio de no-discriminación. Ello debía hacerse "con una velocidad prudencial" ("*with all deliberate speed*"). De algún modo la Corte se desentendió del problema de la implementación, y delegó la tarea de la reconstrucción en los juzgados federales inferiores. (13)

A partir de entonces, comenzó una etapa caracterizada por la actuación solitaria de los tribunales distritales, la indiferencia de las demás ramas del gobierno federal y la franca oposición de parte de los gobiernos locales de los

(10) TUSHNET, Mark, *Some Legacies of Brown v. Board of Education*, 90 Va. L.Rev. 1693, 1693 (2004).

(11) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

(12) *Brown v. Bd. of Educ.*, 349 U.S. 294, (1955).

(13) FISS, *Foreword...*, p. 3.

Estados del sur de EE.UU. Entre 1955 y 1964, los juzgados federales inferiores tuvieron una muy intensa y variada actuación, mientras que la Corte Suprema dictó al menos tres sentencias de gran importancia, en las que insistió de modo enfático en el rumbo original. (14) Sin embargo, en 1963, nueve años después de "*Brown I*", la resistencia al cambio era todavía sustancial; los resultados no eran los esperados y se debió declarar la inconstitucionalidad de al menos dos intentos de evadir groseramente la orden de desegregar.

Es decir que entre 1954 y 1964, la Corte Suprema y los tribunales inferiores desplegaron una considerable actividad para lograr la desegregación racial en las escuelas y la operación de un sistema "unitario". Pero lo hicieron en soledad, con oposición política local y sin el decisivo apoyo de las demás ramas del gobierno federal. Tal como señala Rosenberg, luego de diez años desde el dictado de la sentencia en "*Brown*", sólo el 1,2% de los niños afroamericanos de los Estados del sur asistía a la escuela con niños blancos (15), de modo que el autor afirma rotundamente que luego de una década de intensa acción judicial "no pasó virtualmente nada". (16)

Esta situación se vio revertida recién en 1964. A diferencia de lo ocurrido en la etapa anterior, la acción del Congreso y el Ejecutivo fue intensa y eficaz. En 1964 se sanciona la Ley de Derechos Civiles que es la que realmente produce un impacto significativo y supone el apoyo decisivo de las ramas políticas del gobierno federal. (17) Se autorizó al Procurador General a promover demandas en nombre de individuos afectados y estableció la posibilidad de no asignar fondos federales a los distritos escolares que discriminaran racialmente. Frente a esta iniciativa que involucró de forma activa a las ramas políticas del gobierno, las acciones anteriores de la Corte Suprema aparecían como irrelevantes. (18) Fue así que en los Estados del sur se pasó de una tasa de integración racial de 1,2% en 1964 a una tasa del 91,3% en 1973. (19)

En el plano judicial, entre 1964 y 1968, la Corte no dictó fallos significativos. Pero en el año 1968 retomó la actividad y dictó en el caso "*Green*" (20) la primera sentencia en donde la propia Corte impone a las autoridades políticas

(14) *Griffin v. Prince Edward County*, 377 U.S. 218 (1964); *Goss v. Bd. of Educ.*, 373 U.S. 683 (1963); *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

(15) ROSENBERG, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2ª ed., 2008, p. 52.

(16) *Id.*, ps. 50-52.

(17) *Id.*, ps. 49-54.

(18) *Id.* p. 52. En igual sentido KLARMAN, Michael J., *Unfinished Business: Racial Equality in American History* 213-219 (2007); WEST, Martin R. — DUNN, Joshua M., "The Supreme Court as School Board Revisited", en AAVV. *From Schoolhouse to Courthouse* 3, Joshua M. Dunn - Martin R. West eds., 2009, p. 7.

(19) ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 50.

(20) 391 U.S. 430 (1968).

un remedio detallado. Y más tarde, en el año 1969, la Corte Suprema decidió el caso "*Alexander v. Holmes County*" (21), donde rechazó un pedido para tener más tiempo para diseñar un nuevo plano para desagregar, y afirmó que el estándar de velocidad prudencial había llegado a su fin, y que era necesario empezar a operar de inmediato bajo el esquema unitario desegregado.

Bajo el esquema mencionado recién, es decir, con un Poder Judicial ejerciendo toda su autoridad, acompañado por la acción decidida de las ramas políticas del gobierno federal y el apoyo de la opinión pública a nivel nacional, comienzan a producirse resultados tangibles. De esta manera, se comenzó a vencer la resistencia de las autoridades locales que se oponían a la desegregación y los remedios judiciales empezaron a ser cumplidos.

A partir de entonces, queda clausurada la etapa inicial y comienza otra, en donde los tribunales se enfrentaron a un problema mucho más difícil: la segregación que se producía en los distritos urbanos. En los distritos rurales, al existir una o dos escuelas, el problema no presentaba muchas aristas sociales. En los centros urbanos, con cientos de escuelas por distrito, el problema era más complejo. Aquí quedaba al descubierto que "mientras *Brown* había triunfado al eliminar la segregación *de jure*, era ineficaz para eliminar la segregación *de facto*". (22)

Ante tal comprobación, los jueces buscaron implementar otro tipo de intervención, y comenzaron a imponer remedios más ambiciosos, como el "*busing*". Este remedio consistía en establecer, por vía judicial, un programa de transporte público forzoso para que, dentro de un determinado distrito escolar, quedara garantizada la integración racial en términos de representación proporcional en cada escuela. Esto implicaba el transporte de niños a lugares algo distantes de su domicilio, para quebrar la tendencia demográfica subyacente en virtud de la cual, existían barrios en donde predominaba una u otra etnia. Este nuevo enfoque fue respaldado por la Corte Suprema en los casos "*Green*" (23) y "*Swann*". (24)

Aquí nos encontramos con que los tribunales pasaron de una aproximación minimalista e incremental a otra maximalista, que buscó solucionar no sólo el conflicto constitucional inmediato, sino una variedad de problemas sociales inmediatamente conexos y subyacentes. Se buscó no sólo prohibir la discriminación *de jure*, sino revertir patrones demográficos, migraciones internas, presupuestos escolares, ingresos relativos de los docentes, etc. Esto significó una fuerte apuesta del sistema judicial para hacer frente a un conflicto típicamente policéntrico mediante un conjunto de remedios

(21) 96 U.S. 19 (1969).

(22) HEISE, Michael, *Litigated Learning and the Limits of Law*, 57 Vand. L. Rev. 2417, 2421 (2004).

(23) 391 U.S. 430 (1968).

(24) 402 U.S. 1 (1970).

procesales de gran alcance, articulados por el Poder Judicial como derechos y, por ende, como principios inflexibles.

La consecuencia de este enfoque maximalista y vertical fue la resistencia de la opinión pública, la protesta social y la reacción política de ciertas comunidades que se sintieron invadidas por la autoridad federal. (25) En el caso concreto, comenzó a ocurrir lo que el sociólogo James S. Coleman describió como "*white flight*" (26), es decir, la migración hacia distritos escolares que no estuvieran afectados por la política del "*busing*", o bien, pasar al sistema de escuelas privadas o parroquiales. Dadas las condiciones sociales subyacentes derivadas de diferencias en el ingreso de los distintos sectores afectados, la intervención judicial creó, de forma inesperada, un sistema de educación privado para ricos y otro público para los más pobres. Al respecto, se ha demostrado que ante la implementación del "*busing*" en ciertos distritos, las tendencias migratorias interdistritales llegaron a quintuplicar a los valores normales. (27)

Algunos jueces quisieron combatir el fenómeno del "*white flight*" doblando la apuesta, es decir, adoptando una postura cada vez más expansiva. Respondieron ampliando la orden compulsiva de transporte hasta distritos linderos, obligando a los niños a viajes cada vez más alejados de sus domicilios. Pero la Corte Suprema dictó entonces el caso "*Milliken*" (28), en el cual resolvió que no podía someterse a la política del "*busing*" a niños que estuvieran en otros distritos escolares, es decir, en comunidades en las cuales no se hubiera probado un pasado de segregación racial *de iure*.

Por lo tanto, dada la poca flexibilidad del esquema, apoyado en decisiones judiciales unilaterales y verticales, que tenían el aura de declarar principios y Derechos Constitucionales, produjo en muchos lugares el vaciamiento de la escuela pública, su empobrecimiento paulatino, estigmatización y una mayor división racial que antes de la puesta en marcha de los remedios judiciales.

Finalmente, en el año 1991, la Corte Suprema presidida por Renhquist, declaró en el caso "*Dowell*" (29) que las escuelas no podían estar indefinidamente bajo control judicial, y que era hora de devolver el control a las autoridades locales para que sean ellos quienes encuentren remedios adecuados —y flexibles— a cada necesidad. Para ese entonces, había más de 800 distritos escolares bajo supervisión judicial. En el caso "*Freeman*",

(25) Véase POWE, Lucas A., *The Supreme Court and the American Elite 1789-2008*, 2009, ps. 268-70; OLZAK, Susan y otros, *School Desegregation, Interracial Exposure, and Antibusing Activity in Contemporary Urban America*, 100 Am. J. Soc. 196, 232 (1994).

(26) COLEMAN, James S., et al., *Trends in School Segregation 1968-73* (1975).

(27) Cf. ARMOR, David J., *Forced Justice: School Desegregation and the Law* 176 (1996).

(28) *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

(29) *Bd. of Educ. v. Dowell*, 498 U.S. 237 (1991).

del año 1992, la Corte Suprema puso fin al maximalismo judicial, dijo que la acción privada no puede ser juzgada bajo estándares constitucionales y que estaba "fuera de la capacidad práctica de los tribunales federales contrarrestar esta clase de continuos y masivos cambios demográficos". (30) Para entonces, se dieron a conocer estudios que demostraban que la re-segregación racial se constituyó en una tendencia bien establecida desde los primeros años de la década del '80. (31) En función de estos datos, es que varios autores señalan que remedios estructurales verticales como el "busing" han fracasado rotundamente. (32)

A partir de entonces, en los años '90 comenzó a verificarse un paulatino retroceso de la utilización de remedios estructurales en el marco de los procesos de desegregación racial en las escuelas. (33) Los tribunales pasaron a poner el foco en cómo y cuándo dar por terminada la injerencia judicial en la gestión de las escuelas públicas. (34) La evidencia puso al descubierto un panorama "sombrio, oscureciendo el legado del caso *Brown*, y sirviendo como un recordatorio más de los límites que existen a la voluntad de mejorar judicialmente la práctica, las políticas educativas y sus resultados". (35)

Por lo tanto, son muchas las voces que ven con ojos críticos el rol gerencial de los tribunales en la búsqueda de una reforma educativa. Porque si bien es indiscutible la eficacia de "*Brown*" para dar por terminada la segregación racial *de iure*, la intervención judicial posterior tuvo aciertos y errores, que condujeron a resultados ambivalentes, paradójicos o contraproducentes para aquellos grupos a los que se quería favorecer. Hoy en día, la mayoría de los autores sostienen que "antes de que el Congreso y el Ejecutivo actuaran, los tribunales no tuvieron eficacia práctica alguna" (36) y que "difícilmente los tribunales sean el foro óptimo para definir políticas de educación". (37) Más aún, en el largo plazo, frente a una intervención judicial unilateral, vertical, compulsiva y poco flexible surgieron resistencias que demoraron

(30) *Freeman v. Pitts*, 503 U.S. 467 (1992).

(31) ORFIELD, Gary, et. al., *Dismantling Desegregation: The Quiet Reversal of Brown v. Board Of Education* (1997).

(32) Véase, p. ej., ARMOR, David J., *Forced Justice: School Desegregation And The Law* (1996); ROSSELL, Christine H., *The Carrot or the Stick for School Desegregation Policy: Magnet Schools or Forced Busing* (1991); KIEL, Daniel, *Exploded Dream: Desegregation in the Memphis City Schools*, 26 L. - Ineq. 261 (2008).

(33) JOONDEPH, Bradley W., *Skepticism and School Desegregation*, 76 Wash. U. L. Q. 161, 161 (1998); Dennis Schapiro, *Looking for Justice in All the Wrong Places: Reflections on the End of the School Desegregation Era*, 17 Hamline J. Pub. L. - Pol'y 323, 323 (1996).

(34) HEISE, Michael, *Assessing the Efficacy of School Desegregation*, 46 Syracuse L. Rev. 1093, 1096 (1996); ORFIELD, Gary - THRONSON, David, *Dismantling Desegregation: Uncertain Gains, Unexpected Costs*, 42 Emory L. J. 759, 759 (1993).

(35) HEISE, op. cit., p. 2419

(36) ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 70.

(37) West - Dunn, op. cit., p. 4.

los procesos de integración y que "la re-segregación gradual, actualmente en marcha incluso en distritos que fueron exitosamente desegregados, probablemente persistan" y por eso "el legado de *Brown* en este contexto ha sido adecuadamente caracterizado como una promesa incumplida". (38)

## 2. Reforma carcelaria

Tal como lo explica Tushnet, después de que se ganara "experiencia en supervisar importantes instituciones burocráticas en el marco de la educación, los tribunales inferiores comenzaron a extender su supervisión a otras instituciones reguladas de forma similar por la Constitución". (39) Fue así que bastó que la cuestión de las condiciones carcelarias despertara cierto interés de la opinión pública, para que el Poder Judicial se lanzara a su reforma con las herramientas que había forjado en el marco de la desegregación racial de las escuelas.

En la segunda mitad del siglo XX confluyen en los EE.UU. dos circunstancias que serían decisivas para producir un cambio respecto del rol del Poder Judicial en esta materia.

Por un lado, desde un punto de vista sociológico, a partir de mediados del siglo XX, se registra un aumento exponencial de la población carcelaria (40), y con ello, la multiplicación de problemas de hacinamiento, corrupción, maltrato, o violencia dentro de las prisiones. El fenómeno ganó visibilidad pública a partir de los motines de fines de los años '50, e ingresó de este modo en la agenda de los derechos civiles que para entonces comenzaba a cobrar impulso.

Por otro lado, en el plano estrictamente judicial, la Corte Suprema presidida por Warren comenzó a identificar a los reclusos como una de las minorías "discretas e insulares" que merecían protección de parte de la justicia federal. Lentamente, a partir de la evolución de la jurisprudencia en torno de la cláusula sobre "castigos crueles e inusuales", comienza a ser dejada de lado la jurisprudencia de "manos libres", que impedía a la Justicia federal interferir en cuestiones penitenciarias a nivel estatal, expuesta por primera vez en 1866 en "*Pervear v. Massachusetts*". (41)

El cambio comenzó a darse por etapas. Fue así que la Corte de Warren comenzó a señalar a partir de casos como "*Trop v. Dulles*" (42) que existían en la sociedad unos "estándares éticos en evolución" que necesariamente

(38) HEISE, op. cit., p. 2419. Véase OGLETREE, Charles J. Jr., *All Deliberate Speed: Reflections on the First Half-Century of Brown v. Board of Education* (2005) (argumentando que "*Brown*" no promovió de forma eficaz la integración racial).

(39) TUSHNET, *Public Law...*, p. 25.

(40) FINN, Peter, *Judicial Responses to Prison Crowding*, 67 *Judicature* 318, 319 (1984).

(41) 72 U.S. (5 Wall.) 475 (1866).

(42) 356 U.S. 86 (1958).

debían influir en la interpretación judicial de la prohibición de la 8va. Enmienda respecto de los castigos crueles e inusuales. Posteriormente, en el caso "*Robinson v. California*" (43), la Corte Suprema hizo extensiva esta cláusula constitucional federal a los estados, declarando inconstitucional una ley del estado de California por violación a la 8va. Enmienda. Finalmente, en el caso "*Jones v. Cunningham*" (44) la Corte Suprema admitió que los presos de la jurisdicción de los Estados podían interponer un hábeas corpus cuestionando la constitucionalidad de las condiciones de detención, y en el caso "*Cooper v. Pate*" (45) que los presos en establecimientos estatales tenían legitimación activa para promover demandas por ante los tribunales federales bajo la Ley de Derechos Civiles de 1871.

A partir de entonces, las acciones de clase y los litigios colectivos se multiplicaron y el principio judicial de "manos libres" quedó definitivamente abolido, permitiendo al Poder Judicial federal interferir e intentar reformar íntegramente los sistemas penitenciarios estatales. Con ese marco legal, vieron la luz aquellas sentencias que dispusieron reformas estructurales del sistema penitenciario a gran escala.

Muchos serían los casos que habría que citar para hacer una historia completa del desarrollo que tuvo esta área de la intervención judicial durante la década del '70. Naturalmente, sólo podremos citar los más relevantes. Éstos tienen en común el hecho de significar una intervención masiva en el sistema carcelario y el de establecer desde el Poder Judicial extensos planes, desagregados a detalles minuciosos, que fijaban las pautas para la conducción de los establecimientos penitenciarios.

En 1969, en el caso "*Holt v. Sarver*" (46), se declaró la inconstitucionalidad de varios aspectos del sistema penitenciario de Arkansas. En sucesivas sentencias, se ordenó un *injunctive relief*, fijando obligaciones para que se establecieran guías para la corrección de problemas, y ordenó a los administradores que reportaran al tribunal sobre el progreso en la implementación de esas guías. Posteriormente, se ordenó al "*State Correction Board*" que diseñe un plan de acción. A partir de entonces, los tribunales comenzaron a considerar el efecto acumulativo de las condiciones de detención como un dato central para establecer la posible violación constitucional.

En la misma línea puede citarse también el precedente "*Pugh v. Locke*" (47) en donde, a partir de una acción de clase de los reclusos de Alabama, el juez federal estableció en un apéndice a su sentencia con los "Están-

(43) 370 U.S. 660 (1962).

(44) 371 U.S. 236 (1963).

(45) 378 U.S. 546 (1964).

(46) 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark., 1969).

(47) 406 F.Supp. 318 United States District Court, M. D. Alabama, N. D. (1976)

dares Constitucionales Mínimos para los Reclusos del sistema Penitenciario de Alabama". Este documento consistía en un plan detallado de gestión carcelaria que sería supervisado por un Comité de Derechos Humanos del Sistema Penitenciario de Alabama, creado al efecto. Eso significó que las autoridades administrativas del Estado pasaran a estar bajo la directa supervisión de los tribunales.

Por último, se destaca en esta etapa el caso "*Ruiz v. Estelle*" (48), dictado por una tribunal federal de Texas. Este caso es el mejor ejemplo de lo lejos que llegó la intervención judicial en la reglamentación de las condiciones de detención. Aquí también, una petición a título individual dio paso a una acción de clase, en la que se planteó que la sobrepoblación carcelaria, la falta de acceso a un sistema de salud y las prácticas abusivas por parte de las autoridades importaban la violación de la Constitución federal. El resultado fue más de una década de actividad jurisdiccional, en forma de decisiones, acuerdos transaccionales y apelaciones. No obstante, a pesar de algunos avances, fueron recurrentes los problemas de cumplimiento.

Ello nos lleva a la última etapa de esta evolución judicial, que fue de virtual saturación, reacción legislativa a fin de limitar la expansión de la intervención judicial y, finalmente, progresiva retracción. Los primeros años de la década del '90 comenzaron a mostrar que los tribunales estaban, en los hechos, a cargo de la administración de las prisiones y que cada faceta de la vida institucional había sido constitucionalizada de forma tal que se involucraba judicialmente a las prisiones de cada uno de los cincuenta Estados. (49)

En la etapa de maduración del sistema, las órdenes judiciales dejaron de ser impartidas unilateralmente y de forma vertical desde los juzgados, para tomar la forma de acuerdos transaccionales homologados (o "*consent decrees*") elaborados en el marco de procesos multilaterales y de negociación entre las autoridades administrativas y los representantes de las acciones de clase. En todos los casos, esto significó una situación de retención de la jurisdicción por largos períodos, la cual era "frecuentemente acompañada por un incremento en la supervisión" y el uso de "citaciones por desacato" ("*contempt of Court*") (50) para hacer cumplir planes que a veces se revelaban como inflexibles. Asimismo, los jueces delegaban su autoridad en funcionarios auxiliares especiales ("*Special Masters*"), quienes se los dotó con competencia para "supervisar la operatoria diaria de las prisiones y

(48) 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex. 1980).

(49) FEELEY, Malcolm M. — HANDSON, Roger A., *The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails: A Framework for Analysis and Review of the Literature*, en *Courts, Corrections and the Constitution: The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails*, p. 13 (John DiIulio ed., 1990). En igual sentido POWERS - ROTHMAN, op. cit., p. 95.

(50) CHILTON, Bradley S., *Prisons under the Gravel: The Federal Takeover of Georgia Prisons*, p. 55 (1991).

administrar al detalle las órdenes judiciales luego de que un caso ha sido juzgado". (51)

Con el tiempo, se produjo un cambio en la opinión pública y en las autoridades del gobierno federal, que empezaron a notar los efectos contraproducentes del sistema. Además de la obvia dificultad y encarecimiento que siempre significa elevar las condiciones de los establecimientos carcelarios, la opinión pública comenzó a poner atención en la gran cantidad de demandas frívolas, con la consiguiente saturación jurisdiccional y la sobrecarga administrativa que ello conlleva. Paralelamente, se dieron a conocer una serie de "estudios que sugerían que la intervención judicial había redundado en un incremento en la violencia dentro de las prisiones" (52), como resultado de una "decreciente autoridad de los funcionarios del sistema penitenciario" (53) y en general del "clima de incertidumbre y ruptura de la autonomía de la administración carcelaria" (54) con el consecuente impacto en el aumento en la tasa general de delitos. (55)

A fin de revertir esta situación, por un lado, la Corte Suprema dictó el caso "*Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail*" (56), en donde buscó establecer parámetros para que los acuerdos transaccionales sean más flexibles y fáciles de modificar. En ese contexto, se dijo además que aunque las "restricciones financieras no pueden ser utilizadas para justificar violaciones a la Constitución, ellas constituyen un interés legítimo de los representantes gubernamentales demandados en litigios de reforma institucional y, por lo tanto, deben ser consideradas a la hora realizar modificaciones a los acuerdos transaccionales". (57)

Por otro lado, el cambio en la orientación de la opinión pública se hizo patente cuando el Congreso aprobó la "*Prison Litigation Reform Act*" ("PLRA") (58) de 1996 a fin de revertir la incidencia de los litigios en la operación de las cárceles. Entre sus normas, se estableció que un tribunal "no debe otorgar o aprobar un remedio a no ser que el tribunal establezca que dicho remedio ha sido diseñado de modo estrecho, extendiéndose a lo mínimo indispensable para corregir la violación a un derecho federal,

(51) POWERS - ROTHMAN, op. cit., p. 98.

(52) Id., p. 100.

(53) Id., p. 100. En igual sentido, ENGEL, Kathleen — ROTHMAN, Stanley, *Prison Violence and the Paradox of Prison Reform*, 73 Pub. Int. 91, 91-105 (1983); SULLIVAN, Larry E., *The Prison Reform Movement: Forlorn Hope* 92 (1990).

(54) POWERS - ROTHMAN, op. cit., p. 101.

(55) SANDLER, Ross - SCHOENBROD, David, *Democracy by Decree: Whp. Happens When Courts Run Government*, p. 187 (2003).

(56) 502 U.S. 367.

(57) Id. p. 392.

(58) Pub. L. No. 104-134, §§ 801—10, 110 Stat. 1321, 1321-66 to 1321-77 (1996).

y que es el medio menos intrusivo posible para remediar la violación a un derecho federal". (59) Además, se establecieron mecanismos de espera ("*stay*") y agotamiento de otras vías procesales disponibles ("*exhaustion*"), que buscaban encauzar la intervención de los tribunales.

A partir de entonces, a pesar del éxito conseguido inicialmente, es posible identificar una clara tendencia de estancamiento y relativo abandono del litigio estructural en esta materia. Los factores señalados, sumados a un creciente conservadurismo de los jueces federales, innovaciones doctrinarias a mediados de los '90 para restringir el alcance de las medidas judiciales, y un decreciente financiamiento para la promoción de este tipo de causas, explican la tendencia declinante en este campo. (60)

### 3. Balance

El caso de la segregación racial en las escuelas y el de la reforma carcelaria son quizás los que han ocupado la mayor parte de la atención de la doctrina y la opinión pública. Naturalmente, un patrón semejante, con líneas generales similares, puede observarse también en materia ambiental o en la reforma de los institutos de salud mental. Más allá de ciertas posturas ideológicas, la doctrina contemporánea documenta que los resultados de este tipo de intervención judicial tiene en el mejor de los casos un impacto limitado (61) y que, si no es usado bajo circunstancias específicas, que lo hacen recomendable, lo más probable es que produzca efectos paradójales o contraproducentes.

Respecto del caso de la segregación escolar, hemos señalado que un modelo de intervención judicial vertical, con planes de cumplimiento forzoso, que se intenta aplicar frente a la resistencia activa de los poderes políticos o vastos sectores de opinión pública, no produce resultados satisfactorios.

Podría argumentarse que, aun así, la intervención judicial se justifica porque logra instalar en la agenda pública una determinada cuestión, favoreciendo el debate y la ulterior generación de soluciones estables. (62) Sin embargo, este impacto indirecto y político es controversial e imposible de medir. Los autores más críticos señalan que este efecto se ve neutralizado

(59) 18 U.S. Code § 3626 (a) (1)(A) (2000).

(60) Cf. SCHLANGER, Margo, *Civil Rights Injunctions Over Time: A Case Study of Jail and Prison Court Orders*, 81 N.Y.U. L. Rev. 550, 590 (2006).

(61) Véase SANDLER - SCHOENBROD, op. cit., p. 6; POSNER, Richard A., *The Federal Courts: Challenge and Reform* 340-42 (1996).

(62) Véase, MCCANN Michael W., *Rights p. Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization* (1994) (argumentando que en ocasiones el litigio puede ser un catalizador del movimiento social); KLARMAN, op. cit. (explicando el efecto sobre la agenda pública del caso "Brown", aun que mencionando también que la opinión pública fue más influida por el movimiento por los Derechos Civiles que por los litigios judiciales).

y opacado por otras consecuencias indirectas asociadas, como el efecto de la desmovilización de los grupos de interés (63), la mala aplicación de recursos económicos y humanos escasos (64), y la consecuente posibilidad que se abre a los políticos para desentenderse del problema, que pasa a ser responsabilidad exclusiva de los tribunales. (65)

Es por ello que aún en el plano de la instalación política de los conflictos estructurales el balance podría ser negativo. Concretamente, se ha señalado el efecto retardatorio que tuvo la estrategia judicial en materia de integración racial (66), cuya causa sería la de que "la creencia por parte de la comunidad negra en la eficacia del litigio inhibió el desarrollo de técnicas que incluyeran la participación y control popular". (67)

El panorama es similar si se analizan los resultados en materia de reforma carcelaria. Si bien se ha señalado que esta materia es una de las pocas en las que los tribunales fueron "relativamente exitosos" (68), no resulta claro que ello sea necesariamente como consecuencia de la intervención judicial. En concreto, algunos estudios señalan que la mejora decisiva, consistente en la construcción de nuevas prisiones, no ha sido como respuesta a demandas judiciales, y que luego de más de una década de litigios, la sobrepoblación y las relaciones carcelarias continuaban siendo problemáticas. (69)

(63) Autores enrolados en la corriente llamada Critical Legal Studies consideran que adoptar la estrategia del litigio de reforma estructural es ineficaz, contraproducente y conservadora, al reforzar estructuras de subordinación. Véase MACK, Kenneth W., *Rethinking Civil Rights Lawyering and Politics in the Era Before Brown*, 115 Yale L. J. 256 (2005); GUINIER, Lani, *From Racial Liberalism to Racial Literacy: Brown v. Board of Education and the Interest-Divergence Dilemma*, 91 J. Am. Hist. 92 (2004); SIEGEL, Reva, *Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action*, 49 Stan. L. Rev. 1111, 1132-45 (1997); MCCANN, Michael W., *Taking Reform Seriously: Perspectives On Public Interest Liberalism* (1986).

(64) KLARMAN, op. cit., p. 219 (afirmando que después de "Brown", la estrategia del litigio y de la acción directa compitieron por recursos económicos escasos).

(65) SANDLER - SCHOENBROD, op. cit., p. 139; ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 102; TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts* 173 (1999).

(66) ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 156; ROSENBERG, Gerald N., *Brown Is Dead! Long Live Brown!: The Endless Attempt to Canonize a Case*, 80 Va. L. Rev. 161 (1994); KIEL, Daniel, *Exploded Dream: Desegregation in the Memphis City Schools*, 26 L. - Ineq. 261 (2008) (argumentando que el uso de remedios estructurales inflexibles tales como el "busing" hirieron de muerte a los procesos de integración en curso). En contra de esta postura, véase KLARMAN, Michael J., *Brown, Racial Change, and the Civil Rights Movement*, 80 Va. L. Rev. 7 (1994) (argumentando que "Brown" aceleró de modo indirecto el ritmo de cambio en materia de integración al cristalizar la resistencia del Sur, lo cual a su turno derivó en una confrontación más violenta y, en última instancia, dio lugar a la legislación sobre Derechos Civiles).

(67) BELL, Derrick A. Jr., *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 Yale L. J. 470, 514 (1976).

(68) FEELEY, Malcolm M., *Implementing Court Orders in the United States*, in *Judicial Review and Bureaucratic Impact* 221, 223 (Marc Herthog - Simon Halliday eds., 2004). En idéntico sentido, POWERS - ROTHMAN, op. cit., p. 108.

(69) Véase, *Colloquium: The Prison Overcrowding Crisis*, 12 N.Y.U. Rev. L. - Soc. Change 1 (1984).

Paralelamente, al igual que en el caso de la desegregación en las escuelas, los modelos unilaterales y poco flexibles, generaron resistencias, reacciones, consecuencias no deseadas y efectos contraproducentes. En particular, como se ha dicho, se ha identificado que la intervención judicial fue ineficaz para obtener nuevos recursos presupuestarios (70), relajó la autoridad en las cárceles (71), condujo a un aumento en la violencia entre internos (72), y hasta en algunos casos se hasta se lo ha podido asociar con el aumento en la tasa de delitos fuera del penal. (73) Al igual que en reforma educativa, la opinión pública con el tiempo le ha dado la espalda a este tipo de enfoques. (74)

De todos modos, en todos estos casos es posible señalar algunos aciertos de los que podemos extraer conclusiones útiles para formular modelos teóricos para el uso eficaz de los remedios estructurales. En líneas generales, la doctrina moderna considera que la utilización de un remedio estructural resulta aconsejable en aquellos casos en los que el sistema jurídico y político permite poner práctica un modelo horizontal multilateral (75) o experimentalista (76) en donde el tribunal actúa más como un "power broker" (77) o un negociador (78) que como una fuente providencial de soluciones en forma de políticas públicas. Esta concepción supone reglas de procedimiento abiertas en donde el proceso se transforma en un ámbito participativo, un foro para que sean las partes involucradas las que puedan acordar los pasos a seguir para conseguir reformas. El punto

(70) FRIEDMAN, Barry, *When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies*, 65 S. Cal. L. Rev. 735, 775 (1992).

(71) POWERS - ROTHMAN, op. cit., p. 111.

(72) Id. p. 96; ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 307; MARQUART, James W. — CROUCH, Ben M., *Judicial Reform and Prisoner Control: The Impact of Ruiz v. Estelle on a Texas Penitentiary*, 19 Law - Soc'y Rev. 557, 575 (1985).

(73) SANDLER - SCHOENBROD, op. cit., p. 187.

(74) Con el tiempo, sin embargo, el apoyo a los litigios promovidos por personas privadas de la libertad se erosionó. Véase, SCHLANGER, op. cit., p. 571.

(75) ZARING, David, *National Rulemaking Through Trial Courts: The Big Case and Institutional Reform*, 51 Ucla L. Rev. 1015, 1021 (2004) (dividiendo a los comentaristas sobre litigios de reforma estructural entre "unilateralistas", que ponen el foco exclusivamente sobre el juez, y "multilateralistas", que ponen el foco en el aporte que deben hacer todas las partes del proceso).

(76) SABEL - SIMON, op. cit., p. 1016.

