



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

CONSTITUCIONAL

SERIE ESPECIAL

Las doctrinas Calvo y Drago: Un verdadero aporte a la política y el derecho internacional latinoamericano

por MARTÍN LORENCES^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA DOCTRINA CALVO. – III. LA DOCTRINA CALVO, SU ACTUALIDAD Y LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA. – IV. LA DOCTRINA DRAGO. – V. CONCLUSIONES. – VI. BIBLIOGRAFÍA.

I Introducción

En tiempos en que los países latinoamericanos en general, y la Argentina en particular, transitaban su etapa de consolidación como Estados-Nación, lo hacían atravesados por inestabilidades tanto económicas como institucionales. La injerencia de las potencias extranjeras en los asuntos internos de los Estados latinoamericanos era moneda corriente.

El cobro compulsivo de deuda, ya sea mediante bloqueos navales a los puertos, intervenciones armadas, asalto a las aduanas, y presiones diplomáticas, configuraban parte de la batería de medidas abusivas por parte de los Estados exportadores de capital hacia los países de América Latina, a lo largo de todo el siglo XIX y comienzos del siglo XX.

El bloqueo naval anglofrancés a la provincia de Buenos Aires en 1845, la intervención armada francesa en México en 1862, y el bombardeo al puerto de Venezuela en 1902 desencadenaron, entre otros hechos, la respuesta argentina mediante las doctrinas Calvo y Drago.

La doctrina Calvo surgió como consecuencia de las declaraciones del diplomático argentino Carlos Calvo en

(*) Abogado. Licenciado en Relaciones Internacionales. Profesor adjunto de Derecho de la Integración y Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Abierta Interamericana.

AUTORIDADES

DIRECTOR:

EUGENIO LUIS PALAZZO

CONSEJO ASESOR:

ALBERTO B. BIANCHI

CARLOS MARÍA BIDEGAIN

PABLO LUIS MANILI

NORBERTO PADILLA

MARÍA CECILIA RECALDE

GUILLERMO SCHINELLI

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Métodos de resolución de conflictos. La mediación en el derecho hebreo y en el derecho internacional*, por LYDIA NORMA GARCHTROM y GABRIEL A. MINKOWICZ, ED, 238-863; *Los fueros internacionales y la protección de los derechos*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2010-655; *La teoría de las fuentes en el derecho internacional actual. Debates acerca del neoconstitucionalismo y la fragmentación normativa e institucional. La cuestión en el ordenamiento constitucional argentino*, por CLAUDIA GABRIELA GASOL VARELA, EDCO, 2011-311; *Consideraciones acerca del conflicto entre expropiación internacional y regulación estatal*, por IGNACIO JAVIER URESANDI, ED, 242-764; *El acceso al agua como derecho humano: protección internacional y jurisdicción constitucional*, por MARÍA BELÉN OLMOS y MARTHA C. PAZ, ED, 247-685; *El efecto disuasivo de la Corte Penal Internacional y su impacto para la paz y la democracia mundiales*, por SOFÍA JOSEFINA DANESSA, ED, 251-826; *Derecho penal internacional. Cooperación judicial internacional en materia penal*, por JUAN PABLO QUARANTA COSTERG, EDPE, 05/2013-5; *¿Tiene la Corte Penal Internacional jurisdicción para juzgar los crímenes internacionales que se están cometiendo en Oriente Medio? El caso de Siria por el uso de armas químicas*, por SOFÍA JOSEFINA DANESSA, ED, 254-632; *Algunas consideraciones respecto de las controversias pesqueras actuales y el uso de la tecnología satelital. La experiencia de los tribunales internacionales*, por LEOPOLDO MARIO ADOLFO GODIO, ED, 254-716; *La partición de Palestina y el derecho internacional*, por CLAUDIO GUILLERMO MORASSUTTI, ED, 260-493. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

