

LOS DERECHOS HUMANOS Y SU EFECTIVA TUTELA ESTATAL

Por Jorge Reinaldo Vanossi

Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Académico Honorario de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia.

CAPÍTULO 1

NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL.

CARACTERÍSTICAS GENERALES

La Constitución Nacional de la República Argentina fue sancionada en 1853, con ulteriores reformas en 1860, 1866, 1898, 1949 (abrogada), 1957 y 1994, en vigencia este último texto.

Su *sistema de protección del estatus de la persona humana* es el característico del período del constitucionalismo liberal al que pertenece: la primera parte de la Constitución contiene las “declaraciones, derechos y garantías”, que forman su parte dogmática o preceptiva (artículos 1º al 35). Allí pueden encontrarse los clásicos “*derechos individuales*” propios de *toda persona humana por el solo hecho de ser tal*; mientras que en 1957 se agregaron los “*derechos sociales*”, que son propios de las personas por su *pertenencia funcional a ciertos sectores sociales* (derechos del trabajador, de la familia, de las clases pasivas, etc.). En cuanto a los “*derechos políticos*”, su reconocimiento nace de la norma protectora de los derechos no enumerados (art.33) y de la parte orgánica de la misma Constitución en cuanto se refiere a la elección de los poderes políticos de la Nación (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) y del capítulo segundo de “Nuevos Derechos y Garantías” (1994).

En conjunto, los derechos civiles, políticos y sociales que protege la Constitución Argentina son coincidentes -a pesar de su antelación cronológica- con los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que aprobaron las Naciones Unidas (1948).

La *situación de los extranjeros* es la siguiente: gozan de los mismos “derechos civiles” que los argentinos (art. 20); para obtener los derechos políticos deben adquirir la ciudadanía argentina, lo que pueden hacer después de residir dos años en el país, o aun antes si prestan servicios extraordinarios. En el orden municipal, para la elección de representantes comunales, la mayor parte de las provincias que forman el Estado Federal admiten la participación de los extranjeros en el goce de los derechos políticos a ese nivel, sin necesidad de naturalizarse argentinos.

Cabe recordar que *cada una de las provincias sanciona una constitución local*. La Constitución Nacional previó ese desenvolvimiento y, más aún, quiso evitar que alguna constitución provincial pudiera negar o

retacear los derechos y garantías que proclama la Constitución Nacional. Fue con ese objeto que el art. 5° de la Constitución Nacional exigió a las provincias, como una condición absoluta para que la Nación le garantizase su “autonomía”, que ellas aseguraran en su órbita local el sistema de derechos y garantías que la Constitución Nacional establece para todo el país y para todos los habitantes.

Por lo tanto, puede afirmarse que el régimen adoptado por la Constitución Argentina rige “*erga omnes*” (es decir: respecto de todos) en todo el país; y que los derechos y garantías allí establecidos pueden ser invocados y esgrimidos *frente a cualquier amenaza, provenga de cualquier fuente: gobierno nacional, gobiernos provinciales o particulares y grupales*.

Dicho con otras palabras, esto quiere significar que el sistema de la Constitución Argentina resume *en un solo acto y en un solo régimen* las protecciones que en la Constitución de los Estados Unidos de América están formadas por las diez primeras Enmiendas -por una parte- y por la Enmienda XIV -por la otra-, más la jurisprudencia del caso “Brown v. Board of Education” (año 1954).

Debemos mencionar el *papel fundamental* que corresponde al Poder Judicial, y en especial a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la protección *en concreto* de los derechos humanos reconocidos en la Constitución. Partimos de la base de sustentación que demuestra la mayor potencialidad de los “derechos humanos” cuando éstos -en cualquiera de sus especies- son jurídicamente encarados y protegidos en su carácter de “derechos subjetivos” de las personas (sic).

La medida en que cada derecho resulte en la realidad protegido dependerá de la actividad de los tribunales judiciales. Esto se debe a que en nuestro sistema los tribunales judiciales (y en última final instancia la Corte Suprema) son los órganos que *controlan la constitucionalidad* (es decir: conformidad con la Constitución; no contradicción con lo que ella dispone) de normas, actos, hechos y hasta omisiones.

Asimismo, toda vez que vayan a dictar una sentencia que involucre a los artículos o cláusulas de la Constitución, los tribunales deberán *interpretarla* a fin de aplicarla al caso concreto a resolver. De las pautas que los tribunales utilicen para la interpretación constitucional dependerá la mayor o menor extensión que se reconozca a los derechos humanos, qué limitaciones se aceptarán, y bajo qué condiciones.

LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LAS GARANTÍAS EN EL MARCO DEL “ESTADO DE DERECHO”. – Abordar este tema supone la aceptación de que el progreso o evolución del pensamiento jurídico en la materia se revela en la aceptación del postulado según el cual los *procedimientos* deben ser puestos al servicio de los *contenidos*, desde el

momento en que aquéllos son nada más que *medios* instrumentales al servicio de ciertas finalidades. Y la falta de procedimientos (o la existencia de procedimientos inadecuados) debe ser suplida por el ejercicio directo de la misión o función constitucional del juez. Cuando hay jueces hay derechos, por lo que el órgano judicial independiente se convierte en la primera garantía general e institucional (cómo diría Hauriou) de los derechos humanos. Todo esto hace a la esencia del “Estado de derecho”, o sea, que es elemento nuclear de esa idea, por cuanto en el entendimiento general son contenidos mínimos de su “noción material”, las limitaciones de los poderes y los controles que vigilan esas limitaciones.

Pero existen diversos presupuestos de las *acciones* protectoras de los “derechos subjetivos”, entre los cuales cabe mencionar:

- a) La demarcación y consiguientes relaciones entre la esfera de la sociedad y la órbita del Estado.
- b) La consideración de la *libertad* como un *príus* de todo el ordenamiento, o sea, la afirmación de la libertad del hombre como presupuesto de la autoridad (pues lo contrario importaría tanto como fundar el punto de partida en una sociedad de esclavos).
- c) Que todas las normas constitucionales pueden ser entendidas como normas de competencia, ya sea afirmativa o negativamente, según su redacción y el objetivo inmediato al cual se dirigen.

Por lo tanto, y desde el momento que cabe una protección *erga omnes*, no tiene sentido separar los derechos públicos subjetivos de los derechos *privados* subjetivos, sin dejar de atender al hecho de que es difícil separar en todos los casos el interés público del interés privado.

Actualmente, pues, estamos en el período de la protección *erga omnes* de los derechos, es decir, frente a toda “persona”.

Podemos concluir, pues, que son derechos subjetivos, los que tiene *acción*. Son derechos que están garantizados jurisdiccionalmente, es decir, que se encuentran protegidos o tutelados por el ordenamiento jurídico vigente, con lo que se supone que hay jueces, procedimientos y acciones al servicio de ese fin. Como consecuencia de ello, los derechos subjetivos coinciden con una situación jurídica impulsiva del órgano jurisdiccional sancionatorio de la violación.

El aditamento “subjetivo” fue necesario como consecuencia del dualismo – tan caro a los iusnaturalistas – entre derechos naturales y derechos protegidos por el derecho positivo.

Los derechos subjetivos, por lo tanto, son derechos *garantizados jurisdiccionalmente*. En tales términos, puede decirse que la tutela judicial

operativiza el derecho constitucional protegido, al dotar al titular del medio para exigir su reconocimiento, provocando la remoción del obstáculo impeditivo del goce de esa libertad y eventualmente, aplicando sanciones.

A nuestro modo de ver, la doctrina “clásica” de los derechos públicos subjetivos es – por lo menos – una doctrina *superflua* en el actual estado de la cuestión. El tema es otro: o hay “derechos” o no los hay. Y habrá derechos (subjetivos) cuando el derecho (objetivo), partiendo de la aplicación de la Constitución y del ejercicio de las potestades de los jueces, brinden los instrumentos conducentes para conferir a los más variados segmentos de la libertad los niveles de eficacia jurídica que en el sentido o acepción más estricta permite hablar de “derechos subjetivos”.

Por ende, habrá un derecho subjetivo propiamente dicho *cuando el sujeto esté munido de acción para exigir o proteger “su” derecho con plenitud*, incluyendo la posibilidad de instar al órgano jurisdiccional para aplicar sanciones o hasta el límite de *fulminar las normas institucionales que lo afecten en su situación*.

¡Basta de declamaciones y de catálogos de ilusiones! Ya Alberdi hablaba de las libertades concretas y no de las libertades proclamadas.

Y ya decía Kelsen que “un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico... cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional”. Y concluye afirmando: “Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido, lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho de libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo”. Es evidente la insistencia del autor en caracterizar el derecho subjetivo como un “poder jurídico”, que se traduce en una acción.¹

Nuestra opinión es coincidente con los elementos antes señalados, por lo que estimamos que los que valen son los derechos subjetivos plenos y, por lo tanto, se entiende por “derechos subjetivos plenos” en la acepción más estricta y kelseniana: 1º) el derecho de contar con el órgano, 2º) el de acceder al órgano y que éste pueda dictar la decisión, 3º) que la decisión anule a la medida infractora, 4º) que además sea reparado el daño causado, y 5º) que eventualmente sea responsabilizado, removido o de otra forma sancionado quien dictó la medida atentatoria del derecho. Eso es un derecho subjetivo, un derecho subjetivo plenario, pues “por pleno” se abarcan esos cinco aspectos que deben reunirse para que se vuelva un poco a lo que ahora reclama el

¹ “Teoría Pura del Derecho”, págs. 147 y siguientes, Traducción de Roberto Vernengo, Buenos Aires. Ídem, en “Teoría General del Estado”.

derecho ambiental: es decir, no sólo la reparación sino también la recuperación, y evitar la reiteración violatoria.

CAPÍTULO 2

LOS DERECHOS Y SUS LÍMITES

2.1. Los derechos y los deberes

Sumando el sistema del articulado de la Constitución Nacional con la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta un plexo de derechos.

Una cosa son las *declaraciones de derecho* y otra muy distinta son las *declamaciones de ilusiones de derecho de realización diferida*. Es mucho más importante hacer enunciados de derecho, con el añadido de los medios indispensables para cumplirlo, que agregar “catálogos de ilusiones”. Hace varias décadas que en un congreso de juristas del ámbito del derecho público se plantearon en Alemania el tema de la reforma a la Ley Fundamental de Bonn (1949), que sigue siendo la Constitución de la República unificada, pues hasta hoy no ha sido modificada sustancialmente. Y la conclusión mayoritaria de esa reunión fue que no se trataba de incorporar nuevos repertorios de derechos sino de completar la faz de operativización y ejecutabilidad de los derechos ya consagrados.