(77) Véase, p. ej., DIVER, Colin S., *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions*, 65 Va. L. Rev. 43, 77-88 (1979); MANGABEIRA UNGER, Roberto, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, 1987, p. 530.

(78) SHEP MELNICK, R., *Taking Remedies Seriously: Can Courts Control Public Schools? in From Schoolhouse to Courthouse*, op. cit., ps. 17, 29. En idéntico sentido, STURM, op. cit., p. 1438; KIM, Catherine Y., *Procedures for Public Law Remediation in School-to-Prison Pipeline Litigation: Lessons Learned from Antoine v. Winner School District*, 54 N.Y.L. Sch. L. Rev. 955, 961-2 (2009/10); SCHLANGER, Margo, *Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation*, 97 Mich. L. Rev. 1994, 2012 (1999).

clave, consiste entonces en que el juez pueda lograr el compromiso de las autoridades políticas para que, en acción coordinada, se produzca un impacto sustentable a largo plazo.

Fuera de este modelo horizontal y moderado —de por sí difícil de aplicar en la práctica— el análisis de la situación en los EE.UU. de los remedios estructurales revela que este tipo de herramientas han perdido su apogeo, su clímax, y no cumple en la mayoría de los casos las expectativas que —en algún momento— se depositó en ellas. Ello explica por qué hoy la realidad nos muestra que en líneas generales las “*injunctions* estructurales se han retirado gradualmente de la escena.” (79)

### III. Litigio estructural en la Argentina

#### 1. El caso de la Argentina: su importancia

A los efectos de este estudio comparativo, el análisis de la situación de Argentina presenta varios puntos de interés. En primer lugar, la Argentina es uno de los pocos países de la región que tiene un catálogo generoso de derechos sociales de jerarquía constitucional que convive, al mismo tiempo, con un modelo de control de constitucionalidad fuerte similar al de los EE.UU.

Más aún, los “remedios estructurales son infrecuentes en el Derecho Constitucional comparado” (80) y, en ese contexto, la Argentina es “uno de los pocos países que concretamente ha intentado implementar remedios estructurales”. (81) Esta peculiaridad, se explica a partir de la reciente adopción de un modelo de Corte “hiper-activista”, que busca legitimarse ante la sociedad y ganar un lugar en la dinámica política. El presidente de la Corte Suprema explica esta estrategia de legitimación:

En un futuro, no muy lejano, esperamos contar con un Poder Judicial que ejerza y cumpla el rol de colaborar en las grandes transformaciones que necesita nuestro país. Y esto lo digo porque históricamente los poderes judiciales han sido concebidos para conservar el orden existente, pero en los últimos años se ha trabajado mucho en la doctrina jurídica, en la filosofía del derecho y en todas las áreas que nosotros habitualmente frecuentamos, en el sentido de que el Poder Judicial también es un actor institucional que participa para transformar la sociedad y no sólo para conservarla. Y en esta transformación de la sociedad tenemos un rol importantísimo que cumplir. [...] En este sen-

(79) BERZON, Marsha S., Rights and Remedies, 64 La. L. Rev. 519, 525 (2004); GILLES, Myriam, An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops. It's Still Moving!, 58 U. Miami L. Rev. 143, 144 (2003).

(80) LANDAU, David, The Reality of Social Rights Enforcement, 53 Harv. Int'l L.J. 189, 235 (2012).

(81) Id., p. 235, nota 246.

tido, es que el Poder Judicial, junto con los demás poderes, tiene que actuar como un agente de transformación institucional con decisiones judiciales y también institucionales. [...] Ese es entonces el rol que nosotros pensamos para el Poder Judicial, un rol activo, participativo en la agenda pública de las grandes cuestiones ciudadanas, que se oriente hacia la transformación, que permita participar en las grandes decisiones del Estado. (82)

En segundo lugar, el caso de Argentina es apto para un estudio comparativo, por la fuerte influencia que históricamente ha tenido en ese país el Derecho Constitucional de los EE.UU. La Argentina adoptó su primera Constitución formal mediante las convenciones de 1853 y 1860, inspirada fundamentalmente por el pensamiento constitucional estadounidense. Aunque el proceso constitucional argentino recibió otros aportes e influencias específicas, lo cierto es que la estructura fundamental de la Constitución Argentina fue diseñada siguiendo la letra y el espíritu de la Constitución de los EE.UU. (83) Tal como lo manifestó José Benjamín Gorostiaga, líder intelectual de la Convención Constituyente de 1853, la Constitución Argentina está “vacuada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos”. (84)

De modo que, en la medida en que ambos países comparten elementos constitutivos fundamentales, y que la Corte Suprema Argentina recibe aún hoy una fuerte influencia de su par estadounidense, es que la comparación entre ambos sistemas jurídicos resulta pertinente y es posible extraer enseñanzas de un sistema para ser tenidas en cuenta en el otro.

Existe, no obstante, una diferencia de particular importancia para la cuestiones bajo análisis en este trabajo. La Argentina es un país con un sistema de derecho civil continental, mientras que los remedios estructurales pueden ser entendidos como un desarrollo lógico y previsible de la función creadora de normativa social que tradicionalmente han tenido los jueces del *common law*. (85) Es por ello que se ha dicho que los distintos

(82) Centro de Información Judicial, Apertura del Año Judicial 2011, disponible en <http://www.cij.gov.ar/multimedia.html>.

(83) Cf. GARCÍA, Manuel J. - MANSILLA - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, Las fuentes de la Constitución Nacional (2006); ZAVALÍA, Clodomiro, Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo americano (1920); PADILLA, Alberto, La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino (1921); GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., Derecho Constitucional Argentino (1930); BIANCHI, Alberto B., Historia de la Formación Constitucional Argentina (2007). En contra, RIVAROLA, Rodolfo, La Constitución Argentina y sus Principios de Ética Política (1944) (criticando la opinión de que la Constitución argentina sea una mera copia de la estadounidense y que pueda interpretarse a partir de jurisprudencia de aquel país).

(84) RAVIGNIANI, Emilio, Asambleas Constituyentes Argentinas, t. IV, p. 468 (1939).

(85) FISS, Foreword..., p. 36 (argumentando que la función de los tribunales bajo el *common law* no ha sido primordialmente la solución de controversias sino la de darle sentido a los valores públicos a través de la aplicación y creación de normas).

actores del sistema aceptan “una de las características central de los litigios de Derecho Público es que son susceptibles de generar normas que habrán de aplicarse a personas que no han sido partes en el proceso” (86), es decir que se encuentra jurídica y políticamente aceptado que el proceso judicial puede tener “importantes consecuencias para muchas personas incluyendo a los ausentes” (87) Esta circunstancia, como es natural, define tanto en el modo en que los jueces y abogados entienden su labor, como también las expectativas que al respecto tienen la política y la sociedad.

Esta diferencia no sólo existe en el plano de la cultura sino que, concretamente, se materializa en ciertas características del ordenamiento procesal, como por ejemplo, la regulación de las acciones de clase y la existencia de una competencia “de equidad” (que es lo que da lugar a los “remedios” que se conocen bajo el nombre genérico de “*equitable relief*” y, dentro de ello, la especie más difundida de las “*injunctions*”). Tal como lo señala la doctrina argentina, “la tradición legalista y administrativista del Derecho continental europeo, que tanto ha influido en el derecho nacional, se aleja, en perjuicio nuestro, de la generosa intervención que tienen los jueces del *common law* a la hora de pautar el funcionamiento de las acciones de clase”. (88)

Por lo tanto, el análisis comparativo y la elaboración de un conjunto de reglas prácticas orientadas a responder a las preguntas de cuándo y bajo qué condiciones fácticas y jurídicas pueden ser eficaces los remedios estructurales, deberá hacerse con la conciencia de que cualquier dificultad o limitación que se haya producido en esta materia en los EE.UU. deberemos añadirle las dificultades adicionales que se derivan de un ordenamiento procesal civilista y de operadores jurídicos formados en torno a nociones de tendencia europea continental.

## 2. Alternativas institucionales

Ante un conflicto policéntrico, en donde pueda estar sujeto al control de constitucionalidad el amplio catálogo de derechos sociales consagrados por la Constitución, y el cumplimiento de la sentencia es implementado mediante la acción de organismos burocráticos gubernamentales, el Poder Judicial argentino cuenta con un menú de opciones variado, que le permite seguir distintos cursos de acción.

Una primera alternativa disponible para los tribunales argentinos, en igual medida que para los de EE.UU., es utilizar algunas de las denominadas

(86) APPEL, Peter A., *Intervention in Public Law Litigation: The Environmental Paradigm*, 78. Wash. U. L. Q. 215, 221 (2000).

(87) CHAYES, Abram, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281, 1304 (1976).

(88) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El amparo colectivo* 171 (1998).

“virtudes pasivas” (89) y evitar o posponer un pronunciamiento definitivo, a la espera de que sea resuelto de modo más eficaz o con mayor legitimidad en la arena política. Aun cuando la tendencia actual es hacia una mayor flexibilización del uso de estas barreras formales para el acceso a la jurisdicción, la jurisprudencia actual todavía recoge numerosos ejemplos. (90)

Asimismo, por tratarse de un sistema federal, también existe la posibilidad de plantear cuestiones de competencia a fin de transferir la decisión a otras jurisdicciones. (91) En el caso específico de los derechos sociales, los tribunales han invocado, bajo ciertas circunstancias, la falta de reglamentación legal suficiente o falta de operatividad (92), el principio de realización progresiva (93) o la falta de recursos presupuestarios.

Fuera de estas estrategias evasivas, los tribunales tienen una segunda alternativa, consistente en dictar una sentencia favorable a la petición planteada, pero al mismo tiempo evitar que ese pronunciamiento implique el avance inmediato hacia la reforma de una política pública general o ciertas condiciones sociales subyacentes.

Mediante sentencias que impliquen la satisfacción puntual, caso por caso, se puede acoger la demanda sin indagar sobre las causas profundas o mediatas del conflicto. Bajo este enfoque, la Corte argentina ha dictado sentencias favorables, satisfaciendo el reclamo concreto de las personas o grupos que promovieron la demanda, pero sin exigir ni liderar un cambio estructural en las políticas públicas o la dinámica administrativa vigente. Bajo este enfoque minimalista, suele ocurrir que la Corte es muy precisa a la hora de subrayar la singularidad de los hechos y circunstancias del caso, a fin de evitar que la decisión pueda ser fácilmente invocada y aplicada por

(89) Cf. BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court p. the Bar of Politics* 111-198 (2nd. ed., 1986).

(90) P. ej., Fallos 332:1433 (2009).

(91) En “Ramos” (Fallos 325:396) la Corte Suprema denegó una acción que solicitaba un subsidio alimentario y una solución habitacional promovida por una mujer con ocho hijos en estado de indigencia. El tribunal resolvió que la acción de amparo no era una vía adecuada, que era necesario mayor debate y prueba, y que la obligación primaria de proveer alimento y vivienda era de la familia y no del Estado. Adicionalmente, la Corte resolvió que este tipo de reclamos debía hacerse ante jurisdicciones locales, y no ante la jurisdicción federal.

(92) En “Ekmekdjian v. Sofovich” (Fallos 315:1492) la Corte Suprema resolvió que los Derechos Humanos consagrados en tratados internacionales eran debían presumirse operativos y directamente aplicables, aun en ausencia de legislación a nivel nacional. No obstante, en el caso “Quisberth Castro” (exp. Q.64.XLVI, 25 de abril de 2012), un caso vinculado al derecho a la vivienda, la Corte Suprema resolvió algunos derechos tienen una “operatividad derivada”, de modo que resultaría necesario aprobar una legislación especial antes de que sea posible accionar ante un tribunal por tal motivo.

(93) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2, párr. 2, (1966).

otros tribunales. (94) En otras oportunidades, la Corte ha recurrido a la afirmación expresa de que no considerará la solución como un precedente aplicable a otras situaciones pendientes. (95)

Se advierte que en este escenario, el beneficio que concede la Corte no suele ser una prestación diseñada por el propio tribunal, sino que lo más frecuente es recurrir al restablecimiento de beneficios ya existentes, regulados en su momento por las ramas políticas, contemplados presupuestariamente, pero que, por algún motivo fueron arbitrariamente suspendidos o eliminados. (96)

Por último, como tercera alternativa institucional, la Corte argentina puede analizar la necesidad de una reforma de las políticas públicas vigentes, a fin de remediar la faz estructural y subyacente que explica la violación continuada de ciertos derechos. En esta hipótesis, que es verdaderamente novedosa, la Corte ha utilizado dos enfoques.

El primero, ha sido el uso de las denominadas sentencias exhortativas en sentido lato. Aquí la Corte declara la inconstitucionalidad de cierta omisión estatal, e insta a los poderes públicos a que dicten las leyes y pongan en práctica las políticas públicas necesarias para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones constitucionales. Se abre entonces un proceso de diálogo institucional (97), en el cual el tribunal se limita a fijar las pautas de las acciones futuras de las ramas políticas y queda a la espera de la iniciativa de las otras ramas.

Como segunda variante, la Corte ha incorporado en años recientes la forma más activista e intensa de intervención, consistente en la utilización de los remedios estructurales, tal como han sido analizados más arriba. En

(94) Un ejemplo es el caso "Quisberth Castro", ya citado. Aquí, la Corte se pronunció sobre el derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Pero evitó pronunciarse sobre la constitucionalidad general de las políticas vigentes, y se limitó a dar una solución para el caso concreto teniendo en cuenta la situación de especial vulnerabilidad de la actora y su hijo discapacitado.

(95) En "Badaro II" (Fallos 330:4866), la Corte Suprema señaló expresamente que la decisión tenía aplicación únicamente en el caso concreto.

(96) Este enfoque es habitual en materia de Derecho a la Salud. Por ejemplo, en "Asociación Benghalensis" (Fallos 323:1339) la Corte ordenó que se restablezca la provisión de medicamentos y tratamientos para pacientes con HIV; en "Campodónico de Beviacqua" (Fallos 323:3229) la Corte Suprema exigió que se restablecieran tratamientos vinculados a la enfermedad de Kostman; y en "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta" (Fallos 326:4931), que no se interrumpieran tratamientos vinculados con la Esclerosis Múltiple.

(97) Un ejemplo de este enfoque es el caso "Badaro I" (Fallos 329:3089), en donde se resolvió que el Congreso debía dictar una ley para establecer un ajuste por movilidad de la jubilación del actor, de conformidad con la jurisprudencia. En "Rosza" (Fallos 330:2361) la Corte Suprema requirió que el Congreso dicte en el plazo de un año un nuevo régimen de nombramiento de subrogantes para los tribunales federales, estableciendo las pautas que el nuevo régimen debía seguir para ser constitucionalmente válido.

este punto, se destacan los casos "Verbitsky" (98) y "Mendoza" (99). Aquí, la Corte Suprema intentó poner en marcha un modelo de reforma estructural de gran alcance, con rasgos gerenciales, en busca de reformar la dinámica subyacente a la violación de los derechos. En estos dos casos la Corte ha buscado apoyarse explícitamente en la experiencia de los EE.UU. para dar una respuesta de reforma estructural, es decir, mediante el establecimiento de mecanismos de ejecución de sentencia que le permitan establecer y monitorear planes de gestión y reforma del sistema burocrático al que se atribuye la violación de algún derecho.

### 3. Reforma carcelaria: "Verbitsky"

El caso "Verbitsky" ha sido el primero en el cual la Corte Suprema argentina ha intentado adoptar el modelo de los remedios estructurales, siguiendo de modo explícito la jurisprudencia de EE.UU. en la materia. (100)

El caso comienza cuando Horacio Verbitsky, figura pública entonces muy cercana al gobierno nacional (101) y representante de la ONG Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), dedujo ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo en defensa de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados.

Tal como lo describe el presidente de la Corte Suprema, se decidió analizar el caso "...en términos de la doctrina anglosajona, un structural case o litigio de reforma estructural, por su complejidad y dimensión." (102) Fue así que en el año 2005 se dictó sentencia condenando a la provincia de Buenos Aires, e imponiendo diversas medidas de ejecución destinadas a revertir la situación carcelaria vigente hasta ese momento.

Por un lado, se dispuso que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos, e instruyó a los tribunales provinciales para que hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional del Estado nacional.

(98) Caso "Verbitsky", Fallos 328:1146 (2005).

(99) Caso "Mendoza", Fallos 330:1158 (2007).

(100) En el considerando 53 del caso "Mendoza", la Corte Suprema argentina cita los casos estadounidenses *Wolff v. McDonnell*, 418 US 539, 1974, *Hutto v. Finney* 437 U.S. 678 (1978), *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979) y *Rhodes v. Chapman* 452 36 U.S. 337 (1981), así como la obra de Lynn S. Branham, *The Law of Sentencing, Corrections, and Prisoners' Rights* (2002).

(101) Cf. Editorial, "Hipoteca Invisible", *Diario La Nación*, Sept. 4, 2013, § 1, p. 30.

(102) LORENZETTI, Ricardo L., *Justicia colectiva*, p. 47 (2010).

Se exhortó, además, a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia a adaptar su legislación al estándar básico de las "Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas" recogidas por la ley 24.660, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para preservar la dignidad de la persona humana.

Lo más novedoso del caso fue el establecimiento de una metodología de diálogo institucional y procedimientos para la negociación de soluciones. Como aspecto positivo, se destaca la orden dirigida a la Provincia de Buenos Aires para que establezca, junto con determinadas ONG, una "Mesa de Diálogo", y el deber de informar cada sesenta días los logros alcanzados. Fuera de ello, la sentencia no estableció una guía detallada en materias clave, como por ejemplo, las características concretas de la infraestructura carcelaria o metas presupuestarias.

En cuanto al cumplimiento de la sentencia, y el impacto concreto que ésta tuvo a lo largo del tiempo, es posible distinguir distintos resultados y distinta consistencia, según cada una de las facetas abordadas por el fallo de la Corte.

Respecto de la exhortación para reformar la legislación provincial, se advierte que existió un fuerte apoyo político y la respuesta de la legislatura local fue inmediata. Así, por ejemplo, el 8 de marzo de 2006 fue sancionada la ley provincial 13.449, que modificó sustancialmente el Código Procesal Penal provincial en materia de prisión preventiva y excarcelación. Con posterioridad, se dictaron muchas otras normas en la materia. Debe señalarse que las directrices internacionales a las que aludió la Corte, se limitan a establecer que la prisión preventiva debe ser "excepcional", pero ello no resulta una pauta demasiado nítida para guiar a la reforma pretendida, lo cual explica que las normas sancionadas no hayan sido del todo adecuadas y hayan sido objeto de crítica. (103) Estas medidas fueron eficaces para reducir moderadamente el número de personas detenidas con prisión preventiva, bajando de 24.576 en 2005, a 19.605 personas en 2014, aunque hay que destacar que no existen avances en la materia en los últimos cuatro años ya que el porcentaje de presos en esa condición se mantiene estable desde 2010. (104)

En cuanto a las órdenes de la Corte dirigidas a erradicar las detenciones de menores y enfermos en comisarías, los resultados son ambivalentes. Por un lado se destaca que la propia Suprema Corte Provincial resolvió, en base a un informe de la Comisión Provincial de la Memoria, que se habían erradicado ese tipo de detenciones y que estaban prohibidas hacia el futuro, de modo que consideró que el problema estaba formalmente resuelto. No obstante,

(103) SAGÜÉS, Néstor P., "Las sentencias constitucionales exhortativas", L.L. 2005-F, p. 1461.

(104) CELS, "A cuatro meses de la emergencia en seguridad en la provincia de Buenos Aires", p. 12 (2014).

hay voces que denuncian que ese tipo de detención ilegal todavía se produce en los denominados "Centros Transitorios" (105), que no serían adecuados para los menores. Asimismo, este aspecto del fallo ha presentado efectos paradójales, no deseados, ya que se ha registrado el caso de menores que solicitaban —por hábeas corpus— quedarse en las celdas hacinadas de las comisarías junto a mayores detenidos, para no ser trasladados a instituciones de menores en lugares alejados de sus residencias habituales. (106)

Sobre la cuestión referida a la cantidad de adultos detenidos en comisarías, se ha señalado que, en un primer momento, se logró bajar la cantidad de 6.055 a 2.782 detenidos en el año 2007. (107) Sin embargo, el poco compromiso de las autoridades públicas provinciales para terminar con esta situación a lo largo del tiempo, hicieron que la tendencia se revierta notablemente hacia 2009, en donde la cifra aumentó a 4.552 personas. (108) Además, se ha señalado que esta baja de las detenciones en comisarías de los últimos años es artificial y se hizo a costa de empeorar las condiciones carcelarias generales. (109)

Esta situación motivó que la propia Corte Suprema intimara al gobernador a remediar la situación. A pesar de ello, el problema no fue erradicado. Si bien el número oficial bajó a unos 1.069 en el año 2011 (110) el CELS ha denunciado que este número oficial aumentó hacia mayo de 2014 a 1.694 detenidos y que incluso esta cifra es inexacta, ya que el número real supera en la actualidad los 3.000 detenidos. (111)

Más aún, en mayo de 2014 se produjo un grave retroceso en la causa, ya que el Poder Ejecutivo provincial declaró la emergencia en materia de seguridad y habilitó el alojamiento de presos en comisarías por tiempo prolongado (112), en un abierto incumplimiento de la orden de la Corte Suprema. Ello motivó inmediatas peticiones ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que fueron rechazadas por razones formales. (113)

El análisis del impacto del fallo "Verbitsky" sobre la infraestructura carcelaria tampoco revela un verdadero cambio. Se observa que 29 de las 56 unidades

(105) PUGA, Mariela, "La Realización de los Derechos en Casos Estructurales: Las Causas Verbitsky y Mendoza", Revista Pensamiento Penal, 2012, t. 148, p. 17.

(106) PUGA, op. cit., p. 16.

(107) CELS, Derechos Humanos en Argentina: Informe anual 2012, p. 195.

(108) LIPCOVICH, Pedro, "Tienen Condiciones Inhumanas", Diario Página 12, 20/3/2010, p. 6.

(109) Comisión Provincial por la Memoria, Informe Anual 2012 [en adelante, "CMP Informe"], p. 44.

(110) Id.

(111) CELS, "A cuatro...", p. 16.

(112) Decreto Poder Ejecutivo de la Provincia de Bs. As., 220/2014.

(113) Suprema Corte de la Prov. de Bs. As., caso "Comisión Provincial por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires v. Provincia de Buenos Aires", del 13 agosto 2014.

penales provinciales se encuentran sobrepasadas (114), y las noticias dan cuenta de que permanentemente deben tomarse medidas de emergencia, para atender a situaciones excepcionales de hacinamiento. (115) En cuanto a este último punto, vinculado con las condiciones generales de detención, se ha advertido que lo más grave no es el déficit de plazas, sino que la violencia sigue siendo parte de la estructura y cultura del Servicio Penitenciario (116) y en los últimos años se ha profundizado. (117) Proliferan las riñas entre detenidos, potenciadas por condiciones de vida deplorables, lo cual dispara la violenta represión con que se resuelven tales problemas, lo que a su turno genera más fricción y nuevos episodios de violencia.

Por último, si se analiza el impacto de la sentencia sobre el sistema carcelario en general, atendiendo a la evolución de la cantidad total de personas privadas de libertad a lo largo del tiempo, tampoco se advierten resultados positivos. Si bien en este punto inciden una multiplicidad de causas, los datos revelan que, en la provincia de Buenos Aires, la cantidad total de detenidos aumentó un 33,2% entre 2007 y 2014, presentándose en la actualidad el número mayor de detenidos en los últimos 15 años (118), sin que se hayan realizado mejoras de infraestructura adecuadas para atender a ese crecimiento. (119)

Desde otro enfoque, cabe referirse al aspecto puramente procedimental del caso "Verbitsky", consistente en la conformación de una "Mesa de Diálogo" entre las autoridades provinciales y las ONGs vinculadas a la temática. En este plano se ha constatado que el diálogo fue intenso en los dos primeros años posteriores a la sentencia, para luego paralizarse por completo. Un problema recurrente, consistió en falta de representación de los varios organismos públicos con competencia en la materia, lo cual impidió se avance substancialmente en la planificación. (120) Con posterioridad, a partir del año 2007, se ha denunciado que las nuevas autoridades provinciales obstaculizaron el funcionamiento de este mecanismo, neutralizando su eficacia. (121)

En resumen, los autores especializados vienen señalando desde hace algunos años los problemas de cumplimiento del caso "Verbitsky". En el año 2009, se afirmaba que el objetivo mínimo "todavía está lejos de ser cumpli-

(114) CELS, "Derechos...", p. 203.

(115) Véase DiarioJudicial.com, "A reubicar presos por la superpoblación", disponible en <http://www.diariojudicial.com/noticias/A-reubicar-presos-por-la-superpoblacion-20130711-0004.html>.

(116) CELS, "Derechos...", p. 211.

(117) Informe CMP, p. 216-251.

(118) Id., p. 11.

(119) Id., p. 20.

(120) PUGA, op. cit., p. 27.

(121) Cf. LIPOVICH, op. cit., p. 6.

do" (122), toda vez que el propio CELS denunció entonces "la sobrepoblación y el hacinamiento continúan caracterizando la vida de los centros de detención de la provincia" y que "...el escenario actual muestra una evidente regresión con relación a los avances que se habían alcanzado durante los dos años posteriores a Verbitsky". (123) Dado que en los años posteriores a 2009 la las autoridades provinciales restaron apoyo político a esta iniciativa, no sorprende la afirmación de que no mejoró en los hechos, y substancialmente, la situación de los detenidos ni puede afirmarse que los menores estén actualmente alojados en establecimientos apropiados. (124) De modo que al día de hoy, a ocho años del dictado de la sentencia, la percepción de la opinión pública y de los expertos es la de que el cumplimiento de este fallo "sigue resultando de dificultoso —cuando no imposible— cumplimiento". (125)

A modo de evaluación general, parece existir consenso respecto de que la iniciativa tuvo un impacto positivo moderado en los primeros años, pero luego el proceso de reforma perdió impulso y se observa un estancamiento general y hasta de retroceso respecto de la situación inicial en algunas áreas. Esta situación puede deberse, en parte, por el bajo compromiso de las autoridades provinciales. Se advierte en este punto que la Corte Suprema dictó su sentencia sin un reenvío a la Suprema Corte de la provincia. Ello puede explicar, en parte, la falta de voluntad de las autoridades políticas y judiciales locales para encarar soluciones de largo plazo. Así, la Corte ha reclamado "una activa participación del Poder Judicial de la provincia sobre aspectos imprescindibles para la ejecución del remedio, pero ha prescindido de la participación de la justicia provincial en la definición del problema". (126) Al mismo tiempo, resalta de la sentencia de la Corte Suprema el hecho de que no se hayan establecido sanciones concretas para el caso de incumplimiento o desobediencia de los mandatos judiciales.

#### 4. El medio ambiente: caso "Mendoza"

El caso "Mendoza" surge como consecuencia del reclamo de diecisiete personas por la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo. En su demanda, los actores reclamaron tanto los daños y perjuicios ocasionados como el cese de contaminación y la recomposición del

(122) MAURINO, Gustavo - SIGAL, Martín, "Halabi: La Consolidación Jurisprudencial de los Derechos y Acciones de Incidencia Colectiva", J.A. 2009-II-39.

(123) CELS, Denuncia por Incumplimiento de la Decisión del Máximo Tribunal 2 (2009) disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/DENUNCIA%20INCUMPLIMIENTO%20SOLICITA%20AUDIENCIA%20PUBLICA%20FINAL.pdf>.

(124) PUGA, op. cit., p. 27.

(125) BAZÁN, Víctor, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y Algunas Líneas Jurisprudenciales Salientes en Materia de Derechos Fundamentales", L.L. 2012-B, p. 973.

(126) FILIPPINI, Leonardo G., "Superpoblación carcelaria y hábeas corpus colectivo", Revista Lexis-Nexis Buenos Aires 2005-II-260, 265.

ambiente. Como responsables, señalaron al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad de Buenos Aires. Al mismo tiempo, demandaron a más de 44 empresas contaminantes por volcar directamente al río residuos peligrosos sin la debida construcción de plantas de tratamiento. Se destaca que en la cuenca de este río, que es uno de los más contaminados del mundo, viven cerca de cinco millones de personas.

El procedimiento no se inició como una acción de clase, sino según las reglas del proceso civil ordinario, en la instancia originaria de la Corte Suprema. La Corte Suprema dictó una primera sentencia el día 20 de junio de 2006, en la que sostuvo que se debían distinguir los intereses individuales de los colectivos. (127) La acción de daños personales, sufridos por cada individuo, debía canalizarse por otra vía procesal, en las instancias inferiores. Al mismo tiempo, la Corte se declaró competente para conocer en la pretensión relativa al bien colectivo, con el objeto de recomponer el cauce del río así como la prevención del daño futuro.

Así comenzó un proceso calificado como "proceso ambiental expedito atípico" (128) que suscitó gran interés de la opinión pública y de las ONGs especializadas. A partir de entonces se sucedieron pedidos de informes y audiencias públicas en las que las partes involucradas fueron acercando información al tribunal.

A lo largo del año 2006, la Corte estuvo enfocada en definir cuáles serían las partes del proceso, ya que no existían parámetros preestablecidos para causas colectivas de estas características. Estas decisiones, pusieron en marcha la actividad del Congreso, motivo por el cual se aprobó finales del año 2006 la ley 26.168 cuyo objetivo fue la creación de la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) como ente de derecho público interjurisdiccional.

Luego de un procedimiento de información especial, y varias audiencias públicas más, la Corte Suprema dictó sentencia con fecha 8 de julio de 2008. La decisión es naturalmente extensa, pero vale la pena rescatar que su objeto se orientó hacia el futuro y fijó objetivos generales tales como "*los lineamientos que deberá seguir la Autoridad de Cuenca en materia de información pública, contaminación de origen industrial, saneamiento de basurales, limpieza de las márgenes del río, expansión de la red de agua potable, desagües pluviales, saneamiento cloacal y plan sanitario de emergencia*". (129)

En síntesis, pues, la sentencia condena a la Nación, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires a cumplir con un programa obligatorio denominado Plan Integral de Saneamiento Ambiental (PISA) de la Cuenca

(127) Caso "Mendoza", Fallos 329:2316 (2006).

(128) LORENZETTI, op. cit., p. 47.

(129) Id., p. 223.

Matanza-Riachuelo. El organismo público que quedó a cargo de cumplir el PISA, es la ACUMAR, presidida por el Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, e igualmente compuesto por representantes de las tres jurisdicciones responsables.

En esa misma resolución, la Corte tomó una decisión no contemplada en la ley ni en algún otro precedente, y delegó el proceso de ejecución de la sentencia en un juzgado federal de primera instancia de la ciudad de Quilmes (130), a fin de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento. A tal efecto, le otorgó a este juzgado inferior competencia exclusiva en todos los aspectos relacionados con el cumplimiento de la sentencia condenatoria y de todos aquellos casos vinculados al daño ambiental colectivo en la cuenca del río Matanza-Riachuelo, resultando además instancia de revisión de los actos administrativos emanados de la ACUMAR. Las decisiones que tome el juez federal como consecuencia de la delegación impuesta podrán ser recurridas directamente por ante la Corte Suprema.

Al mismo tiempo, la sentencia otorgó al juzgado de ejecución facultades para ordenar la investigación de delitos derivados del incumplimiento de los mandatos establecidos en la sentencia, y para aplicar y fijar el valor de las multas pecuniarias por incumplimientos de las obligaciones establecidas.

Asimismo, estableció que el incumplimiento de cualquiera de los plazos establecidos en el programa importaría la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca. Por otra parte, la Corte encomendó al Defensor del Pueblo de la Nación y ciertas ONG (131) la conformación de un cuerpo colegiado para el control del Plan de Saneamiento, representar el interés público en el marco del trámite de la ejecución de la sentencia, y promover la participación ciudadana. (132) Comentando el alcance de lo ordenado por la Corte Suprema, su presidente Lorenzetti explicó que no se establecieron los medios ni procedimientos detallados que deberían seguir las autoridades administrativas, sino que el tribunal se limitó a fijar "objetivos, se describieron etapas según las distintas fuentes de contaminación y los plazos para cumplir". (133)

(130) El motivo de la designación del Juzgado Federal de Quilmes se debió "al informe de la Secretaría de Administración General de la Corte Suprema, que explicó que el Juzgado Federal referido tiene recursos humanos suficientes debido a su reciente creación para cumplir con la tarea encomendada por la Corte Suprema" (MACÍAS, Francisco A. y otros, "La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordena sanear la cuenca Matanza — Riachuelo", I.J. Editores [en adelante I.J.E.], 2008-XXIX-878).