ocasión de la intervención armada de Francia en México. Calvo sostuvo que un Estado es independiente en virtud del principio de igualdad de los Estados, y no debe, en consecuencia, ser sometido a la injerencia de otros países. Asimismo, expresó que los extranjeros no debían gozar de mayores derechos y privilegios que los nacionales y debían solucionar sus controversias en la jurisdicción local del Estado reclamado. La doctrina Drago tiene su origen en una nota que enviara al Gobierno de Estados Unidos el por entonces ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, Luis María Drago, el 29 de diciembre de 1902, con motivo de un bombardeo y asalto a la Aduana venezolana que efectuara una flota conjunta del Reino Unido e Italia. En la nota, Drago formula la tesis de que la deuda pública no es un argumento válido para justificar una intervención armada contra el Estado deudor.

Si bien a mediados de la década de los ochenta y comienzos de los noventa, debido al auge de la inversión extranjera directa y la firma por parte de los Estados latinoamericanos de los tratados bilaterales de inversión, la región parecía abandonar los postulados de la doctrina Calvo, la actitud de países como Brasil, Bolivia y Ecuador

CONTENIDO

DOCTRINA

Las doctrinas Calvo y Drago: Un verdadero aporte a la política y el derecho internacional latinoamericano, por Martín Lorencés	1
Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, por Jorge Horacio Gentile	4
Tensiones y diálogos entre la Corte Suprema de Justicia y los poderes políticos, por Patricio Maraniello	5
La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional, por Carlos D. Luque	9
El derecho de acceso a la información pública como precondition de eficacia de los derechos humanos. La influencia sobre los derechos civiles, políticos, sociales, y procesal, por Maximiliano A. Ceballos	11
La invulnerabilidad como criterio regente para la selección de magistrados y funcionarios judiciales, por Armando Mario Márquez	13

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Derechos del Consumidor: Discapacitados: acceso igualitario a prestaciones integrales de salud; asociaciones actoras; legitimación activa; amparo; rechazo <i>in limine</i> ; improcedencia; recurso extraordinario; admisibilidad (CS, febrero 10-2015).....	14
Provincias: Provincia de Santiago del Estero: intervención federal; Poder Judicial; funcionaria designada antes de la intervención federal; cesantía; improcedencia; decreto serie "A" 646/94 de la Provincia de Santiago del Estero; inconstitucionalidad (CS, marzo 3-2015).....	16
Provincias: Provincia de Santiago del Estero: intervención federal; Poder Judicial; funcionaria designada con anterioridad; cesantía; improcedencia; decreto 16/02 de la Provincia de Santiago del Estero; inconstitucionalidad. Corte Suprema de la Nación: Precedentes de la Corte: errónea invocación (CS, marzo 3-2015).....	17
Competencia: Competencia originaria de la Corte Suprema: cesación de estado de incertidumbre; interpretación del art. 140 de la Constitución de la Provincia de Salta; reelección del gobernador provincial; autonomías provinciales (CS, abril 8-2015).....	18

PROVINCIA DEL CHACO

Provincias: Provincia del Chaco: explotación de casinos y salas tragamonedas; llamado a licitación pública; pedido de nulidad; acción de amparo; rechazo; Defensor del Pueblo; falta de legitimación activa (CNCont.-adm. Chaco, sala II, marzo 4-2015).....	19
---	----

NOVEDADES DE DERECHO CONSTITUCIONAL PROVINCIAL

Producidas en la Región Norpatagónica.....	23
--	----

NOTICIAS

23

ha demostrado un resurgimiento de los postulados esgrimidos por el canciller argentino y, en consecuencia, una búsqueda de mayor autonomía de los Estados latinoamericanos en la sociedad internacional.

Ambas doctrinas son consideradas como un aporte sustantivo de América Latina al derecho y a la política internacional.