¿Qué pasa cuando se proclaman más y más derechos y no se cuenta con los medios para efectivizarlos? Los jueces hacen lo que pueden, pero sabemos que no pueden hacer lo imposible. No son dioses, no tienen poderes demiúrgicos, pues son seres humanos. Tiene limitaciones. La culpa está en todo caso en el legislador o en el constituyente, que también son seres humanos, pero que a veces y debido a sus veleidades parecen tener mucha menos *responsabilidad* que aquella de la que hacen gala (la “responsabilidad” es uno de los seis principios básicos de la forma republicana, junto con la democracia, la separación de poderes, la igualdad ante la ley, la publicidad de los actos y la periodicidad en la función, pero los seis están mitigados por la proterva obstinación de una dirigencia incapacitada o despreparada para sus funciones).

Los derechos de algunos deben terminar donde empiezan los derechos de los demás. Esto es difícil de reconocer. Todo el mundo quiere tener derechos ilimitados, pero esa es una concepción antisocial. No se puede aceptar el abuso del derecho tal como lo vemos cotidianamente. No se puede alterar la sustancia de los derechos, pero siempre teniendo presente que todos los derechos son relativos, para tornar armónico su ejercicio. (Arts. 28 y 14, C.N.).

Debemos recordar que hay *muchos derechos violados*, muchas situaciones que han sido menoscabadas. Sería inútil mencionarlas todas, aunque podemos priorizar algunas:

- El derecho a la vida en todas sus formas imaginables.
- El derecho a la propiedad, ya sea la propiedad material o la propiedad intelectual, a veces en las formas más sutiles, más perversas o más ingeniosas.
- El derecho al honor y al principio de inocencia, que es uno de los principios básicos de nuestro sistema en virtud del cual nadie es culpable hasta que no se declare como tal. Pero el derecho al honor que toda persona tiene está muy vulnerado. La calumnia, la difamación, la injuria han pasado a ser algo habitual y los medios de comunicación de masas cooperan en ello.
- Y otro derecho que está también lesionado en todas partes, es o son (porque algunos los distinguen) el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad. Ya no existe. Ya todo es público, todo pertenece a una esfera en la cual no hay pared del hogar, o no hay el límite del reposo o del descanso. Todo puede ser invadido, todo puede ser ocupado, todo puede ser en definitiva difundido y divulgado y, por lo tanto, también tergiversado por aquello que decían los italianos, “traduttore, traditore”, es decir, el que traduce o el que interpreta también traiciona porque no siempre lo hace en forma fiel.

Un elemento a considerar es el *régimen fiscal o impositivo*, que es realmente importante para la seguridad de las personas. Ralf Dahrendorf, un discípulo dilecto de Popper, señala que el régimen tiene que ser sencillo, claro, razonable, perdurable, estable, es decir, al alcance de todos. Y cuando dice esto, está observando que si ese requisito no se cumple, así como la persona puede estar sometida a cualquier restricción arbitraria en materia de su libertad física y deambulatoria, también puede estar sometido a la discrecionalidad por el cobro de impuestos irrazonables que le imponen gravámenes arbitrarios o, que sin ser irrazonables o arbitrarios, son tan complejos, tan confusos y tan difíciles de entender que el más común de los ciudadanos no puede hacerlo por sí mismo, y tiene que valerse de un especialista para saber si está cumpliendo con lo que debe cumplir o está incumpliendo y va a ser pasible de una sanción.

El desafío más difícil, estimo, es el de aumentar las oportunidades. No hablamos de igualdad de oportunidades y, mucho menos, de la expresión de la Constitución donde utiliza la expresión “*igualdad real de oportunidades*”. Sabiendo desde ya que eso ni siquiera es una utopía, es un delirio. Sin caer en la ingenuidad, creo sí que se puede hablar de la necesidad de potenciar el aumento de las oportunidades como forma de alcanzar mayor solidaridad, en la defensa de los sistemas democráticos y liberales. No basta con defender la

competencia, por más importancia que la competencia tenga. Es condición necesaria defender la competencia, pero no es suficiente para alcanzar los resultados.

¿Cuál es entonces el deber de orientación? El *indirizzo* como “plan de vida” de cada uno. Y es el constante, el permanente: el deber de *mejorar la calidad de vida*, que es lo que nos hermana. Mejorar la calidad de vida es el deber de todos nosotros, en relación con el prójimo. Y el prójimo es el próximo.

2.2. Los delitos y la violencia. El decaecimiento de los derechos humanos.

¿Cuáles son hoy las peores asechanzas? La explosión demográfica, sobre la cual no se tiene verdadera conciencia cabal y en la que está el origen de un sinnúmero de problemas que en este momento se padecen. No sólo de salud, de vivienda o de educación, sino muchos otros. El daño ecológico; las guerras regionales o locales que subsisten; pues salvo la Unión Europea, en muchas otras regiones del planeta se libran en estos momentos muchas batallas y muchos combates.

¿Qué podemos decir del narcoestado? Narcoestado que lo tenemos prácticamente instalado en nuestro continente.

Por eso no se puede tener contemplaciones. Es fundamental, entonces, que en cada uno de los Estados el poder público recupere el monopolio de la fuerza. No pueden existir fuerzas irregulares, no pueden existir ejércitos paralelos, no pueden existir asociaciones ilícitas con vinculaciones internacionales. Y la única forma de desarmarlo es mediante la cooperación internacional.

En cuanto al narcotráfico, la lucha no la puede hacer aisladamente un solo Estado porque es un fenómeno universal y todos tenemos que cooperar, de buena fe y con el mayor empeño a desarmar, a desarticular ese aparato mefistofélico y diabólico que está conmoviendo a la humanidad, que cae en la autodegradación de la persona.

También quiero agregar que el *derecho vigente debe adaptarse* al adelanto tecnológico y a las nuevas modalidades de la economía y del comercio... y de la delincuencia.

Adaptarse no quiere decir convalidar abusos, sino encauzar y dar marco a un sano realismo.

El derecho va muy por detrás de los hechos. Hay muchos países de América Latina en los que el derecho está muy atrasado, y hay prejuicios para actualizar los sistemas jurídicos.

Con respecto a las cuestiones que se están diciendo sobre los delitos y la necesidad de modificar los *regímenes penales*, creo que es necesario recordar

que la ley por sí sola no cambia la realidad. Tiene sí una virtud persuasiva o disuasiva según las circunstancias. Tiene sí un rol de cauce o de marco para trazar la senda por la cual deben transitar las conductas de las personas. Pero también es cierto que lo fundamental está en su efectividad y en su vigencia. Y ya Montesquieu, en el siglo XVIII, advertía que lo grave no era que las penas en los códigos penales -aunque en esa época todavía no estaban codificadas todas las leyes penales- fueran leves, sino que lo grave era que no se aplicaran, porque la sensación de impunidad creaba un estímulo para cometer mayores ilícitos y por ahí se transitaba hacia un camino, hacia un desbarranco que hoy en día los sociólogos llaman “la anomia” o “el todo vale”.

Durkheim, cuando elabora su estudio sobre el tema de la anomia, dice con palabras tan cortas y sencillas como éstas:

“Todas las normas de conducta y reglas morales forman un mundo imaginario alrededor de la persona. Si en algún momento esa barrera se resquebraja, los impulsos se liberan a borbotones y sin control” (La Educación Moral, 1925).

La ineficacia, es decir la ineficiencia llevada como principio, es también (y lo remarco) una de las expresiones más malsanas o negativas de la corrupción. Tanto como robar o estafar o como coimear, o como cometer latrocinios desde el poder público; y es tan grave ser ineficiente cuando se ocupan funciones o cargos para los cuales no se tiene la preparación o el título correspondiente o no se ejercen con la dedicación que corresponde.

También, todo ello supone nuevos perfiles en el sistema institucional o político.

2.3. Los deberes

Conviene tener presente que el conjunto de derechos y garantías resultantes de nuestro sistema constitucional no empece a la vigencia de los *deberes públicos* que la propia Constitución establece o fundamenta, y cuyo respeto asegura la ley. Estos deberes constituyen, en cierto sentido, la contrapartida de los derechos, y se integran armónicamente con ellos: Deberes públicos

- a) Deber de fidelidad (traición a la Nación)
- b) Deber de defensa de la Patria y de la Constitución (milicias, servicio militar obligatorio).
- c) Deber de respeto a las instituciones (rebelión, sedición).
- d) Deber de impedir las exorbitancias del poder (traición a la Patria).
- e) Deber de prestaciones:

- 1) de servicios personales (cargas públicas).
- 2) patrimoniales (impuestos y contribuciones).

2.4. Los límites de los derechos

La Constitución Argentina admite expresamente la *relatividad de los derechos* que ella proclama (art.14) y este principio vale tanto para los casos de proclamación expresa como implícita de derechos y garantías. La Corte Suprema tiene dicho que “un derecho ilimitado sería una concepción antisocial” (Fallos 136:170).

Las limitaciones a los derechos pueden ser de diversas clases: limitaciones de orden constitucional (que a su vez pueden ser genéricas o específicas) y limitaciones de fuente legal.

Con respecto a las *causas* de las limitaciones de la libertad, cabe considerar las siguientes: el orden social (libertad coexistente de los otros, utilidad pública, etc.), el orden físico (higiene, salud, seguridad) y el orden político (integridad de la Constitución, defensa de la Patria); tal como lo advirtiera Joaquín V. González.

En cuanto a su *duración e intensidad*, las limitaciones admiten su clasificación:

a) *Limitaciones normales y permanentes*

Esto se refiere a la “*reglamentación*” de los derechos (art.14), que a su vez está sujeta a la limitación de la *inalterabilidad* de la sustancia de esos derechos (art.28). Aquí se aplica el principio de la “*razonabilidad*”, que condicionada al “*poder de policía*” de la reglamentación de los derechos.

Se ha producido una *evolución*, que se traduce en el *tránsito de un concepto estrecho a un criterio amplio* de “poder de policía” que en la actualidad abarca la policía del bienestar y de la prosperidad, así como también la policía de la desocupación en el empleo, del abastecimiento, de la tutela del Estado democrático, etcétera.

b) *Limitaciones anormales y transitorias*

Las limitaciones anormales y transitorias pueden surgir a partir de las necesidades de las “*emergencias constitucionales*”, fundadas en el *estado de necesidad*. La práctica ofrece distintas clases de emergencias: políticas, económicas, sociales, de guerra, etcétera.

Dentro de las limitaciones anormales y transitorias, la Constitución Nacional regula en particular el supuesto de “*estado de sitio*” (art.23).

La Constitución *no contempla la existencia de otras limitaciones* tales como la ley marcial, la movilización de particulares, el estado de asamblea, la suspensión de hábeas corpus, o la suspensión de la Constitución. Asimismo, la Constitución *prohíbe expresamente* la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo (art.29), como así también que el Presidente pueda asumir funciones judiciales ni aun bajo el estado de sitio. En la vida política del país se registran, no obstante ello, algunos casos de aplicación de la ley marcial (ley y jurisdicción militar) y de movilización de población civil, que los jueces encuadraron en los límites del estado de sitio (caso “Rodríguez, Ruggero y otro”, del año 1962; y caso “Roberto Candelario Rodríguez, del año 1971).

c) *Estado de sitio*

Las únicas *causales* por las cuales puede declararse estado de sitio son las hipótesis de “*conmoción interior*” y de “*ataque exterior*”.