(131) Las ONGs que integran el cuerpo colegiado son la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos (ACDH), Asociación de Vecinos La Boca, (AVLB), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y Greenpeace Argentina.

(132) CORIA, Silvia, "Presentación de un caso Argentino de acceso a la Justicia Ambiental", I.J.E. (2012-65-812).

(133) LORENZETTI, op. cit., p. 187.

A partir de esta configuración institucional *ad hoc*, comenzaron los trabajos. Al cumplirse un año desde el dictado de la sentencia comenzaron a señalarse los incumplimientos al plan trazado y a los plazos establecidos. (134) Al cumplirse dos años, la propia Corte Suprema emitió una dura sentencia reconociendo que “transcurridos dos años desde ese pronunciamiento, y a pesar de los continuos requerimientos efectuados por el juez delegado, se advierten incumplimientos que no han sido debidamente justificados” (135) y amenazando con multas monetarias en cabeza de los funcionarios involucrados.

Puede señalarse que a más de 8 años de iniciado el proceso, el caso “Mendoza” logró concentrar el interés público y colocar el tema en la agenda del debate. Asimismo, la iniciativa de la Corte unida al inicial apoyo político del gobierno nacional hicieron posible la adopción de medidas que implican avances sólo puntuales.

Entre los problemas que se han detectado, sobresale la dificultad en coordinar la acción inter-jurisdiccional. ACUMAR es integrado por tres entes estatales que responden, políticamente, a partidos distintos y muy enfrentados. Al mismo tiempo, los intereses económicos de las empresas ribereñas han hecho pesar su poder.

Los datos oficiales, presentados por la ACUMAR ante la Corte en el año 2013 (136), señalan que se ha avanzado en la erradicación de industrias contaminantes en el área de Dock Sud; se han erradicado el 69% de los basurales a cielo abierto y empleado varias medidas en 14 municipios para el tratamiento de residuos; se ha liberado el camino de sirga y se han relocalizado más de 1059 familias; se implementaron numerosas medidas para la atención médica de los afectados por los riesgos ambientales; y se iniciaron campañas de monitoreo continuo de calidad del agua y el aire en diversos puntos de la cuenca.

Sin embargo, frente a ello, otras fuentes de información, confiables e independientes, denuncian que los avances no son tan extendidos como ACUMAR alega, ya que los medios utilizados para la solución de algunos conflictos subyacentes a la cuestión resultan insuficientes en proporción al riesgo y el daño sufrido por los habitantes y por el medio ambiente. En un informe de la Auditoría General de la Nación (AGN), se demuestra la falta de claridad por parte de ACUMAR a la hora de mostrar resultados, y ello dificulta la evaluación objetiva de los avances en las áreas comprometidas. (137)

(134) GÓMEZ, Antonio G., “A más de un año del fallo Mendoza”, L.L. 2009-E, p. 292.

(135) Caso “Mendoza”, I.J.E. (2010-XXXIX-658).

(136) ACUMAR, Informe 2013, disponible en [http://www.acumar.gov.ar/pdf/Audiencia\\_13\\_mayo\\_2013/audiencia.html#/0](http://www.acumar.gov.ar/pdf/Audiencia_13_mayo_2013/audiencia.html#/0).

(137) AGN, Informe Integral de las Actividades del PISA (2013), disponible en [http://www.agn.gov.ar/files/informes/2013\\_250info.pdf](http://www.agn.gov.ar/files/informes/2013_250info.pdf).

Por ejemplo, según las propias cifras oficiales, de 12.701 establecimientos productivos en la margen del río, 6.949 son industrias y sólo 177 han completado los Programas de Reconversión Industrial. Esto sugiere que el ritmo de avance es inadecuado. (138)

En el caso de los basurales a cielo abierto, ocurrió un retroceso significativo. Una auditoría interna de ACUMAR concluyó en un informe reservado, que sólo dio a conocer la prensa, que en 11 municipalidades el 70% de los basurales cerrados volvieron a abrirse antes del año. (139) Asimismo, el informe reveló que en estos casos no se dispuso vigilancia alguna y que en sólo 3% de los casos se colocaron contenedores adecuados para prevenir la reapertura. De acuerdo con la prensa, este retroceso es atribuible a la total falta de compromiso de las autoridades municipales locales con el proceso de saneamiento. (140)

Respecto de la relocalización de familias, FARN ha planteado que a pesar de los avances alegados por las autoridades, la calidad de vida no ha mejorado sustancialmente, dada la falta de condiciones básicas que presentan las nuevas viviendas. (141) En ello coincide la Defensoría del Pueblo de la Nación, que ha planteado que esta misma situación y una falta de preocupación por los derechos de los relocalizados. (142)

En cuanto al Plan Sanitario, las políticas implementadas también recibieron duros cuestionamientos por una falta de una política proactiva en materia de atención a la comunidad y de una intervención preventiva. Entre otras cosas, ello explica las denuncias que señalan que todavía existe un gran número de niños que exhiben plomo en sangre. (143)

En el caso concreto de la calidad del agua, Greenpeace ha demostrado que no existen avances concretos ni una tendencia que evidencie el mejoramiento de la calidad de las aguas superficiales, que siguen muy contaminadas. (144) A pesar de los años transcurridos, no ha disminuido la presencia de altos niveles de metales pesados como el plomo y el cromo, así como

(138) NÁPOLI, Andrés, FARN, A 5 Años del Fallo de Corte 3-4 (2013), disponible en [http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2013/07/napoli\\_riachuelo\\_5anosdelfallo.pdf](http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2013/07/napoli_riachuelo_5anosdelfallo.pdf).

(139) ROCHA, Laura, “Riachuelo: Reapareció el 70% de los Basurales Erradicados”, Diario La Nación, Oct. 30 2013, §1, p. 28.

(140) Id.

(141) NÁPOLI, op. cit., ps. 3-4.

(142) BARRAL, María Laura — DOAT, Diego F., “Cuenca Matanza — Riachuelo: Análisis de los inconsistentes planes de relocalización presentados por el GCBA”, Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2011-2-126).

(143) AVLB, “Riachuelo: el 25% de los chicos de la Villa 21-24 tiene plomo en sangre (20/8/2013), disponible en <http://www.avelaboca.org.ar/sitio/index.php?id=703>.

(144) Greenpeace, Las Aguas Siguen Bajando Turbias (2013), disponible en <http://www.greenpeace.org/argentina/Global/argentina/report/2013/contaminacion/Analisis-CalidadAguaRiachuelo2008-2012%20Greenpeace.pdf>.

de materia orgánica, en tanto que es nula la existencia de oxígeno, lo que configura un cuadro letal. Un estudio académico independiente publicado en el año 2013 reveló que el 80% de las muestras de agua tomadas en pozos linderos al río Matanza-Riachuelo no eran aptas para el consumo humano debido a la contaminación del río. (145)

En general, no se observan políticas integrales y estables que solucionen los problemas de fondo por los cuales se produce tal deterioro ambiental, para que los avances parciales resulten ser permanentes. Es evidente que el control sobre los volcados industriales al río es insuficiente, lo que resulta la causa fundamental de que éste continúe contaminado. En los últimos años, se evidencia además una falta de voluntad política, lo que queda corroborado con los serios problemas que han existido desde el comienzo para asegurar el financiamiento de las tareas. (146)

La responsabilidad por la ejecución día a día de estos planes ha recaído en un juzgado inferior, al cual se lo dotó de gran cantidad de recursos, personal y un gran poder de decisión. En un procedimiento no contemplado en la ley, sino creado *ad hoc* para el caso concreto, se habilitó la aplicación de multas y hasta detenciones temporarias. Pero, como era previsible, la AGN confirmó irregularidades y falta de transparencia en varias contrataciones de obras de infraestructura. El mayor poder concentrado en la persona del juez, fuera de pautas legales claras, se tradujo en abusos y en recientes denuncias de corrupción, que terminaron con una decisión de la Corte Suprema desplazando al juez de su cargo, denunciándolo penalmente (147) y con la causa paralizada.

Por lo tanto, puede afirmarse que hasta ahora, la tarea de saneamiento intentada por el Poder Judicial obtuvo algunos avances específicos y fue eficaz para instalar la cuestión en la agenda pública. Pero en cuanto a resultados concretos, que impliquen un cambio profundo y estable, estamos lejos de los resultados esperados, tal como lo reflejan los informes ya citados, la prensa (148), la Universidad de Buenos Aires (149) o la academia jurídica. (150)

(145) MONTEVERDE, Malena, et al., "The Origin and Quality of Water for Human Consumption: The Health of the Population Residing in the Matanza-Riachuelo River Basin Area in Greater Buenos Aires", *Salud Colectiva*, Abr. 2013, ps. 53-63.

(146) Cf. FARN, (Dic. 27, 2011), disponible en <http://www.farn.org.ar/newsite/archivos/12612>.

(147) Caso "Mendoza", I.J.E. (2012-LXVI-596).

(148) Véase ROCHA, op. cit.; "La Historia del Saneamiento Suma Promesas Incumplidas", *Diario Clarín*, Nov. 6, 2013, § 1, p. 7; "Falta de Ejecución de los Fondos Para Sanear el Riachuelo", *Diario Perfil*, Julio 7, 2013, § 1, p. 18.

(149) Editorial, "El Saneamiento del Riachuelo", *Diario La Nación*, Mayo 27, 2012, § 1, p. 22.

(150) Véase BAZÁN, op. cit., p. 972; MAURINO - SIGAL, op. cit., p. 41.

#### IV. Enseñanzas del análisis comparativo

A continuación, intentaremos sintetizar algunas conclusiones que pueden extraerse del sistema de los EE.UU. y establecer si es que en la Argentina pueden resultar de utilidad. Para una mejor exposición, distinguimos en el análisis a las condiciones políticas de los requisitos técnicos.

Las condiciones políticas que enumeramos a continuación son de índole descriptiva, no normativa, y pueden resultar de interés para orientar y analizar el rol de los tribunales en su interacción con los demás factores de poder en su búsqueda de un resultado eficaz en el uso de los litigios estructurales. Los requisitos técnicos, por otro lado, apuntan a describir con pretensión normativa ciertas cuestiones que hacen al marco legal indispensable que hará posible que las decisiones del Poder Judicial tengan un mejor impacto en la realidad.

##### 1. Condiciones políticas

###### a) Coordinación con los demás poderes

Una de las lecciones más controversiales que pueden extraerse de la experiencia de los EE.UU en materia de litigios estructurales es la de que, desde el punto de vista de las condiciones políticas, una intervención judicial no tendrá un impacto significativo y sostenido tiempo si es que no se cuenta con el consenso de la opinión pública y la acción coordinada y colaborativa de las demás ramas del gobierno. (151)

Incluso está en tela de juicio que el Poder Judicial pueda, por sí mismo, ser eficaz para influir decisivamente sobre la opinión pública sobre una determinada cuestión o para enfrentar resistencias al cambio menores o localizadas, como por ejemplo las que surgen en el ámbito estadual o municipal. Al mismo tiempo, existe suficiente evidencia de que la actividad judicial no será eficaz para enfrentar una mayoría de opinión pública a nivel nacional, o a la acción concertada de las ramas electivas del gobierno federal.

Tal como ha quedado dicho más arriba, los resultados concretos respecto de la desegregación en los Estados del Sur se produjo al sancionarse la ley de Derechos Civiles de 1964, que autorizó el retiro de fondos federales a

(151) Cf. ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 111, (argumentando que "Brown" no produjo ningún cambio significativo en la opinión pública respecto de la segregación racial en las escuelas); CHEMERINSKY, Erwin, "The Segregation and Resegregation of American Public Education: The Courts' Role", 81 N.C. L. Rev. 1597, 1615-20 (2003) (explicando el proceso de extinción de los órdenes de desegregación en los años '90 y los efectos de resegregación); ENGSTROM, David M., "Civil Rights Paradox? Lawyers and Educational Equity", 10 J.L. - Pol'y 387, 404 (2002); ROSENBERG, Gerald N., *Tilting at Windmills: Brown II and the Hopeless Quest to Resolve Deep-Seated Social Conflict Through Litigation*, 24 Law - Ineq. 31 (2006).

los distritos que continuasen con prácticas discriminatorias. (152) Fue mediante la acción conjunta de las tres ramas del gobierno que el verdadero cambio comenzó a producirse. Lo que surtió efecto no fue la acción judicial *per se*. Como explica Tushnet, "frente a la posibilidad de perder acceso a fondos federales, los sistemas escolares se desegregaron". (153)

Esta perspectiva política permite evaluar el verdadero rol que los tribunales juegan en los movimientos de reforma social. Los tribunales son "bastante importantes para estos movimientos, pero no son el único actor, y frecuentemente no son tan siquiera el actor más importante". (154) En los casos en los que la acción judicial prescinde del apoyo de las ramas de gobierno a nivel nacional, o bien se encuentran en franca oposición a posiciones claramente tomadas por grupos de interés, la acción judicial "usualmente no tendrá éxito, y cualquier decisión favorable probablemente se encontrará con una considerable resistencia popular" (155) por lo que termina siendo ineficaz. (156) Con ello, no sólo se puede perjudicar a los grupos afectados, que no verán realizado el cambio pretendido, sino que además se comprometerá seriamente la legitimidad del Poder Judicial.

Es por eso que la acción judicial en materia de reforma estructural, en la medida de lo posible, debe implementarse de manera estratégica, considerando la posibilidad de que diferentes factores de poder puedan verse incentivados a cooperar de forma sostenida en el tiempo. (157) De entre estos factores, cabe señalar que resulta de singular importancia para la eficacia de la acción judicial lograr el apoyo y cooperación de los niveles medios de la administración, que son quienes principalmente pueden verse afectados por los cambios. Cuando la acción judicial tiene la virtud de proveer una cobertura para apalancar la relación de la rama ejecutiva o legislativa, o cuando "los funcionarios administrativos están voluntariamente participando de la negociación, el cambio puede producirse". (158)

(152) ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 52. En idéntico sentido, KLARMAN, *op. cit.*, p. 213; TUSHNET, *Some legacies...*, p. 1709; WEST, Martin R. — DUNN, Joshua M., "The Supreme Court as School Board Revisited", en *From Schoolhouse to Courthouse*, *op. cit.*, p. 7.

(153) TUSHNET, *Some Legacies...*, p. 1706.

(154) BALKIN, Jack M., "What Brown Teaches Us About Constitutional Theory", 90 *Va. L. Rev.* 1537, 1549 (2004).

(155) *Id.*, p. 1548.

(156) FRIEDMAN, Barry, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution* 377-385 (2010); BUCKHOLZ, Robert E., Jr. et al., "The Remedial Process in Institutional Reform Litigation", 78 *Colum. L. Rev.* 784, 837-42 (1978).

(157) BALKIN, *op. cit.*, p. 1569; KIM, *op. cit.*, p. 961; FISS, *Foreword...*, p. 54; WEST — DUNN, *op. cit.*, p. 5.

(158) ROSENBERG, *The Hollow...*, p. 311.

En la Argentina, los casos elegidos por la Corte Suprema para encarar una reforma estructural no han tenido la oposición franca de las ramas del gobierno federal ni de la opinión pública mayoritaria. Por el contrario, tanto la resolución e impulso inicial de los casos "Verbitsky" y "Mendoza" coincidieron y se alinearon con iniciativas del gobierno federal y sus aliados.

En el caso "Verbitsky", referido a las condiciones carcelarias, puede señalarse que no ha sido un tema prioritario en la agenda de la opinión pública, tampoco generó fuertes resistencias. En cuanto a la posición de las ramas políticas, se destaca el hecho de que la causa fue impulsada por Horacio Verbitsky, un periodista y director de una ONG muy afín al gobierno nacional. Pero luego, como se ha señalado, superada la fase inicial, la causa sufrió una parálisis. Ello fue notorio cuando se produjeron cambios en el gobierno provincial, y asumió el gobernador Scioli, del mismo partido que el gobierno nacional pero de distinta línea ideológica que el sector liderado por Verbitsky. De modo que queda claro que los resultados se produjeron cuando existió una acción coordinada y un interés común compartido por la Corte Suprema, el gobierno nacional y el gobierno provincial. Luego cuando ese alineamiento perdió consistencia, la provincia de Buenos Aires quitó su apoyo, la causa se estancó y frente a una muy moderada resistencia comenzaron a revertirse algunos de los resultados obtenidos.

La cuestión ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo, tratada en el caso "Mendoza", ha sido tema que, al menos en los discursos, venía siendo planteada por distintos partidos en la arena política nacional. A lo largo de los años existieron varios anuncios e intentos de emprender una limpieza de la Cuenca Matanza-Riachuelo y de revertir un problema que afecta a varios millones de personas.

Durante los años de la administración de Néstor Kirchner y los primeros años de la administración de Cristina Fernández de Kirchner, la cuestión ambiental fue impulsada por el Poder Ejecutivo, en coincidencia con el momento en el que el caso se resolvió. La Corte Suprema tomó la cuestión, en una línea discursiva afín a la del gobierno federal, y responsabilizando en la solución a varios distritos y actores privados. En ese marco, el Congreso también acompañó la iniciativa con la sanción de la ley 26.168, que crea la ACUMAR. En la fase de delegación, el alineamiento de la Corte Suprema con el gobierno federal se mantuvo, lo cual explica la delegación de la ejecución de la sentencia en el juzgado Federal de Quilmes, un distrito cercano políticamente al Poder Ejecutivo.

Pero al igual que con el caso "Verbitsky", el apoyo de los poderes políticos en la ejecución de los planes de planeamiento se fue perdiendo paulatinamente. La falta de compromiso y la ineficiencia evidenciada por parte de algunos de los organismos y autoridades obligadas a cumplir el plan de

saneamiento llevó a la Corte a exhortar a las partes involucradas sin mayores respuestas. (159) Por último, en la actualidad la causa se encuentra paralizada en medio de escándalos por corrupción.

De modo que la experiencia Argentina muestra que la Corte Suprema no ha promovido el uso de litigios estructurales en oposición a la agenda de los poderes políticos o de la opinión pública mayoritaria. Por el contrario, la evidencia sugiere que la Corte Suprema actuó en estos casos de forma alineada con el poder central, y que precisamente las causas perdieron impulso, entre otros factores, al quebrarse la coordinación con actores políticos menores y no cumplirse con otras de las condiciones y requisitos técnicos que veremos a continuación.

#### b) La autoridad del Poder Judicial

Tal como lo hemos señalado en el punto anterior, el apoyo de la opinión pública y las ramas electivas del gobierno a un proceso de reforma no siempre es incondicional, decidido o sostenido en el tiempo. Por ello, se advierte que la aplicación exitosa de remedios estructurales requiere siempre que el Poder Judicial haga valer su legitimidad en algún punto crítico del proceso, para asegurar la continuidad de los programas de reforma. En este sentido, la experiencia de los EE.UU. demuestra que en los pocos casos en los que los remedios estructurales tuvieron impacto sostenido en el tiempo, fue imprescindible contar con un Poder Judicial con legitimidad y autoridad suficiente como para permitir que los tribunales avancen sobre la administración de recursos que hasta el momento se encontraban en manos de actores políticos tradicionales. Más aún, no sólo deben existir instrumentos legales coercitivos que garanticen que la decisión judicial será cumplida puntualmente, sino que es necesario que el sistema político sea lo suficientemente maduro como para considerar intolerable una desobediencia a las órdenes de la justicia.

Esta noción, que parece elemental, generalmente se da por supuesta o la doctrina estadounidense no la analiza en profundidad. Sin embargo, es la clave sobre la cual se edifica el sistema de litigios estructurales en los EE.UU. Chayes lo advirtió tempranamente, al señalar que los jueces de los EE.UU. podían actuar eficazmente en este plano "recurriendo a la legitimidad y la fuerza moral que los tribunales han desarrollado en el ejercicio de su función inherente, resolviendo causas según la concepción tradicional". (160) Esto quiere decir que, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la experiencia en los EE.UU. se explica en gran medida por la "independencia y prestigio del Poder Judicial federal". (161) En un sistema político de estas características, en donde los jueces han adquirido

(159) CORIA, Silvia, "Presentación de un caso Argentino de acceso a la Justicia Ambiental", I.J.E. (2012-65-812).

(160) CHAYES, The Role..., p. 1304.

(161) Id., p. 1310

una posición relevante de poder y de legitimidad ante la opinión pública, es que ha resultado posible que utilicen su autoridad para motorizar el cambio social.

La experiencia de los casos de la segregación racial y la reforma carcelaria en EE.UU. demuestran que el punto de partida para la puesta en vigencia de un litigio estructural ha sido la fuerte afirmación de la autoridad judicial. En el caso de las escuelas, se ha visto que luego del dictado del caso "*Brown II*", la Corte Suprema pareció desentenderse del problema. A partir de entonces, la tarea de los jueces de los Estados del sur fue realmente muy difícil, ya que contaban solo con el apoyo nominal de la máxima autoridad judicial. (162) En tal contexto, fue necesario que la Corte ponga en juego toda su autoridad y legitimidad para vencer resistencias del sistema político y apoye explícitamente el proceso de reforma. Fiss subraya este aspecto del proceso señalando que "en momentos críticos —*Cooper v. Aaron*, los casos de segregación del claustro docente a mediados de los '60 y *Green v. County School Board*— la Corte Warren entró en escena" (163), evitando que los esfuerzos judiciales quedaran en la nada.

Una vez establecida esta situación de afirmación del Poder Judicial en el sistema político, deben consolidarse legal o jurisprudencialmente los medios para asegurar el cumplimiento de decisiones particulares. En el sistema estadounidense, suelen referirse como elementos clave del sistema la posibilidad de que los jueces apliquen a los funcionarios sanciones penales por desacato o multas (164), en donde "la falta consiste en la desobediencia de las órdenes judiciales". (165) Así puede decirse que "la característica más importante de la *injunction* estructural es la de que el juez de distrito tiene amplias facultades para emitir órdenes, revisarlas según su arbitrio, y hacerlas cumplir mediante la amenaza de declarar a los incumplidores en desacato". (166)

Ante la posibilidad cierta de que el Poder Judicial pueda disputar cuotas de poder a las demás ramas, y que existen medios técnicos para castigar de forma efectiva a los funcionarios que no cumplen las directivas judiciales, es que puede tener mínima viabilidad un proceso de reforma estructural.

Esta observación vale, naturalmente, tanto para un modelo de fuerte sesgo unilateral, en el cual el juez diseña el remedio específico que debe cumplirse y ejecutarse, frente a la resistencia obcecada de la autoridad demandada,

(162) PELTASON, Jack W., *Fifty-Eight Lonely Men: Southern Federal Judges and School Desegregation* (1971); KLARMAN, op. cit., p. 216.

(163) FISS, Foreword..., p. 3.

(164) MELNICK, op. cit., p. 20.

(165) FISS, Foreword..., p. 24.

(166) Id., p. 55; MELNICK, op. cit., p. 25; KLARMAN, Michael J., *The White Primary Rulings: A Case Study in the Consequences of Supreme Court Decisionmaking*, 29 Fla. St. U. L. Rev. 55 (2001).

como en los modelos horizontales, multilaterales o experimentalistas, en donde el juez ofrece un foro de negociación entre partes representativas que serán quienes diseñen la solución que habrá de plasmarse en acuerdos transaccionales. (167) Aquí, la autoridad de la Corte es necesaria no sólo como garantía de los compromisos asumidos, sino también como dato esencial que determina la dinámica del proceso de negociación. En este último sentido, señala Strum que “el modelo deliberativo no asume ni requiere que el consenso sea alcanzado. El modelo prevé como límite la posibilidad de que se aplique un remedio impuesto judicialmente en el caso de que los participantes no lleguen a un acuerdo”. (168)

Este punto también ha sido enfatizado por Charles Sabel and William Simon, quienes proponen una intervención en la que el Poder Judicial pase a ser un foro adecuado para desestabilizar estructuras enquistadas en el poder que impiden el cambio, más que una fuente de soluciones verticales. Estos autores sugieren que las características de los remedios en estos casos han ido cambiando con el tiempo, y se han vuelto más “flexibles y provisionales”, y más enfocados en “procedimientos de participación para los interesados y de rendición de cuentas objetivas”. (169) Pero aun en estos modelos flexibles, experimentalistas, los jugadores del sistema cuentan con el dato esencial de la autoridad judicial, que no solo es un “*power broker*” o un foro para discutir la solución, sino que existe la posibilidad implícita pero cierta, en el trasfondo, de una intervención decisiva de poder. Este “trasfondo de sanciones funciona como límite al incumplimiento —un resultado que nadie prefiere, previsto para inducir a las partes a negociar un escenario mejor”—. (170)

En la Argentina, este dato elemental para la puesta en práctica en cabeza de Poder Judicial de un modelo de reforma estructural, no parece satisfecho plenamente. La ecuación parece estar invertida: la Corte Suprema ha recurrido a casos de reforma estructural de alta visibilidad para procurar ganar una legitimidad y poder político que hasta entonces no tenía.

El Poder Judicial en la Argentina no cuenta con el prestigio, tradición o la fortaleza institucional que se verifica en este plano en los EE.UU. A lo largo del siglo XX la Argentina, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, ha sufrido golpes de Estado, gobiernos militares, y gobiernos democráticos autoritarios, que sucesivamente fueron erosionando la independencia y legitimidad del Poder Judicial. (171) A partir de 1983 la

(167) SANDLER - SCHOENBROD, op. cit., p. 63.

(168) STURM, A normative..., p. 1439; ZARING, op. cit., p. 1029.

(169) SABEL - SIMON, op. cit., p. 1021.

(170) Id., p. 1067.

(171) Cf. LANDAU, op. cit., p. 244; HELMKE, Gretchen, Courts Under Constraints: Judges, Generals, And Presidents In Argentina (2005).

Argentina pudo establecer un gobierno democrático estable, pero incluso en ese escenario la Corte Suprema fue objeto de cambios que minaron su autoridad, destacándose al respecto el aumento de sus miembros en 1990, y los juicios políticos a jueces de la Corte de los años 2002, 2003 y 2005.

En cuanto a los instrumentos técnicos para hacer cumplir su voluntad, al igual que en los EE.UU., existen en la Argentina mecanismos que permiten atribuir responsabilidad penal por desobediencia para quienes desconocen voluntariamente órdenes judiciales. (172) Debe tenerse presente, no obstante, que los jueces inferiores de los EE.UU. suelen tener un poder más grande para declarar a alguien en desacato que en los sistemas civilistas. En la Argentina, el acusado debe ser declarado culpable por un tribunal con competencia penal diferenciada, luego de un proceso específico, antes de que pueda recibir sanciones. Por ello, y por la falta de independencia judicial, es que los funcionarios argentinos no parecen percibir a la sanción penal como una amenaza real. Ello ha llevado en los últimos años a casos notorios, en donde el desobedecimiento a las órdenes de la Corte Suprema ha sido flagrante, sin que se hayan producido consecuencias judiciales o políticas. (173)

En cuanto a las sanciones pecuniarias establecidas personalmente a los funcionarios reticentes, se ha entendido tradicionalmente que éstas eran viables para lograr el cumplimiento de medidas judiciales. (174) No obstante, recientemente se ha sancionado el art. 9° de la ley 26.854, que dispone que los jueces no podrán imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias. Si bien esta norma probablemente sea declarada inconstitucional, revela el bajo compromiso de las ramas políticas por respetar la autoridad de los tribunales.

En resumen, pues, se observa que esta premisa elemental está lejos de estar garantizada en la Argentina. La estrategia de utilizar al litigio estructural como fuente de legitimación ha ayudado a posicionar mejor a la Corte Suprema a los ojos de la opinión pública, pero no ha servido hasta ahora para afirmar decisivamente su autoridad frente a otros factores de poder. Por el contrario, la falta de avance o los retrocesos experimentados en algunos de los casos en marcha, podrían comprometer aún más la autoridad del Poder Judicial en el futuro. Este déficit, entonces, se presenta como un gran obstáculo para el éxito de la implementación de medidas de reforma estructural, tanto en un modelo unilateral como multilateral.

(172) El art. 239 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

(173) Véase AGUILAR, Natalia, “No se cumplen sentencias clave de la Corte”, Diario Perfil, Feb. 2, 2013, p. 21; Editorial, “Impunidad para Intentar Cubrir la Retirada”, Diario La Nación, Dic. 22, 2013, § 1, p. 34.

(174) LORENZETTI, op. cit., p. 188.

### c) *Contrapeso del Poder Judicial*

Desde el nacimiento de los litigios estructurales en los EE.UU., la doctrina ha señalado que uno de los grandes desafíos para tener éxito sería el modo de encontrar un adecuado contrapeso para esta nuevo rol del Poder Judicial. Desde el momento en que el órgano que constitucionalmente está llamado a controlar a las ramas políticas pasó a ejercer funciones gerenciales, se produjo el interrogante acerca de que órgano podría supervisar a los jueces. Este dilema es pertinente tanto desde un punto de vista teórico —en el marco de un cuestionamiento acerca de la legitimidad democrática de un órgano no electo que pasa a gestionar recursos públicos— así como desde un punto de vista meramente sociológico, a fin de evitar casos de abuso de poder o corrupción.

Como es evidente, en la medida en que los procesos de reforma se plantean en el marco del discurso legal, resulta institucionalmente difícil establecer un control por parte de órganos externos al mismo Poder Judicial. (175) Pero aun así, resulta crucial establecer mecanismos que moderen el ejercicio discrecional de esta nueva facultad judicial, ya que de otro modo se corre el riesgo de que los casos de abuso deslegitimen tanto el proceso judicial como el reclamo de fondo, cayendo en supuestos típicos de “populismo” judicial. (176)

Ya desde los primeros estudios de Fiss, la doctrina estadounidense puso el acento en que los procesos de reforma estructural amenazan el ideal de una Justicia independiente e imparcial porque “el deseo de ser eficaz lleva al juez a intentar la proeza de reformar a la burocracia...y esa ambición hace a su vez que el juez abandone su posición independiente para entrar en el mundo de la política”. (177)

En los EE.UU., la propia justicia ha denunciado casos de corrupción o colusión con el juez, o entre las partes. Es por eso que se ha llegado, por ejemplo, a que el propio *Justice* Lewis Powell, denunciara en un caso de segregación racial que los intervinientes en el proceso “habían unido fuerzas al solo efecto de extraer fondos del tesoro estatal”. (178)

A pesar de lo dicho, debe destacarse de todos modos que las denuncias por corrupción o por abuso de autoridad de parte de los jueces de los EE.UU. en este tipo existieron, pero son marginales en comparación con la cantidad de casos en los que se utilizaron remedios estructurales. De modo que el control del rol gerencial de los jueces no se lleva a cabo mediante dispositivos legales especiales, u órganos de control formales creados al efecto, sino que parece

(175) CHAYES, Abram, “Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court”, 96 Harv. L. Rev. 4, 47 (1982).

(176) Sobre este concepto véase HAMMERGREN, Linn, *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America* 280 (2007); LANDAU, op. cit., p. 235.

(177) FISS, Foreword..., p. 46.

(178) *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 293 (1977) (Powell, J., concurring).

suficiente el marco legal general, las instancias de apelación y el seguimiento por parte de los grupos de interés involucrados en el asunto.