II La doctrina Calvo

En 1868, a pesar de que la mayoría de los países latinoamericanos eran independientes, aún no podían definirse con la característica de la estabilidad y con unos gobiernos verdaderamente democráticos. Guerras civiles y revoluciones repentinas causaban muy a menudo cambios de gobiernos. Además, la soberanía no podía desarrollarse y seguir su curso natural debido a las injerencias extranjeras por las reclamaciones diplomáticas que los inversores europeos y estadounidenses llevaban a cabo, respaldados por el derecho internacional de la época que garantizaba el derecho de intervención sin ninguna restricción.

Una ofensa dirigida a un ciudadano extranjero era directamente una ofensa también al Estado al cual él pertenecía, y ese Estado tenía todo derecho a obtener justicia en la forma que más le pareciera, inclusive la fuerza armada. Queda claro que el instrumento del derecho de intervención sirvió con frecuencia para sostener reclamaciones sin algún fundamento o *casus belli* para una intervención militar, del cual el Imperio mexicano de Maximiliano de Habsburgo es un ejemplo muy claro (TAMBURINI: 2002; 5).

Carlos Calvo⁽¹⁾, jurista y diplomático argentino, en su monumental tratado de seis tomos *Derecho Internacional teórico y práctico*, publicado en 1868, expone los principios básicos de su doctrina tomando como fundamentos los principios de la soberanía nacional, la igualdad entre ciudadanos nacionales y extranjeros, y la jurisdicción territorial. Su tesis fue el resultado de la intervención que sufrió México en 1861 por los gobiernos de Inglaterra, Francia y España con el pretexto de deudas impagas, y que finalizó con la conquista del país azteca y la imposición de un gobierno imperial extranjero (Maximiliano de Austria). Calvo, a su vez, tuvo en cuenta la explotación vivida por Perú, Bolivia y Chile por las compañías inglesas dedicadas a la comercialización del guano fertilizante (RAYA DE VERA: 2011; 22).

La doctrina Calvo sostiene dos conceptos bien diferenciados: I) los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; II) los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de recurrir ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen (TAMBURINI: 2002; 2). Este segundo punto de la doctrina Calvo se ha llevado al campo de las inversiones extranjeras directas, por lo cual el inversor extranjero no debe gozar de una situación más favorable que los inversores locales, y tanto sus derechos como obligaciones deben ser determinados bajo la jurisdicción exclusiva del Estado receptor del capital.

Aplicando la doctrina Calvo, el por entonces canciller argentino Carlos Tejedor, en 1872, sostuvo, a propósito de una propuesta histórica por perjuicios sufridos por ingleses atacados por indígenas de la región de Bahía Blanca, que si los nacionales ingleses estaban sometidos a las leyes argentinas no podían pretender una protección mayor que la ofrecida a los nacionales del país (DÍAZ MÜLLER: 1986; 71).

De la doctrina se desprende con posterioridad la “cláusula Calvo”, introducida en los tratados internacionales, con la finalidad de obligar a los ciudadanos extranjeros a que en caso de controversias contra el Estado en el que se radican las resuelvan en los tribunales locales, renunciando, por ende, a todo tipo de ayuda diplomática de sus propios gobiernos.

Como era de esperarse, la doctrina Calvo no tuvo ningún reconocimiento ni aceptación en Europa ni Estados Unidos, pero sí en Latinoamérica, donde fue adoptada en

la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos en 1869. “Los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles de los que gozan los nacionales y se les otorgarán todos los beneficios derivados de tales derechos, tanto en lo sustancial como en la forma o el procedimiento, y se les concederán los mismos recursos para su defensa otorgados a los nacionales. Una nación no tiene ni reconoce a favor de extranjeros, más obligaciones o responsabilidades que las establecidas a favor de los nacionales por la Constitución y las leyes en las mismas circunstancias” (RAYA DE VERA: 2011; 24).