La facultad para declarar ese estado de excepción pertenece *exclusivamente al Gobierno Federal*, y las provincias no pueden suspender la vigencia de los derechos y de las garantías constitucionales.

En cuanto al margen en que deben extenderse los poderes de emergencia, ha estado bien claro (para todos los constituyentes argentinos y extranjeros que incluyeron este tipo de excepcionalidades) el hecho de que *a grandes males debía corresponder grandes remedios*, es decir que ante las *circunstancias excepcionales* de descontrol *debían correlativamente acentuarse los poderes*; pero también debían contemplarse los límites de ese ensanchamiento de los poderes.

Estaba bien entendido, como algo implícito, que *cesando las causas deben cesar los efectos*, es decir, que una vez *superada la emergencia*, debía *retornarse a la normalidad*.

El problema que se plantea cuando no se aplican tales remedios con esa tónica está en que, al convertirse en normal el uso de tales poderes de emergencia, se desgastan y se desvirtúan, y en alguna medida su erosión los torna ineficaces, ante lo cual se vuelve necesario idear otros poderes mayores que reemplacen a los excepcionales. De allí que la *eficacia de esos remedios de emergencia* está en la dosis de aplicación y el debido control, terreno donde nuestra Corte Suprema a lo largo de su historia ha tenido tanto acierto, en gran medida inspirada en la observación de la experiencia que acabamos de mencionar: es decir, que un descontrol en la aplicación no sólo es dañino para la libertad de las personas, sino que se vuelve a la larga aletargante para el propio sistema de excepcionalidades.

En realidad, las medidas de emergencia son las que ayudan a enmarcar *la tónica de un sistema constitucional*. En efecto, prestigiosos autores (a los cuales brindamos todo nuestro homenaje y respeto) bregaron en su momento por la *supresión* de las medidas de excepción del artículo 23, lo que equivalía llanamente a la eliminación de los poderes de emergencia. Recuérdese que en el siglo XIX, en una histórica Convención provincial (Buenos Aires, 1870-1873), un constituyente refiriéndose al estado de sitio lo mencionó como el *último resabio de la dictadura* que acaso por olvido hayan dejado los constituyentes en la Ley Suprema.

Sin embargo, la emergencia política indica que no es enteramente así, ya que el *estado de sitio no es malo en sí mismo*, sino que lo que puede ser malo es la desvirtuación de las medidas de aplicación, o cuando aquél se implanta sin que existan reales y concretos motivos que lo justifiquen. La prueba está en que en todo el constitucionalismo contemporáneo, de cualquier procedencia ideológica y de cualquier destino geográfico, existen poderes de emergencia. Aun en la mismísima Constitución Francesa de 1958 han sido muy resistidos los poderes que De Gaulle hizo incluir para situaciones que desgraciadamente con posterioridad, se consumaron y consecuentemente hubo que aplicarlos. Confirmóse así la necesidad de tales provisiones de excepción.

De modo, pues, que este problema consiste *en saber aplicar* lo que puede ser hoy en día una *regla de oro del constitucionalismo contemporáneo*, que es la siguiente: *a mayores poderes deben corresponder mejores controles y mayores responsabilidades*. No podemos admitir que el poder público pueda sucumbir frente a los “contrapoderes”, es decir, a los poderes de hecho y los poderes de tensión. Lo que debe hacerse es perfeccionar el sistema de controles en aras siempre de lo mismo: la *“eminente dignidad de la persona humana” y la perfección de su libertad*.

El tema del estado de sitio no quedaría completo sin referirnos a las posibilidades de control judicial, en defensa de los derechos humanos, sobre la actividad estatal relacionada con el estado de sitio, desde su declaración hasta las medidas concretas de ejecución.

El hecho positivamente valioso es que en la actualidad *no rige en nuestro país el estado de sitio*, es decir que los derechos de las personas no se hallan sujetos a este tipo de limitaciones anormales.

El otro dato meritorio consiste en el doble control que la Corte Suprema aplica en las controversias resultantes de la aplicación del estado de sitio: el control de “causalidad” y el control de “razonabilidad”, partiendo de la base que debe mediar una relación causal entre esa declaración de emergencia (conmoción interior o ataque exterior) y la

especie de limitación al derecho restringido, como también la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido.

CAPÍTULO 3

LAS GARANTÍAS

3.1. Clasificación de las garantías

Para precisar más claramente las características del sistema argentino, deberíamos señalar que en la doctrina y en la práctica de nuestro país se utiliza el término “garantías” con diversas acepciones, que van desde la mayor amplitud hasta la más estrecha extensión; pero ello no impide resumir las “garantías” constitucionales:

A) Garantías generales:

- a) Garantías constitucionales (separación de poderes, etcétera).
- b) Garantías mutuas (mutua protección de los derechos entre sí).

B) Garantías especiales:

- a) Contra abusos provenientes del Poder Ejecutivo.
- b) Contra abusos provenientes del Poder Legislativo.
- c) Contra abusos provenientes del Poder Judicial.
- d) Contra abusos provenientes de los poderes de hecho y de los particulares.

Entre las garantías se destacan por su importancia áreas a las que dedicaremos sendos párrafos separados; la seguridad individual, las garantías jurisdiccionales (hábeas corpus, hábeas data, amparo y acción de inconstitucionalidad y la igualdad, entre otras).

3.2. La seguridad individual

En cuanto a las garantías, en su art. 18 la Constitución se refiere detalladamente a los aspectos de la “*seguridad individual*”. Podríamos resumir las características del régimen de protección de la seguridad individual diciendo que *las condiciones necesarias para la dignidad eminente y natural de la persona*, que brinda la Constitución son:

- a) Protección relativa a la privación de la libertad corporal.
- b) Protección relativa a la imposición de la pena, o presupuestos jurídicos de la represión: juicio previo, ley anterior, juez natural y estado de inocencia.

- c) Protección relativa al proceso: inviolabilidad de la defensa en juicio, no declaración en contra de sí mismo y prohibición de otras formas de autoincriminación, rapidez procesal, asistencia letrada.
- d) Protección relativa a la ejecución de las penas: régimen carcelario, libertad bajo fianza, condena condicional.
- e) Prohibición de la pena de muerte por causas políticas; de toda especie de tormento y de los azotes.
- f) Garantías jurisdiccionales de la libertad; tutela judicial y sumaria de los derechos humanos (acción de hábeas corpus, acción de amparo y habeas data).

3.3. Las garantías jurisdiccionales

Son garantías en el más estricto sentido de la palabra, es decir como *procedimientos específicos* para la *tutela judicial sumaria y efectiva* de los derechos humanos.

La Constitución Nacional brinda la base constitucional para el *hábeas corpus* al establecer que “Nadie puede ser (...) arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente” (art.18). A partir de allí, el *hábeas corpus* para la protección de la *libertad física* fue regulado desde antiguo, tanto en el orden nacional como provincial, en las respectivas leyes de organización judicial y códigos de procedimientos penales. La norma actualmente vigente en el orden nacional es la ley 23.098, de 1984, que introduce interesantes innovaciones, entre ellas la posibilidad de control judicial (para el caso concreto) del acto declarativo del estado de sitio.

Con respecto a la protección de *los demás derechos que integran la libertad*, la Corte Suprema creó pretoriamente (es decir: sin ley que lo estableciera) el “*amparo*”, una acción sumaria para proteger los derechos frente a restricciones provenientes del poder público (caso “Siri”, año 1957), que luego extendió para dar protección ante las restricciones originadas en los poderes privados (caso “Kot”, año 1958). En 1966 el amparo fue reglamentado por el decreto-ley 16.986/66 del gobierno de facto, que recoge la creación de ese remedio excepcional de nuestro Derecho Público, pero lo hace con un *criterio extremadamente restrictivo* con respecto a las hipótesis de su viabilidad, lo cual ha sido fundadamente criticado por los autores. La Constitución vigente, en el art.43 admite la declaración de inconstitucionalidad por la vía del amparo.

La *acción directa de inconstitucionalidad* (o sea la acción judicial que tiene por *objeto principal* la declaración de inconstitucionalidad de normas, actos, etc.) *no se halla legislada* en el orden nacional. En un breve lapso (1967-1974) un par de sentencias de la Corte Suprema (casos “Outón” y “Mate Larangeira Mendes”, de 1967) nos permitieron sostener que esta acción

había sido admitida jurisprudencialmente como un instrumento más para la protección de la Constitución y de los derechos por ella reconocidos.

3.4. La igualdad

La doctrina considera que entre las garantías institucionales de la libertad del hombre está incluida la “*igualdad*” en tanto y en cuanto ésta es una *nota esencial de la forma republicana de gobierno*. Si bien la Constitución se refiere únicamente a la *igualdad jurídica* (“ante la ley”), el reforzamiento producido por las innovaciones del constitucionalismo social (reformas constitucionales de 1994) ha avanzado hacia la *igualdad de hecho y de oportunidades*, con vista a la *consagración de una efectiva democracia social*.

También ése es el sentido de la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso “Prattico” (año 1959), donde reconoce entre los derechos sociales no enumerados la existencia de una verdadera “*libertad frente a la opresión*”, que se apoya en análogos fundamentos que los invocados por la Suprema Corte norteamericana (opresión económica).

En tales condiciones, la igualdad jurídica o formal (art.16) estaría referida a la realización constitucional del principio de la igualdad en todos los campos, a saber:

- a) Igualdad ante la ley y la jurisdicción: abolición de la nobleza, esclavitud, fueros personales y comisiones o jueces especiales (principio del juez natural).
- b) Igualdad civil: en el goce de los derechos, en la admisión en los empleos públicos y en el pago de los impuestos y de las cargas públicas.
- c) Tratamiento constitucional de los extranjeros: igualdad civil.
- d) Igualdad ante la administración pública y lo servicios públicos.
- e) Igualdad de oportunidades.

Pero el principio de igualdad tampoco es absoluto. En rigor, si bien la libertad es una idea, es antes un sentimiento. En cambio la igualdad es básicamente una idea, porque nadie se siente *prima facie* igual a los demás, trata de diferenciarse. Entonces hay una dosis de necesidad cultural muy grande para que la igualdad se pueda hacer efectiva.