En países como la Argentina, la situación del posible abuso de poder y corrupción por parte de los jueces en el marco de casos de reforma estructural, es potencialmente más grave. De acuerdo con un ranking internacional realizado por *Transparency International*, Argentina se ubica en el puesto 102 entre 174 países. (179) Asimismo, Argentina también registra altos niveles de tráfico de influencias (puesto 140), junto con uno de los índices de confianza en los políticos más bajos del mundo (puesto 143), sumado a una evaluación negativa de la configuración institucional (puesto 138), todo ello de acuerdo con el informe *World Economic Forum* del período 2012-2013. (180) En particular, las instituciones percibidas como más corruptas en Argentina son los partidos políticos, los funcionarios públicos, el Poder Legislativo, la policía, pero también, a diferencia de otros países de la región, el Poder Judicial. (181)

En el caso particular de la acción judicial en casos de reforma estructural, la cuestión de la corrupción se planteó con todo dramatismo y ha quedado en el primer plano de la agenda pública. En el caso “Mendoza”, el juez federal a cargo de la ejecución fue apartado por graves presunciones de corrupción y abuso de autoridad, motivo por el cual fue denunciado ante la justicia penal y ante el Consejo de la Magistratura por la propia Corte Suprema. Al apartarlo, la Corte Suprema señaló expresamente que tratándose de un caso de reforma estructural, debía extremar los recaudos para preservar “la confianza de la sociedad en la transparencia de los procedimientos cumplidos”. (182) En consecuencia, desde noviembre de 2012, la causa “Mendoza”, que es sin duda la causa más emblemática que la Corte Suprema ha promovido en materia de reforma estructural, “está prácticamente detenida”. (183)

Resulta evidente entonces que, dado el distinto contexto sociológico e institucional, no es posible seguir en países como la Argentina el mismo modelo de control difuso que en los EE.UU. Los mayores niveles de corrupción y el débil marco legal e institucional para combatir los problemas de falta de transparencia, hacen necesario que se implementen soluciones específicas y novedosas que brinden un mecanismo de supervisión independiente y especial sobre las actividades de jueces que pasan a gerenciar y administrar cuantiosos recursos públicos. Esto podría hacer recomendable, entre otras posibles soluciones,

(179) *Transparency International*, *Corruption Perceptions Index 2012*, at 3 (2013), disponible en [http://files.transparency.org/content/download/537/2229/file/2012\\_CPI\\_brochure\\_EN.pdf](http://files.transparency.org/content/download/537/2229/file/2012_CPI_brochure_EN.pdf).

(180) *World Economic Forum*, *Global Competitiveness Report 2012-2013* (2013) disponible en [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalCompetitivenessReport\\_2012-13.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf).

(181) Id. p. 35.

(182) Caso “Mendoza”, I.J.E. (2012-LXVI-596).

(183) TOMINO, Pablo, “A Cinco años de que se ordenara sanear el Riachuelo, aún queda un largo camino”, *Diario La Nación*, Jul. 8, 2013, § 1, p. 30.

una mayor influencia de parte de la AGN o el Ministerio Público, como ocurre en Brasil (184), así como la creación de órganos de auditoría independientes, nombrados por concurso dentro de la propia estructura del Poder Judicial, con competencia específica sobre los casos de reforma estructural.

## 2. Requisitos técnicos

### a) Marco Legal de las Acciones de Clase

Los procesos de reforma estructural tienen como característica distintiva el carácter colectivo, es decir, que en el centro de la acción no se encuentra el individuo sino un "grupo". (185) A partir de esta premisa, es necesario redefinir el concepto tradicional de "parte", ya que quien se presente ante el tribunal no estará ejercitando un derecho individual y exclusivo, sino que pondrá en juego un derecho que corresponde a un número indeterminado de personas. Así, pues, es necesario que existan reglas procesales que le permitan al tribunal determinar "si los intereses del grupo víctima son adecuadamente representados" (186) y que habrán de respetarse las nociones elementales del derecho de defensa en juicio.

En los EE.UU. el canal procesal que hizo posible a nivel federal el planteo de casos como "*Brown*" o los referidos a las condiciones de detención, ha sido el de las acciones de clase, especialmente luego de la reforma de 1966. (187) En ese año, se diseñó un nuevo sistema mediante el cual se buscaba asegurar que los miembros de la clase se identificaran antes de la decisión definitiva del proceso y quedaran todos los interesados vinculados por el resultado del proceso, salvo supuestos especiales. Asimismo, estas reformas de 1966 introdujeron "un enfoque más transaccional del litigio," (188) y tuvieron como fin específico una mejor articulación de los procesos de reforma estructural. (189)

El punto central de este mecanismo procesal es la certificación de la clase. La *Rule 23* (190) es una regulación general a nivel federal, que abarca los distintos ámbitos en las que este instrumento puede ser útil, que va desde las demandas por derechos civiles, a los reclamos patrimoniales masivos.

En el caso de los litigios en donde se debaten derechos fundamentales, que dan lugar a los remedios estructurales, los requisitos que usualmente se cumplen para la certificación de una clase son los que surgen bajo la *Rule 23*

(184) Véase MC.ALLISTER, Lesley K., "Revisiting a 'Promising Institution': Public Law Litigation in the Civil Law World", 24 Ga. St. U. L. Rev. 693 (2008).

(185) FISS, Foreword..., p. 19.

(186) Id., p. 20.

(187) CHAYES, "Foreword...", p. 27.

(188) APPEL, op. cit., p. 215.

(189) CHAYES, "Foreword...", p. 27.

(190) Fed. R. Civ. P. 23

(b)—2—. Aquí, la decisión acerca de la certificación, se traduce en la creación de una clase "cerrada" y "obligatoria" (o "*Mandatory Class*") que no permite a los individuos integrantes de la clase el derecho a optar por excluirse del litigio (u "*opt out right*"). Tal como lo explicó la Comisión Asesora de la Reforma de 1966, la *Rule 23* (b)—2— fue adoptada a fin de facilitar la tramitación de acciones colectivas que tuvieran por objeto a los derechos civiles, estableciendo un procedimiento que debe distinguirse claramente de aquellos casos en los que se busca exclusiva o prioritariamente una compensación monetaria. (191) Por lo tanto, la *Rule 23* (b)—2— está específicamente destinada a ser aplicada en acciones colectivas en las que se busca que el Poder Judicial remedie de forma gerencial la violación a derechos de jerarquía constitucional.

El trámite de certificación es complementado por técnicas que buscan preservar los derechos de los individuos que integran la clase, tal como "una amplia notificación de la demanda y su estado procesal, imposibilidad de continuar con los trámites hasta que las partes originales no procuren un representante respecto de intereses específicos, el reclutamiento de interventores judiciales especializados y la invitación a potenciales *amici curiae*". (192)

Asimismo, la ley fija criterios objetivos para que los jueces evalúen si quien se postula como parte representativa, protegerá de modo justo y equitativo los intereses de la clase. El tribunal evaluará si la parte puede actuar de forma informada, diligente y vigorosa, si existe la posibilidad de intereses en conflicto o riesgo de colusión. (193)

Al certificar la clase, el tribunal procede a nombrar un "*Class Counsel*", que pasa a tener el control del proceso. Aquí también el tribunal debe evaluar la capacidad del letrado para representar en forma equilibrada y adecuada los intereses de la clase. Asimismo, cuáles son los recursos económicos que está dispuesto a poner en beneficio de la clase. A fin de tomar una decisión fundada, "el juez puede llevar a cabo una audiencia de prueba, nombrar peritos, requerir la opinión de *amicus curiae* o permitir la intervención de terceros a fin de obtener información". (194) En este aspecto, resulta vital para el proceso la clara guía legislativa establecida en la *Rule 23* (g), y aun así, existe una posibilidad real de que el letrado en cuestión no represente adecuadamente los intereses de sus clientes. (195)

(191) Fed. R. Civ. P. 23(b)(3), Advisory Committee's nota (1966). Véase Herbert Newberg - Alba Conte, *Newberg On Class Actions* § 4.10 p. 4-6 (1992).

(192) SABEL - SIMON, op. cit., p. 1098.

(193) BRUMMER, Chris, "Sharpening The Sword: Class Certification, Appellate Review, And The Role Of The Fiduciary Judge In Class Action Lawsuits", 104 Colum. L. Rev 1042, 1049 (2004).

(194) REICHBACH, Amy M., "Lawyer, Client, Community: To Whom Does The Education Reform Lawsuit Belong?", 27 B.C. Third World L.J. 131, 149 (2007).

(195) MOLOT, Jonathan T., "An Old Judicial Role for a New Litigation Era", 113 Yale L.J. 27, 48 (2003).

Por último, una de las características más relevantes de la *Rule 23* es el amplio alcance de la cosa juzgada de la sentencia con relación a las partes involucradas en la disputa. De acuerdo con la subdivisión (c)—3—, el fallo emitido en cualquiera de los tipos de acción de clase previstos en la subdivisión (b) será vinculante y final para los miembros de la clase, sea ella favorable o desfavorable para la clase.

Si se tiene en cuenta que, como dijimos antes, la forma más evolucionada y eficaz de los procesos de reforma estructural se articulan mediante un modelo horizontal de soluciones multilaterales negociadas, la reglamentación clara y completa de las distintas facetas de las acciones de clase y el proceso de certificación de la clase bajo la subdivisión (b)—2— facilita considerablemente estas soluciones al proceso.

Así lo explican Sabel & Simon, al decir que en el modelo multilateral de litigio estructural, el punto central es que el tribunal “identifique a las personas afectadas, evalúe la representatividad de aquellos que pretenden representarlas, y distribuir cargas entre los intereses contrapuestos que existan en el proceso”. (196)

En la Argentina, no existe a nivel federal un código o una ley que regule de modo general y comprensivo los procesos colectivos que pueden dar lugar a la reforma estructural. Tal como lo hemos señalado en un trabajo anterior (197), al que nos remitimos, el mayor problema que genera el vacío de una normativa legal general y adecuada, es el de la ausencia de incentivos para aplicar un modelo de litigio multilateral y llegar a acuerdos transaccionales. Este eje de la reglamentación es vital en materia de litigios colectivos sobre derechos fundamentales, tal como lo demuestra la experiencia de los EE.UU. Por eso, es importante señalar que no se trata de simplemente de cubrir el vacío normativo, sino que es imprescindible adoptar el modelo de legislación sobre acciones de clase más adecuado para los casos de reforma estructural.

Es por ello que hemos sostenido que aquellos países que, como la Argentina, busquen aplicar los modelos más exitosos de litigio estructural, deberán reformar la legislación vigente y cubrir sus vacíos normativos con una legislación sobre acciones de clase orientada a la participación y negociación de soluciones, siguiendo un patrón similar al modelo que en este aspecto tiene EE.UU. En particular, es necesario que la legislación procesal a utilizar en el marco de la reforma estructural contenga estos requisitos mínimos:

(i) un proceso de certificación de clase en donde se unifique la representación;

(ii) posibilidad de certificar una clase obligatoria (“*mandatory class*”), sin derecho de autoexclusión;

(196) SABEL - SIMON, op. cit., p. 1097.

(197) OYHANARTE, Martín, “Litigio estructural y derechos fundamentales. Necesidad de un régimen procesal adecuado”, *Revista de Derecho Constitucional*, I.J.E. (2014-LXXII-45).

(iii) parámetros objetivos para que el juez pueda evaluar, a lo largo del proceso, si la representación de la parte y el abogado de la clase son adecuados;

(iv) que la sentencia y el acuerdo transaccional tengan fuerza de cosa juzgada para todos los miembros de la clase, diriman las cuestiones de forma final, sin que exista la posibilidad de iniciar, en circunstancias ordinarias, nuevas acciones al respecto.

Estos requisitos, que han probado ser útiles en el modelo de los EE.UU., resultan imprescindibles para el nacimiento a una representación unificada, con fuerte poder de negociación y que pueda ofrecer la posibilidad a ambas partes una solución final, inatacable por acciones colectivas o individuales posteriores. Fuera de ello, resulta menos probable la implementación de un modelo de reforma estructural horizontal guiado por la negociación y solución por medio de transacciones y negociaciones.

#### *b) Problemas de representación*

Ya hemos puesto de manifiesto que los procesos de reforma estructural suelen tener el efecto de dar a los abogados y al juez demasiado poder, y ser instancias en las que se facilitan actos de abuso o de corrupción. Este problema, a su vez, es uno de los grandes prejuicios que se registra en los países latinoamericanos en contra del uso de las acciones colectivas.

El punto de partida de esta cuestión es la evidencia que demuestra que, en general, ante un “*consent decree*”, los jueces actúan con “mucha timidez” y “están dispuestos a dejar a las partes, en especial a los demandados, para control el proceso y el resultado de estas causas”. (198) En estas situaciones, suele imponerse la voluntad de lo que se ha llamado “grupo de control” (199) o “liderazgo organizacional” (200), antes que “las clases por sí mismas, quienes manejan el litigio”. (201)

Un primer plano en donde se advierte esta anomalía es precisamente en el plano político. Los autores especializados han señalado que las ramas electivas del gobierno muchas veces recurren al litigio estructural para evadir su responsabilidad ejecutiva o legislativa ante el electorado. Se ha cuestionado así que bajo el uso de este instrumento procesal el juez “admite que se use su despacho para darle cobertura política al gobernador que debió haber tomado la responsabilidad de tomar decisiones por sí mismo”. (202)

(198) PARKER, Wendy, “The Decline of Judicial Decisionmaking: School Desegregation and District Court Judges”, 81 N.C. L. Rev. 1623,1655 (2003).

(199) SANDLER - SCHOENBROD, op. cit., p. 61.

(200) BELL, op. cit., p. 500.

(201) KIM, op. cit., p. 962.

(202) SABEL - SIMON, op. cit., p. 1092.

En el contexto de la reforma carcelaria en EE.UU., los administradores fueron usualmente colaborativos en el litigio. Los remedios en estos casos "frecuentemente fueron diseñados en parte por los demandados, sirviendo en gran medida a sus propios intereses: incrementar su partida presupuestaria, controlar a la población carcelaria, y promover la profesionalización de su fuerza de trabajo y la burocratización de su organización". (203)

La misma situación se ha registrado en el marco de la reforma educativa, en donde se ha subrayado la situación de riegos y los perjuicios sufridos por "clientes cuyo interés educacional no se alinea con los ideales de integración que tienen los abogados". (204) Es frecuente en esta instancia encontrar un abogado de la clase "tomando decisiones, fijando prioridades, y tomando responsabilidades que debieran ser determinadas por los clientes y modeladas pro la comunidad". (205)

Esto pone en el primer lugar de atención a los abogados que ofician como representantes no sólo de sus clientes directos (sean personas individuales o una organización) sino de un número indeterminado de personas y de la clase como un todo. En estos casos, el abogado debe actuar como "portavoz de grupos extensos respecto de los cuales se tiene deberes y responsabilidades diferentes de aquellas que existen entre abogados o clientes en casos ordinarios" (206), lo que suele agravar los problemas de representación (207) y propiciar que los abogados "promuevan su propia visión del interés público, en muchos casos a expensas de algunos de sus clientes". (208)

Estos problemas, identificados adecuada y tempranamente por la doctrina especializada en los EE.UU., han merecido como respuesta varias iniciativas legales e institucionales. La más evidente, ha sido la de reclamar una mayor participación del juez en todas las instancias del proceso, particularmente definiendo los términos de la discusión (209) y viéndose obligados a realizar un control estricto respecto del contenido de eventuales acuerdos transaccionales.

En segundo lugar, los problemas relacionados con los posibles conflictos de interés, son un poderoso argumento para ampliar la participación de personas que podrían resultar afectadas por la decisión. Tal como explica Appel, si bien una mayor apertura puede conspirar contra la celeridad del

(203) SCHLANGER, "Civil Rights...", p. 562.

(204) BELL, op. cit., p. 471.

(205) Id., p. 512; REICHBACH, op. cit., p. 139; KIM, op. cit., p. 963; STURM, A normative..., p. 1415.

(206) CHAYES, "Foreword...", p. 27.

(207) MOLOT, op. cit., p. 47.

(208) SANDLER - SCHOENBROD, op. cit., p. 124. En igual sentido SCHWARZSCHILD, Maimon, "Public Law by Private Bargain: Title VII Consent Decrees and the Fairness of Negotiated Institutional Reform", 1984 Duke L.J. 887, 909 (1984).

(209) MOLOT, op. cit., p. 51.

proceso, "los individuos deben intervenir porque las personas que representan sus intereses son inadecuadas" y "los abogados que representan sus intereses son ineptos, inexpertos, tienen mucho trabajo, cobran poco dinero, o estas cuatro cosas al mismo tiempo". (210)

En tercer lugar, la legislación debe contemplar mecanismos para asegurar al máximo la participación directa por los miembros del grupo "antes que la delegación absoluta en el abogado de la clase". (211) Esto significa que debe existir una instancia judicial útil que permita a los interesados hacer "sugerencias respecto de los acuerdos u objetar su contenido, aun cuando no disfruten del derecho a litigar respecto de la responsabilidad del demandado". (212) Dicho en otros términos, debe ser posible que los interesados puedan sugerir contenidos o cambios antes de que el acuerdo sea homologado o rechazado. (213)

Por último, de la mano con estos mecanismos, deben existir normas específicamente diseñadas para regular el caso de los abogados que actúan en el ámbito de las acciones de clase, que los obligue al menos a "exponer completamente los conflictos de interés potenciales entre la clase y el abogado, o entre los miembros de la clase entre sí". (214)

En la Argentina, al no encontrarse reguladas de modo general y pormenorizado las acciones de clase, no es posible encontrar estos mecanismos específicos de resguardo ante los posibles conflictos de interés que pueden presentarse entre el abogado algunos miembros de la clase o la colusión con los representante de la parte contraria. Naturalmente, existen normas generales que regulan el ejercicio de la abogacía y que reprimen penalmente a los abogados que formalmente defiendan partes contrarias o que perjudiquen deliberadamente la causa de su cliente. (215) Pero ninguna de estas normas son lo suficientemente específicas para regular los "disclosures" que deben hacer los abogados que actúan en el marco de las acciones de clase, ni tampoco existen normas que orienten a los jueces que deben determinar quién será el abogado de la clase.

En cuanto a los mecanismos procesales que aseguren intervención de terceros, y que garanticen una audiencia pública a todos los potenciales

(210) APPEL, op. cit., p. 297.

(211) KIM, op. cit., p. 963; STURM, op. cit., p. 1424.

(212) SCHWARZSCHILD, op. cit., p. 911.

(213) Id., p. 916.

(214) REICHBACH, op. cit., 152.

(215) Art. 271 del Código Penal establece que "Será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente o que de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada".

interesados, debemos observar que si bien formalmente no están contemplados en ley alguna, la práctica de los casos "Verbtsky" y "Mendoza" ha incluido la celebración de audiencias públicas y la creación de un cuerpo colegiado encargado de dialogar y canalizar la participación ciudadana en el control de la ejecución del plan. Debe señalarse, de todos modos, que sin perjuicio de estas audiencias, el criterio para atribuir intervención formal en el proceso, sea como parte, o sea como tercero con derecho a participar en la mesa de discusión con voz propia, ha sido restrictivo.

En el caso "Verbtsky", como se ha dicho, se produjo una sentencia condenatoria, imponiendo los objetivos centrales del plan de reforma, sin un reenvío a la justicia provincial y sin una participación activa del gobernador de esa provincia. Asimismo, hemos visto cómo la "Mesa de Diálogo" no pudo mantener su funcionamiento a lo largo del tiempo.

Por su parte, en el caso "Mendoza", se definió con criterio amplio las personas que actuarían en carácter de parte actora y los que lo harían en calidad de demandados (216), pero luego se adoptó un criterio muy estricto para rechazar otras presentaciones u otras voces que podrían haber hecho aportes significativos. (217)

En cuanto al contenido y grado apertura con la que se celebraron las audiencias ante la Corte Suprema, debe decirse que éstas se han celebrado restringiéndolas a "ciertos núcleos temáticos" (218), y estrictamente a los fines informativos, con el único propósito de allegar al tribunal elementos para evaluar el seguimiento de la causa, y no tanto para diseñar los planes de acción a seguir. En palabras de la Corte, las audiencias suelen ser que se informe "el grado de avance en el cumplimiento de los mandatos impuestos" (219), pero no para revisar la adecuación de estos mandatos.

(216) El 20 de marzo de 2007 la Corte Suprema definió qué personas actuarían como parte actora, incluyendo a los individuos que promovieron la demanda original y al Defensor del Pueblo de la Nación. También se incluyó a una lista de ONGs y de terceros. Caso "Mendoza", Fallos 330:1158 (2007).

(217) La Corte rechazó la intervención de terceros de gran peso institucional, como el caso del Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires o el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, alegando que "al haberse dictado sentencia definitiva en las reclamaciones que tenían por objeto la prevención y recomposición del medio ambiente, el objeto del proceso se encuentra agotado y, en tales condiciones, la solicitud para intervenir como tercero no resulta admisible" ("Mendoza", I.J.E. 2011-VL-130). Asimismo, la Corte también rechazó el pedido de intervención previa al dictado de la sentencia de fondo del titular del Ministerio Público Fiscal (Fallos 331:1679).

(218) Caso "Mendoza", I.J.E. (2011- XLIII-619).

(219) Fallos 335-1777 (2012). Otro ejemplo resulta de la resolución por la cual la Corte Suprema convocó a una audiencia a las empresas Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) y de Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA), a fin de "informar sobre los actos cumplidos", pero no para discutir eventuales modificaciones a los planes en marcha (Caso "Mendoza", IJE 2012-LXVI-263).

En este punto, entonces, se observa que sería deseable no sólo establecer legalmente la obligatoriedad de estas audiencias, no sólo para asegurar la participación a los fines informativos, sino también para efectuar un control ciudadano robusto. Sería deseable que la Argentina reglamente adecuadamente la posibilidad de establecer acciones en las que los acuerdos sean oponibles obligatoriamente a todos los miembros de la clase y que, como garantía del interés de las partes ausentes, generalizara la intervención del Ministerio Público a todas las materias en las que pudiera existir una transacción. (220)

### c) Flexibilidad

Por su naturaleza, el Poder Judicial toma decisiones en las que declara principios, derechos fundamentales, verdades con fuerza de cosa juzgada, y fija precedentes. Por el contrario, la actividad administrativa es dinámica, y se apoya en decisiones pragmáticas, provisionales, de mera conveniencia, que deben ser flexibles y deben adaptarse permanentemente a la cambiante realidad. En la medida en que la actividad administrativa es llevada adelante por órganos judiciales, que naturalmente se expresan según el discurso de los derechos, puede llevar a inadecuaciones y conflictos que finalmente redundan, al mismo tiempo, en un gerenciamiento ineficaz del conflicto social y un menoscabo a la fuerza de los derechos en juego.

La experiencia de los EE.UU demuestra que en muchos casos los procesos de reforma estructural de una determinada área de la administración se prolongaron por veinte o treinta años, de modo que esta tensión entre la fluidez de la administración y la rigidez de los derechos llevó a muchas intervenciones judiciales a producir efectos contraproducentes, no deseados o a un rotundo fracaso.

En el caso de la desegregación escolar, hemos visto ya como el fenómeno paradójico del "*white flight*" condujo a un resultado no deseado. El hecho de que en muchos estados las familias blancas se mudaran a los suburbios para escapar de una integración forzosa con otras minorías, "contribuyó a producir suburbios de blancos, alrededor de centros urbanos habitados por las minorías". (221) El origen de este efecto no deseado, consistente en una resegregación, estuvo en cierta rigidez con la que originalmente fue decidido el caso "*Brown*". Paradójicamente, el "*white flight*" y la resegregación geográfica "fue plenamente consistente con *Brown*, o quizás más correctamente, con lo que *Brown* llegó a convertirse en la actualidad". (222)

(220) El art. 54 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor establece que para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados.

(221) BALKIN, op. cit., p. 1571.

(222) Id., p. 1566.

Por esta razón, en los casos en los que la intervención judicial ha sido muy rígida, el bajo impacto de la reforma y la ocurrencia de efectos contraproducentes, se multiplica. Al mismo tiempo, la cristalización de ciertos estándares adoptados por una decisión judicial, puede quitar incentivos y hacer más difícil plantear objetivos superadores, que van más allá de los fijados por los jueces. Por ejemplo, se ha dicho que “la misma rigidez del acuerdo transaccional en *José P.* y el proceso que requería, hacía más difícil que nuevos intendentes, ministros o directivos del campo educacional mejoraran el sistema”. (223) Estas paradojas son muy frecuentes también en materia ambiental, en los casos en los que se ha dictado, por ejemplo, “una orden del tribunal para obligar al gobierno local a invertir sus escasos fondos en cumplir los estándares de la Ley de Aguas Limpias, que produce pocos beneficios a nivel ambiental, mientras ello causa que se demoren otras mejoras de infraestructura que podrían producir beneficios ambientales mayores”. (224)

Desde luego que la jurisprudencia ha admitido que los planes de reforma estructural puedan ser revisados o mitigados cuando se presenten tanto un “imprevisto” cambio de circunstancias y que las modificaciones propuestas estén adecuadamente diseñadas para las nuevas circunstancias. (225) Pero esta vía de revisión no es fácilmente adoptada por los tribunales.

En el plano latinoamericano, se ha señalado que los efectos paradójales pueden ser aun más pronunciados que en otras regiones. Dada una mayor desigualdad social, el acceso a la justicia para ciertos sectores es restringido y desperejo, lo cual conduce a que las decisiones judiciales sobre derechos sociales puede tener un efecto general desfavorable para los más pobres, en términos distributivos. (226)

En la Argentina, a pesar de la corta experiencia, creemos que la premisa de la flexibilidad ha sido tenida cuenta.

En el caso “Verbitsky”, hemos observado que la creación por parte de la Corte Suprema de una “Mesa de Diálogo” estuvo orientada a dotar al sistema de la necesaria flexibilidad y permanente adaptación de los términos de los objetivos y mandatos judiciales. Por otro lado, en este plano resulta un dato negativo la sentencia inicial fue elaborada sin reenvío a la justicia provincial y con escasa participación de la Provincia de Buenos Aires, de modo que es altamente probable que se produzcan inadecuaciones a las realidades cambiantes de

(223) SANDLER - SCHOENBROD, op. cit., p. 93

(224) *Id.*, p. 8.

(225) 502 U.S. 367 (1992)

(226) Cf. GOUVÊA, Carlos P., “Social Rights Against the Poor”, 7 *Vienna Journal on International Constitutional Law* (2014), disponible en <http://ssrn.com/abstract=2219890> (argumentando que en Brasil, las decisiones judiciales sobre derecho a la salud, en particular, y las referidas a los derechos económicos y sociales, en general, tienden a favorecer a los grupos que tienen fácil acceso a la justicia y tienen un efecto negativo desde una óptica distributiva).

un distrito con graves dificultades económicas. Ello podría explicar la escasa utilidad que luego, en la práctica, tuvo la “Mesa de Diálogo”.

En el caso “Mendoza”, se destaca que tanto el proceso para el dictado de la sentencia y el posterior proceso de ejecución han sido participativos, con amplia repercusión en la opinión pública y gran cantidad de audiencias. Aun cuando la Corte limitó quizás excesivamente la participación formal de algunos terceros relevantes, y las audiencias públicas ante la Corte han tenido un marco de excesiva rigidez, debe reconocerse que se han planteado adecuadamente —al menos en el plano formal— mecanismos para la flexibilización y adaptación paulatina de los mandatos judiciales. También debe mencionarse que el tribunal de ejecución “ha celebrado numerosas audiencias a efectos de escuchar e intercambiar criterios con la ACUMAR, las autoridades municipales, empresas de servicios públicos, el Cuerpo Colegiado y demás actores involucrados”. (227) A su vez, tal como expresa la propia Corte Suprema, el plan de reforma consiste en “un programa de objetivos y resultados cuyos contenidos y plazos fueron establecidos con precisión” (228), sin incluir en ese programa los medios técnicos detallados, que quedaron a discreción de la autoridades a cargo. De modo que resulta claro que el plan de reforma fue concebido con adecuada flexibilidad.

## V. Conclusiones

Desde un punto de vista eminentemente práctico, el análisis comparativo del uso de remedios estructurales en los EE.UU. y la Argentina nos ha revelado que los resultados obtenidos son dispares y controversiales. Es evidente que eficacia e impacto sostenido, de largo plazo, depende esencialmente de ciertas condiciones políticas y requisitos técnicos que son posibles identificar.

Desde el punto de vista de las condiciones políticas, la experiencia estadounidense sugiere que los litigios estructurales son eficaces cuando el Poder Judicial actúa con el apoyo de las ramas políticas y en un marco institucional en el cual su legitimidad y autoridad son indiscutidas. En este punto, la experiencia Argentina confirma esta afirmación. La Corte Suprema de nuestro país ha actuado en este marco con prudencia, haciendo un uso restrictivo de este instrumento que todavía se presenta a la sociedad como excepcional. En esa línea, ha sido acertado abordar temáticas como la ambiental o la carcelaria, procurando actuar de forma alineada y no confortativa con la agenda de las demás ramas del gobierno federal y la opinión pública mayoritaria. No obstante, la Corte Suprema sigue siendo un actor débil dentro del sistema político, por lo que cuando el consenso

(227) CORIA, op. cit.

(228) Caso “Mendoza”, I.J.E. (2010-XXXIX-851).

político perdió fuerza, las causas se estancaron o se produjeron retrocesos evidentes.

Por lo tanto, se puede observar que la utilización de los litigios estructurales como estrategia de legitimación no ha sido suficiente para que la Corte Suprema gane la autoridad necesaria como para imponerse frente a las demás ramas de gobierno. Esta falta de autoridad se convierte en un serio obstáculo para la utilización exitosa tanto de un modelo vertical como horizontal, en tanto en este último caso, como se ha demostrado, la autoridad del juez juega un papel clave, aunque de forma implícita. En ese contexto, el actual estancamiento de las causas, la falta de transparencia en la gestión y la falta de resultados duraderos en los procesos colectivos analizados pueden transformarse en un factor de fuerte debilitamiento del Poder Judicial. Se observa, así, que las condiciones políticas para la utilización eficaz de los litigios estructurales en la Argentina no parecen estar garantizadas, y ello puede explicar el bajo impacto de las reformas intentadas.

En el plano técnico, el método comparativo demuestra que tanto la Argentina como muchos países latinoamericanos presentan todavía un déficit objetivo. La falta de reglamentación legal y pormenorizado de un sistema de acciones de clase similar al que rige en los EE.UU., impide que los jueces y las partes puedan hacer nacer con facilidad un polo activo con fuerza de negociación suficiente. En la Argentina, la Corte Suprema ha identificado este vacío legal, y ha tratado de cubrirlo mediante lo resuelto en el caso "Halabi", mediante la realización de audiencias públicas o con la creación de mecanismos ad hoc, tal como la "Mesa de Diálogo" en el caso "Verbistky". No obstante, esa iniciativa judicial es insuficiente para cubrir el vacío normativo, de modo que no sorprende que hasta el momento haya sido imposible la puesta en práctica un modelo multilateral de reforma estructural. Por lo tanto, el caso argentino confirma la necesidad de legislar rigurosamente este ámbito del derecho procesal, diseñar un marco para las acciones de clase que siga en lo esencial el modelo de las *Federal Rules of Civil Procedure* según la reforma de 1966, y contemplar los problemas de representación que a menudo se presentan en este contexto.

En síntesis, podemos afirmar que la comparación entre el modelo de los EE.UU. y el de la Argentina pone en evidencia que en este último país todavía existen obstáculos en el plano político y en el plano técnico que explican el bajo impacto que ha tenido el uso de litigios estructurales. Este tipo de activismo judicial, como estrategia de legitimación, sin la adecuada contención institucional, no puede tener como punto de partida a la utilización de remedios estructurales ya que, en el mejor escenario, ese es un punto de llegada. Por el contrario, esta estrategia puede conducir fácilmente

a un proceso de pérdida de su principal capital simbólico, ya que el uso de remedios estructurales pone de lleno a los jueces en la arena política y los aleja del prestigioso y tradicional paradigma de actores neutrales.