A su vez, la doctrina Calvo fue receptada en muchísimas Constituciones de Estados latinoamericanos⁽²⁾. Es particular el caso de México; en su Constitución de 1917, aprobada en el gobierno de Venustiano Carranza, el art. 27, inc. 1º, dice: “...El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de relaciones exteriores en considerarse nacionales respecto de dichos bienes y en no evocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo...”. Si se tiene en cuenta que para 1917, cuando se dicta la Constitución de México, el 90% de los recursos petrolíferos mexicanos pertenecían a empresas extranjeras, la incorporación de la doctrina Calvo en su texto constitucional fue un hito para el derecho y la política latinoamericanos. En el mismo orden de ideas, en la reformada Constitución Política del Estado de Bolivia del año 2009, se estipula en el art. 320 que la inversión boliviana será priorizada frente a la inversión extranjera y que toda inversión extranjera directa estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas. Asimismo, no se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más favorables que las establecidas para los ciudadanos bolivianos. En el texto constitucional, el propio Estado se define como independiente en todas las decisiones de política económica, y manifiesta no aceptar imposiciones ni condicionamientos de ningún tipo por parte de bancos, instituciones financieras, empresas multinacionales, etc. Con claridad, la Constitución del Estado se ubica en los clásicos postulados de la doctrina Calvo, en los que los extranjeros merecen el mismo trato que los nacionales, pero nunca un trato mejor.

III La doctrina Calvo, su actualidad y la inversión extranjera directa

La inversión extranjera directa (IED) es una de las tantas maneras mediante la cual se materializa la mundialización de la economía internacional. El caudal de IED pasó de un *stock* de 616 millones en 1980 a 6,3 billones en el año 2000. La sociedad internacional se puede dividir entre Estados que exportan e importan capital, de acuerdo con su nivel de desarrollo. América Latina ha sido una región en la que los inversores han destinado, década tras década, mayor volumen de inversión. Los actores preponderantes que efectúan IED son las corporaciones transnacionales, que requieren marcos de seguridad y previsibilidad al momento de efectuar la inversión. La estrategia imperante en América Latina para regular la IED fue la firma masiva de tratados bilaterales de inversión (TBI). Estos acuerdos son regidos por el derecho internacional y están destinados a asegurar la estabilidad, predictibilidad y certeza de los marcos nacionales respecto de las inversiones extranjeras. Este tipo de tratado sienta las condiciones básicas para el tratamiento de los inversores foráneos, impidiendo a los Estados firmantes modificar de manera unilateral este tratamiento sin incurrir en responsabilidad internacional. Las cláusulas que contienen los TBI tienen como objetivo principal garantizar al inversor extranjero frente a afees legislativos o de otra índole del Estado receptor de la inversión. Estos tratados contienen un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero los beneficiarios directos de esta normativa son los inversores de uno y otro Estado. En este sentido estamos en presencia de una reciprocidad ne-

gativa en las relaciones interestatales. Los TBI otorgan al inversor foráneo el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional (el lugar elegido es el CIADI, con sede en Washington), situación que coloca en pie de desigualdad al inversor local con respecto al inversor foráneo. Este régimen y regulación otorgados por los TBI, presenta un claro abandono por la región latinoamericana de la doctrina Calvo. Sin embargo, este abandono de los postulados de Carlos Calvo no fue realizado por todos los países latinoamericanos; Brasil no tiene vigente ningún TBI ni es parte del CIADI, así como tampoco permite que su Estado sea demandado por particulares en tribunales internacionales. Ecuador ha conformado una comisión *ad hoc* a los fines de determinar si los TBI firmados en los noventa son contrarios a los intereses estratégicos ecuatorianos y, de ser así, estipulan denunciar los TBI. Bolivia es el Estado que más lejos ha ido en materia de generar un tratamiento a la IED distinto del otorgado en los TBI, con disposiciones como la nacionalización de los recursos naturales y primarios, el registro y autorización de la inversión, la igualdad de trato entre inversores extranjeros y nacionales, así como también la imposibilidad de demandar al Estado en instancias internacionales por cuestiones vinculadas a inversiones. Tanto Ecuador como Bolivia impulsan en el ámbito de UNASUR el establecimiento de un centro de solución de controversias regional en materia de inversiones, que reemplace la jurisdicción del CIADI.