No es imaginable para nosotros un sistema de igualación a la fuerza de todas las personas, lo que conllevaría la consecuencia de tener que tratar de la misma manera a quienes son sustancialmente desiguales, o se hallan en circunstancias diametralmente opuestas. Por ello resultan *constitucionalmente admitidas* ciertas *diferenciaciones o distinciones* que el Estado puede establecer para determinados supuestos como los que menciona el art.75 en el

inciso 23, a través de “medidas de acción positiva”, que tienen la importancia de propender y estimular algo tan importante como es el acceso: ¿A qué? El acceso a los demás derechos, que puede estar tremendamente condicionado por las limitaciones que produce la necesidad. Sabemos que la necesidad atenta contra la libertad, habida cuenta que quienes tienen más escasos recursos – por ser menos pudientes – sufren el agobio de las dificultades y hasta las imposibilidades del gozo de una movilidad social ascendente que le brinde el mayor disfrute de su libertad.

3.5. El derecho a los hechos como una garantía para la protección “efectiva”

Con prescindencia del eco que reciba en el terreno de los resortes del aparato estatal, la Justicia refleja y testimonia una actitud de independencia de los jueces, que de por sí es encomiable para la salud de una sociedad que aspira a la preservación final de la eminente dignidad del hombre que la compone. Al pedir “efectividad” y “eficacia” en los procedimientos, la Corte acentúa la demanda *del derecho a los hechos* que ya está incorporado al patrimonio de las libertades humanas como un ingrediente que no puede ser soslayado sin grave desmedro de la *seguridad individual*. Por algo será que nuestro Continente ha incorporado a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre una serie de protecciones que conviene recordar: el derecho a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (Art.I); el derecho de justicia (Art. XVIII); el derecho de protección contra la detención arbitraria (Art. XXV); y el derecho a una proceso regular (Art. XXVI).

3.6. ¿Cuestiones concretas y cuestiones “abstractas”?

Existen muchos casos en los que sólo es aparente e irreal el supuesto carácter “abstracto” de la cuestión a decidir. En tales situaciones, parece incorrecto que el órgano judicial se abstenga de practicar el control y de pronunciarse sobre la validez de las normas o de los actos que se conviertan en el caso. El “caso” no es abstracto, sino que por el contrario, tiene contenido y sustancia concreta, que exigen una decisión en torno a la lesión que lo origina. Nos hemos ocupado de este problema, con espíritu crítico (Vanossi en “Teoría Constitucional”, Ed. Depalma, Tomo II) pero con posterioridad observamos que nuevas hipótesis obligan más aún a determinar con exactitud y muy restrictivamente cuáles son los límites del “caso abstracto”, cómo única forma de evitar así (con una interpretación estricta) que los jueces omitan decir en torno a cuestiones que realmente tiene interés concreto y actual, pero que tan sólo en apariencia pueden ser cubiertas bajo el manto evasivo de las cuestiones “abstractas” (y, por ende, no justiciables).

3.7. El “peso” de las sentencias en los Derechos Humanos

Los fallos pueden tener autoridad según las razones que contengan, o, como dice Laurent, “el fallo vale lo que valen sus motivos”. Y es más interesante destacar la doctrina emitida por la propia Corte Suprema a través de algunos de sus fallos: como, v. gr., cuando expresara (Fallos 200:485, autos “Cía de Electricidad de Los Andes v. Municip. de Mendoza”) lo siguiente: “...porque si la interpretación jurisprudencial tiene un valor análogo al de la ley, es precisamente porque integra con ella una realidad jurídica; es, no una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función rectora en el caso concreto que la sentencia decide. Las sentencias con las cuales la jurisprudencia se constituye están con respecto a la ley, en la relación de dependencia de lo fundado con su fundamento, puesto que la sentencia es la actuación concreta de la ley...”.

No está de más recordar que la Corte también ha expresado: “La facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones” (Fallos, 131:109).

Pensamos que así debe ser..., y con más razón debe serlo, ya que si en los países donde se ha desenvuelto otra corriente de ideas y ha prevalecido la regla del *stare decisis et quia non movere* en materia de derecho común, no se ha hecho una aplicación rígida de ese principio cuando se trata de la interpretación de normas constitucionales.

Las citas que anteceden no tienen otro objeto que equilibrar las reflexiones que a diario producen acerca del tan discutido valor de la jurisprudencia. Y en la materia constitucional, con mayor razón tratándose de los “derechos humanos” y sus “garantías” jurisdiccionales.

CAPÍTULO 4

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

4.1. En general

El régimen constitucional de protección de los derechos humanos no se agota en las declaraciones generales contenidas en los textos constitucionales. Por el contrario, todo su funcionamiento *concreto* está sujeto a un *sistema de control de constitucionalidad* (es decir: de concordancia con lo establecido por la Constitución), que será aplicable -llegado el caso- a todos los actos y hechos estatales, inclusive a las omisiones; y en ciertos supuestos hasta la actividad de los particulares puede caer bajo el ámbito de dicho sistema de control.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad es *judicial y difuso*. Se dice que es “judicial” por cuanto es *ejercido por tribunales judiciales* (unipersonales, v.gr. un juez; o colegiado, como las Cámaras de Apelaciones, los Superiores Tribunales de las Provincias o la Corte Suprema). Es “difuso” porque la función no se halla reservada exclusivamente a un único y determinado órgano sino que pueden realizarla *todos los tribunales judiciales*, tanto los nacionales como los provinciales.

Ahora bien: el control de constitucionalidad *no es una atribución más* de los tribunales judiciales, sino que es *inherente a la función judicial*; en otras palabras, se halla ínsita en ella. Como consecuencia de este principio, el control se ejerce desde los primeros años del régimen constitucional de 1853-1860, a pesar de *no estar previsto expresamente en la letra de la Constitución*, y posee determinadas características.

Así, cada tribunal puede efectuar el control *al dictar sentencia, en casos judiciales concretos* para los cuales sea *jurisdiccionalmente competente* de acuerdo con la Constitución Nacional y demás normas que regulan la materia (Constitución provincial o leyes de organización de la justicia, según corresponda). Estas limitaciones son *aplicables también a la Corte Suprema de Justicia de la Nación*; y nos ha parecido conveniente advertirlo, por cuanto la importancia de la Corte y la manera corriente de hablar -en especial en los medios periodísticos, que son los que más llegan al público- pueden hacer erróneamente que todo asunto de constitucionalidad puede ser planteado ante la Corte Suprema.

Además, para que el tribunal judicial se halle *debidamente habilitado* para realizar el control, se requiere que exista *petición de parte interesada* (el titular del derecho afectado; sólo ocasionalmente otras personas), es decir que el tribunal no puede promover por sí mismo el control. Este requisito estaba seriamente cuestionado por la doctrina, cada vez más numerosa, entre la que nos contamos; hasta que hoy está aceptada la declaración “de oficio” por los jueces, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema (*jura novit curia*).

Las sentencias dictadas en casos concretos *sólo tienen efectos para ese caso concreto*, de manera que el tribunal se limita a *no aplicar a ese caso* la norma declarada inconstitucional, pero *no la deroga ni suspende su vigencia*. No obstante, cuando la sentencia emana de la Corte Suprema Nacional, ella puede ejercer una influencia (más moral que jurídica) sobre los demás tribunales, otros órganos estatales y los particulares.

Quedan al margen del control de constitucionalidad diversos asuntos que pensamos constituyen verdaderas “*brechas*” en el sistema de protección de los derechos constitucionales: las llamadas “*cuestiones políticas no justiciables*” o “*facultades privativas*” de los órganos gubernamentales (intervención federal a las Provincias, procedimiento legislativo y constituyente, valoración de las cualidades de los empleados públicos a los fines de su eventual prescindibilidad o baja, etc.), así como otros aspectos que

terminan vedando a los interesados la posibilidad de obtener pronunciamiento de los tribunales sobre la constitucionalidad o no de disposiciones que afectan sus derechos (p. ej. Las “cuestiones abstractas”, el voluntario sometimiento a un régimen normativo, la igualdad en la aplicación de la ley). Creemos que estas “*brechas*” *deben ser cerradas*, para extender el control a *todos* los casos concretos de lesión de derechos constitucionales. La tendencia es hacia la ampliación de la “justiciabilidad” en todas las cuestiones regladas jurídicamente por el ordenamiento legal (el “no a la discrecionalidad”).

4.2. Control de constitucionalidad y estado de sitio

Conviene aquí analizar la posibilidad de control judicial del estado de sitio, y su evolución jurisprudencial y legislativa.

Tradicionalmente se consideraba que *todo lo relativo al estado de sitio*, por su carácter eminentemente político, constituía facultades privativas de los poderes gubernamentales y, en consecuencia, cuestiones políticas no justiciables, o sea, exentas de control judicial.

No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema, con el apoyo de la doctrina de los constitucionalistas, fue produciendo innovaciones trascendentales en este asunto.

Así, a partir del caso “Sofía”, de 1959, se estableció la posibilidad de *control judicial sobre las medidas concretas* de aplicación del estado de sitio, aunque se mantuvo el carácter no justiciable del acto declarativo del estado de emergencia.

Se inicia de esta manera la evolución, que abarca en esta primera etapa solamente a los derechos y garantías distintos de la libertad física, sobre la base de que respecto de ella el art.23 C. N. otorga expresamente al presidente de la Nación las facultades de arrestar o trasladar personas.

Posteriormente, la jurisprudencia comienza a controlar también el ejercicio de las potestades que afectan a la libertad física (caso “Timerman”, de 1978), posición que ha recibido notable espaldarazo en una sentencia de la Corte Suprema por tratarse de un supuesto que no había llegado anteriormente a los estrados de nuestro más alto tribunal. Allí la Corte resolvió que el hecho que tales medidas (arresto y traslado de una persona estén previstas en la Constitución Nacional no exime a los funcionarios que la dispusieron de una eventual responsabilidad penal en el caso de que al dictarlas hubiesen cometido algún delito (caso “Incidente Rodríguez Varela”, del 13 de junio de 1985).

Además, es de destacar una ley que mina el viejo principio de la no justiciabilidad de la declaración de estado de sitio. En efecto, la ley 23.098, sancionada por el Congreso Nacional en 1984, reglamentaria del hábeas corpus, permite que a través de este procedimiento se revise -para el caso

concreto, y cuando ellos fuere necesario- la legitimidad de la propia declaración del estado de sitio.

Creemos que, de este modo, vamos por el buen camino para garantizar la efectiva protección de los derechos humanos, inclusive durante el estado de sitio, por medio del *control judicial*. Esperamos que algún día se complete por medio de una Ley que reglamente el ejercicio de las potestades del Poder Ejecutivo respecto del estado de sitio, convirtiendo en *facultades regladas* lo que antes era discrecional hasta el punto de la arbitrariedad.

Bajo gobierno “de facto” (dictadura) la Corte Suprema en materia de hábeas corpus, procurando la efectivización de ese instrumento o garantía de la libertad personal, primero en los casos *Pérez de Smith* (sentencia del 18 de abril de 1977 y 21 de diciembre de 1978) y después en el caso *Giorgi* (27 de febrero de 1979) ha dispuesto que se extremen todas aquellas medidas imaginables a efectos de poder hacer “realizable” el derecho (con cita de Ihering, en su obra “La lucha por el Derecho”), tal como se expresara en Fallos 300:1282, y de allí en adelante disponiendo extremar a los jueces inferiores las investigaciones destinadas al esclarecimiento de los “desaparecidos”.