Finalmente, la experiencia argentina confirma una vez más que en muchos casos la judicialización de un conflicto implicará también desmovilización y resultados paradójicos. Esto puede causar grandes demoras en los procesos de reforma y en última instancia perjudicar a los grupos que se pretende proteger. Por lo tanto, es recomendable que los operadores jurídicos y los grupos de interés no deberán priorizar prematuras estrategias de litigio, que implique malgastar sus escasos recursos. En las actuales condiciones, su acción estará mejor enfocada a acciones directas en la arena política, tanto para promover objetivos políticos sustantivos como para exigir la aprobación de las reformas instrumentales necesarias para hacer eficaz este tipo específico de proceso colectivo. ♦

# LAS DECISIONES JUDICIALES CON EFECTOS PROSPECTIVOS

POR ALEJANDRA RODRÍGUEZ GALÁN

Sumario: I. A modo de introducción.— II. La función de los jueces.— III. La interpretación constitucional.— IV. El valor del precedente.— V. El juez como legislador positivo.— VI. Las decisiones judiciales con efectos prospectivos.— VII. A modo de conclusión.— VIII. Bibliografía extranjera.

*"Lo neto, lo apuntado, lo justo!"*

Juan Ramón Jiménez

## I. A modo de introducción

En este trabajo se examina la cuestión de las resoluciones judiciales con efectos futuros, en el marco del sistema jurídico argentino. (1)

La Constitución Nacional ha confiado el Gobierno de la República Argentina a los tres poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En el ámbito de sus competencias, cada uno de ellos cumple con la alta función de gobernar la Nación.

La formación constitucional argentina que se llevó a cabo entre la Revolución de Mayo y la reforma constitucional de 1860 —en que cierra el proceso constituyente originario con la incorporación del Estado de Buenos Aires— tuvo como resultado la sanción de la Constitución histórica. A lo largo de medio siglo nuestro país obtuvo su independencia y se constituyó formalmente como Estado bajo el ideario de Mayo y los principios republicanos que informaron la Constitución de 1853/60, documento fundacional

(1) Esta comunicación académica está basada en el trabajo "Judicial Rulings with Prospective Effect - I.B. General Legal Theory", presentado al 19º Congreso Internacional de Derecho Comparado, (Viena 2014) de la International Academy of Comparative Law, e incluido en *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions* (Prof. Eva Steiner, editor), Springer International Publishing A. G. Switzerland, 2015.

que condujo al país al progreso y al reconocimiento internacional. La tarea fue lenta y difícil; demandó nada menos que cincuenta años de luchas y desencuentros profundos, que sin duda han marcado sensiblemente el resto de nuestra historia. (2)

Al cabo de cuarenta años de guerras civiles, consolidada la organización nacional, el texto fundacional concilió federalismo y democracia para un país de la extensión y complejidad de la Argentina, al adoptar la república representativa y federal basada en la experiencia norteamericana. La Constitución de Argentina de 1853/60, abrevó esencialmente en la fuente la Constitución Federal de los EE.UU., de 1787, en los antecedentes patrios y en la tradición de los pactos preexistentes.

El sistema fue presidencialista pero, en los claros límites de la Constitución, así lo sostuvo Alberdi: "En vez de dar el despotismo a un hombre, es mejor darlo a la ley. Ya es una mejora el que la severidad sea ejercida por la Constitución y no por la voluntad de un hombre".

El sistema se basa en un Congreso de dos cámaras y un Poder Judicial independiente, siendo una de las funciones mantener "activa" la división de poderes. Así, los derechos fundamentales y garantías individuales, consagrados en el parte dogmática de la Constitución, quedaban asegurados ya que se necesitaba el concurso de ambas cámaras para la sanción de la ley y el concurso del Ejecutivo para su promulgación, y, si resultaba contraria a la Ley Fundamental, la justicia a través del control jurisdiccional de constitucionalidad podía anular sus efectos.

La adopción de la forma federal de estado (3) implica que el ejercicio del poder soberano recae en el gobierno federal, y el poder autónomo que conservan las provincias, en sus respectivas autoridades. De la declaración del Preámbulo de la Constitución, según la cual los representantes del pueblo, en ejercicio del poder constituyente originario, se unen "...por voluntad y elección de las provincias que la componen...", surge con toda claridad que son las provincias las que dan contenido a la Nación, de manera que no se trata de sujetos de derecho público desasociados (4), sino de estados

(2) RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra, "Reflexiones en torno al sistema presidencialista argentino, a 20 años de la reforma constitucional de 1994", ED del 19/11/2014.

(3) La forma federal de estado es considerada un contenido "pétreo". Para un estudio profundo del tema y su debate ver: VANOSI, Jorge R., Teoría Constitucional, Depalma, 2000, ps. 200 y ss.

(4) DALLA VÍA, Alberto R., Manual de Derecho Constitucional, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, ps. 652 y ss. El autor recuerda que existió un debate acerca de la preeminencia histórica de las Provincias argentinas. En ese sentido el profesor Bidart Campos sostiene que las trece provincias "históricas" que se reunieron en Santa Fe después de la batalla

unidos por un destino común y la finalidad de progreso compartido. En su condición de entidades preexistentes a la Nación, dotadas de autonomía política y autarquía económica, las provincias argentinas (5) conservan todos los atributos originarios que no delegaron en el Estado Nacional, correspondiendo en caso de duda, ofrecer la solución más acorde con los intereses provinciales, atendiendo a los grandes objetivos que determinaron la unión nacional: el respeto a la libertad y a la dignidad del hombre. (6)

Una expresión de la jerarquía constitucional de los estados provinciales está dada por la prerrogativa que se les reconoce a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el juez natural de las provincias argentinas e interviene en esa instancia de excepción en los casos o controversias que se susciten entre dos o más provincias, según lo establece la Constitución Nacional (7) y lo ha interpretado el Alto Tribunal desde sus pronunciamientos más tempranos. (8)

Las provincias tienen facultades de legislación que ejercen las legislaturas provinciales (9), y jurisdiccionales a través del poder judicial local.

## II. La función de los jueces

En nuestro sistema de control de constitucionalidad es "difuso", lo cual implica que cualquier juez —nacional o provincial— puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por contraria a la Constitución. En efecto, "por expreso mandato de la Ley Fundamental, todos los jueces integrantes del Poder Judicial —nacional y provincial— pueden y deben efectuar el control de constitucionalidad de las normas y actos y ese "poder-deber" de aplicar con preeminencia la Constitución y las leyes de la Nación cons-

de Caseros y del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, que dieron origen al proceso de organización nacional son las que sancionaron la Constitución Nacional. Las restantes diez provincias surgen del mecanismo previsto en el art. 13 del texto constitucional, el que permite la formación de nuevas provincias con aprobación del Congreso.

(5) Las provincias "fundadoras", y las creadas con posterioridad conforme el mecanismo constitucional. Según el art. 75, inc. 15, corresponde al Congreso de la Nación: "Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios Nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias".

(6) BADENI, Gregorio, Derecho Constitucional, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 431 y ss.

(7) Art. 117 de la Constitución Nacional.

(8) Causa *in re* "Sojo" Fallos: 32:120, que inaugura el control de constitucionalidad en nuestro medio, bien que referido a un caso de hábeas corpus.

(9) A excepción de la facultades de legislación común del art. 75, inc. 12. Las provincias dictan su propios códigos tributarios, leyes de procedimiento administrativo y ambientales, y en general las referentes al ejercicio del poder de policía local, entre otros asuntos.

tituye no sólo el fin supremo y fundamental de la actividad jurisdiccional sino, más aún, un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal (provincial o nacional)". (10)

En efecto, desde su instalación en 1862, la Corte Suprema de Argentina, siguiendo el razonamiento de EE.UU. juez del Tribunal Supremo John Marshall en el caso "Marbury vs. Madison", ha adoptado el modelo americano de revisión judicial, según la cual todos los tribunales, federal o provincial y de todos los fueros, tienen el deber de declarar la inconstitucionalidad de una ley del Congreso o de un acto del Ejecutivo y por lo tanto inaplicable para el caso concreto.

Como parte del sistema de división de poderes, la independencia judicial es una característica esencial. La jurista española Piedad González Granda sostiene el Poder Judicial ejerce, muy especialmente, la misión esencial de impartir justicia, para lo cual es necesario que goce de independencia. Se trata de un principio que es en la práctica donde tiene que manifestar su virtualidad.

Argumenta la autora que la independencia judicial se caracteriza por su historicidad y relatividad, y sus distintos significados integran una categoría de compleja expresión. Suele hablarse de independencia "externa" del órgano judicial, frente a los Poderes del Estado o de otra índole (fuerzas sociales), e independencia "interna" es decir, la predicable y exigible frente al interior del propio cuerpo judicial, clasificación que hace referencia al ámbito subjetivo de donde procede la posible injerencia en el principio de independencia. También se habla de los aspectos objetivo y subjetivo de la independencia; de la independencia conceptual o formal y real o efectiva; y de la visión "individual" y "colectiva" de la independencia.

El concepto de independencia en su dimensión "interna" refiere a la independencia interna del juez ante el propio cuerpo judicial, como también a la específica independencia frente al órgano de gobierno del Poder Judicial. De otro lado, la independencia institucional o estructural del Poder Judicial, no sólo como conjunto organizado, sino como institución dotada de un relevante papel de poder político en la articulación institucional estatal; incluyendo, para su mejor consecución la "independencia organizativa" predicable del conjunto organizado que forman los Jueces y Magistrados integrados en el Poder Judicial.

La independencia funcional del órgano jurisdiccional incluye el plano de independencia funcional en el ejercicio estricto de la potestad jurisdiccional, y el plano puramente profesional. (11)

(10) Fallos: 311:2478, voto del juez Augusto César Belluscio, considerando 6°.

(11) GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, La independencia del juez y control de su actividad, Tirant lo Blanch, España, 1993.

Los jueces son los únicos que pueden "crear" derecho constitucional al interpretar la Constitución. El control judicial de constitucionalidad tiene su origen en el concepto democrático de un gobierno limitado. Cuando existe una decisión judicial que anula una ley del Congreso, la limitación no proviene de la voluntad de los jueces sino de la necesidad de cumplimiento de la Constitución.

Para su interpretación final una Constitución requiere de la existencia de una Corte Suprema. De este modo, la Corte Suprema es el intérprete final de la Constitución para determinar el significado de sus contenidos normativos. (12)

La existencia de un Poder Judicial independiente, cuya cabeza es la Corte Suprema se asocia a la limitación del poder —propia de la teoría política democrática—, y que es expresión de la forma republicana de gobierno que contempla el principio de la división de los poderes y de los frenos y contrapesos.

### III. La interpretación constitucional

La Corte Suprema de la Nación Argentina ha dicho al respecto que: "Las normas constitucionales deben ser analizadas como un conjunto armónico, en que cada una ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás. Su interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, el dato histórico que permite desentrañar la finalidad perseguida y la voluntad del constituyente, y debe captar la dinámica cambiante de la realidad. Es decir que no deben ser interpretadas en forma aislada e inconexa, sino como partes de una estructura sistemática considerada en su totalidad, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto". (13)

Existen diversos métodos de interpretación constitucional, entre los que cabe mencionar el interpretativismo según el cual los jueces cuando deciden cuestiones constitucionales deben limitarse a interpretar y hacer cumplir las normas que están establecidas, o al menos claramente implícitas, en la Constitución escrita; el no interpretativismo, por su parte, sostiene la visión contraria y permite que los tribunales vayan más allá de este conjunto de referencias y apliquen normas que no están contenidas en los límites del documento constitucional, y que por lo general surgen de los precedentes jurisprudenciales.

(12) SOLA, Juan V., Tratado de Derecho Constitucional, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, cap. I.

(13) Fallos 330:280, voto del juez Dr. Carlos S. Fayt.

A su vez, en una interpretación originalista se requiere determinar si los derechos incluidos en la Constitución están incluidos expresamente en el texto o por lo menos existieron en la intención de los constituyentes. Los no originalistas, por su parte, consideran que es posible para la Corte interpretar la Constitución para proteger derechos que no están establecidos expresamente en el texto ni surgen de la intención expresada claramente por los constituyentes.

Las teorías sustantivas en la interpretación constitucional buscan identificar valores sustantivos que la interpretación constitucional debería promover. En contraste, las teorías formales, buscan metodologías que pueden ser utilizadas en la decisión constitucional pero no a través de la identificación de valores sustantivos por los cuales se podría analizar la validez de las decisiones tomadas.

A diferencia de las teorías interpretativas basadas en la consonancia con el texto (interpretativistas y originalistas) o las que sostienen la importancia de una inclusión de los valores (sustantivas), algunas teorías interpretativas se basan en la práctica constitucional. Se trata de determinar qué es reconocido en la práctica como el contenido de la Constitución y del Derecho Constitucional. (14)

En definitiva, los jueces, en tanto servidores del Derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma; pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial. (15)

#### IV. El valor del precedente

La Constitución —concebida como un ordenamiento sistemático y racional de la vida social a través de un documento escrito— es también interpretada a través de los precedentes judiciales. La utilización de este modelo permite una adaptación deseable de la práctica constitucional a la luz de la evolución de las necesidades y los valores. Esta visión utiliza algunas de las herramientas del *Common Law* en la formulación e interpretación de los precedentes constitucionales. Las teorías de interpretación según el texto o según la práctica de los precedentes no deben considerarse opuestas sino como partes de un proceso continuo de resignificación de los contenidos constitucionales.

(14) SOLA, *ibíd.*, cap. VIII, ps. 139/177.

(15) Fallos 328: 566, voto de los Dres. Juan C. Maqueda y Eugenio R. Zaffaroni.

Una Constitución debe perdurar en el tiempo, debe conservar una nota de "futuridad", necesaria en todo texto fundamental. La vigencia plena de la Constitución dependerá entonces de su "realización", es decir, de su efectividad normativa, que como señalaba Hesse, requiere necesariamente que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados. No es concebible, la Constitución como norma suprema sino descansa en la existencia y actividad de los controles. En este marco cobran significado las célebres palabras del juez Marshall, al decidir el recordado caso "Mc. Culloch v. Marylan" (16) de 1819: "*Una Constitución que ha sido creada con la intención de prevalecer para épocas futuras y consecuentemente debe adaptarse a las variadas circunstancias de los asuntos humanos*".

Se trata de incorporar el concepto de *Living Constitution*, que postula una Constitución viva, que evoluciona en el tiempo, a través de los consensos sobre las cuestiones constitucionales centrales; o sobre aquéllos aspectos que pueden transformarse por medio de una reforma constitucional; o bien actualizarse a través del sistema de precedentes.

La reforma constitucional demanda un procedimiento complejo al que no se acude frecuentemente, en cambio la interpretación dinámica de la Constitución ofrece una herramienta para *aggiornar* sus contenidos a través de las decisiones judiciales. En ese sentido, la Corte Suprema ha sostenido: "Es necesario practicar una interpretación dinámica de la Constitución Nacional para facilitar el adecuado progreso de la comunidad nacional que debe acompañar y promover la ley fundamental y esa lógica interpretativa resulta imperiosa cuando a la clásica consagración de las garantías individuales y jurídicas, se agregan cláusulas de contenido social que requieren la exégesis concertada del conjunto". (17)

La supremacía de la Constitución, objeto primordial del control judicial de constitucionalidad, es consecuencia de la estructura jerárquica del orden normativo. Hans Kelsen describe a la *pirámide jurídica* partiendo del carácter dinámico del sistema normativo y de la existencia de una norma fundamental que prevé una peculiaridad del derecho: éste regula su propia creación, en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida, por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación existente entre la norma que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y de subordinación. La norma que

(16) 17 US 316 (1819).

(17) Fallos 321: 885; voto del juez Dr. Carlos S. Fayt.

determina la creación de otra es superior a ésta, la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. (18)

El orden jurídico es una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de éstas se halla constituida por el hecho de que la creación una norma, la del grado más bajo se encuentra determinada por otra, de grado superior, cuya creación es determinada a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regresión termina en la norma de grado más alto que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más elevado dentro del derecho nacional.

La serie continuada de fases de un proceso de creación jurídica, desde la norma fundamental a los actos jurídicos individuales, a través de la Constitución en sentido jurídico positivo, las leyes y los reglamentos, se caracteriza por un paralelismo entre el hecho y la norma. Las normas de cada grado superior delimitan como elemento de su contenido, un hecho que constituye la creación de derecho en un grado inferior. Para que el proceso jurídico avance debe realizar el hecho determinado por la norma superior. De ese modo, la norma superior concede a dicho acto su calidad específica de hecho creador de derecho, pero a su vez la norma creada por ese acto determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía inferior. Lo que frente al grado superior es un hecho, es una norma frente al grado inferior.

El académico Dr. Juan V. Sola recuerda que la aplicación de una norma constitucional por la Corte Suprema, o por cualquier tribunal, supone luego de la interpretación la creación de una norma individual. De esta manera, la función judicial, de la misma manera que la legislativa, es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las normas son únicamente productos semielaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de esta. (19)

Así, indica que el proceso a través del cual el derecho se crea constantemente a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. La norma constitucional que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractos ciertas consecuencias que también son determinadas

(18) KELSEN, Hans, Teoría pura del Derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1986.

(19) SOLA, Juan V., Tratado de Derecho Constitucional, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 48.

abstractamente. En muchas circunstancias las consecuencias no aparecen específicamente determinadas en la Constitución misma. Pero las normas constitucionales deben ser determinadas y concretadas para poder aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto en la norma general se encuentran presentes en forma concreta a fin que la consecuencia determinada abstractamente por la norma pueda ser ejecutada. Este procedimiento es la transformación de la norma general abstracta en la norma individual concreta que realiza la decisión judicial.

Sostiene el autor: "La función del juez frente a la norma constitucional no tiene un carácter declarativo, el tribunal no se limita a formular el derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo. Es cierto que en la sentencia se aplica una norma preexistente que enlaza determinada consecuencia a ciertas condiciones. Pero la existencia de las condiciones concretas, en relación con la consecuencia establecida o presumida, es determinada inicialmente en cada caso por la resolución del tribunal. La norma individual de la decisión judicial representa la transformación y concretización necesaria de la norma general y abstracta". (20)

La consistencia en la interpretación de normas constitucionales a través del examen de múltiples varios casos y de la destreza interpretativa dirigida a asegurar una coherencia general de todo el sistema jurídico son fundamentales en sociedades que adscriben a un orden jurídico 'racional'. Un argumento similar en favor de la fuerza normativa de los precedentes concierne valores constitucionales fundamentales. Que los tribunales mantengan la uniformidad del derecho y su interpretación y aplicación de caso a caso debe ser considerado un requisito para afianzar el estado de derecho, que supone el tratamiento igual para todos los individuos en el sentido de la igualdad formal ante la ley.

En general, todos los sistemas jurídicos reconocen la necesidad de una cierta "adherencia" a los precedentes judiciales. El primer interrogante que se nos plantea es: ¿cómo opera el precedente en nuestro sistema legal? Y en particular, ¿si existen reglas establecidas de precedente?

La fuerza del precedente judicial depende del grado con que cada sistema judicial está dispuesto a subordinar la necesidad de modificación de las

(20) SOLA, Juan V., Tratado de Derecho Constitucional, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 48 y 49.

normas jurídicas de acuerdo con los cambios sociales y económicos a la búsqueda de certeza y previsibilidad, tan propia del análisis económico del Derecho.

En modelo simplificado, puede sostenerse que tres son las teorías que sobresalen en cuanto a la fuerza del precedente judicial.

Bajo el sistema inglés de *stare decisis*, un caso anterior tiene la misma fuerza y efecto sobre el tribunal que lo decidió, que todos los tribunales inferiores lo deben acatar, a menos que y hasta que sea revocado con fundamento por un tribunal superior. Si el caso antes fue decidido por la Cámara de los Lores, el punto de decisión se convierte en la ley de Inglaterra, que sólo puede ser revocada por una ley del Parlamento. Un precedente judicial es regla de derecho que todos los tribunales inferiores están obligados a seguir, y que no podrá ser revocada ni siquiera por el tribunal que anunció originalmente la regla.

De otro lado, el concepto continental de precedente judicial presenta otro punto de vista distinto, de menor peso en el caso de Francia a raíz de las grandes codificaciones, si bien en los últimos años la jurisprudencia ha desempeñado un papel cada vez más importante, sigue siendo considerada más por su poder persuasivo que por su fuerza vinculante.

La doctrina del *stare decisis*, aplicada generalmente por los tribunales norteamericanos ocupa un criterio intermedio entre estas dos posiciones. Si bien la gran mayoría de los Estados Unidos ha adoptado formalmente el derecho común, sin embargo, en América la institución de la ley no escrita no ganó tal adhesión rígida como en Inglaterra.

Por otra parte, en virtud de la doctrina de la jurisprudencia constante, la jurisprudencia le seguirá, no por ninguna fuerza irresistible o vinculante, pero bajo la teoría de que la jurisprudencia así establecido y aplicado por lo general se acepta como correcta.

En el marco de un sistema de control judicial difuso, la Argentina ha estado más cerca del concepto continental de precedente judicial.

El término "precedente" tiene varios significados diferentes. En primer lugar, el término refiere a un conjunto de sentencias anteriores significativas. El término también se puede utilizar para describir los resultados de una decisión específica —dictada en un caso particular— que se considera de cierta importancia. Por último, el término puede ser usado para referirse a una norma que es más amplia que la decisión que puede traducirse en un caso particular.

Si partimos del concepto del precedente como la resolución dictada en un caso particular por un tribunal que se considera ejemplar para un caso posterior de similitud sustancial, aquí aparece la nota de ejemplaridad. El precedente se genera a partir de una decisión expresa de un tribunal, pero también hay precedentes *sub silentio*, que resultan de una práctica que es uniforme, en silencio y sin interrupciones, pero que no se basa en una decisión judicial específica.

El señalado carácter de la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución es central para establecer los precedentes válidos que serán invocados por los operadores jurídicos y aplicados por los tribunales inferiores a ella. A su vez la Corte Suprema debe controlar el apego a sus propios precedentes por parte de los otros órganos del Estado y de los propios tribunales de justicia al remitir al precedente invocado. Esta aspiración de uniformidad que genera un precedente estable tiene como condición relevante la consistencia del sistema jurídico.

El académico Juan V. Sola advierte que es un error habitual creer que, puesto que nuestro sistema legal es diferente del de los EE.UU., acá no podría funcionar el sistema del precedente del mismo modo que sucede en aquél país, dado el distinto presupuesto de aplicación del derecho común. A su entender, esta presunción tiene algunos problemas, el primero es que la ley federal en los Estados Unidos es la ley estatutaria y no de derecho común; derecho común que se aplica exclusivamente en los Estados y no en la totalidad de sus sistemas legales. El segundo error es que el carácter vinculante de los precedentes surge de la necesidad de respetar la Constitución por encima del resto del ordenamiento jurídico. Si este no fuera el caso, cada recurrente tendría una Constitución diferente de acuerdo con el enfoque jurídico diverso adoptado por el órgano jurisdiccional que conoce el caso. (21)

El sistema de derecho consuetudinario, con su experiencia en esta materia, ha ejercido una gran influencia en la interpretación de la jurisprudencia constitucional, de allí la relevancia atribuida al asunto en la literatura anglosajona. Pero ello no obsta su aplicación progresiva en otros sistemas legales.

Un argumento a favor de la fuerza vinculante de los precedentes radica en la preocupación fundamental sobre el mantenimiento de los valores constitucionales y, si bien el sistema judicial argentino no tiene una regulación expresa por escrito sobre el asunto, las prácticas judiciales conducen a la aplicación del precedente para mantener la coherencia del sistema y para

(21) SOLA, *ibíd.*

la medida en que tales precedentes den ejemplo y proporcionan estabilidad incluso resultan un mecanismo más eficaz de solución de controversias.

A ello se añade que la motivación de una decisión de la Corte Suprema debe basarse en los argumentos planteados por las partes durante el debate constitucional, el dictamen del Procurador General, y si en su caso, en los escritos presentados por la calidad de *amicus curiae*. (22) El hecho de que los tribunales mantienen la uniformidad de la ley en su interpretación y aplicación, caso por caso, contribuye a garantizar el Estado de Derecho, que conlleva que se dispense el mismo trato a todos en orden al respeto al principio de igualdad.

La Corte Suprema de la Nación ha reconocido la validez de los precedentes en los casos que se detallan a continuación:

En el caso "Pastorini c. Rouillon" de 23 de junio de 1883, redactada por Benjamín Gorostiaga y Laspiur, se les describe a los precedentes como una fuente de derecho. Se adoptó el mismo enfoque en *in re* "Juan Carlos Milberg c. López Agrelo" de 1940, y "Banco Hipotecario c. Desiderio Quiroga", de 1941.

En el caso "Baretta c. Provincia de Córdoba", del 15 de mayo de 1939, la Corte Suprema fundó su opinión en la doctrina constitucional de los Estados Unidos, con cita de Cooley y Willoughby. El Alto Tribunal no puede apartarse de sus propios precedentes, salvo por motivos suficientemente graves que hacen que un cambio de criterio inevitable.

Y aunque lo anterior no significa que la autoridad de los precedentes es determinante en todos los casos, o que la doctrina del *stare decisis* se puede aplicar en materia constitucional sin la debida reserva, también es cierto que cada vez que las circunstancias del caso lo admitan de acuerdo a la materia objeto de la causa, la solución del caso debe extraerse de la doctrina de los precedentes relacionados.

En "Sara Pereyra Iraola c. Provincia de Córdoba", de 1948, la Corte Suprema sostuvo:

"La efectiva prescindencia de los fallos de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones, importa un agravio al orden constitucional". (23)

(22) Acordadas de la CSJN 28/2004, 14/2006 y 7/2013.

(23) Fallos 212:160.

En el caso "César Aníbal Balbuena" de 1981, la Corte Suprema observó que:

"Carece del debido fundamento la sentencia que se aparta de doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la categórica posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y las leyes. Ello así, pues para efectuar una exégesis diversa de las leyes federales aplicables, el a quo debió haber señalado aquello que la Corte no tuvo en cuenta al establecer la inteligencia que debía darse a tales normas, no siendo suficiente dejar consignado que 'simple y respetuosamente' se discrepa con su doctrina (en el caso, se trataba de la presunta falsificación de cédulas de identidad)". (24)

En la causa *in re* "Molledo", de 1988, la Corte Suprema estableció que: "Los tribunales inferiores deben acatamiento moral a la doctrina de la Corte según la cual las cuestiones de competencia tienden a proteger a los litigantes a fin de asegurar la mayor eficiencia y celeridad de las decisiones judiciales, y si para ello es indispensable remover los obstáculos que puedan encontrar los jueces para desempeñar eficazmente sus funciones, no caben interpretaciones que sólo conducen a atribuir más importancia a los medios que se instrumentan para alcanzar dicha finalidad que a ésta en sí misma". (25)

En *in re* "Lucero, Roberto Aníbal c. Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles", de 1999, se indicó que: "La Corte debe, como regla fundamental de funcionamiento, seguir sus propios precedentes. Y aunque este proceder no sea decisivo para pronunciarse en la totalidad de los supuestos que puedan presentarse, resulta conveniente, habida cuenta que se encuentra orientado a consagrar la permanencia y la estabilidad de la jurisprudencia del Alto Tribunal, valores que se ven actualizados en el respeto de la solución alcanzada con anterioridad, cuando se tengan que decidir iguales planteos sobre la misma cuestión (voto del Dr. Francisco De las Carreras)". (26)

Si bien, la adhesión a sus propios precedentes no es determinante en la resolución de todos los casos que puedan surgir, es conveniente a la luz del propósito de garantizar la permanencia y la certeza de las decisiones de la Corte Suprema, en particular frente a planteos similares sobre casos similares.

(24) Fallos 303:1769.

(25) Fallos 311:2004.

(26) Fallos 322: 608.

El caso “Cerámica San Lorenzo”, fallado en 1985, representa un punto de inflexión en el sentido que: “No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas”.

“Los fallos no sólo deben poseer fundamentos, sino que los mismos deben ser fundados. Ello es así, pues el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen las posturas subjetivas de los jueces no son vividas como jurídicas. Aquel requisito sólo se cumple si la articulación del *dictum* remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse”. (27)

Al respecto, Alberto Bianchi observa que el Alto Tribunal no ha anunciado formalmente el uso del *stare decisis*, sin embargo, se convirtió en una práctica desde su implementación en el caso “Cerámica San Lorenzo”. En su opinión, esta función está limitada a los casos en que se establezca una norma jurídica dentro del área de jurisdicción de la Corte como intérprete final de la Constitución. A fin de cuentas, en la práctica la regla del precedente judicial, en última instancia puede establecer la ruta de acceso al *stare decisis*. (28)

### V. El juez como legislador positivo

El debate judicial contiene un aspecto central que es la igualdad entre las partes, que se ve robustecida por los elementos clásicos del proceso dentro del marco adversarial.

Sola argumenta que en el proceso judicial se produce un debate amplio, que muchas veces permite corregir cuestiones no resueltas en el ámbito de

(27) Fallos 307:1094, voto del doctor Carlos S. Fayt.

(28) Bianchi, Alberto B. Sostiene que también, “...en algunos casos, la jurisprudencia de la Corte obra como precedente obligatorio. Bien es sabido que, sin incorporar exactamente el sistema del *stare decisis* anglosajón, la Corte ha establecido la obligatoriedad de sus fallos en materia federal y constitucional, sujetándola a ciertas pautas y requisitos”. “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”; ED (Constitucional) 2000-2001, p. 335; y “Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema (diciembre 2007 - diciembre 2010)”; Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2011 (febrero), La Ley del 25/02/2011.

creación de la ley. Un modelo paradigmático es la doctrina de “Carolene Products” —nota N° 4 en el voto del *Chief Justice* Stone—, que postula que la protección de minorías discretas e insulares es una de las tareas primordiales de los jueces, porque en muchos casos esas minorías no tienen un acceso preferencial al proceso político. (29)

En nuestro país —más allá de la problemática de las minorías—, la experiencia jurisprudencial mostró cómo en los últimos años, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han promovido la inclusión de ciertas cuestiones en la agenda legislativa o bien, en otros casos, han señalado el camino constitucional al Congreso con respecto a determinados asuntos. Estas medidas se muestran en diferentes áreas, algunas de ellas a modo de ejemplo se examinan a continuación. (30)

Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia han tenido —en ciertos casos sometidos a su conocimiento— el propósito de señalar el camino para que el Congreso lleve a cabo una reforma legislativa. Así, en los fallos “Castillo” y “Aquino” (31) de 2004, la Corte en su actual composición declaró la inconstitucionalidad de la ley de riesgos del trabajo, en cuanto establecía la competencia de los tribunales federales para reclamos contra las aseguradoras de riesgos del trabajo y en cuanto ella, a criterio de la Corte, vedaba al trabajador acceder a una reparación integral de su incapacidad.

También el Alto Tribunal ha mitigado los efectos de ciertas decisiones legislativas restrictivas de los derechos fundamentales. En el caso “Milone” de 2004, la Corte alivió los efectos de la ley de riesgos de trabajo, en cuanto ésta permitía a las aseguradoras abonar en cuotas, mediante una renta periódica, las prestaciones dinerarias a que el trabajador tuviere derecho. Al declarar la inconstitucionalidad de esa norma de la ley, obligó a las aseguradoras de riesgo a abonar en un solo pago las indemnizaciones establecidas en ese sistema.

En el caso “Badaro” que, al mutar la interpretación que el Tribunal venía realizando de las normas sobre seguridad social desde “Chocobar” de 1996, amplió los derechos de los jubilados y pensionados actualizando

(29) SOLA, *ibid.*, cap. V, ps. 95/104. La nota del Chief Justice Harlan Stone contiene un razonamiento muy importante para determinar los fines del control judicial de constitucionalidad. Para un análisis más detallado del tema ver SOLA, J. V., *El Control Judicial de Constitucionalidad*, cap. VII, p. 95. La obra de ELY, J. H., *Democracy and Distrust*. Harvard, 1980, basa su análisis constitucional en este caso.

(30) RODRÍGUEZ GALÁN, Alejandra - VÍTOLO, Alfredo M., en BREWER-CARIAS, Allan (coord.), *Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study*, Universidad Central de Venezuela, Cambridge University Press, septiembre, 2011.

(31) Fallos 327: 3753.

sus haberes e instando al Congreso a determinar dicha movilidad en un plazo razonable. En el caso "Arriola", sobre tenencia de estupefacientes encuadra en este criterio; la Corte entendió que el derecho a la intimidad que procede del art. 19 de la Constitución Nacional es el fundamento de la inconstitucionalidad de la norma que penalizaba la tenencia de drogas para uso personal, con lo cual asignó un nuevo alcance a ese derecho, volviendo al precedente de "Bazterrica".