Sin lugar a dudas, las posiciones frente al capital extranjero por parte de Brasil, Ecuador y Bolivia nos sitúan frente a un resurgimiento de la doctrina Calvo.

IV La doctrina Drago

Desde comienzos del último cuarto de siglo XIX, el centro productor europeo se transformó en una fábrica. Durante este período, Europa produjo en exceso para sus propias necesidades, lo que dio origen a un notable comercio de exportación de esos sobrantes. La producción fabril llegó a ser tan absorbente que desplazó en forma terminante la producción de alimentos y materias primas, las que debieron importarse desde diversos lugares de la periferia. Europa necesitó anudar relaciones sólidas y sistemáticas con estas regiones y vigorizar su expansión imperial (SATAS: 1987; 133). América Latina, entonces, va a cumplir un doble rol frente a Europa: la va a abastecer de abundante materia prima y va a ser la plaza de ubicación de la producción excedente. El comercio exterior ha sido una influencia decisiva en lo que hace a la formulación de las relaciones internacionales argentinas.

Al mismo tiempo, Estados Unidos, que hasta finales del siglo XIX había tenido una posición aislacionista y preocupada solamente en su propio desarrollo, debido a que desde la finalización de la Guerra de Secesión realizó una producción industrial con excedentes, va a requerir buscar nuevos mercados para sus productos. Comienza, así, a realizar un cambio en su política internacional en general y con respecto a América Latina, en particular.

De esta manera la Argentina se va a enfrentar a la disyuntiva entre el Panamericanismo (y una vinculación comercial y política más cercana hacia Estados Unidos) o el mantenimiento de las relaciones casi exclusivas con el mercado europeo. Uno de los rasgos fundamentales de las relaciones internacionales argentinas en la última década del siglo XIX y comienzos del siglo XX va a ser cómo afrontar el nuevo fenómeno del expansionismo estadounidense con el resurgimiento de la doctrina Monroe (SATAS: 1987; 149).

El momento en que el país hace su ingreso por la puerta ancha al concierto de las grandes naciones se dio con el enunciado de la doctrina Drago, un ejemplo notable de madurez internacional. Y esta doctrina, precisamente, hizo su aparición en el momento en que los Estados Unidos originan el panamericanismo, lo desenvuelven y tratan de imponerlo a toda América, con la oposición manifiesta de la República Argentina, cuya política internacional refleja en estos primeros años del siglo XX, los férreos lazos establecidos con Europa, especialmente con Gran Bretaña, a través de un comercio que viene signando su vida toda (SATAS: 1987; 206).

(1) CARLOS CALVO (1824-1906), jurista y diplomático. Tratadista. Fundador del Instituto de Derecho Internacional de Gante, Bélgica.

(2) A modo de ejemplo, la Constitución del Perú, en su art. 63, inc. 2º, y la Constitución de Ecuador en su art. 14.

Como consecuencia de la guerra civil que azotó a Venezuela desde 1896, extranjeros sufrieron diversos perjuicios en sus personas y bienes, lo que motivó reclamaciones diplomáticas por parte de Alemania, Francia e Italia, las que, además, reclamaron el pago de la deuda pública. En diciembre de 1902, al no haber cumplido Venezuela con las intimaciones efectuadas por los países de Europa, las referidas potencias iniciaron un bloqueo al litoral venezolano, apresaron varios buques de esa nación, bombardearon Puerto Cabello y destruyeron varias cañoneras (RAYA DE VERA: 2011; 20). Es interesante la reacción del gobierno de Estados Unidos frente al accionar de las potencias europeas. El por entonces presidente Teodoro Roosevelt sostuvo, mediante el "primer corolario Roosevelt", que la doctrina Monroe ("América para los americanos") no debía ser invocada por las repúblicas sudamericanas para eludir sus compromisos económicos (BREA: 1990; 35). Teodoro Roosevelt, en su mensaje anual de 1901, sostuvo que la doctrina Monroe no debe aplicarse de manera que garantice a un Estado evitar el castigo si se conduce mal, con tal de que ese castigo no tome la forma de la adquisición de territorio por alguna potencia no americana.