Cabe destacar que en numerosos pronunciamientos sobre estas materias, está presente la búsqueda de apoyo en los llamados “poderes implícitos” de la Corte, que ya habían sido invocados por ella en *caso Bianchi* (Fallos 248:398) y en algunos otros pronunciamientos anteriores (Fallos 241:50). Nunca fueron (valga el juego de palabra) tan explicitados estos poderes implícitos, que no deben confundirse con los poderes “inherentes” del Tribunal. Me atrevería a decir que la Corte ha hecho toda una elaboración sistemática de esa construcción, en virtud de la cual y sintiéndose ella el único poder independiente del poder político, ha creído su deber reforzar la vigilancia y el control para la mejor protección de los derechos de la persona humana, que es una clara manifestación en el sentido de que la Corte en uso de sus poderes implícitos debe proteger el libre ejercicio y la eficiencia de la función atribuida a los jueces por la Constitución.

Asimismo debe señalarse la labor creadora o pretoriana de la Corte, que la convierte -como decía Wilson- en algo así como “una convención constituyente en sesión permanente”, que así ha dado el sentido actual hoy y aquí (hic et nunc) de estos mandatos del constituyente de otrora. Y, por último, es menester destacar que el déficit, o la erosión, o la deficiencia que este sistema pueda ofrecer, no está de ninguna manera en el marco constitucional que hemos comentado, sino en las desvirtuaciones que en los casos concretos de nuestra historia política han sufrido los derechos, y ya sea por acción u omisión del gobernante, o bien sea también por exceso de los grupos de hecho. Hoy en día las sociedades dinámicas tienen grupos de interés legítimos, porque defienden intereses, son grupos de presión, hacen *lobby*; pero también actúan grupos de resistencia y grupos ilícitos que desde la

violencia, en la clandestinidad y con el terror, proceden arteramente con el objetivo de demoler a la Justicia y que no impere otra cosa más que venganza, linchamiento y arbitrariedad. Por eso la Justicia tiene que enfrentar la “graveza”. ¿Qué es la graveza? Es la carga y la dificultad que importa todo aquello que es grave, pesado o muy difícil.

Bien afirma Jorge A. Aja Espil en su consagrada tesis doctoral que “si los poderes implícitos son los medios idóneos para hacer viables las atribuciones expresas con que la Constitución ha investido a cada uno de los tres poderes, surge el interrogante del margen de discrecionalidad con que deberán ejercerse”; para concluir sosteniendo que “la regla jurisprudencial de la *razonabilidad*... es la que determinará si existe la “relación constitucional” entre el poder expreso y el poder implícito que hace eficaz a aquel” (confr., “Constitución y Poder. Historia y Teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes”, Ed. Tea, Bs. As., 1987, pág. 25). Este afamado maestro del Derecho reconoció en su obra que la proliferación de vocablos empleados, tales como poderes implícitos, poderes inherentes, poderes resultantes, etc., ha generado una “gran disparidad doctrinaria” (confr. “Poderes inherentes del Poder Judicial”, en “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Marzo de 2004).

De allí que nuestra conclusión consista en desaconsejar enredarse en el bizantinismo terminológico, habido cuenta que de hacerlo tampoco se encontrarán equivalencias exactas o totales con el lenguaje adoptado por otros textos y exégesis de Constituciones afines (v.gr., la de EE.UU.); por lo que parece más simple y útil adherir a las palabras de la propia Corte Suprema argentina cuando se ha considerado a sí misma como poseedora de las “facultades o privilegios *inherentes* a todo poder público, para su existencia y conservación; de ahí que tenga todas las facultades *implícitas necesarias* para la plena y efectiva realización de los fines que la Constitución le asigna en tanto poder del Estado Nacional” (Fallos 319:24).

En consecuencia, más allá del juego de palabras y de la tropicalidad semántica, queda claro que si los llamados “implícitos” son poderes que auxilian y acompañan a las facultades que en forma expresa confiere la Constitución, los denominados “inherentes” también son consecuencia de atributos propios del órgano creado por la Ley Suprema: son inseparables, pues de no serlo así el órgano o instituto quedaría enervado o anulado en su *energía jurisdiccional*. A manera de colofón, nos permitimos susurrar que más allá del deleite literario del juego de los vocablos en danza, la verdad inconcusa radica en la necesidad imperiosa de apelar a todo lo “inherente” que sea necesario para materializar lo “implícito” o lo “explicito” en el duro desafío que se presenta ante la osadía de obstaculizar, ignorar o impedir la efectiva “realización” del Derecho.

Los jueces tienen a mano los instrumentos, las armas legales y herramientas técnicas para cumplir cabal (y no burocráticamente) su altísima

función de justicia: los “astreintes”, el “comtempt of Court”, los delitos inculpables e imputables de desobediencia e incumplimiento de los deberes de funcionarios públicos, la promoción del “juicio político” a los altos jefes embriagados de la soberbia y la impunidad; y, especialmente, el apoyo de una sociedad que clama por la vigencia palpable, visible y concreta de la exigencia de la “responsabilidad” en el desempeño de las autoridades.

La Corte adopta una actitud institucional en virtud de la cual asume en condiciones prioritarias su rol de “tribunal de garantías constitucionales”, o sea, la que más puede identificar a ese órgano en el seno de la sociedad argentina con su evidente situación de “cabeza de uno de los poderes del Estado”. Pero todas estas consideraciones generales, que si bien revisten un notable valor teórico podrían acaso resultar poco tangibles para los destinatarios del poder, aparecen acompañadas de otras manifestaciones doctrinarias y, mejor aún, de algunas afirmaciones muy concretas, que deben ser comentadas y aplaudidas en relación con la generalizada aspiración de efectividad que debe rodear a las decisiones judiciales. En pocas palabras, la Corte estima necesario recordar que la privación de justicia no se consume y se apela al efecto vinculante que el enunciado preambular de “afianzar la justicia” debe tener con relación a todos los poderes que conforman el gobierno de la Nación, de manera tal que como lógica implicancia del sistema constitucional de poderes, los restantes poderes están obligados a brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial para que éstos puedan hacer efectivos los derechos y garantías instituidos por la Ley Suprema (Fallos 300:1282)

Es en la cuestión de la *efectividad* de los derechos y garantías que la Corte enfatiza la magnitud de sus atribuciones, con miras al mejor cumplimiento de los *finés* del Estado que la Constitución ordena. En efecto, apoyándose en la autoridad indiscutida de Von Ihering, el inolvidable autor de “La lucha por el Derecho”, los jueces recuerdan que la función del Derecho, en general, es la de realizarse: lo que no es “realizable” nunca podrá ser Derecho. La Corte reclama para los magistrados del Poder Judicial que se le proporcionen los medios necesarios para que puedan ejercer su específica función jurisdiccional “resolviendo con la esencial efectividad que exige el derecho”, las situaciones particulares sometidas a causa judicial concreta, partiendo de una situación que, de hecho, equivaldría a una efectiva privación de justicia.

O sea, “que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la *eficacia real y concreta* que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial”. Y en un mismo orden de ideas, la Corte siempre subraya que en orden a salvaguardar la *eficiencia* de la administración de justicia, es menester que los jueces estén dotados de los medios conducentes al logro de *resultados efectivos*, plasmados

en decisiones provistas de *concreta utilidad* para los derechos cuya protección se las demanda.

Por último, la Corte Suprema extrema su argumentación sobre la base de dos líneas de pensamiento: por una parte, hace mención de la necesaria *confianza* que en el Poder Judicial depositan los ciudadanos en instituciones del país en aras del bien común y de la paz social (lo que nosotros llamaríamos el “poder de persuasión” de la Corte Suprema); y, por otra parte, remite el Tribunal a los recaudos y exigencias de un Estado de Derecho (en el sentido jusliberal de la expresión), señalando que su plenitud no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente “la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justicialidad plena de las transgresiones a la ley de los conflictos jurídicos”. Ello importa ratificar en forma terminante una línea de pensamiento que apunta en el campo de derecho constitucional a los mismos objetivos que en otras áreas tienden a la consolidación del ideal del Estado de Derecho: reducir al mínimo el ámbito de las facultades discrecionales.

CAPÍTULO 5

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Corresponde ahora que analicemos el significado que este sistema, explicado muy brevemente en los capítulos anteriores, *tenía en la época de la sanción de la Constitución* y cómo ha sido en los años posteriores hasta la actualidad.

Dada la limitación del espacio solamente nos vamos a ocupar de la siguiente comparación: en el momento histórico en el que este sistema perfectamente orgánico de protección de la persona humana fue consagrado por la Constitución Argentina, difícilmente se podría encontrar en alguna parte del mundo un sistema semejante, de igual protección. Basta con pensar lo que era el mapa político del mundo a mediados del siglo XIX, cuando nuestros constituyentes se reunieron, para advertir que únicamente en muy contados países de Occidente podía concebirse un goce tan amplio de la libertad civil y política, que abarcara en lo primero no sólo a las nacionales sino también a los extranjeros residentes.

En Europa, en esa época, sólo Inglaterra y Suiza ofrecían un ámbito de libertad protegido en términos tan amplios; y en América apenas Estados Unidos y Chile eran modelos que podían ser tenidos en cuenta, y fueron precisamente los que el constituyente tomó en su elaboración.

En cuanto a la evolución posterior, es menester destacar *la labor extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, la que *con un*

mismo marco de referencia (el conjunto del articulado de la parte dogmática de la Constitución), a través de *más de un siglo y medio de aplicación*, pudo en diversas oportunidades dar la dimensión actualizada de la extensión y la eficacia de tales normas.

El *cambio más significativo* que se operó en la Corte Suprema fue tal vez el de la *década del 30*, en el siglo XX, cuando los jueces del tribunal decidieron adoptar un sistema de *interpretación dinámica de las normas constitucionales*, emancipando así a las normas del cordón umbilical que las ligaba a la *voluntad psicológica del constituyente*.

Eso superó, pues, las *limitaciones de la mera exégesis constitucional (interpretación estática)*, en virtud de la cual los textos de la Constitución eran interpretados en una manera muy semejante a la de los códigos y otras leyes comunes. Así se pudo trascender por ese camino hacia una interpretación en la cual la norma quedaba emancipada de tal voluntad psicológica, aunque *siempre ligada a una escala de valores y a un orden axiológico* que seguía siendo el patrimonio común de todos los argentinos.