En el 2009, en el caso "Halabi, Ernesto c. PEN", la Corte Suprema dio forma a las "acciones de clase" término acuñado en el derecho norteamericano; se eligió este caso para establecer un procedimiento nuevo en nuestro derecho. La ausencia de regulación normativa no puede impedir la operatividad de una garantía constitucional, en ese sentido "Halabi" es un punto de inflexión, un *leading case*, en cuanto provee el diseño de dichas acciones, asegura la garantía de los derechos de incidencia colectiva y dota de plena vigencia instrumental al art. 43 de la Constitución Nacional. La Corte, al establecer los requisitos para la procedencia de la acción colectiva, crea una nueva vía procesal destinada a garantizar la defensa de "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos" con efectos *erga omnes*.

Asimismo el Tribunal ha procurado extender los mecanismos y garantías procesales para la protección de los derechos mediante la declaración de inconstitucionalidad de leyes procesales excesivamente ritualistas, como ocurrió en el fallo "Itzcovich", de 2005, donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 que establece que todas las sentencias de la Cámara Federal de la Seguridad Social deben ser apeladas ante la Corte Suprema, mecanismo ideado justamente para frenar el pago de las deudas previsionales que mantenía el Estado. La Corte sostuvo que acatamiento por parte de la Corte Suprema de la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo le asignó mediante el art. 19 de la ley 24.463, no la inhabilita para declarar que la disposición impugnada, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido indefendible, pues no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción y en su aplicación práctica compromete el rol institucional del máximo tribunal y causa graves perjuicios a los justiciables en una etapa de la vida en que la tutela estatal resulta imprescindible. El Presidente de la Corte, Ricardo L. Lorenzetti, en su voto concurrente proporcionó algunas directrices en cuanto a cuando una ley se declarará inconstitucional, con el fin de contribuir a la seguridad jurídica:

Es necesario diferenciar entre los tres diferentes posibilidades: 'la interpretación constitucional' (adaptativa interpretación), 'inconstitucionalidad posterior' (inconstitucionalidad sobreviniente) y la descalificación

de la ley como resultado de sus efectos. Explicó que "...en la medida en la interpretación constitucional consiste en atribuir un significado a una regla, cuando se trata de indefinida conceptos jurídicos, hay maneras de interpretar la norma teniendo en cuenta la condición histórica y social, sin tener que expulsar a la norma del ordenamiento jurídico, lo que indica que sólo excepcionalmente la Corte debe declarar la ley inconstitucional".

La decisión fue tan significativa que al poco tiempo se sancionó la ley 26.025, que introdujo modificaciones al régimen.

En el fallo recaído en la causa R. 369. XLIX, "Rizzo Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar" (expte. N° 3034/13), sentencia del 18 de junio de 2013, la cuestión constitucional a resolver por la Corte versaba acerca de si la ley 26.855 del Consejo de la Magistratura respetaba el art. 114 de la Constitución Nacional, en cuanto a la composición y al modo de elección de los miembros de dicho organismo. La cuestión de fondo remite al examen de la elección por estamentos y el equilibrio en la representación, tal como los ideó el constituyente de 1994.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley *sub examine*, de acuerdo a los siguientes fundamentos, al considerar que la norma: quiebra el equilibrio al disponer que la totalidad de los miembros del consejo surja directa o indirectamente del sistema político-partidario; desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos con la elección directa de jueces, abogados, académicos y científicos; compromete la independencia judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria; vulnera derechos de ciudadanos pues distorsiona el proceso electoral; sobredimensiona la representación de científicos y académicos al fijar su número en seis y al disponer su elección mediante sufragio universal. La Corte recordó además otras sentencias institucionales en defensa de la supremacía constitucional, así sostuvo:

"...el Tribunal ha declarado a lo largo de su historia —y más allá de los votos individuales de sus miembros—, la inconstitucionalidad de normas, que, aun cuando provenían del órgano legislativo que representa la voluntad popular, resultaban contrarias a la Constitución Nacional o tratados internacionales y afectaban derechos de las personas.

Sólo a modo de ejemplo, puede mencionarse que la Corte Suprema estableció la inconstitucionalidad de: las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final que impedían juzgar las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar ('Simón', Fallos 328:2056); la

Ley de Matrimonio Civil que, al impedir a las personas divorciadas volver a casarse, limitaba la autonomía individual ('Sejean', Fallos 308:2268); las normas del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto desconocían las facultades acusatorias y la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal ('Quiroga', Fallos 327: 5863); la ley penal que, al castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no respetaba la autonomía personal ('Bazterrica' y 'Arriola', Fallos 308:1392 y 332:1963); la ley que, al permitir sin fundamento suficiente la interceptación de comunicaciones personales y la acumulación de datos personales, avasallaba el derecho a la intimidad ('Halabi', Fallos 332: 111); la Ley de Contrato de Trabajo que desconocía el derecho del trabajador a la protección integral en la medida que fijaba un tope a la indemnización por despido ('Vizzoti', Fallos 327: 3677) y negaba naturaleza salarial a los vales alimentarios ('Pérez', Fallos 332: 2043); la ley de Riesgos del Trabajo que impedía al trabajador que había sufrido un accidente laboral acceder a una plena reparación ('Aquino', Fallos 327: 3753) en forma inmediata y no sujeta a un sistema de renta periódica ('Milone', Fallos 327:4607); la ley de Asociaciones Sindicales en cuanto confería tutela gremial solo a representantes o autoridades de sindicatos que contaran con personería gremial ('Rossi', Fallos 332:2715) y dispensaba privilegios a ciertos sindicatos en detrimento de los simplemente inscriptos ('Asociación de Trabajadores del Estado', Fallos 331: 2499). También invalidó la ley previsional que frustraba el acceso a la justicia de los jubilados al prolongar innecesariamente el reconocimiento judicial de sus derechos de naturaleza alimentaria ('Itzcovich', Fallos: 328:566) y desvirtuaba el mandato de movilidad jubilatoria del art. 14 bis de la Constitución Nacional ('Badaro', Fallos: 330:4866)".

Dejó sentado seguidamente que ese reconocimiento de derechos ha sido posible porque nuestra Constitución busca equilibrar el poder para limitarlo.

## VI. Las decisiones judiciales con efectos prospectivos

La cuestión del precedente es central en la tarea judicial y ha ido adquiriendo una gran significación en nuestro medio, en el que progresivamente se ha ido reconociendo la eficiencia del precedente y su proyección jurídica. En este sentido, ha sido puesto en valor por los tribunales de justicia aun tácitamente.

Históricamente, las reglas emanadas de las decisiones judiciales se aplicaron retroactivamente, es decir, contemplan acontecimientos que se habían producido con anterioridad a la fecha de esas decisiones. En la actualidad, la aplicación retroactiva de las decisiones judiciales sigue siendo la nor-

ma. Un problema se plantea a menudo, sin embargo, cuando un tribunal considera que la aplicación de una regla de derecho que parece "nueva" de alguna manera significativa, rige por un lapso a futuro.

El asunto no ha tenido mayor desarrollo doctrinario en nuestro país en comparación con la literatura jurídica anglosajona. No obstante, ha ocupado el interés de destacados juristas, tales como Julio César Cueto Rúa, Carlos Cossio, Martínez Ruiz, Alberto Bianchi, Juan V. Sola, entre otros autores. En época más reciente, se destaca el trabajo de Alberto Garay, que ha focalizado en el precedente y de su técnica. (32)

Ahora bien, con respecto al tema que nos ocupa de las decisiones judiciales con efectos prospectivos se perfila justamente como una excepción al precedente, en donde la sentencia nueva, antes que confirmar el precedente, lo exceptúa por razones que en cada caso así lo justifiquen.

La categoría *prospective overruling*, aparece esbozada en la opinión de la Suprema Corte norteamericana, redactada por Benjamín Cardozo —uno de los más distinguidos jueces en la historia del derecho estadounidense—, en "Sunburst Oil" (de la década del '30) (33), que constituye es un punto de partida insoslayable en este campo. (34)

La significación de la doctrina de Cardozo radica en señalar que el derecho es también producto del precedente, como forma de creación del derecho a través del proceso judicial. El proceso judicial se agota en el fallo que lo concluye, traduce la relevancia del precedente como forma de creación de derecho. Ello es así toda vez que el precedente se origina en un proceso judicial, en el que se expresan en forma equilibrada todos los argumentos posibles sobre una cuestión determinada. El juez no solamente utiliza el método normativo para la toma de la decisión, sino que considera también el método filosófico, el de la historia y de la tradición. Al final de su obra Cardozo prueba el método de la sociología y se podría añadir el análisis económico. Nos recuerda éste método entonces novedoso y habla con franqueza del juez como legislador y nos dice qué reglas derivadas de un proceso de deducción lógica, de concepciones preestablecidas de los contratos y las

(32) GARAY, Alberto F., "La doctrina del precedente en la Corte Suprema". Con prólogo de Alejandro GARRO, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. Ver también Revista de la Universidad de Palermo, año 2, N° 1 y 2, abril de 1997.

(33) "Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.," 287 US 358 (1932).

(34) CARDOZO, Benjamin N., "Selected writings", edited by Margaret E. Hall, with a Foreword by Edwin W. Patterson, New York, Fallon Law Book Company, 1947. Y "The Nature of the Judicial Process", Yale University Press, New Haven - Humphrey Milford Oxford University Press, London, 1921, by Yale University Press, USA.

obligaciones han desaparecido frente a la acción erosiva lenta pero estable de la utilidad y de la justicia. Se aparta así de la concepción del pleito como un problema matemático o como un juego de deportistas, para pensar en el fin que el derecho debe servir, y establecer reglas para su cumplimiento. (35) Así, Cardozo por un lado destaca la importancia del precedente y, a la vez, esboza su excepción, que es el instituto del *prospective overruling*.

Reconociendo el problema, los tribunales y los juristas han considerado si y en qué medida "nuevas" reglas de derecho sólo deben aplicarse de forma prospectiva, es decir, "sólo a hechos conocidos después de la fecha de la decisión sienta un precedente o sólo a esos incidentes en el futuro y para las partes en el mismo caso sienta un precedente.

Mediante el examen de los siguientes antecedentes se ilustra el desarrollo de la doctrina de los efectos prospectivos en la jurisprudencia de la Corte, que se ha aplicado principalmente a cuestiones de tipo procesal o a procedimientos reglados, más que a régimen de naturaleza sustantiva.

Un ejemplo de esto último lo constituye el caso "Monges, Analía M. c. UBA - resol. 2314/95 "(36), de 1996, en el que se debatió la constitucionalidad de un régimen especial de ingreso a la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires,

Tras efectuar una serie de consideraciones acerca de la jerarquía de los tratados internacionales, la Corte sostuvo que el art. 50 *in fine* de la ley 24.521 mediante el cual el legislador delegó el ejercicio de su competencia para fijar planes de admisión que garanticen la capacidad de los aspirantes, en las facultades pertenecientes a universidades con más de cincuenta mil estudiantes, no desconoce sino que afirma la autonomía de las universidades, ya que el Congreso lo atribuyó a órganos integrantes de aquéllas. Por ende, el mero hecho de que el art. 50 *in fine* de la ley 24.521 haya reglado un caso determinado de un modo especial no hace de ella un acto legislativo arbitrario e inconstitucional.

Con respeto al tema que nos ocupa, la Corte puso de resalto que: La autoridad de la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de la Universidad de Buenos Aires, por la que se había dejado sin efecto la resolución de la Facultad de Medicina que creó el curso preuniversitario de ingreso,

(35) SOLA, *ibíd.* El autor sostiene que la doctrina del precedente es importante para comprender la incorporación del análisis económico a la interpretación constitucional. La incertidumbre sobre el precedente que el juez crea, es el más elevado costo de transacción en la administración de justicia.

(36) Fallos 319:3148.

rige para el futuro, y cada estudiante puede proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado: curso preuniversitario de ingreso o ciclo básico común; señalando así sus efectos prospectivos (*ex tunc*).

El caso paradigmático en este campo es "Strada", el 8 de abril de 1986, la Corte Suprema emitió su fallo en dicha causa, que implicó el control judicial en los tribunales superiores de provincia.

El control judicial difuso supone una jurisdicción apelada a la Corte Suprema, y es necesario determinar cuál es el debate constitucional previo al recurso que abre la apelación extraordinaria. De la necesidad de ampliar el debate constitucional a todas las instancias del proceso resulta la exigencia que la sentencia definitiva sea del *Tribunal Superior de la causa*. (37) Según el precedente "Strada" los Tribunales superiores de provincia son el 'tribunal superior de la causa' de todas las cuestiones federales planteadas en sus jurisdicciones y deben dictar la sentencia definitiva previa al tratamiento del caso por la Corte Suprema. De acuerdo con el precedente "Di Mascio" las normas procesales locales deben tener la suficiente amplitud para que las cuestiones federales puedan ser planteadas ante los Superiores tribunales de provincia. (38)

Los antecedentes de la cuestión pueden sintetizarse del siguiente modo, la Sala Primera de la Cámara de Paz Letrada de Rosario, Provincia de Santa Fe, había modificado el fallo de primera instancia favorable a la demanda de desalojo deducida por Juan Luis Strada. Contra dicho pronunciamiento, éste dedujo, por un lado, recurso local de inconstitucionalidad y, por el otro, recurso extraordinario federal. La Cámara rechazó ambas apelaciones, el extraordinario federal en razón de que el tribunal superior de la causa, a los efectos de la interposición del recurso extraordinario era la Suprema Corte provincial y no ella, extremo que motivó que la actora intentara un recurso de queja ante la Corte Suprema. A su vez, a resultados del rechazo del recurso local de inconstitucionalidad, la actora acudió en queja ante la Corte Suprema provincial, tribunal este que, en definitiva, desestimó la queja. Contra este pronunciamiento, la actora también dedujo recurso extraordinario federal que fue denegado por la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe, habilitando el recurso de hecho. Hasta aquí, la apelante había seguido el recorrido en sede provincial para poder acceder al Alto Tribunal, a cuyo fin el recurrente se había visto en la necesidad de deducir dos recursos de queja ante la Corte.

(37) IMAZ, Esteban - REY, Ricardo, Recurso Extraordinario, Buenos Aires, 1962, p. 216.

(38) SOLA, *ibíd.*

La cuestión central que subyace frente a la necesidad de interponer dos recursos de hecho era saber cuál es el tribunal superior de la causa a los efectos del art. 14, primer párrafo, de la ley 48, es decir si la Cámara de Apelaciones o la Corte provincial.

Por medio de una decisión de fondo, la Corte zanja la cuestión, cambia la posición que mantenía en sus decisiones anteriores y determina que el tribunal superior del caso, para los fines del art. 14 de la ley 48, "...esta Corte sienta la doctrina de que tribunal superior de provincia, según el art. 14 de la ley 48, es el órgano judicial erigido como supremo por la constitución de la provincia, salvo que sea incompetente en el caso..." (39)

El 15 de abril de 1986, siete días después de emitir su fallo en el caso "Strada", la Corte Suprema decidió el caso "María Esther Tellez v. Bagala SA".

Si la Corte Suprema resolvía el caso "Tellez" sobre la base de los nuevos principios que estableció siete días antes en el caso "Strada", el recurso interpuesto en aquella causa habría sido denegado por improcedente. No obstante ello, la Corte decidió no aplicar, en "Tellez", el nuevo enfoque que había adoptado la semana anterior, de manera que el nuevo enfoque contenido *in re* "Strada" sólo se aplicaría en cuanto al recurso extraordinario relativo a sentencias notificadas con posterioridad a la precedente "Strada".

La situación procesal en el caso "Tellez", también vinculada a la cuestión del tribunal superior, ofrecía un matiz diferente. En este caso el abogado de la actora, siguiendo la jurisprudencia de la Corte vigente había interpuesto un recurso extraordinario contra la sentencia del Juzgado laboral de primera y única de la Provincia de Buenos Aires y no había deducido recurso alguno ante la Suprema Corte de esa provincia, ello así en tanto, en el orden local, se consideraba que tal vía no era procedente. Ese recurso a diferencia de los deducidos en el supuesto anterior, había sido concedido.

(39) "2º) Que el relato demuestra la diversidad de criterios seguidos en torno del concepto de "tribunal superior de provincia" en los términos del art. 14 de la ley 48. Ello, en el sub iudice, condujo al singular resultado de impedir el progreso de las dos apelaciones deducidas, pues los órganos judiciales se adjudicaron recíprocamente, y en forma exclusiva, el uno al otro, la condición mencionada... '10) Que, en suma, esta Corte sienta la doctrina de que tribunal superior de provincia, según el art. 14 de la ley 48, es el órgano judicial erigido como supremo por la constitución de la provincia, salvo que sea incompetente en el caso, circunstancia que no podrá extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite. En los supuestos en que por razones diversas de esta última naturaleza, el órgano judicial máximo de la provincia carezca de aptitud jurisdiccional, aquella calidad la tendrá el tribunal inferior habilitado para resolver el litigio por una sentencia que, dentro del régimen procesal respectivo, no sea susceptible de ser revisada por otro o, incluso, por él mismo. Consecuentemente, los litigantes deben alcanzar a ese término final, mediante la consunción, en la forma pertinente, de las instancias locales, a efectos de satisfacer el recaudo examinado".

Si la Corte aplicaba lisa y llanamente en "Tellez" los nuevos contornos establecidos siete días antes en "Strada", el recurso deducido en el primer caso debía ser declarado improcedente. Ello así cuanto el remedio federal intentado en "Tellez"—deducido contra la sentencia definitiva dictada por el juzgado laboral de primera y única instancia—se ajustaba, precisamente, a los principios jurisdiccionales aplicables. Sin embargo, la Corte no resolvió eso. La Corte decidió no aplicar, en el caso, la nueva regla jurisprudencial que había inaugurado siete días antes. Además, anunció, con carácter general, que las "nuevas pautas jurisprudenciales" emergentes de ese rallo (v.gr., "Strada") serían aplicadas a todos aquellos casos en los cuales la sentencia apelada hubiera sido notificada con posterioridad a la fecha del referido fallo en "Strada" (8 de abril de 1986).

La Corte sostuvo: "Las nuevas pautas jurisprudenciales contenidas en el caso 'Strada'—donde se estableció la inteligencia que debía atribuirse a la expresión 'tribunales superiores de provincia' contenida en el art. 14 de la ley 48—, sólo habrían de ser puestas en juego respecto de las apelaciones extraordinarias federales dirigidas contra sentencias notificadas con posterioridad a ese precedente, ya que la aplicación inmediata de esa doctrina impediría la apertura de la instancia extraordinaria en un momento en que el acceso ante los tribunales provinciales se encontraría clausurado por preclusión de la etapa pertinente".

Alberto Garay argumenta en un enjundioso estudio sobre el tema que el principio jurisprudencial, o regla general, establecido en la sentencia sub examine fue, sin duda, novedoso para el derecho judicial constitucional argentino. Más enfáticamente, puede afirmarse que la regla sentada en "Tellez" modifica la mecánica tradicional o clásica relacionada con los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema. (40)

Según el autor, ello aparece como la razón decisiva que subyace a la decisión del Tribunal de no aplicar a "Tellez" la doctrina que surge del precedente "Strada". Al respecto, ha argumentado que en ambos casos "Strada" y "Tellez", la Corte Suprema tuvo que decidir, para habilitar su intervención y declara formalmente admisible el recurso extraordinario federal, cuál era el tribunal de provincia considerado como el "tribunal superior de la causa." Sin embargo, la Corte estableció una distinción entre ambos casos, destacando una diferencia significativa. De hecho, en el caso "Strada" la recurrente había recurrido tanto la decisión de la Cámara de Apelaciones, como de la sentencia de la Corte provincial. Por el contrario, en el caso "Tellez", el recurso federal se dirigía sólo contra la sentencia de

(40) GARAY, ob. cit, ps. 249/265.

un tribunal de instancia único, por lo que ningún recurso fue intentado ante la Corte Suprema provincial.

Otros casos fueron resueltos por el Tribunal Supremo de la aplicación de la doctrina establecida en el caso "Tellez".

En el caso "Giroldi", fallado nueve años después de Tellez, la Corte Suprema declaró inconstitucional el art. 459, inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación con fundamento en el Pacto de san José de Costa Rica, al entender que dicha norma impedía la posibilidad de que un tribunal superior revisara una sentencia en función del monto de la pena. Corte Suprema sostuvo con respecto a la cuestión constitucional:

"Que lo anterior determina que la forma más adecuada para garantizar la instancia doble garantía en los casos penales previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8º, punto 2, párrafo h) es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 459, el punto 2 del CPPN, en la medida en que prohíbe la admisibilidad del recurso de casación de la sentencia dictada por los tribunales penales por razón de la cuantía de la pena".

Como consecuencia de esta decisión el Alto Tribunal devolvió el caso a la Corte de Casación para que se realizara un nuevo juicio.

Poco después de decidir en la causa Giroldi, la Corte Suprema de Justicia fue llamada a conocer en una serie de casos en los que una de las características principales es que el recurso extraordinario se alzaba contra sentencias dictadas por los tribunales orales.

En el caso "Andrada" la Corte Suprema sostuvo:

"Que si bien este Tribunal declaró en el caso 'Giroldi' el 7 de abril de 1995, la inconstitucionalidad de la limitación establecida en la disposición legal antes mencionado, por los motivos expuestos en el precedente publicado en ---Fallos 308: 552, 'Tellez'— que debe se señaló que la autoridad inconstitucional del enfoque adoptado en la decisión en cuanto a la exigencia relacionada con la corte superior del caso, en el marco de los tribunales federales, surtirá efecto para las apelaciones federales extraordinarias tomadas de sentencias notificadas con posterioridad a la decisión antes mencionada [énfasis añadido]."

El énfasis en la justificación de la inconstitucionalidad declarada en ella se había puesto en la frustración de la doble instancia.

La doctrina "Strada-Tellez" fue citada y aplicada en varios casos, y lo interesante de estos nuevos precedentes es que en ellos la Corte Suprema parece reformular la *ratio decidendi* de "Tellez", restringiéndola a los hechos materiales según las características del caso. Así, por ejemplo, una restricción de tal índole en materia no penal se puede encontrar en el caso "Sánchez".

Naturalmente no hay un estándar bajo el cual se considera apropiado usar o no esta técnica. Los comentarios sobre este asunto son consistentes con los resultados de los casos descriptos anteriormente, según las decisiones caso por caso. En "Tellez", por ejemplo, la Corte en buena medida parece haber adoptado la preocupación del juez Cardozo en orden a dónde trazar la línea divisoria que separa la antigua de la nueva jurisprudencia. Dicha tarea ha descansa en "razones de conveniencia, utilidad y sentimientos de justicia profundos". Se basaba en la necesidad de determinar el momento a partir del cual los nuevos cambios son operativos, así se resolvió, como se refleja en el párrafo transcrito anteriormente, que los principios establecidos en el caso "Strada" serían aplicables a los recursos extraordinarios notificados después de 8 de julio 1986, fecha en la que se decidió tal caso.

Como destaca Martínez Ruiz, citado por Garay, en "Tellez", "...la Corte Suprema ha creado una norma. O, más precisamente, ha creado dos normas. Ninguna ley (en sentido estricto) establece (a) el efecto prospectivo de los precedentes de la Corte que modifican la jurisprudencia vigente hasta entonces, ni tampoco (b) admitida la prospectividad, el momento a partir del cual dichos principios cobrarán operatividad. Ninguna ley dispone tampoco, y dicho sea de paso para quienes creen que los jueces ni crean ni deben crear normas (posición que, en términos generales, no comparto por considerar la equivocada —en sentido descriptivo y prescriptivo—, pero en cuyo debate no ingresaré aquí, que las reglas y principios que emanan de un precedente deben aplicarse siempre retroactivamente.

Ésta ha sido y es, sin duda, la práctica judicial tradicional. Pero nada clausura la posibilidad de que, en ciertos casos, esa práctica tradicional pueda cambiar justificadamente.

Consecuentemente y dado que se trata del primer caso expreso sobre el punto, conforme hemos visto en capítulos anteriores, conviene atenerse al contexto dentro del cual se operó". (41)

En el caso "Sánchez", el actor demandó a la empresa por un accidente laboral. Tanto el juicio y los tribunales de apelación dictaminó a favor del

(41) GARAY, ob. cit., p. 265.

demandante, pero la Corte Suprema Provincial revocó la sentencia. La Corte Suprema hizo suyo el dictamen de Procurador General, y observó que cabía desestimar el recurso de queja originado en la denegación del recurso extraordinario deducido contra la decisión de la Suprema Corte provincial que declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de Cámara —dictada en virtud del reenvío efectuado previamente por el tribunal local—, que había rechazado la demanda interpuesta con el objeto de obtener el cobro de una indemnización por incapacidad inculpable, por haber prescrito la acción, pues el hecho de que el a quo haya basado su decisión en la remisión a un pronunciamiento anterior suyo, ello constituye bastante fundamento y no importa de por sí la arbitrariedad de la sentencia, y el apelante no posee un derecho adquirido a que se preserve a lo largo del juicio la jurisprudencia de los tribunales, ya que ello implicaría obligar a éstos últimos a mantener pétreos sus criterios, lo cual es inadmisibles (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

Por último, las decisiones con efectos prospectivos en casos recaídos en “Sánchez”, “Rosza”, y en “Itzcovich”, referido *supra*, y “De Martino” merecen una reflexión aparte basada en la seguridad jurídica.

En el caso “Rosza” de 2007, la Corte fue llamada a decidir un asunto muy delicado relativo al régimen de subrogancias. En primer lugar, instó al Congreso en forma expresa para que dictara uno nuevo “constitucionalmente válido” aplicable a la designación de jueces subrogantes, dando un plazo de dos años para que se regularizara esa situación, que ya había motivado el dictado de la acordada 7/2005. La Corte Suprema, por mayoría de votos, resolvió declarar la inconstitucionalidad del régimen de subrogaciones —aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura—. También tuvo que resolver un conflicto que si bien no implicaba un cambio respecto a las decisiones anteriores, involucraba la constitucionalidad o la invalidez de los actos procesales realizados en su caso por el juez interino.

“20) Que lo expuesto no implica en modo alguno cuestionar el funcionamiento y eficacia de las actuaciones que se hubieren iniciado o se hallaren aún en trámite bajo el sistema de subrogaciones, aquí tachado de inconstitucional. Elementales razones de seguridad jurídica obligan a rechazar cualquier inteligencia que admitiese la negación de las consecuencias derivadas de la aplicación del régimen de subrogaciones, cuya génesis debe ubicarse en una situación de extrema necesidad susceptible, eventualmente, de obstruir, o más aún paralizar, la administración de justicia y que, por ello, con una finalidad eminentemente práctica y en el ámbito de la superintendencia que ejerce el Tribunal fue oportunamente admitido en forma provisoria.

21) Que, por los motivos indicados, la autoridad institucional de este fallo no privará de validez a los actos procesales cumplidos de conformidad con las normas consideradas en vigor (conf. doctrina de Fallos 319:2151 —‘Barry’— y sus citas; 328:566 —‘Itzcovich’—). Ello es así toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimientos de justicia, necesidad que entraña, a su vez, la de fijar el preciso momento en que dicho cambio comience a operar (conf. Fallos 308:552 —‘Tellez’—).

En el recordado caso “Itzcovich”, la disposición legal que permita un recurso ordinario fue declarada inconstitucional; la Corte Suprema sostuvo:

“Que la autoridad institucional de esta decisión no afectará el tratamiento de este caso y el de otros recursos ordinarios que a la fecha están listos para ser presentada ante esta Corte, dado que ya cumplió con los pasos de procedimiento no puede ser privado de validez y que las medidas adoptadas conforme a las leyes vigentes no pueden ser prestados sin efecto (ver doctrina de Decisiones: 319:2151 en el caso y las notas al pie de los mismos Barry). Siendo esto así, dado que la aplicación de los nuevos criterios en todo momento debe estar presidida por una especial prudencia por el bien que trazaron metas no se destruyen en el camino. En su virtud, una línea divisoria se ha de elaborar para la operación del nuevo enfoque adoptado por esta decisión de la Corte Suprema de Justicia, por motivos de conveniencia, utilidad y en los sentimientos más profundos de la justicia, la necesidad de que también llama para fijar el momento preciso en el que dicho cambio se hará efectivo (véase el caso ‘Tellez’) (Fallos 308: 552)”.

El Alto Tribunal decidió conferir efectos prospectivos a la decisión, es decir que, a pesar de considerar que el mecanismo ideado por la ley era inconstitucional, resolvió el caso como si tal declaración no hubiera sido formulada.

Finalmente, en los autos “De Martino, Antonio Conrado s / su presentación”, la Corte revisó la una resolución de la procuradora general en orden a la designación de una procuradora fiscal interina. “5º) Que en las condiciones expresadas corresponde declarar la ilegalidad de la resolución 30/12 de la Procuración General que designó como procuradora fiscal subrogante... No obstante, de igual modo en que ha procedido el Tribunal por elementales razones de seguridad jurídica ante situaciones de analogía (conf. doctrina de Fallos: 319: 2151 —‘Barry’— y sus citas; 328:566 —‘Itzcovich’— y 330:2361

—'Rosza'—), corresponde mantener la validez y eficacia de las actuaciones cumplidas por dicha funcionaria hasta la fecha de este pronunciamiento”.

### VII. A modo de conclusión

Los casos examinados abarcan un conjunto de situaciones, pero no cubren todas las que puedan surgir como resultado de un cambio en la posición adoptada por la Corte Suprema en sus decisiones. La regla general que sigue vigente es el efecto retroactivo, el efecto prospectivo es la excepción.

Uno de los rasgos más significativos de la utilización de esta técnica consiste en proteger a los justiciables que han ajustado su conducta a la ley anterior.

La resolución de la cuestión de si las decisiones judiciales deben ser aplicadas retroactivamente, o pueden, en ciertas circunstancias, ser aplicadas de manera prospectiva, pondera un equilibrio entre diferentes consideraciones. En última instancia, la cuestión traduce el dilema acerca de si los beneficios de un enfoque son mayores que los que proporcionan las alternativas.

La Corte Suprema parece estar examinando un compromiso viable entre los objetivos competitivos de oportunidad para el desarrollo jurisprudencial y la necesidad de estabilidad de sus decisiones.

Como recuerda Richard Posner, la Corte Suprema no está limitada por sus decisiones; tiene que decidir si adhiere a una decisión previa, y eso constituye un juicio discrecional. La Corte es renuente a dejar de lado decisiones previas, pero esa renuencia es prudencial más que dictada por la ley misma.

### VIII. Bibliografía extranjera

Online (<http://heinonline.org>)

FALLON Jr., Richard H. - MELTZER, Daniel J., “New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies”. *Harvard Law Review*, vol. 104, June 1991, N° 8.

KIRK, Martha E., “Retrospective Effect of an Overruling Decision”, *Louisiana Law Review*, vol. 7, N° 1, November 1946.

LAITOS, Jan G., “Legislative Retroactivity”, *Journal Of Urban And Contemporary Law*, vol. 52:81.

LUNEBURG, William V., “Retroactivity and Administrative Rulemaking”, *Duke Law Journal*, vol. 1991-106 y ss.

“-Retroactive Effect of Judicial Decisions”, *Indiana Law Journal*, vol. 24 - Issue 1 Article 6. 10-1-1948. <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj>.

MEYERT, Linda, “Nothing We Say Matters”, *Teague and New Rules*, 61 U. Chi. L. Rev. 423 1994 (<http://heinonline.org>).

SHANNON, Bradley S., “The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions”. *Harvard Journal Of Law & Public Policy*, vol. 26, ps. 812 y ss.

ROOSEVELT LILT, Kermit, “A Retroactivity Retrospective, With Thoughts for the Future: What the Supreme Court Learned from Paul Mishkin, and What it Might”, 95 Cal. L. Rev. 1677 2007 *HeinOnline* (<http://heinonline.org>).