Debido al apoyo estadounidense hacia los agresores europeos, el por entonces presidente venezolano Cipriano Castro optó por aceptar las condiciones de las potencias y reconoció, a través del Protocolo de Washington, la justicia de los reclamos europeos, pagando algunas deudas de inmediato y otras a través de comisiones, estableciéndose en garantía hasta el 30% del ingreso de las aduanas de La Guayra y Puerto Cabello (CISNEROS y ESCUDÉ: 1999; 74).

El accionar agresivo por parte de las potencias europeas sumado a la omisión cómplice del gobierno de Estados Unidos provocó que Luis María Drago⁽³⁾, ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, dirigiera, el 29 de diciembre de 1902, una nota al embajador argentino en Estados Unidos, Martín García Mérou, en la que expresaba su punto de vista sobre la intervención de las potencias extranjeras y que, a la postre, daría lugar a la "Doctrina Drago". En las partes más relevantes de la nota, Drago sostuvo: "...este gobierno ha estimado de oportunidad transmitir a V.E. algunas consideraciones relativas al cobro compulsivo de la deuda pública (...) El acreedor sabe que contrata con una entidad soberana, y es condición inherente de toda soberanía que no pueda iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella ya que de ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia y la acción del respectivo gobierno. Entre los principios fundamentales del Derecho Público Internacional que la humanidad ha consagrado, es uno de los más preciosos el que determina que todos los Estados, cualquiera sea la fuerza de que dispongan, son entidades de derecho, perfectamente iguales entre sí y recíprocamente acreedores por ello a las mismas consideraciones y respeto. El reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe, puede y debe ser hecha por la nación, sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana, pero el cobro compulsivo e inmediato, en un momento dado, por medio de la fuerza, no traería otra cosa que la ruina de las naciones débiles y la absorción de su gobierno (...) Lo único que la República Argentina sostiene y lo que vería con gran satisfacción, consagrado con motivo de los sucesos en Venezuela, por una nación que, como los Estados Unidos, goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este continente porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido, es el que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea".

El propio Drago definió que su aporte no era solo de carácter jurídico, sino que también era de tipo político: "...no un principio abstracto de valor académico, no una regla jurídica de aplicación universal, que no tendríamos personería para sostener, sino un enunciado político de diplomacia americano, que si bien se apoya en razones de

derecho, tiende a evitar a los pueblos de este Continente la calamidad de la conquista que se pretende disfrazar de intervención financiera" (BREA: 1990; 64).

Si bien personalidades de la talla de Eduardo Wilde y el propio Carlos Calvo le expresaron su apoyo a Drago, la posición manifestada por el entonces canciller tuvo detractores dentro de su propio país. Según SATAS (1987; 171), Estanislao Zeballos⁽⁴⁾ fue opositor a la posición tomada por Drago, sobre todo porque señalaba que no existía ni puede existir solidaridad hacia los países del Caribe porque se fomentaban sentimientos generosos de hostilidad o desconfianza hacia naciones europeas, cuya economía estaba estrechamente vinculada a la Argentina.

La posición argentina en la política internacional ha tenido, sobre todo a partir de la doctrina Drago, un contenido de dignidad nacional y de independencia internacional, pero, al mismo tiempo, un fuerte contenido europeizante como una continuidad esencial de las relaciones internacionales desde la presidencia de Mitre hasta la primera década del siglo XX (SATAS: 1987;197).