Algunos autores critican la interpretación dinámica de la Constitución argumentando que de ese modo se está haciendo un cambio constitucional sin seguir el procedimiento de reforma previsto por la propia Constitución. No compartimos esa opinión, por cuanto la interpretación dinámica permite adaptar las normas constitucionales a los cambios que se van operando en una sociedad a lo largo del tiempo: cambios tecnológicos inimaginables años atrás, pero también cambios de la realidad económica, social y cultural a la que los mismos textos normativos deben aplicarse. Solamente podría hablarse seriamente *de un simple cambio de la Constitución* en el hipotético caso de los jueces, extralimitándose, hicieran una interpretación que estuviera antagónicamente polarizada 180 grados con aquellos valores que consagraron positivamente los constituyentes y que siguen hoy rigiendo a la sociedad argentina (no al “rupturismo”).

Fue en los primeros años de la década de 1930 cuando se hizo visible en el seno de la Corte aquella evolución en el núcleo interpretativo; y se produjo en esa época, y no antes ni después, porque *la necesidad* lo impuso. Es probable que si la necesidad la hubiera impuesto con anterioridad, los hombres que integraron la Corte coetáneamente también habrían procedido de la misma manera. La interpretación dinámica fue necesaria en momentos en que la gran crisis económica del '29 y del '30, que afectó al orden internacional y reflejamente a nuestro país, requirió la sanción de leyes de emergencia, pero de una clase distinta de las de tipo político, como el estado de sitio.

Hoy en día hay muchas constituciones en las que están previstas también *situaciones de emergencia de tipo económico*, e incluso se puede hablar del “*estado de sitio económico*”, como p. ej. la Constitución de Colombia, en su reforma de 1968, a iniciativa del ex presidente López

Michelsen, quien como constituyente fue el autor de esa innovación, que provenía de su padre de los años treinta, López Pumarejo, también presidente.

La Corte, al adoptar el método dinámico, considera que la *escala valorativa* a tener en cuenta es la *vivenciada y compartida por la comunidad en el momento presente*, es decir, en el momento coexistente con la aplicación y el conflicto; y no como ocurría con una interpretación estática en que debía referenciar exacta y estrictamente el orden axiológico reinante en el tiempo de la sanción de la Constitución (cabe aclarar que al referirnos a las dos formas de interpretación constitucional -estática y dinámica- hacemos aplicación de la distinción utilizada por Esteban Imaz y Julio Oyhanarte entre otros). Los norteamericanos distinguen entre la interpretación “originaria y la progresista” (la primera es conservadora y la segunda es liberal).

El caso que más palmariamente permite observar el tránsito de una interpretación a la otra es el de la *ley de moratoria*, sancionada en los primeros años de la década del treinta, que era evidentemente un supuesto impredecible para los constituyentes, y de difícil manera se hubiera podido comprender al tiempo de Vélez Sarsfield o en la época de los estadistas ortodoxamente liberales del siglo XIX. Sin embargo, la Corte en 1934, en el caso “Avico c/ De La Pesa”, con gran percepción comprobó que tratándose de una limitación anormal o transitoria podía tener perfecta cabida en la Constitución. Porque si bien siempre la Corte por “razonabilidad” ha entendido *una proporción entre el medio elegido y el fin perseguido*, para poder calibrar esta proporcionalidad *en concreto*, la Corte acepta -e incluso los menciona- muchos datos *de la realidad actual* (datos sociales, políticos, económicos y culturales) que sirven para que de su valorización se llegue al resultado, no de una mera extracción de tipo matemático, sino realmente de *una ponderación concreta de las circunstancias en que la sociedad argentina convive*.

A manera de síntesis conceptual, podemos afirmar que las corrientes de pensamiento y las líneas de apoyo que sirven de fuente y sustento a los pronunciamientos judiciales de interpretación de las normas supremas que sustentan el sistema constitucional son importantísimas, y van por cuenta de los *leading cases* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ella misma se ha autoproclamado como “la intérprete final de la Constitución”, al hacer valer ante gobernantes y gobernados su condición de “tribunal de garantías constitucionales” y de protagonizar el rol de “cabeza del Poder Judicial” que, como es sabido, incluye la función interpretativa en todos sus fueros, instancias y jurisdicciones.

En buen tiempo, la Corte Suprema ha buscado y ha acertado en el hallazgo de los medios -por interpretación y por creación jurisprudencial- para alcanzar fines garantistas. Es como decía el escritor Franz Kafka: “existen las metas, lo que no existen son los caminos”. ¡Se pueden encontrar!

En síntesis, es menester respetar el estilo de los fallos de la Corte; y, prioritariamente, en aquellos cuyo contenido versa sobre cuestiones de

interpretación constitucional. La coherencia en las formas también “hace” a la congruencia de los contenidos y a la armonía de los fines. ¿O vamos a poner en duda que entre la ética y la estética existe una estrecha vinculación? Más aún, media una delicada interdependencia, a la que obviamente se suma la lógica como disciplina axial del pensamiento y del conocimiento. Y, desde luego, no olvidemos cuidar la identidad de los modelos, pues los paradigmas constitucionales suelen rebelarse ante la insolencia de los apartamientos caprichosos que contradicen sus “bases y puntos de partida”, es decir, sus presupuestos.

Conclusión: No cabe duda de que ciertos temas históricos o doctrinarios han hecho derramar tinta con igual intensidad que sangre en las batallas. Y eso también ocurre en el ámbito del derecho, donde la discusión en torno a temas vitales ha desatado ásperas polémicas, algunas de las cuales han alcanzado plena consagración histórica. Hay cuestiones que mantienen su vigencia a través del tiempo y del espacio y así, por ejemplo, lo es la del valor de la jurisprudencia, la que seguirá siendo materia opinable mientras subsista la propia institución judicial, que le da vida a los derechos humanos y garantías.

Es inútil querer puntualizar los límites de lo controvertible en esta cuestión. Tampoco puede sistematizarse, si no se toman en cuenta – previamente – las diferencias existentes en la base institucional que separa a las distintas realidades que son objeto de estudio. Así, y en el tema, tres enfoques pueden intentarse, si tomamos en cuenta las construcciones operadas en los Estados Unidos, en Europa y en la Argentina, como ejemplos. Estados Unidos y Argentina tienen en común su sistema representativo, republicano y federal (con matices diferenciables) que forma el *substratum* de la idea constitucional que le dio origen. Y si bien ambos adoptan el principio de la división o separación de poderes, resulta en cambio distinta su concepción de la naturaleza y alcance de la función judicial.

CAPÍTULO 6

LA PROTECCIÓN A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Todo el sistema reposa en la Constitución y en la ley, pero su implementación puede comprender la aplicación de tratados y demás convenios internacionales, que en muchos casos requieren a posteriori -para su vigencia efectiva- la sanción de normas reglamentarias que les permitan ser autosuficientes ante los jueces. Como ejemplo, pueden citarse casos referidos a las convenciones sobre eliminación de toda forma de discriminación.

La Argentina se ha mostrado y dispuesto a ratificar los “pactos especiales” que tanto las Naciones Unidas (ONU) como la Organización de los Estados Americanos (OEA) han sancionado con el fin de perfeccionar las respectivas Declaraciones de Derechos de 1948: Así la “*Convención*

Americana sobre Derechos Humanos” de la OEA, firmada en 1969 y conocida también como “*Pacto de San José de Costa Rica*”, fue aprobada por el Congreso Nacional el 1º de marzo de 1984 (Ley 23.054) y ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 14 de agosto del mismo año, entrando en consecuente vigor para nuestro país en esa última fecha.

En el ámbito de las Naciones Unidas, por su parte, se firmaron en 1966 el “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” y el “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”, así como un “*Protocolo Facultativo*” de este último. Estos tres instrumentos fueron aprobados por el Congreso nacional el 17 de abril de 1986 (Ley 23.313) y su ratificación fue efectuada por el Poder Ejecutivo el 8 de agosto del mismo año, entrando en vigor para nuestro país tres meses después.

De ese modo nuestro país se incorporó al concierto de las naciones que reconocen y asumen internacionalmente la obligación de respetar los derechos humanos, y que se someten a los procedimientos e instituciones internacionales destinados a otorgarles efectiva protección en los casos concretos. Con la reforma constitucional de 1994, en el Art. 75 inciso 22 fueron reconocidos (y abiertos a su ampliación ulterior) la mayoría de los tratados y convenciones de “Derechos Humanos”, los que tienen “jerarquía constitucional” en las condiciones de su vigencia; y advirtiendo que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Trece “declaraciones” y “convenciones” están hoy en vigor.

En cuanto a los pronunciamientos de la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, como asimismo las recomendaciones de la “Comisión” homónima, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina ha exhibido una postura oscilante, habida cuenta que de su criterio favorable de aceptar el carácter obligatorio o imperativo de las sentencias de San José de Costa Rica, en tiempo más reciente ha manifestado (por voto de la mayoría) un reconocimiento al “margen de apreciación nacional” a la manera de una “zona de reserva” que limitaría el “control de convencionalidad” a una guía o pauta de interpretación a tener o no en cuenta según la índole de los casos a resolver, toda vez que no estamos en presencia de un sistema de “integración comunitaria” de carácter continental (a diferencia del régimen de la Unión Europea y la Corte o Tribunal de Estrasburgo).

A través del desenvolvimiento y las concepciones monistas se afianzan tres o cuatro jurisdicciones a nuestra vista en el mundo de hoy: La *justicia constitucional* sea difusa o concentrada, cada vez en mayor número de estados. Las cortes regionales de *derechos humanos* (ya en el nuestro funcionan, en Europa desde antes). Un *tribunal penal internacional* que ha visto la luz, por lo menos en la letra, en un tratado en Roma. Y órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos de *integración*, ya sean judiciales o arbitrales, pero que son necesarios para que los procesos de integración -

algunos muy precarios, como nuestro Mercosur- puedan avanzar con seguridad jurídica.

CAPÍTULO 7

CONCLUSIONES

Nos permitimos sintetizar el espíritu de estas reflexiones, de la siguiente manera:

- I) La “*Declaración de Derechos*” que contiene nuestra Constitución Nacional es *satisfactoria y completa* a los fines de una amplia protección de la persona, si sumamos a sus enunciados expresos los derechos y garantías que implícitamente protege, así como también la densa construcción jurisprudencial que completa y perfecciona a ese sistema de la Libertad Humana.
- II) Sin darle forma de declaración orgánica, la Constitución prevé un conjunto de *deberes públicos*, que constituyen la contrapartida de los derechos, con los que se relacionan armónicamente.
- III) La declaración de derechos de la Constitución argentina es concordante con las *Declaraciones* que han adoptado los *organismos internacionales*, y se refuerza con la ratificación argentina a las *convenciones o pactos internacionales de derechos humanos* destinados a hacerlos efectivos y brindar protección concreta a las personas a través de *instituciones internacionales*.
- IV) La Constitución parte de la base de que *ningún derecho es absoluto*: todos los derechos son relativos en el sentido de que tienen límites. Estos límites puede ser determinados por el Estado a condición de que ellos se haga respetando los *principios de legalidad y razonabilidad*. El primero significa que la limitación debe establecerse por ley formal (Ley del Congreso) y el segundo importa que el contenido de la limitación no debe llegar a alterar el derecho, desvirtuarlo, ni mucho menos suprimirlo. Asimismo, el establecimiento de limitaciones a los derechos debe ser *controlable* por otros órganos, independientes del que ejerció tal potestad estatal.
- V) En *situaciones de emergencia* los derechos de las personas están sujetos a la posibilidad de mayores limitaciones que en épocas de normalidad institucional. Los institutos de emergencia previstos para afrontar dichas circunstancias (en nuestra Constitución el *estado de sitio*) han sido utilizados en otros tiempos pasados, en *grave detrimento de los derechos humanos*.