TRAYNOR, Roger I., “Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility”, *HeinOnline* (<http://heinonline.org>). ♦

# CULTURA CONSTITUCIONAL: UN CONFLICTO DE VALORES

POR ENRIQUE ZULETA PUCEIRO

Sumario: I. Presentación.— II. Conclusión.

## I. Presentación

El bicentenario de la Independencia encuentra al país ante las puertas de un nuevo ciclo político dentro del ya largo proceso de transición democrática iniciado en 1983. Quedan atrás años de muy intensa tensión política e institucional, que sometieron a pruebas muy duras la resistencia de la mayor parte de las instituciones de nuestra constitución histórica. Han sido años de provocaciones y desafíos; de retos y respuestas constantes cuyo balance final de conjunto desborda por ahora nuestras posibilidades.

El balance es ambivalente. Han sido tiempos de avances y retrocesos y el saldo final de los activos y pasivos sólo podrá apreciarse desde perspectivas más amplias que la de quienes han sido observadores y participantes, sin la distancia indispensable que demandan experiencias como las vividas.

Si bien las condiciones objetivas que enmarcaron el largo proceso electoral del 2015 han sido acaso las mejores en todo el periodo de transición, el resultado final abre más interrogantes que certezas. Una vez más, un ciclo gobierno termina dejando atrás una estela de cuestionamientos de fondo acerca de su capacidad efectiva para asegurar tanto los contenidos como las formas más elementales de una democracia madura, abierta e inclusiva. El ciclo que se abre preanuncia por su parte un retorno de las expectativas de apertura y libertad propia de los procesos de transición democrática. Parece una vez más claro que, a pesar de avances indiscutibles, el sistema político está todavía muy lejos de haber consolidado patrones de desempeño medianamente consistentes y, sobre todo, sustentables en el largo plazo.

La crítica se concentra sobre todo en el gobierno federal, aunque alcanza en mucha menor medida a los gobiernos provinciales y bastante menos a los gobiernos locales. Lo que vuelve a estar en tela de juicio es la estructura y la dinámica del gobierno federal. Se discuten no solo su estructura y funcionamiento: se cuestionan sobre todo su capacidad para gestionar una amplia gama de programas e iniciativas que hacen a la agenda pública

cotidiana y, lo que es más preocupante, su posibilidad para siquiera diseñar, consensuar y llevara adelante políticas de Estado.

La política parecería cada vez más impotente para proponerle y mucho menos imponer a la sociedad sacrificios presentes en función de beneficios futuros. El ciclo electoral condiciona despiadadamente las posibilidades de los gobernantes de prefigurar el futuro, de pensar prospectivamente y, sobre todo de comprometer esfuerzos y sacrificios en función de procesos de capitalización de los mismos en el largo plazo. En la Argentina, cobra dramática vigencia el dilema recientemente planteado por el actual presidente de la Comisión Europea y ex Primer Ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker: "Todos sabemos qué hacer, pero no sabemos cómo conseguir ser reelegidos una vez lo hayamos hecho".

El gobierno federal ha vuelto a fracasar en la tarea de institucionalizar patrones de desempeño eficiente y sostenible hacia el futuro. El proceso legislativo tampoco parece haber por su parte contribuido a la institucionalización de respuestas acordes con cualquier estándar internacional aceptable y una amplia mayoría de la sociedad evalúa los resultados y productos de la actividad legislativa durante el periodo muy por debajo de sus expectativas iniciales.

Lo más grave es que nadie parecería dispuesto a asumir alguna cuota de responsabilidad en el problema. El fracaso vuelve a endosarse a quienes han desempeñado la conducción de las instituciones y poderes públicos y, una vez más a pretendidas conspiraciones con una vasta constelación de intereses, supuestamente beneficiaria de las consecuencias de este nuevo fracaso de los poderes públicos. Pocos aceptan algún tipo de con responsabilidad en el fracaso reiterado para identificar y poner en marcha políticas de Estado capaces de consolidar resultados que permitan luego avanzar hacia nuevos objetivos, sobre la base de una participación común en los riesgos y ventajas de un camino en común.

Se trata de una pauta en muchos sentidos común a la mayoría de las democracias actuales: "Los partidos de gobierno están perdiendo elecciones con una frecuencia más alta que nunca" —observa J.N. Colomer al cabo de un estudio comparado de 295 elecciones en 24 países democráticos, desde el final de la segunda posguerra mundial hasta la actualidad—. (1) El carácter global de las crisis, a partir de la crisis mundial del 2008 demuestra el agotamiento de lo que se conoce como la "ventaja del poder".

Se quiebra así un patrón tradicional de comportamiento electoral, según el cual quienes gobiernan se benefician con ventajas competitivas que deberán ser vencidas por quienes se proponen como alternativa. Cada vez más, gobernar impone cargas difíciles de sobrellevar. Quienes se han cargo

(1) COLOMER, J.M., *El gobierno mundial de los expertos*, Anagrama, Barcelona, 2015, p. 141.

de la gestión de la crisis suelen agotar sus energías frente a desafíos que los desbordan. Pierden capacidad para capitalizar políticamente los esfuerzos de la gestión y terminan cediendo sus supuestas ventajas ante fuerzas políticas de oposición que plantean simplemente su disponibilidad para emprender cambios generales, cualquiera sea su capacidad futura para implementar las alternativas que proponen. Los sistemas electorales de doble vuelta acentúan esta desventaja de quienes gobiernan. Si bien las primeras vueltas electorales permiten alcanzar una ventaja inicial, el reagrupamiento en segunda vuelta de una suma heterogénea y a veces autocontradictoria genera una nueva mayoría basada en el cuestionamiento común a quienes se vieron forzados a gobernar la emergencia y capaz, por lo tanto, de descontar la ventaja inicial de quien compite desde la en otro tiempo decisiva ventaja del gobierno.

No es extraño por ello que las formas y contenidos de la legitimidad democrática tradicional enfrenten una vez más cuestionamientos desde el punto de vista de su calidad institucional. El punto de partida es sin duda un sentimiento de decepción y hasta frustración de las inmensas expectativas que presidieron, hace ya más de treinta años, la transición democrática.

Es importante destacar que las motivaciones y formas de expresión de esta crítica social no alcanzan a la democracia entendida como ideal normativo. Tampoco a su dimensión de estructura institucional. El foco de la protesta está más bien en diversos aspectos de sus prácticas gubernativas efectivas. Más específicamente a algunos aspectos que hacen no tanto al ideal democrático como a su combinación histórica con otro de los grandes ideales fundacionales: la idea republicana.

Las críticas, por ejemplo, a los mecanismos y prácticas de la representación política tienen mucho en común con las aspiraciones a una democracia más clara, transparente, directa e inmediata. El cuestionamiento al mandato representativo, a los partidos políticos y a las modalidades tradicionales de la participación apunta a ese núcleo básico de ideas y valores afirmados por la confluencia histórica entre los ideales de la democracia y la promesa republicana.

La base de la crisis de las legitimidades tradicionales es una severa crisis de expectativas, nacida del desajuste entre y las expectativas públicas que presidieron todo el proceso de transición y los resultados efectivamente alcanzados.

Aun así, en el caso argentino está claro que todo balance debe ser matizado y prudente. A lo largo de los últimos treinta años los mecanismos institucionales establecidos por la Constitución soportaron presiones y asimilaron demandas sociales y políticas muy superiores a sus capacidades instaladas. De hecho lograron objetivos que vistos retrospectivamente bien podrían haberse estimado como imposibles de alcanzar.

De hecho, el sistema político promovió, canalizó, administró y procesó tensiones que en muchos otros periodos históricos bastaron para quebrar su resistencia y alumbrar respuestas autoritarias que paralizaron y retrasaron el proceso institucional del país. El país está lejos de retornar al punto cero: el saldo es hoy una democracia en expansión, en una nación multicultural, en buena medida autonomizada de la presión del Estado central. Un país más plural, más heterogéneo, multipolar, organizado en una red de ciudades y regiones en crecimiento, que poco tiene que ver con la visión que de él se tenía hace apenas medio siglo.

Las respuestas brindadas por el sistema político obligan a un balance de fondo, que incluya por cierto la reforma de la Constitución en 1994 y de la mayor parte de las leyes y regulaciones políticas y electorales.

A algo más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, el balance dista de ser unánime. Para algunos fue una respuesta que actualizo nuestra constitución histórica y la adapto a los avances del constitucionalismo mundial, receptando instituciones y mecanismos que permitirán de un modo gradual consolidar la transición y abrir, con el tiempo, espacio para nuevos reajustes que permitan avanzar con el tiempo y el modo que exigen las reformas de fondo que procuran perdurar en el ciclo que comienza. Para otros, la Constitución de 1994 puede a estas alturas calificarse como una reforma fracasada, en la medida en que muy pocos o ninguno de los objetivos y metas planteadas por la reforma paree haberse concretado en la práctica efectiva de nuestro proceso institucional.

Es este un debate que no puede soslayarse en un tiempo como el actual, de auténtica revolución “desde la demanda”, en la que las expectativas y demandas sociales son las que instalan y fijan la agenda pública, obligando a los ocasionales depositarios de los poderes públicos a actuar bajo condiciones de necesidad y urgencia permanente.

Hasta no hace mucho, las revoluciones políticas se centraron en propuestas y convocatorias *supply-side*, es decir desde el lado de la oferta del sistema político —la utopía, la ideología, el programa, el líder fundacional, la plataforma, el Partido, el Movimiento y un largo etcétera—. Las revoluciones actuales son, por el contrario y acaso por primera vez en la historia, revoluciones *demand-side*, revoluciones desde las expectativas, las necesidades, los proyectos, las frustraciones y las esperanzas y, por qué no, las fantasías, los caprichos y los resentimientos de la gente.

Este giro decisivo en los impulsos básicos generadores del cambio y la transformación política responde a factores de todo tipo, tanto coyunturales y estructurales, muy probablemente irreversibles en el proceso de avance de las sociedades democráticas. La mayor parte de las nuevas demandas encuen-

tran a los políticos a la defensiva. Sienten que esos cambios los desbordan en su capacidad de comprensión y de respuesta, Piden tiempo y paciencia. Tratan de soslayarlos, retardarlos y, si es posible, circunvalarlos. Perciben que nacen de una incomprensión y falta de reconocimiento por parte de una sociedad a la que le cuesta reconocer los méritos y sacrificios de la política. Algunos enuncian las falencias de la cultura ciudadana. Otros, denuncian secretas confabulaciones y manipulaciones de la opinión pública, secretamente orientadas a torcer el rumbo del proceso democrático. Otros, los más audaces, ensayan metamorfosis extrañas, tratando en convertirse más bien en profetas anticipadores de esos cambios. Todos, sin embargo, temen en el fondo esos cambios. Saben que, sea en el corto o en el medio plazo, la dinámica de las transformaciones terminara por sobrepasarlos e incluso imponerles un sistema despiadado e injusto de premios y castigos.

El presente ensayo trata de describir y analizar la lógica interna de este proceso de revolución desde la demanda y analizar su la importancia de sus proyecciones sobre la agenda presente y futura de la teoría y la práctica constitucional.

El análisis tratara de abordar una temática compleja, irreductible a perspectivas disciplinarias unilaterales. Convocaré para ello una combinación de enfoques, en la que destacan el enfoque de los estudios sobre cultura jurídica, el recorrido por algunos temas clásicos de la teoría constitucional y un recorrido por la agenda central del análisis socio-político de las democracias actuales.

El resultado a que aspiro es el de dar un paso adelante en esta agenda progresiva orientada a contar con una teoría capaz de dar respuesta al enigma institucional de la Argentina moderna, que ocupa y ocupara las mayores reflexiones y preocupaciones públicas. “¿Por qué es tan difícil entender qué nos pasa a los argentinos?” —se pregunta el Presidente de nuestra Academia Nacional de la Historia— “¿Por qué saltamos de tiempos de redención otros de profunda caída? ¿Por qué son tan reiteradas las crisis económicas? ¿Por qué es tan difícil vivir con un régimen político estable? En fin ¿por qué la Argentina no puede ser un país normal?” (2) ¿Por qué nuestros gobiernos fracasan tan reiterada y frecuentemente? Mente. Son interrogantes permanentes y recurrentes. Que se multiplican desde las más diversas perspectivas del análisis y la reflexión y que constituyen, en diversa medida una parte significativa del enigma argentino.

#### a) Cultura y culturas constitucionales

Un análisis como el que se propone supone ante todo la necesidad de hacerse cargo de la enorme complejidad que ofrece la propia noción de

(2) CORTES CONDE, R., El laberinto argentino, EDHASA, Buenos Aires, 2015, p. 9.

cultura constitucional (3), sobre todo en contextos políticos dinámicos y complejos lo que ofrece la democracia argentina en la actualidad.

De un modo inicial y por supuesto provisorio, cabe entender por cultura constitucional el conjunto de creencias, sentimientos, actitudes y disposiciones hacia la acción que otorgan orden y significado a los procesos constitucionales y que proveen, en una sociedad determinada, las presuposiciones conceptuales y los pre-compromisos axiológicos que subyacen y otorgan significados a los principios, reglas y procedimientos que gobiernan el comportamiento de una sociedad, siempre en el contexto de un determinado sistema constitucional.

Una cultura constitucional abarca tanto los ideales imperantes dentro de una determinada tradición constitucional como la percepción social acerca del papel y las funciones tanto de las instituciones consagradas en una carta constitucional como de las reglas operativas del sistema, sean estas positivas, jurisprudenciales o consuetudinarias.

Desde un punto de vista empírico, cabría describir a la cultura constitucional como la manifestación, de forma agregada, de las diversas dimensiones psicológicas y subjetivas del sistema constitucional. Una cultura es una predisposición y actitud social. Como tal es el producto tanto de la evolución histórica del sistema como en las experiencias, historias de vida de los diversos actores y participantes del sistema.

Es por tanto un producto cultural complejo que integra presuposiciones básicas acerca de la naturaleza de la realidad de la Constitución histórica y de su proceso de formación, de la naturaleza y funciones del gobierno y de la estructura y dinámica de los derechos y libertades que reconoce. Ello implica nociones, por lo general encontradas, acerca de la naturaleza y fundamentos de la autoridad, de las finalidades y límites del poder y de las razones y motivaciones de la obediencia y respeto a las instituciones. Supone también visiones muchas veces conflictivas entre sí acerca de las modalidades de la interacción social y del papel del derecho como instancia de arbitraje y regulación de los conflictos.

Todo ello conecta a la cultura constitucional con la cultura política y los criterios socialmente predominantes acerca de los niveles de desempeño del sistema político y, en general de los valores sociales.

Basta esta caracterización sumaria de lo que hoy cabría entender por cultura constitucional para asumir que se enfrenta una realidad extremadamente compleja y difícil de esquematizar. En las sociedades democráticas actuales, más que de cultura constitucional, cabría hablar, en plural, de "culturas cons-

(3) Para lo que sigue, es clave la reflexión de lectura de NAGEL, R.F., *Constitutional cultures. The mentality and consequences of judicial review*. Berkeley: The University of California Press, 19898, espec. Caps. 6 y 7.

titucionales". Culturas constitucionales que coexisten en un mismo ámbito histórico y que guardan entre sí relaciones dinámicas y conflictivas.

La cultura constitucional es un clima social y cultural. Un orden de valores y vigencias que inspira y delimita los patrones de las prácticas constitucionales. La cultura constitucional es, en este sentido, una dimensión esencial de la constitución viviente. La que, más allá del papel y de sus interpretaciones históricas, anima la vida efectiva de una sociedad.

Una de las tesis centrales que cabría proponer es la de que, en el caso argentino, no ha existido una verdadera cultura constitucional capaz de operar como criterio homogéneo, socialmente aceptado y capaz de generar razones para la acción. La Constitución ha sido preservada por el estamento de los juristas como una suerte de herencia histórica completa y cerrada sobre sí misma. Dotada de normas, principios y estrategias argumentativas, que regulan desde afuera el proceso social y político. Es la Constitución como credo e ideal normativo, cuya validez resulta de una consideración más bien auto referencial de sí misma.

Cabe recordar en este punto que la Constitución es el espacio institucional en el que se articulan las relaciones entre política y derecho. La Constitución es mucho más que una norma fundamental. Es también un proceso de integración de la realidad del Estado en un determinado contexto histórico y social. Lo cual la convierte a su vez en la clave de bóveda de un estadio y un clima cultural, expresivo de valores y visiones de la sociedad. La Constitución es en definitiva una institución en sentido tanto político como jurídico, social, económico y cultural. De allí que, vista en el contexto de los procesos históricos en una comunidad determinada pueda ser considerada como una decisión política fundamental o un orden concreto. La teoría constitucional contemporánea ha recorrido —desde Kāgi y Kelsen hasta Smēnd, Heller, Santi Romano, Hauriou, Schmitt, Lowenstein o Hesse— un largo camino de conflicto y a la vez integración de estas significaciones diversas y, en el fondo, complementarias. (4)

Los argentinos jamás han contado con una cultura popular de la Constitución, así como tampoco han contado con una cultura desarrollada de los derechos. Más que de una anomia constitucional hay que hablar de una verdadera contracultura constitucional, de rasgos muy similares a los de otras culturas jurídicas, culturalmente muy próximas a nuestra propia tradición, tales como por ejemplo Italia, España y otros países de la tradición jurídica mediterránea.

(4) Para un análisis de la evolución e interpenetración entre estas diversas concepciones, cfr. MÉNDEZ MADDALENO, J.L., *La constitución como proceso político*, Dykinson, Madrid, 2012, ps. 95-140; GARRORENA MORALES, A., *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, espec. Iª Parte y la valiosa síntesis de FERNÁNDEZ SARASOLA, I. y VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Conceptos de Constitución en la historia. Número especial de la Revista "Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional"*, vol. 6 (2010).

De allí la indiferencia de la sociedad frente a las anomalías y rupturas del orden establecido, el silencio a veces no exento de complacencia frente a los arropamientos del poder, el consentimiento frente a reformas institucionales y legislativas basadas en el abuso de posición dominantes, derivado de mayorías ocasionales, negadoras de los principios y reglas esenciales de cualquier sociedad democrática. La cultura constitucional sentida y vivida por los ciudadanos comunes ha sido muchas veces más bien una cultura de la reivindicación de la Constitución frente a los abusos y violaciones del poder.

Baste como ejemplo considerar el conflicto actual entre las interpretaciones del principio republicano de la división de poderes y el principio democrático de la representación política del pueblo soberano. Por sobre el reconocimiento de la separación entre los poderes, se afianza la idea de que los conflictos deben ser resueltos, en última instancia, a la luz del ejercicio directo de la soberanía popular, supeditado en todo caso a la reacción extrema de un activismo judicial, incapaz finalmente de restablecer un auténtico equilibrio entre las instituciones.

Un rápido balance de la relación entre constitución y cultura constitucional permite concluir que, en la Argentina, la Constitución está lejos de haber culminado con éxito su programa originario de diseño y construcción de una cultura constitucional. Más bien al contrario, ha sido la cultura constitucional, fragmentada en culturas constitucionales heterogéneas, diversas, conflictivas entre sí, la que ha condicionado las prácticas constitucionales, a través de interpretaciones diversas, sucesivas y divergentes de lo que la Constitución intentó establecer.

Las reglas que terminan por imperar en este juego de decisionismos encontrados son las de la cultura jurídica, alimentada a su vez por la cultura política, que termina operando como un sucedáneo factivo de la ausencia de una cultura jurídica homogénea y sostenible en el tiempo.

Las instituciones constitucionales podrán cambiar, siguiendo la presión de los hechos —tal como ocurrió, por ejemplo en 1994—. Sin embargo, las innovaciones seguirán tropezando con una cultura política densa y resistente a los cambios. No solo la cultura política sino sobre todo los modos como ésta adapta y traduce las instituciones, “las modalidades —escribe Rebuffa refiriéndose al mismo proceso en el caso italiano— a través los usos lingüísticos y los hábitos mentales interpretan y transforman las reglas constitucionales; en otras palabras, el modo en que los ciudadanos entienden su relación con las instituciones y en que los “operadores” institucionales conducen esa relación”. (5)

Lo primero que salta a la vista a la hora de ilustrar este papel de las culturas políticas es la poderosa incidencia de una cultura constitucional extraparlamen-

(5) REBUFFA, g., “La Costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia”, Il Mulino, Bologna, 1995.

taria. Ninguna de las grandes o pequeñas cuestiones que implican materia constitucional se sustancia en el parlamento. Los actores de esta cultura extra, para o incluso anti parlamentaria son los “movimientos” o los partidos que viven la práctica política en términos “movimentistas”. En cuanto a los sectores liberales, jamás intentaron convertir a los parlamentos en lugares de negociación. Su insignificancia en términos de representación efectiva los llevo muchas veces a postular soluciones autoritarias o imposiciones por la vía de la emergencia.

Otros de los rasgos que explican la primacía de la cultura constitucional sobre la Constitución es una cierta visión escéptica y despreciativa de la ley. Más que un precepto, la ley aparece como una proclama, un manifiesto que indica un mensaje que se desea transmitir a la ciudadanía, antes que un instrumento efectivo para la toma de decisiones significativas. Las “leyes-manifiesto” son una característica común a sistemas políticos como el argentino. Revelan en el fondo la irrelevancia política del parlamento y su utilización por parte de otros actores sociales y políticos como una instancia casi simbólica de certificación de arreglos y situaciones de poder a las que se considera efímeras y cambiantes.

En la medida en que los poderes ejecutivos pasan a ser el sujeto constitucional predominante y el autor por tanto de la gran mayoría de las leyes significativas para el sistema político en su conjunto, todo lo demás cobra una significación meramente instrumental, ritual e incluso a veces sentimental.

La cultura constitucional deviene así un campo de enfrentamiento entre culturas constitucionales conflictivas y enfrentadas. Un campo de lucha retórica y de victorias nunca definitivas. En tal sentido, la cultura constitucional erosiona la vigencia de la Constitución se convierte en un obstáculo efectivo a su vigencia y, sobre todo a su capacidad de operar como una realidad viviente, capaz de legitimarse a través del respeto que genera un funcionamiento eficiente ante los grandes problemas de la sociedad.

De allí que los cuestionamientos actuales al funcionamiento de algunos de los mecanismos centrales del funcionamiento del Estado del Derecho en el contexto de una república constitucional, como por ejemplo la división de poderes y la relación entre la justicia y la política, no deban entenderse simplemente como el reflejo de un malestar social y de la consiguiente reacción de desconfianza ante las contradicciones y desajustes de las prácticas institucionales.

Lo más grave hacia el futuro es que abarcan también aspectos mucho más profundos vinculados al fundamento y lógica de las instituciones democráticas y a algunos rasgos de la cultura cívica establecida. De la denuncia a las pretendidas disfuncionalidades del sistema de pesos y contrapesos del poder, la crítica dominante pasa hoy a un cuestionamiento frontal de aspectos centrales de la cultura constitucional heredada de la representación.

### b) Las nuevas culturas constitucionales

La realidad básica a afrontar en la experiencia constitucional argentina es la de la presencia recurrente de la emergencia. No se trata, por cierto, de un dato exclusivo, ya que el fenómeno está cada vez más extendido, hasta constituir un rasgo en buena medida común a casi todas las expresiones de lo que hoy cabe entender como Estado de Derecho. El auge y la primacía de los poderes ejecutivos rompen presupuestos esenciales de la teoría y la práctica de las repúblicas constitucionales. Baste considerar el impacto de la emergencia sobre algunos aspectos clave, tales como la división de poderes, la independencia del poder judicial, el principio de legalidad, los límites temporales en el ejercicio de las funciones, la libertad de expresión, los derechos electorales, el acceso libre a la jurisdicción o la protección de los derechos y libertades fundamentales.

En las antípodas de la lógica de la república constitucional imperante al tiempo de la formación constitucional de países pertenecientes a la tradición del constitucionalismo atlántico, se multiplican hoy formas nuevas de organización del poder que desafían todo intento de tipificación dentro de las categorías tradicionales de la teoría democrática. Es la experiencia tumultuosa y vertiginosa de regímenes sometidos a un proceso de fragmentación la que busca una formulación y una teoría que la explique.

El caso más significativo es el que se plantea a partir del surgimiento de lo que en trabajos anteriores he denominado —siguiendo la teorización de Steven Levitsky— como *autoritarismos competitivos*. (6) Se trata de regímenes híbridos, que algunos no dudan en caracterizar como formas de post-democracia (7) en los que las instituciones, prácticas y formas de la democracia tradicional son ampliamente reconocidas como el método primordial de lucha por el poder pero en los que, sin embargo, las posiciones de poder confieren y garantizan a los oficialismos ventajas significativas sobre sus oponentes.

Se trata de regímenes competitivos, que reconocen y otorgan a sus opositores libertades políticas amplias e instrumentos y posibilidades ciertas para la disputa por el poder. Sin embargo, establecen al mismo tiempo, sesgos, asimetrías y ventajas competitivas que desequilibran de hecho las condiciones efectivas de la competencia política. La competencia que se establece es real aunque sesgada, desigual e inequitativa.

(6) LEVITSKY, S. y WAY, L.A., *Competitive authoritarianism. Hybrid regimes after the Cold War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

(7) CANFORA, L. y ZAGREBELSK, G., *La maschera democratica dell'oligarchia. Un dialogo*, Laterza, Bari, 2014, ps. 5-43; DIAMANTI, I., *Democrazia ibrida*, Laterza/La Repubblica, Bari, 2014 y, sobre todo, CROUCH, C., *Postdemocrazia*, Laterza, Bari, 2003. También, para el impacto sobre la noción clave de igualdad jurídica y política, URBINATI, N., *La mutazione anti-egualitaria. Intervista sullo stato della democrazia*, Laterza, Bari, 2013. Para la idea central en este análisis de "culturas híbridas", cfr. Especialmente GARCÍA CANCLINI, N., *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*, Grijalbo, México, 1989.

Este fenómeno tiende a incrementarse a impulsos de la existencia cada vez más habitual de mayorías parlamentarias automáticas, surgidas de la polarización de los procesos electorales, incentivada de sistemas electorales inspirados por la actual necesidad de priorizar, en situaciones de emergencia casi permanente, esquemas de gobernabilidad por sobre los imperativos originarios de representatividad. La generalización de los procesos de "campana permanente" acentúa los rasgos conflictivos de esta nueva realidad. A través del conflicto, se construye poder.

Las diversas formas de autoritarismo competitivo combinan rasgos importantes, propios tanto de la democracia como del autoritarismo. Para su análisis, es menester revisar muchas de las definiciones canónicas de lo que debe entenderse por democracia.

Durante años, los estudios sobre las transiciones democráticas establecieron, efecto, una serie de condiciones mínimas para calificar a un régimen político como de "democrático". Cabe recordar, como ejemplo, el modelo de Robert Dahl: a) Existencia de elecciones libres, equitativas y competitivas; b) reconocimiento pleno del derecho al sufragio; c) protección amplia de las libertades civiles, incluidas la libertad de expresión, de prensa y de asociación; d) ausencia de autoridades "tutelares" de naturaleza no electiva —de índole tradicional, militar, religiosa, etc.—.

Lo propio de los nuevos autoritarismos competitivos es su carácter híbrido. Junto a una recepción de estos rasgos propios de las poliárquías, se trata de regímenes caracterizados por la manipulación de las reglas electorales, el acceso desigual a los medios, el abuso de los recursos del Estado, la opacidad de los procedimientos administrativos, y la ausencia de mecanismos de acceso a la información pública, la proliferación de organizaciones informales, el establecimiento de pactos de coexistencia entre las oligarquías económicas y sociales y el conflicto abierto con los poderes judiciales. Lo decisivo es el monopolio del establecimiento y modificación de las reglas electorales, como vía para la preservación de niveles de iniciativa política que obstaculizan la consolidación de toda fuerza de oposición.

La lógica de la democracia no es una lógica uniforme ni convergente. Tiende más bien, por el contrario, a la heterogeneidad y a la centrifugación de las ideas, los valores y los criterios de evaluación y decisión. Presenta formas ambivalentes y aun contradictorias y en tensión entre sí. ¿Qué decir, en efecto, de regímenes de incuestionable raíz democrática, en la que una fuerza o más fuerzas políticas se reservan ventajas definitorias en lo referido al acceso a los resortes económicos, institucionales, políticos y simbólicos del poder?

En una buena parte de las nuevas democracias, los oficialismos tienden a reforzar su control monopólico de la determinación y cambio de las reglas del proceso electoral y la competencia política, incluidas la regulación del

financiamiento de las campañas y el gasto electoral, el acceso a los medios de comunicación, los calendarios y cronogramas del proceso electoral y, sobre todo, los mecanismos de judicialización de la competencia, los instrumentos de intervención social y protección clientelar, el control de la libre publicación de encuestas electorales, la administración de los escrutinios y el control y gobierno de todo el proceso electoral.

Se abre así un cuadro muy amplio de posibilidades evolutivas. Todo depende del estado de salud de la Cultura Constitucional, de su capacidad para procesar las contradicciones y conflictos que se desatan en su seno. La calidad de las instituciones y su capacidad para promover los valores de la libertad está en estrecha relación con la fortaleza de la cultura constitucional.

El conflicto está planteado en términos casi extremos en la mayor parte de las democracias contemporáneas. En un extremo, el ideal de la democracia republicana tal cual fue imaginado por el Constitucionalismo tradicional: en el otro, las diversas expresiones de la post-democracia, regidas en muchos casos por impulsos antitéticos a los del modelo fundacional.

Adviene así una verdadera mutación en las relaciones entre democracia y derecho, basada en una *recomposición de la idea de legitimidad*. Junto a las dimensiones tradicionales —legitimidad de origen, legitimidad de ejercicio— advienen nuevas formas, de importancia creciente. Crece en importancia una legitimidad de procedimientos, basada en el principio de *imparcialidad* —derivada de la idea de capacidad de las instituciones para un tratamiento general, objetivo y ecuánime de lo que es igual ante las leyes—. En el mismo sentido, cobra importancia una legitimidad de *reflexividad* —derivada de la interacción entre lo público y lo privado en un proceso de mutua realimentación—. La innovación más importante es acaso la *legitimidad de proximidad* —derivada de la idea de atención focalizada en lo inmediato y particular de la relación social—. (8)

La política se define a partir de su relación directa con los ciudadanos: presencia, escucha, receptividad, accesibilidad, contacto directo, atención, empatía, compasión, compromiso, transparencia, son palabras que expresan la nueva relación entre la política y la sociedad. La idea de gobierno abierto se incorpora a la idea básica de gobernanza. Gobernar es atender a las particularidades, empoderar a la ciudadanía y a las organizaciones sociales, promover el auto estima y la sensación y el orgullo de pertenencia, cultivar y fomentar la identidad colectiva. Es la política de la atención y la compasión. De la dignidad, el honor, el respeto y el reconocimiento. (9)

(8) ROSANVALLON, P., *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Manantial, Buenos Aires, 2009, ps. 26-32; También, ROSANVALLON, P., *La contra-democracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, 2007.

(9) Cfr. TAYLOR, Ch. *The politics of recognition* Princeton University Press, Princeton, 1994.

El impacto de estas nuevas condiciones contextuales de la democracia impacta de un modo decisivo en las culturas constitucionales. Exacerban sus conflictos y contradicciones y arrastran a los jueces a nuevas formas de activismo, de uno y otro signo, que procuran expresar su compromiso con los nuevos términos del conflicto político.

En sus expresiones actuales, la democracia tal cual la reconocemos en los hechos es un sistema diárquico. (10) Basado en dos principios mutuamente co-implicados. Por un lado, la voluntad de los ciudadanos, lo cual integra los derechos sociales y políticos, la participación, los procedimientos y las instituciones que regula la formación de decisiones vinculantes que hacen a la soberanía popular. Por otro, la opinión, lo cual integra la esfera de las percepciones, las expectativas y la articulación de los consensos y los disensos.

Ello implica el reconocimiento del hecho de que las democracias actuales son, de modo irreversible, democracias de opinión. Lo cual implica que las decisiones judiciales deben asumir una exigencia compleja de verdad, eficiencia, justificación y aceptabilidad social.