Pensamos que ello no justifica suprimir esos institutos, lo que podría llevar a la indefensión de la comunidad; pero sí exige perentoriamente

que sean reencauzados para *servir como instrumentos de defensa de la Constitución*. Las atribuciones del Poder Ejecutivo en tales situaciones deben ser *regladas* (por el Congreso) y *controlables* (por el Poder Judicial).

- VI) Las *garantías* que brinda la Constitución nacional son *amplias y complementarias* de los derechos reconocidos, formando con ellos un todo homogéneo y coherente. Merece observarse con detenimiento la variedad de campos en los que se proyectan la seguridad individual y la igualdad.
- VII) Para la efectiva vigencia de los derechos humanos, el *control debe ser potenciado* en correlación con el *crecimiento del poder*. La realidad mundial nos muestra una generalizada tendencia al aumento del poder gubernamental, pero ella debe ser compensada por la aplicación de la *“regla de oro” del constitucionalismo contemporáneo*, que puede expresarse así: *“a mayores poderes deben corresponder mejores controles, mayores garantías y más responsabilidades”*.

En particular, este principio exige que el control sea *vigorizado aun más en las emergencias*, en las que se *produce* un aumento del poder frente a los derechos de las personas.

- VIII) El *sistema judicial difuso de control de constitucionalidad* de las leyes y demás actos estatales que pone en cada juez la potestad de revisión a los fines de custodiar así -por vía de la legalidad constitucional- al status de los derechos de las personas, es el *régimen adecuado* para asegurar un *perfeccionamiento constante y dinámico* del conjunto de los derechos y garantías.

Al propio tiempo puede afirmarse que este sistema judicial es sumamente “democrático” en el sentido de que *reconoce a cada persona la posibilidad concreta y actual* de impugnar los vicios de inconstitucionalidad de las normas que le afecten particularmente en sus derechos.

Es menester *cerrar las “brechas”* que devalúan la eficacia del régimen de control; y, sin incurrir en demasías judicialistas extremas, corresponde extender la esfera del control *a todos* los casos concretos de lesión de derechos constitucionales protegidos.

- IX) Conviene destacar las *garantías jurisdiccionales: hábeas corpus, hábeas data, amparo y acción de inconstitucionalidad*. En todos estos supuestos se trata de procedimientos judiciales para promover el control de constitucionalidad en defensa de los derechos humanos. No son los únicos, pero se diferencian por su carácter sumario, es decir, por ser mucho *más breves y rápidos* que los procedimientos ordinarios o comunes.

- X) La *interpretación dinámica* de la Constitución, dentro de las condiciones que hemos señalado, es una *técnica idónea* para poder aplicar con justicia a la realidad de hoy un texto constitucional redactado más de cien años atrás, adaptándolo así a los cambios tecnológicos, sociales y culturales ocurridos en ese lapso.

Siempre quedarán -presentes o ausentes- asignaturas de enorme importancia para que en materia de derechos y garantías se obtenga una “tutela efectiva” por parte de los órganos jurisdiccionales. Creemos firmemente que se deben perfeccionar los controles expandiendo su amplitud, a saber, con:

- 1) El *control de constitucionalidad* que es el máximo control, comprende facetas varias, y es importante tenerlas presentes. No es solamente la constitucionalidad de la norma, sino que en concreto incluye además el control de las llamadas anteriormente *cuestiones políticas no justiciables* y que en la actualidad han quedado reducidas a una zona de reserva limitadísima, con lo cual se ha ensanchado el ámbito de las facultades regladas y disminuido el de las potestades discrecionales. Hoy en día la Corte Suprema ha reconocido la procedencia del control procedimental de la sanción de las normas cuando se verifica una violación de las formas a cumplir.
- 2) El *control de la razonabilidad* que la Corte tan precisamente ha definido como la proporcionalidad necesaria entre el medio elegido y el fin perseguido en la reglamentación de los derechos (se infiere del art.28, Const. Nacional). Como parte de este control de la razonabilidad queda comprendido el control de la “*desviación de poder*” (*detournement de pouvoir*) que actúa cuando una autoridad aplica o ejerce sus potestades con una finalidad o con motivaciones ajenas a las conferidas por la Constitución o leyes (p. ej., favoritismo, persecución, venganza, lucro) (véase: Vanossi, “La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justicialidad de las desviaciones de poder”, Anales de la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Diciembre 2002).
- 3) El *control de la arbitrariedad* de las sentencias, que la Corte ha creado pretorianamente para revisar sentencias de tribunales inferiores (también *errare humanum est*) que pueden tener un error inexcusable.
- 4) El *control de la operatividad* (auto-sustentabilidad) para decidir si una norma es auto-aplicativa o necesita implementación, porque es mucho más fácil decir que no es aplicativa y, por lo tanto, diferir su plena vigencia a otro Poder del Estado. Muchas veces las normas -aun sin esperar los recursos monetarios o los recursos

humanos- pueden, por vía de la *energía jurisdiccional*, adquirir una operatividad mínima suficiente para convertir en derecho efectivo aquello que está todavía en derecho proclamado. Por eso es que hemos sostenido y seguimos sosteniendo que así como este tema se ha considerado en el orden internacional respecto de la operatividad o no de los tratados y compromisos internacionales, pues del mismo modo también en el orden interno. En caso de duda la presunción debe ser en favor de la operatividad.

Tiene que entenderse como cuestión no baladí sino esencial y fundamental, la necesidad de atender y comprender la “operatividad” de las *cláusulas constitucionales* porque depende en un crecido número de casos que las cláusulas que otorgan derechos a las personas resulten de aplicación “operativa” si los jueces -y la Corte Suprema en última instancia- ponen el esfuerzo interpretativo e integrativo necesario y conducente para producir tan auspiciables efectos. El recaudo de la “implementación” o “complementación” de ciertas normas, como necesario para poder hacer exigible el goce de un derecho o de otra protección constitucional, puede ser alcanzado merced a una adecuada hermenéutica por parte de los jueces. Así como la Corte Suprema ha puesto particular empeño para asegurar la aplicabilidad inmediata de cláusulas de tratados y otros actos internacionales (v.gr. algunas convenciones de la O.I.T.), sería deseable que hiciera lo propio con la posibilidad de alcanzar una inmediata e incondicionada aplicación de normas con rango constitucional de las cuales se pueden derivar para las personas ciertos beneficios en el status de sus derechos y garantías. Y no nos referimos únicamente a los derechos sociales (Art. 14 bis) de la Constitución Nacional que por obvias razones son los más demorados o diferidos en su exigibilidad de un reconocimiento judicial -a nivel federal- de la existencia de la “acción de inconstitucionalidad” como tema de protección constitucional de los derechos humanos.

- 5) El control de la *compatibilidad constitucional de las normas reglamentarias*: Es menester precisar cuál es el sentido y alcance de la exigencia constitucional de que los decretos y reglamentos no violen “el espíritu de las leyes”.

Si uno de los objetivos del Estado de Derecho es el afianzamiento de la seguridad jurídica, debemos pues procurar que no escapen al principio de supremacía constitucional ni las leyes con respecto a la Constitución, ni los decretos con relación a las leyes ni ninguna otra norma con respecto a las superiores en la jerarquía de la pirámide jurídica (que siempre culmina con la Constitución Nacional). Si esto es así, entonces debe proceder la revisión

judicial a través del Recurso Extraordinario en todos los casos en que se controvierta seriamente la compatibilidad entre una ley y su respectivo decreto reglamentario, aún tratándose de materia propia del llamado “derecho común” (por oposición a la diferencia del “derecho federal”) ya que en esos casos también está en juego una cuestión constitucional o cuestión regida -concretamente- por la Ley Suprema.

- 6) El control de la inestabilidad, y que por otra parte, se debe garantizar el principio de estabilidad de las decisiones jurisdiccionales. Se debe sostener el principio de la irrevocabilidad unilateral de los actos administrativos frente a derechos adquiridos de particulares o cuando se afecten intereses legítimos de éstos. Contra lo que estamos señalando conspira el hecho de que la seguridad jurídica tiene porcentajes muy bajos, muy por debajo de lo deseable y de lo necesario para que se pueda operar un crecimiento adecuado de nuestra parte del continente, puesto que se requiere “contemplar necesariamente la estabilidad de las relaciones jurídicas de modo de no soslayar la imprescindible previsión de riesgos que se tienen en mira al contratar y realizar inversiones”, y por ello ha anticipado todas las posibilidades de violación de la seguridad jurídica, habiendo advertido sobre los riesgos siguientes y subsiguientes que a ese acontecer le siguen (Fallos 316:1609, Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Con motivo de la finalización del “año judicial” del 2017, el Presidente de la Corte Suprema de la Argentina, Dr. Ricardo Lorenzetti, expuso en el Colegio Público de Abogados su inquietud por la necesidad de una reglamentación de las “acciones colectivas” que cuente con una base legislativa, a fin de poder avanzar en la evolución jurisprudencial de los denominados “procesos colectivos”. Se trata de procesos también denominados “acciones de clase” (Class actions) o “juicios masivos”, que la Corte Suprema inició pretorianamente en el año 2009 (Caso “Halabi”) donde se trataba de usuarios de telefonía personal e internet que se consideraban lesionados en su derecho a la privacidad.

Estamos ante la necesidad de procurar la viabilidad y el andamio de “sentencias atípicas”, que así pueden ser llamadas por la peculiaridad que ofrecen situaciones sorprendentes y sorprendentes de incidencia colectiva referentes a intereses individuales que son visiblemente homogéneos en los que se apunta a una solución reparatoria o compensatoria que cubra a todos los abarcados en igual cuestión. En otras palabras, la economía procesal ayuda a que la acción incoada (individual o grupal) alcance no sólo a los promotores sino también a los demás titulares del mismo derecho (sic).

Otro cantar ofrecen las ahora consideradas “sentencias exhortativas”, o sea, las que si bien no pueden brindar una solución, derivan el ruego al Poder Legislativo para que la legalidad provea el reemplazo de las normas “impeditivas”.