El activismo judicial encuentra aquí un límite insalvable. No basta con el compromiso político y la voluntad de transformación de los jueces que deciden hacerse cargo de los desequilibrios planteados por el conflicto entre valores republicanos y valores democráticos. Las opciones deben orientarse además en un sentido de coherencia sustancial con el marco de condiciones históricas, sociales y axiológicas imperantes en el contexto social en que se producen.

En su acepción contemporánea, la democracia constitucional comporta exigencias que trascienden la cultura constitucional del constitucionalismo originario. En las decisiones judiciales, más que los procedimientos formales constitutivos de la legalidad, importan la coherencia y consistencia de sus contenidos con los principios constitucionales. “La subordinación de la ley a los principios constitucionales —expresa Ferrajoli— equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa” (11)

Un límite en el sentido de que al reconocimiento constitucional de los derechos corresponden limitaciones, prohibiciones y obligaciones a la regla de la mayoría y una instancia de complementación en el sentido de que

(10) Reozco en este punto el aporte esencial de URBINATI, N., *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Università Bocconi Editore, Milán, 2014. También *Representative democracy. Principles and genealogy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006 y el importante *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milán, 2013.

(11) FERRAJOLI, L., op. cit., p. 19.

las limitaciones a la regla de la mayoría representan a su vez un sistema de garantías adicionales de los derechos de las mayorías y minorías frente a la posibilidad de abusos en el ejercicio de los poderes de la Constitución.

### c) Los nuevos desafíos

Cabe volver, una vez más, sobre los desafíos que estas nuevas realidades plantean al Constitucionalismo tradicional. Ello impone la exigencia de recuperar una cierta dosis esencial de realismo constitucional. Las democracias viven situaciones que guardan sugestivas semejanzas con la época de entreguerras en el siglo pasado y que desembocaron en la más grave crisis jamás vivida por el constitucionalismo democrático.

¿Eclipse o renovación? (12) Los nuevos desafíos desbordan la capacidad instalada de las disciplinas constitucionales. La teoría constitucional no puede avanzar sin reconocer antes sus condicionamientos ideológicos y, sobre todo, sin una apertura franca y abierta a las perspectivas de la historia, la sociología y la dogmática de la constitución. Las nuevas formas de la dinámica y organización de la política son parte esencial de la experiencia constitucional.

Los nuevos desafíos son cruciales: formas de gobernanza sin gobierno, constituciones sin naciones, estados sin territorios, democracias sin constituciones, conflictos abiertos entre Constitucionalismo y democracia "real", constitucionalismo "republicano" y constitucionalismo "democrático" o "popular". Todo ello es el contexto de democracias sin República y formas abiertas de "autoritarismo competitivos", poco sensibles ante los principios y controles republicanos.

El edificio del derecho constitucional se resquebraja, en la medida en que se fragmentan sus supuestos históricos, ideológicos, conceptuales y políticos de fondo. La teoría y el derecho constitucional buscan los derroteros que conduzcan a una nueva identidad e intentan para ello nuevas formas de expresión y realización actual de sus ideales fundacionales. (13)

(12) Un panorama al respecto en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.), *The twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, especialmente las contribuciones de Dieter Grimm, Ulrich K. Preuss, Martin Loughlin, Mattias Krummy Gunther Teubner. Asimismo, el cuadro general que ofrecen las contribuciones reunidas en JOERGES, C., SAND, I.-j. y TEUBNER, G., (Eds.), *Transnational governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004; KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism, The pluralist structure of postnational law*, Oxford University Press, Oxford, 2010; AMAR, V.D. y TUSHNET, M.V. (Eds.), *Global perspectives on Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009 y, sobre todo, TEUBNER, G., *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

(13) Un panorama al respecto en DOBNER, P. y LOUGHLIN, M. (Eds.), *The twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press, Oxford, 2010, especialmente las contribuciones de Dieter Grimm, Ulrich K. Preuss, Martin Loughlin, Mattias Krummy Gunther Teubner. Asi-

Los nuevos desafíos se plantean de un modo especial sobre todo en culturas jurídicas híbridas como la argentina. Se trata de identificar nuevos marcos de referencia, analizar experiencias de relevancia y valor ejemplar que permitan una suerte de *benchmarking* institucional, capaz de indagar cómo hacen los sistemas constitucionales que avanzan, se estancan o retroceden, para poder así avizorar los nuevos rumbos y senderos del desarrollo y el progreso de las instituciones constitucionales.

En el plano del análisis jurídico-económico internacional y transnacional, están nuevamente en tela de juicio muchas de las presuposiciones filosóficas y políticas en que se basa la confianza en el funcionamiento de los mercados.

Nuevamente, vuelve a postularse una intervención regulatoria fuerte y decidida del derecho sobre los equilibrios supuestamente espontáneo de los mercados. La idea de regulación parte de la base de que en la base misma de la competencia y la innovación, existe una asimetría informativa fundamental. De otro modo, la idea misma de regulación sería innecesaria y carente de sentido. Se reconoce que el derecho y la política jurídica puede y debe hacerse cargo de las lagunas, antinomias y contradicciones entre la libertad individual y la vulnerabilidad colectiva, entre los intereses individuales, las pasiones desencadenadas por la ambición desmedida de los actores centrales del mercado y las necesidades de corto y largo plazo de la sociedad.

La gran asignatura pendiente del derecho público en la actualidad es su aislamiento y consiguiente atraso relativo para receptor el inmenso potencial de innovación que ofrece la experiencia comparada.

La nueva agenda a desarrollar presenta algunas cuestiones centrales, desde muchos puntos de vista comunes a otros enfoques científico-sociales, tales como la economía política, la ciencia política y el análisis comparativo.

### d) La enfermedad de las instituciones

Una primera cuestión a abordar es la relativa a las instituciones. Lejos de ser las soluciones, las instituciones parecerían ser el problema o, por lo menos, parte importante de los problemas a resolver.

El cuestionamiento social a la parte del sistema constitucional que más tiene que ver con la vida cotidiana de los ciudadanos —el sistema de jus-

mismo, el cuadro general que ofrecen las contribuciones reunidas en JOERGES, C., SAND, I.-j. y TEUBNER, G., (Eds.): *Transnational governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004; KRISCH, N., *Beyond Constitutionalism, The pluralist structure of postnational law*, Oxford University Press, Oxford, 2010; AMAR, V.D. y TUSHNET, M.V. (Eds.) *Global perspectives on Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009 y, sobre todo, TEUBNER, G., *Constitutional fragments. Societal Constitutionalism and globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

ticia— tiende a crecer en profundidad e intensidad. La crítica se extiende no solamente a los procedimientos de designación y promoción de jueces, magistrados y funcionarios judiciales. Abarca, sobre todo, el estatuto legal, las garantías, privilegios y procedimientos propios de la función judicial. El reclamo suele incluso extenderse a la necesidad de elecciones populares, la revocación de mandatos y la renovación periódica de designaciones, concursos públicos e implementación de formas diversas de democracia participativa en la selección y juzgamiento de magistrados.

El diagnóstico podría extenderse a otros aspectos igualmente graves, referidos en general a la eficiencia, objetividad y profesionalidad del sistema de justicia, incluidos por cierto todos los operadores jurídicos, particularmente los abogados. (14)

En este punto destaca la importancia de las respuestas en el ámbito de la cultura constitucional y uno de sus mayores desarrollos actuales: el neo-Constitucionalismo. El reconocimiento del valor normativo de la Constitución como “ley de leyes” ha estimulado la superación gradual de la idea tradicional del Estado de Derecho, concebido como un orden de sujeción a las leyes establecidas y su superación por la idea de un “Estado de Constitución”, según la cual las leyes quedan sometidas, cualquiera sea su nivel de consenso parlamentario a la soberanía de la Constitución, custodiada a su vez por la judicatura.

Al mismo tiempo, se han universalizado formas diversas de activismo militante de la judicatura, hasta alcanzar una importancia política significativa, sobre todo cuestiones de alto voltaje político, como la corrupción, los delitos contra la Administración, los crímenes y atentados políticos, el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales y hasta incluso los propios procesos electorales.

Bajo estas condiciones contextuales, resulta comprensible que a la expansión global de las modalidades de acceso a la justicia y, correlativamente de la importancia política de los jueces acompañe un crecimiento del interés y la inquietud de la opinión pública acerca de quiénes son los jueces, cuáles son sus capacidades, a qué intereses e ideas responden y, sobre todo, cómo son elegidos o removidos. Si bien el caso argentino se plantea con rasgos de particular conflictividad, lo cierto es que la situación no es muy diferente a la imperante en la mayor parte de las democracias establecidas.

El protagonismo de los jueces y su pretensión de terciar en el conflicto de legitimidades entre los poderes del estado genera casi automáticamente grados crecientes de suspicacia sobre los títulos de la judicatura parez-

(14) Un valioso análisis del problema puede verse en RHODE, D.L., *The trouble with lawyers*, Oxford University Press, Oxford, caps. 3, 6 y 7.

can. (15) Cuanto mayor sea el poder de los jueces, mayores serán sus presiones para avanzar en el sentido de una legitimación democrática de sus títulos.

Por sobre diferencias lógicas, propias de la diversidad de contextos culturales y políticos, los cuestionamientos éticos y funcionales que se oponen a la justicia son aproximadamente los mismos. Surgen del malestar general que en todo el mundo rodea hoy a las instituciones de la democracia y, en general, del clima de guerra abierta que parece hoy enfrentar a los jueces entre sí y en contra de sectores importantes de los medios de comunicación social y la clase política.

El caso argentino no representa una excepción a la regla contemporánea, que abarca incluso aún a aquellos países como España, Italia, Francia o Estados Unidos que, por su tradición institucional, podrían servir de modelos para una república todavía en transición.

#### e) Interpretaciones en conflicto

Los intentos de explicación se multiplican, pero lo cierto es que ninguna de ellas basta por sí misma para dar cuenta cabal del proceso, sobre todo en lo que atañe al sistema de decisiones, particularmente administrativas y judiciales. (16)

Ante todo creo necesario relativizar la importancia de algunos abordajes recientes de extendido prestigio entre quienes han venido entre nosotros reflexionando en busca de una respuesta. Subrayo la expresión “relativizar” y en manera alguna descartar. Sabemos muy bien que las explicaciones mono causales difícilmente puedan llevarnos muy lejos. Tampoco la acentuación en algún factor explicativo, al que se atribuye una importancia dominante por sobre todos los demás. El riesgo de este tipo de explicaciones es el dogmatismo, en la medida en que todo dogmatismo no es otra cosa que la absolutización de una verdad particular, válida como explicación parcial en un determinado orden de cosas, pero que al adoptar una pretensión hegemónica termina por excluir a importancia de otras explicaciones.

- *La explicación desde las ventajas comparativas.* Es una de las teorías acerca del origen de la desigualdad en el nivel de desarrollo relativo de los

(15) Para una visión de conjunto, cfr. por ejemplo MALLESON, K. y RUSSELL, P.H. (Eds.), *Appointing judges in an Age of Judicial Power. Critical perspectives from around the world*, University of Toronto Press Toronto, 2006. Con estudio detallado del debate sobre el tema de la designación de jueces en sistemas políticos tan diversos como Gran Bretaña, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Egipto, Sudáfrica, Rusia y los países de Asia, África o América Latina.

(16) Las diversas facetas del problema, sobre todo en el caso de los países de América Latina puede ser analizada, por ejemplo en el valioso panorama de conjunto ofrecido por SIEDER, R., SCHJOLDEN, L. y ANGELL, A., “The judicialization of politics in Latin America”, N. York: PalgraveMacmillan, 2005.

países más extendidos. La hipótesis es la de que las ventajas geográficas que brindan el clima, la disponibilidad y acceso a los recursos y la relación con los mercados. Fue originariamente propuesta por Montesquieu y luego se asoció a teorías basadas en la superioridad étnica de las naciones templadas por sobre quienes habitaban regiones tropicales. Apenas resiste el análisis. No solo la aplicación de categorías geográficas sino también climáticas y, por supuesto el acceso y disponibilidad de recursos naturales.

- *La explicación psicosocial.* Para algunos, la crisis es función de los bloques en los mecanismos sociales generadores de la confianza y cohesión social. Se trataría, en otras palabras, de una crisis del Capital Social, producto de tradiciones en conflicto o de las asincronías y asimetrías del desarrollo económico. Es la posición sobre todo de economistas y politólogos, cada vez más interesada en los problemas de administración institucional de los procesos de cambio económico.

- *La explicación sociológica.* Las explicaciones sociológicas han acompañado desde siempre el afán explicativo de los constitucionalistas. Una explicación de este tipo, de extendida vigencia actual, es la que relaciona la crisis de la relación entre los argentinos y las leyes a partir de una especie de anomia. Ha sido particularmente exitosa entre los constitucionalistas de la generación actual la explicación de Carlos Nino (17) en el sentido de que la sociedad argentina sufriría una suerte de "anomia boba", cristalizada en una serie de acciones colectivas auto frustrantes para los propios agentes que las ejecutan. La conducta anímica sería aquella en la que a la mera inobservancia de la ley, se suma la conciencia de que de haberse seguido alguna norma se habrían optimizado las posibilidades dejan acción más eficiente. Es una conducta que puede caracterizarse como de "anomia boba" cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la por la inobservancia de normas y hay al menos una ciertas norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación.

- *La explicación culturalista.* Desde otras coordenadas y sobre todo en el campo de la ciencia política, han ganado terreno las explicaciones que remiten a condicionamientos culturales. Esta hipótesis acentúa la importancia que la cultura tiene en la comprensión y aplicación de principios, normas, valores y criterios de acción práctica basados en la idea de racionalidad instrumental. La cooperación supone niveles parejos de acceso al conocimiento y la posibilidad de desarrollar relaciones de confianza. Incluye también por supuesto la consideración de los valores religiosos y, en general, los obstáculos al desarrollo basados en la religión, las tradiciones culturales, las estructuras de prejuicios y su incidencia en la ética del trabajo y la producción.

(17) NINO, C., Un país al margen de la ley, Ariel, Buenos Aires, 2014.

- *La explicación política.* Para ciertos sectores la desigualdad en el desarrollo relativo de las sociedades sería el resultado de una combinación de factores referibles a una especie de conspiración por parte de los llamados sectores de interés y en especial la llamada "clase política", magnificada por una supuesta complicidad del sistema de medios de comunicación social, alimentada sobre todo por una cierta ignorancia e insensibilidad de la opinión. Un buen ejemplo de este tipo de teorías es la teoría de la dependencia.

Podríamos recorrer en detalle toda una variada gama de hipótesis similares sin dar con el núcleo del problema. Este es inaccesible a explicaciones unilaterales y mono causales. Se requiere una integración de perspectivas.

La cuestión de la crisis de credibilidad y la falta de confianza en las instituciones conecta con una de las características centrales de la democracia actual: el funcionamiento del sistema institucional como mecanismo de generalización y administración de expectativas sociales.

#### f) Las instituciones en un contexto de revolución de expectativas sociales

En este punto las problemáticas de la crisis de legitimidad social del sistema jurídico e institucional la justicia y los parámetros propios de la cultura política y constitucional predominante en las "democracias de opinión" se entrecruzan e interpenetran.

El poder político y una constelación de viejos y nuevos intereses establecidos contribuyen por su parte a esta ceremonia de confusiones y desencuentros. Sectores importantes de la clase política —especialmente la que gobierna— entabla una disputa por espacios de poder con una corporación política que invoca un poder fundado en fuentes ajenas a la lógica central de la democracia. (18) La emergencia se impone sobre el debido proceso, la transparencia o las diversas formas y procedimientos de toma de decisiones.

El nudo del problema es particularmente serio en lo referido a las cuestiones de gravedad institucional en las que la justicia se erige en árbitro y control de la constitucionalidad de las leyes y los actos de gobierno.

La cuestión es simple, en ausencia de autoridades aceptadas, la sociedad exige al sistema de justicia un tipo de verdad que la política no propor-

(18) Un valioso análisis comparado en MARSHALL, T.R., Public opinion and the Supreme Court, Unwin Hyman, Boston, 1989. Asimismo, JACOB, H., BLANKENBURG, E. KRITZER, H.M., PROVINCE, D.M y SANDERS, J., Court, law and politics in comparative perspective, Yale University Press, New Haven, 1996. También ORDOÑEZ SOLIS, D., Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2004, ps. 31-68 y GUARNIERI, C., Giustizia e política. I nodi della Seconda Repubblica, Il Mulino, Bolonia, 2003, ps. 13-42.

ción y que los conflictos entre las culturas jurídicas están lejos de poder administrarse.

La verdad que se reclama es la Verdad con mayúsculas. Es decir, entendida como verdad objetiva y absoluta, como correspondencia estricta y comprobada entre el derecho y la realidad objetiva.

Sin embargo, en los hechos, el sistema jurídico —particularmente la administración de justicia— no produce ese tipo de verdad. Produce, en el mejor de los casos, justicia con minúsculas. Es decir, una opinión más bien técnica basada en un juego complejo de mecanismos de sustanciación de evidencias, producidas a lo largo de procedimientos contradictorios altamente especializados, cuyo resultado final depende en gran medida de la capacidad técnica de los operadores para defender sus respectivos puntos de vista e intereses. (19)

En un proceso se tiene “razón” si de hecho se tiene la capacidad de defender y probar el propio derecho a partir de la producción exitosa de evidencias y de la capacidad para persuadir a tribunales en última instancia colegiados e incluso divididos, inspirados por conocimientos y sentimientos muchas veces contradictorios entre sí, preocupados más de su propia necesidad de justificación y persuasión hacia fuera que de la propia consistencia interna de lo que resuelven.

El tipo de “justicia” que produce el sistema de justicia suele distar mucho de los ideales de justicia absoluta que reclama la sociedad. Se establece incluso una distancia de principio entre justicia y decisión judicial. Esta es, más bien, una aproximación relativa a la solución de una controversia definida, producida a través de procedimientos y razonamientos justificativos altamente pautados y controlados tendientes en definitiva al arbitraje entre partes enfrentadas. En los resultados que produce el sistema de justicia suele haber más de ficciones y presunciones —la principal es acaso la de “cosa juzgada”— que de resolución razonada y auténtica del tipo de incógnitas que excitan las expectativas de la sociedad. (20)

La “trazabilidad” social de las cuestiones de justicia —es decir la capacidad de la sociedad para interpretar el sentido de las decisiones— es, ante todo, materia de expertos y sólo resulta accesible desde la asunción previa

(19) Sobre las limitaciones del procedimiento de decisión de las cortes para producir certezas como las que demanda la sociedad, ver el completo análisis de la jurisprudencia de la Corte Roberts que ofrece TRIBE, L. y MATZ, J., op. cit. espec. p. 3 y ss. Y en general la ilustración de sus diversos capítulos.

(20) Cfr. Las valiosas puntualizaciones sugeridas por TARUFFO, M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, espec. Caps. V, VI, IX y XI. También La prueba de los hechos, Trotta, Madrid, 2002, Cap. I. En sentido similar, FERRER BELTRAN, J., *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, cap. II y MARINI, G., *Giudice regale. L'ordinamento giuridico italiano tra certezza e giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1995.

de una perspectiva no accesible a la gente común. Supone asumir un ritual y comprender un lenguaje críptico. (21)

El principal problema de fondo es que, en términos generales, el derecho ha perdido su autoridad racional y ello condiciona de modo determinante el valor del poder y la función de “decir el derecho”. En el contexto de democracias híbridas, que viven la tensión esencial de principios e impulsos contradictorios, el conflicto desplaza a la estabilidad. Nadie tiene —ni puede pretender—, el derecho a la “última palabra”.

La propia idea de “república” sufre un deterioro creciente de la confianza y la aceptación pública de sus premisas y proposiciones básicas. Desde la sociedad y desde los medios se cuestiona a la legislación sus pretensiones de racionalidad, objetividad y orientación al interés general. Desde estas perspectivas, la noción de independencia y ecuanimidad del razonamiento judicial queda en entredicho. Lo que cuenta no es por ello tanto la objetividad e imparcialidad de las decisiones e intervenciones pretorianas en el proceso económico y social cuanto su capacidad para la resolución del conflicto.

El problema básico no estaría ya únicamente en los jueces y sus instrumentos y procedimientos de pensamiento y acción. Tampoco en los efectos de la función judicial sobre los problemas de la sociedad sino en una insatisfacción profunda de la sociedad acerca de sus posibilidades de resolver los conflictos.

Queda así en el primer plano la propensión de los ciudadanos a desarrollar expectativas y demandas crecientes y aun contradictorias, cuando no muchas veces irreales y desmesuradas. Expresivas, en todo caso, de un malestar profundo de la propia sociedad, que se plasma en una búsqueda constante de víctimas propiciatorias de sus propias culpas y responsabilidades.

La sociedad reclama al sistema constitucional respuestas que el mismo no puede proporcionar, al menos en la medida en que le son requeridas. Se generan así expectativas contradictorias y poco realistas, se exigen respuestas fuera del alcance las posibilidades de la justicia, hasta no hace mucho de responsabilidad de otros poderes e instituciones públicas y privadas. (22)

(21) Un buen ejemplo es el que plantea la institución de la cosa juzgada que supone una disposición a aceptar con el valor de “cosa juzgada” resoluciones que muchas veces contrarían y aún repugnan al “sentido común” de una sociedad que nutre sus expectativas de fuentes de conocimiento y sensibilidad no exclusivamente jurídicas.

(22) Para una reflexión en torno al caso argentino, cfr. Los ensayos de SAGÜÉS, N.P., *El Tercer Poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

La justicia se ve forzada a proveer explicaciones de fondo. A desarrollar una cultura constitucional capaz de administrar la crisis de valores y de visiones del mundo. Esto implica capacidad para erigirse en salvaguarda de derechos fundamentales, instancia proveedora de ciudadanía política y ciudadanía social, empleo, educación, salud, seguridad y sentido de la existencia social, en una sociedad fragmentada en la que las demandas sobrepasan con creces la capacidad de oferta y respuesta del sistema.

## II. Conclusión

Volvamos entonces al punto de partida de esta reflexión, que es la necesidad de contribuir desde la teoría y las prácticas de nuestra cultura y nuestro derecho constitucional a una respuesta al gran enigma argentino. Volvamos para ello a la formulación inicial de la cuestión: "¿Por qué es tan difícil entender qué nos pasa a los argentinos? ¿Por qué saltamos de tiempos de redención otros de profunda caída? ¿Por qué son tan reiteradas las crisis económicas? ¿Por qué es tan difícil vivir con un régimen político estable? En fin, ¿por qué la Argentina no puede ser un país normal?"

Resulta difícil aventurar una respuesta terminante y definitiva. Acaso tan solo proponer algunas perspectivas para el análisis, desde la perspectiva de la teoría constitucional. Una perspectiva poco consultada y poco transitada pero que a mi juicio puede contribuir de un modo decisivo a una mejor comprensión y explicación del mal argentino.

Mi respuesta básica es la de que las instituciones importan. Lo que diferencia casos exitosos de fracasos en el desarrollo es la calidad y la eficiencia en el esfuerzo de creación de instituciones capaces de incluir, integrar y garantizar condiciones de sustentabilidad en el largo plazo de los resultados alcanzados.

Esta es una tarea que está al alcance de la decisión de corto plazo. Se puede decidir la puesta en marcha de instituciones capaces de garantizar la eficiencia económica y la eficiencia institucional. Cualquiera de los dos aspectos que no quede debidamente garantizado debilita los avances, cualquiera el grado de éxito parcial en el esfuerzo. Las mayores frustraciones experimentadas por la sociedad en la ya larga transición a la democracia son las que resultan de la brecha que se produce entre la calidad de muchos intentos de avance político, económico o social y la falta de calidad de las respuestas institucionales orientadas a consolidarlas y garantizarlas más allá de la voluntad episódica de sus protagonistas.

En este sentido, las prioridades de una tarea de este tipo son claras. Ante todo debe apuntarse a crear en la sociedad civil una conciencia de las necesidades que experimenta el sistema institucional, a la hora de reconstruir sus bases de legitimidad y confianza social. Se trata pues de producir una

mejora sustancial en el nivel de conocimiento que se tiene de la Constitución, tanto en sus aspectos formales como materiales.

La política no puede imponer sacrificios presentes en nombre de beneficios futuros. Para ello es menester contar con consensos que desbordan ampliamente el ámbito de la política.

Otra de las claves de la tarea a emprender es una comprensión cabal del papel del poder dentro de la dinámica social y política de una sociedad democrática. Existen hoy áreas de política pública casi por definición ajenas a la competencia de la legislación y también de la jurisdicción. Impera, sin embargo, un clima de indignación, exigencias superlativas, protesta y protagonismo social.

El fracaso de otras instituciones con funciones más específicas lleva a sectores cada vez más importante de la sociedad a volver sus ojos hacia la eficiencia de las instituciones políticas.

La seguridad ciudadana, el empleo, la seguridad jurídica, la corrupción, la crisis institucional, la crisis de los contratos, la reestructuración de la posición internacional del país, la reconstrucción del crédito público, la reactivación de la economía o incluso aspectos meramente instrumentales como puede ser el sistema general de estadísticas tienen en el Parlamento un punto de partida y un punto final, un instrumento y un procedimiento, un sujeto activo y un sujeto pasivo, un problema y sus soluciones.

La noción de "Buen Gobierno" opera en este campo como una primera premisa fundamental para la reflexión en torno a las posibilidades de un consenso social en torno a los contenidos y objetivos de la acción a desarrollar. La consolidación de las reformas económicas y la inserción del país en un contexto global de altos niveles de exigencia y competitividad requieren la vigencia de principios de buena política, tan universales como las reglas de la buena economía. Implican participación y sustentabilidad del desarrollo humano, aceptabilidad y legitimidad, transparencia, equidad e igualdad de oportunidades.

Se trata de principios centrales del Estado de Derecho, tales como división de poderes, garantías efectivas de los derechos fundamentales, control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, respeto a las minorías políticas y sociales, lucha efectiva contra la corrupción pública y privada y, sobre todo, confianza social, entendida como base para el pluralismo y la tolerancia democrática. (23)

(23) Para un desarrollo más amplio de la noción de "Buen Gobierno" y su adaptación a los países en vías de desarrollo, cfr. *Reconceptualising Governance*. UNDP Management Development and Governance Division, Discussion Paper 2. N. York, 1997 y *Governance, The World Bank Experience*, World Bank, Washington DC, 1994. Asimismo, GRINDLE, M.

Toda sociedad requiere de sus instituciones un enfoque estratégico. Una Constitución es ante todo el plan estratégico de una sociedad. Cuando un gobierno —o una institución— logra proyectar hacia la sociedad la idea de que sus movimientos se orientan en función de una misión, una visión, un cuerpo de objetivos y metas, un cálculo responsable de recursos y mecanismos objetivos de evaluación de sus resultados, suele acompañar su esfuerzo, aun cuando los resultados y beneficios concretos tarden en ser evidentes para la mayoría de los ciudadanos.

A la inversa, si esa institución no logra proyectar hacia la sociedad el sentido estratégico que la inspira, los mejores resultados se pierden ante el escepticismo de una sociedad cautelosa y reactiva.

Este es el cometido central de una Cultura Constitucional, que hoy más que nunca debe asumirse como una cultura plural, capaz de acoger la diversidad y las diferencias. El punto central es la capacidad de una cultura constitucional para proveer ese lubricante de la vida social que es la confianza. La sociedad contemporánea es una sociedad basada en la desconfianza. (24) Una sociedad en la que la democracia real sufre una ruptura en sus bases de legitimidad y confianza. La confianza es un factor invisible, intangible, de muy difícil acceso para las herramientas tradicionales de las ciencias sociales.

Señala Rosanvallon que la confianza cumple a las menos tres funciones básicas que demuestran su importancia.

En primer lugar produce, podría decirse que la confianza produce una *ampliación en la calidad de la legitimidad*. Completa y enriquece la naturaleza procedimental de los métodos democráticos con una dimensión moral. Dicho de otra forma, otorga a los procedimientos electorales una dimensión ética, de contenidos sustanciales, tanto por los valores y principios que evoca como fundamento de los procedimientos como por la referencia al bien común.

La confianza agrega, en segundo lugar, una *dimensión temporal* de esa legitimidad ampliada. Le confiere una dimensión de continuidad hacia atrás, a través de la transmisión de las tradiciones, prácticas y costumbres institucionalizadas y hacia adelante, subrayando la previsibilidad, la idea de que los procesos tienden a consolidarse y a cristalizar en prácticas establecidas.

La confianza opera, en tercer lugar, como un *economizador institucional*. Permite a la sociedad el ahorro de todo un conjunto de mecanismos

(Ed.), *Getting Good Government. Capacity building in the public sectors of developing countries*, Harvard Institute for International Development, Cambridge, 1997.

(24) ROSANVALLON, P., *La contrademocracia...*, cit., p. 23.

de verificación y prueba. Da por supuestos los factores que componen la promesa de la democracia. Minimiza la desconfianza y el miedo. Permite desarrollar percepciones y sentimientos de cooperación ante la desconfianza y el temor que suscitan los propios avances del sistema.

Desde sus orígenes, la versión institucional de la democracia se ve afectada por una tensión esencial entre sus promesas y propuestas de igualdad y libertad y los mecanismos imaginados para conjurar los riesgos que el propio sistema de poder proyecta. La versión liberal de esta tensión se expresa claramente en el ejemplo de la democracia republicana estadounidense.

Junto a esta estrategia liberal de la desconfianza, cabe señalar una serie de estrategias democráticas, basadas en una institucionalización de la resistencia.

En primer lugar a través de la multiplicación de los poderes intermedios y sus estrategias de control. En segundo lugar través de la legitimización de la cultura de la protesta, la obstrucción sistemática y la resistencia. En tercer lugar, la judicialización de la crítica y la protesta social. Estas tres formas de expresión proporcionan facetas diversas de un mismo fenómeno, la contra democracia, entendida como una cultura política que cohabita con la democracia. La contrademocracia —explica Rosanvallon— (25), conforma un sistema con las instituciones democráticas oficiales. Las supone y complementa. Apunta a fortalecer y expandir sus efectos. Configura un contrafuerte de la institucionalidad formal.

La reconstrucción de la confianza pasa, pues, por una tarea estratégicamente orientada. Supone una visión compartida y una idea acabada de la misión a desarrollar. Supone también políticas, objetivos, metas, reglas y procedimientos, criterios y estándares actualizados a la altura de los nuevos tiempos. Tiempos propios de una sociedad basada en el riesgo y la incertidumbre, en la pérdida de todo optimismo hacia el futuro. La sociedad del riesgo es, ante todo, estructuralmente, una sociedad regida por un sentimiento de incertidumbre y desconfianza frente al porvenir.

En este sentido, el papel de la cultura constitucional es clave. Es la única posibilidad de hacer de un texto constitucional una realidad efectiva y práctica. Pensar la Cultura Constitucional y convertirla en el centro de atención de nuestras disciplinas es un imperativo insoslayable y de máxima importancia.

Solo desde una renovación de los valores y principios propios de la cultura constitucional puede aspirarse a volver a pensar la interacción social sobre bases nuevas, como vía para una reconstrucción de las nuevas formas de

(25) ROSANVALLON, P., *La contrademocracia...*, cit., p. 27.

legitimidad, en el contexto de un nuevo clima social y cultural, irreversiblemente diferente al del contexto de descubrimiento del constitucionalismo clásico. En este sentido, la cultura constitucional vuelve a ser, como en los grandes momentos del Constitucionalismo occidental, un clima social y cultural: el del debate y la búsqueda de nuevas formas de legitimación de los cambios en las modalidades de la interacción social propia de las sociedades democráticas. ♦

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE JUNIO DE 2016  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

2014



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Av. Alvear 1711 1º piso  
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
(011) 4815-6976 / 4812-9327  
[www.academiadederecho.org.ar](http://www.academiadederecho.org.ar)  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Estudios de Derecho Constitucional – Año 2014

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
"SEGUNDO V. LINARES QUINTANA"

Director: Alfonso Santiago

# Estudios de Derecho Constitucional

Año 2014

Marcela Basterra • Alberto B. Bianchi  
Manuel José García-Mansilla • Emilio A. Ibarlucía  
Carlos José Laplacette • Martín Oyhanarte (h.)  
María Alejandra Rodríguez Galán  
Enrique Zuleta Puceiro