Permítaseme traer a la memoria que el derecho hispánico ostenta con orgullo antecedentes que precedieran a que Inglaterra aprobara la Carta Magna en 1215: en el Fuero de Aragón del año 1198 se creaba el cargo del “Justicia”. Era un magistrado al que el Fuero le otorgaba la potestad de ir con la pica y derribar la puerta o el portón o el puente que impidiera el acceso al sitio donde hubiera que acudir para liberar a quien estaba injustamente prisionero, o fuera menester levantar la restricción, la proscripción o el impedimento para obtener el goce de un derecho. O sea que el juez podía constituirse en ejecutor, si las circunstancias llevaban al triste desafío de tener que poner en juego su potestad jurisdiccional, para que el derecho no quedara en la letra de la sentencia sino que se tradujera, en definitiva, en el restablecimiento de un derecho violado. De poco valen las sentencias “exhortantes” que valdrán como “consejo” o expondrán una “directriz”, con un abundante acopio de “recomendaciones”, que suenan a “bla-bla, bla”; cuando los justiciables aguardan actos concretos de *potestas*, verdaderas manifestaciones de *imperium*, el testimonio real de una disposición de *executio*, es decir, por autoridad del magistrado (*imperio magistratus*).

En el presente, en el derecho contemporáneo los jueces pueden aplicar “*astreintes*”, los magistrados también pueden considerar el supuesto de un “*contempt of Court*”, o sea, desacato al tribunal, que es la ofensa o el agravio que se produce si el Ejecutivo u otro poder público o privado no cumple una decisión. Estos *remedios sancionatorios* los aplican también en el derecho comparado y provienen del sistema judicial anglosajón. Y por supuesto, los jueces pueden incoar por vía del fuero pertinente las *acciones penales* contra actos u omisiones que implique la comisión de desobediencia o de incumplimiento de los deberes de funcionario público con respecto a la autoridad que se niegue a ejecutar o dilate el cumplimiento de una decisión. Lo que no se puede admitir es que los jueces permanezcan indiferentes antes esa situación. Hablo de mi país porque es el que conozco, donde hay casos paradigmáticos de inoperancia en la ejecución, que se inmoviliza con alarde de lenguaje “recomendatorio” y “aconsejante”, que a la postre esconden eufemismos dilatorios o distractivos.

Téngase en cuenta que hoy no se trata evidentemente de predicar eso. De lo que se trata es en definitiva: no de *sustituir sino de energizar*. No de reemplazar o desplazar, sino de potenciar. Lo que se reclama de los jueces, sobre todo en nuestros países, es que pongan la mayor *energía jurisdiccional* dentro de su ámbito competencial. Hay leyes, decretos y hasta ordenanzas que no se cumplen, y aparecen fallos judiciales “exhortatorios” que quedan en la nada. Es inadmisibles resignarse ante sentencias meramente “invitatorias”, con plazos que tampoco se cumplen.

Por lo tanto: nadie pretender convertir al juez en un “führer”; de lo que se trata es de que con su capacidad pretoriana de creación de la norma individual amplíe y potencie la garantía protectora de los derechos y libertades reconocidas; y para ellos basta con la apertura de un *procedimiento idóneo y eficaz*. No se piden jueces invasores ni sustituyentes de los otros poderes; basta tan sólo que pongan en funcionamiento su imaginación y creatividad pretoriana.

COLOFÓN

No hay duda de que Ihering golpeó en el clavo cuando en una frase que siempre llevo conmigo, extraída de su obra “La lucha por el derecho” y que la ha citado muchas veces la Corte Suprema de la Nación, afirma una cosa tan sencilla como la siguiente: “La función del derecho es la de realizarse, *lo que no es realizable nunca podrá ser derecho*”. De alguna manera y en estos términos tan escuetos, Ihering estaba remarcando, valga la redundancia: ese derecho a la autorrealización del derecho depende en gran medida de la organización judicial, del Poder Judicial, de la justicia en todos sus niveles y en todos sus términos. Una de las claves de bóveda de la autorrealización del derecho está precisamente en esa garantía. Entonces, queda claro ahora que no sólo es *conditio sine qua non* la seguridad jurídica. El Estado de Derecho depende fundamentalmente no sólo de la predictibilidad de las normas, no sólo de la regla de calculabilidad, sino que depende básicamente del Poder que tiene que asegurar en su aplicación el cumplimiento de esos rasgos distintivos y característicos de lo que se llama “seguridad jurídica” como un componente inescindible del Estado de Derecho. No hay Estado de Derecho sin seguridad jurídica y no perdura la seguridad jurídica si no existe el Estado de Derecho.

Creemos en la fuerza paradigmática del constitucionalismo como gran enunciado de las reglas del juego, ya que el constitucionalismo como concepción global ha aportado una de las cosas más positivas, desde antes que comenzara este siglo y desde antes que comenzaran los siglos XIX y XX. El establecer un régimen igualmente obligatorio para gobernantes y gobernados, que produzca efecto vinculante no sólo para el que está sujeto a la ley, sino también para el que sanciona la ley y aplica la ley. La despersonalización del poder. El reemplazar la discrecionalidad por la racionalidad. Es decir, sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por el gobierno razonable de las normas. ¿Puede entonces hablarse de una *era constitucional* -si algún nombre había que darle a la era contemporánea, a partir de las tres grandes revoluciones: la inglesa, la americana y la francesa-? Yo contesto por la afirmativa. Creo que hay una era constitucional. Y creo que como se dijo en el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Grecia, celebrado en Atenas años atrás, la gran herencia del siglo es el triunfo de un modelo: el modelo del estado constitucional de derecho. Lo que queda en pie después de todo lo que se ha derrumbado, superado o reemplazado, es la idea

del estado constitucional de derecho. Su supervivencia es la clave de bóveda de su superioridad implícita y explícita. Hay “globalización”, es cierto. Pero tengamos cuidado porque las instituciones no son todas trasplantables, no son todas injertables de por sí. Hay que tomar en cuenta lo que Heller llamaba las “realidades sociales subyacentes”. Si en algún terreno las aduanas habrán de conservar alguna vigencia es en el terreno de la importación o de la exportación de las instituciones. Porque algún cuidado debe haber en importar modelos inaplicables, tratándose de realidades distintas y distantes. Siempre vamos a asistir al choque de dos culturas. Y esto lo vemos claro en nuestro país, aunque no es exclusivo de nuestro continente. Por un lado una cultura institucional: los que creemos en la separación de poderes en la libertad como un triunfo del sistema, en el juez independiente, en el pluralismo, en los partidos políticos, en los controles, en las responsabilidades. Por otro lado, una contracultura mesiánica: los que sólo creen en la concentración, en la eternidad en el poder, en una palabra, en los sistemas autocráticos de presunta inspiración ya sea divina o ideológica. Son dos creencias en tensión permanente, porque son dos sociedades que subyacen. Por un lado, la tendencia de la sociedad que podríamos llamar conviviente y pluralista, que no es lo mismo que ser plural. Pluralista es tener conciencia de la pluralidad y comportarse en consecuencia. Por otro lado, la creencia hegemónica y monocrática. Es decir, lo opuesto a lo anterior ¿Cuál predominará en el siglo XXI?

La gran esperanza está siempre en la concepción filosófica que tengamos del hombre. En el triunfo antropocéntrico, la concepción del ser humano y de la persona, el personalismo y no transpersonalismo, es decir la vuelta de Radbruch: el estado es un medio; el fin, es la persona; mientras que los sistemas transpersonalistas, al invertir esta filosofía dan pábulo a que se abra la puerta a los infiernos que son los totalitarismos. Para ello habrá que limitar todas las grandes concentraciones de poder. Para detener el transpersonalismo, cualquiera sea su naturaleza, hay que crear defensas. Defensas para que la competencia frente a los monopolios, para el abuso o desviación del poder. Defensas frente al peor mal, que son los fanatismos, la intolerancia, los dogmatismos.

Una cosa son las convicciones, las creencias, los valores y otra cosa es la cerrazón del dogmatismo. Y también defensa frente a la violencia irracional que hoy vemos en todas partes, no sólo en la guerra, sino también en el deporte, que se ha vuelto violencia; como en los medios de comunicación, con las drogas, las que sólo traslucen violencia y así podríamos seguir. Acaso se comprenda finalmente, y el derecho tiene mucho que ver: que el orden es el precio de la libertad. Es cierto: la libertad tiene un precio que es el orden. Un orden basado en la razón, en el consenso y en la experiencia. Un orden justo nos dará otra dimensión cualitativa de la vida en libertad. Para poder gozar de más y mejor libertad es menester el resguardo del orden.

Y extraigo una conclusión (*the last, but not least...*), a propósito de los derechos y de la justicia, producto de una sabia reflexión de la Suprema Corte de los Estados Unidos, según la cual “los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad, y nuestros derechos fundamentales, no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna elección” (319 US 624, 638).

Agregaríamos: no desanimarse por los tropiezos y las contrariedades. En una palabra, hay que tener fe. Fe en todo y particularmente no abdicar de “la fe en el derecho”, como nos enseñaba el maestro Sebastián Soler. De ello depende la suerte y el destino de los Derechos Humanos y su efectiva protección.

Palabras finales: una propuesta. El derecho constitucional (y todo el derecho público) argentino está maduro. Ha llegado a la mayoría de edad y tiene acreditado un legítimo sustento en el vigor de sus estudios y en rigor de sus análisis. Tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia, ofrecen la decantación que produce una prolongada experiencia en sus respectivos ámbitos, después de transitar por el perfeccionamiento del método y la precisión del objeto. Nadie cuestiona la seriedad de los aportes originales con que autores y jueces han contribuido a enriquecer los estudios iuspublicísticos, como así también a brindar los instrumentos imprescindibles para la solución de las cuestiones y de los problemas que ininterrumpidamente se han suscitado o renovado desde 1853, hasta nuestros días. Estamos, pues, en presencia de un derecho público autóctono que, sin perjuicio de incorporar los valiosos aportes que brinda el método comparado, está en condiciones de apoyarse básicamente en los elementos nacidos y desarrollados a través de la vida constitucional argentina. De lo dicho se desprende que lo más recomendable para afianzar esa tendencia con el prestigio de los fundamentos propios, consiste en concentrar el mayor peso argumental de los fallos judiciales interpretativos, en la tradición de los precedentes y en los aportes doctrinarios ya consagrados, reservando la remisión a las citas de origen extranjero -pertenecientes a otros sistemas jurídicos o institucionales- para los casos en que ello resulta insoslayable como consecuencia de la falta o insuficiencia de los elementos vernáculos. Hay que despojarse de la erudición por la erudición misma, potenciando con el razonamiento y el análisis lo que realmente interesa en una *ratio decidendi*: ofrecer fuerza de convicción en la solución legal y justa del entuerto a resolver, a través de una interpretación constitucional que se compadezca con la estructura del régimen vigente e irradie credibilidad y confiabilidad en los justiciables en particular, y en la sociedad en general.