La postura del canciller argentino constituyó un respaldo al texto de la doctrina Monroe y, a la vez, una fuerte crítica hacia las prácticas intervencionistas en la región. Pero las sugerencias de Drago llegaron en un momento poco oportuno, ya que la administración de Teodoro Roosevelt estaba adoptando un internacionalismo de "lobo solitario", una suerte de nuevo destino manifiesto, perfil de política exterior que tenía como rasgos la salida del aislacionismo estadounidense y la búsqueda de nuevos mercados para inversiones y seguridad en el poder naval (CISNEROS y ESCUDÉ: 1999; 76).

La falta de apoyo expreso por parte de Estados Unidos provocó que la doctrina Drago se haya institucionalizado de manera parcial en la Segunda Conferencia Internacional de Paz de La Haya en 1907. De manera parcial debido a que, en realidad, Estados Unidos enmendó, a través de su representante Horace Porter (denominada como la Cláusula Porter), la propuesta de Drago, estableciendo la renuncia al empleo de la fuerza para el cobro de las deudas, pero se permitió su empleo bajo ciertas condiciones: cuando el país deudor se negara a someter el asunto a arbitraje, o en caso de aceptarlo, no nombrara oportunamente al árbitro, o, realizado el arbitraje, no ejecutara el laudo. De esta manera quedó plasmado en el ámbito universal (a través de la Convención de La Haya) el principio del rechazo del cobro compulsivo de las deudas contractuales y recurrir al arbitraje para solucionar los diferendos.

El devenir de las dos guerras mundiales y las masacres que trajeron en consecuencia generaron la necesidad de crear resortes jurídico-institucionales que limitaran el uso de la fuerza armada para resolver controversias entre Estados. De esta manera el espíritu y la esencia de la doctrina Drago frente al cobro compulsivo de deuda se vislumbran tanto en los arts. 17 y 20 de la Carta de la OEA, como en el art. 2º, inc. 4º, de la Carta de Naciones Unidas, que señalan:

Carta de la OEA:

Art. 17: "El territorio de un Estado es inviolable, no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera fuere el motivo, aun de manera temporal. No se reconocerán, las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción".

Art. 20: "Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza".

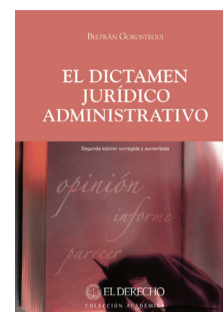
Carta de las Naciones Unidas:

Art. 2º, inc. 4º: "Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas".

(4) ESTANISLAO ZEBALLOS (1854-1923), abogado, ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina bajo la presidencia de Juárez Celman y Carlos Pellegrini, cargo desde el cual enfrentó litigios fronterizos con Brasil y Chile.

(3) LUIS MARÍA DRAGO (1859-1921), abogado y diplomático argentino.

FONDO EDITORIAL



BELTRÁN GOROSTEGUI

El dictamen jurídico administrativo

Segunda edición
corregida y aumentada
ISBN 978-950-9805-92-7
146 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

V Conclusiones

En una sociedad internacional en la que las potencias hegemónicas no respetaban ningún tipo de límite en su expansionismo, las doctrinas Calvo y Drago fueron una voz, una luz que cristalizó lo que en aquellos tiempos parecía una utopía: el respeto a las soberanías de las incipientes naciones latinoamericanas.

La igualdad de los Estados, la igualdad de derechos entre extranjeros y nacionales, y la prohibición del cobro compulsivo de las deudas fueron aportes conseguidos por las doctrinas Calvo y Drago, cuyo contenido, más allá de lo estrictamente jurídico, se consolidó como un verdadero aporte original por parte de Latinoamérica al derecho y a la política internacional.

Tanto es así que la doctrina Drago es un antecedente del actual sistema de Naciones Unidas y de la OEA con respecto al uso de la fuerza armada.

A mediados de la década de los ochenta y comienzos de los noventa, debido al auge de la inversión extranjera directa y la firma por parte de los Estados latinoamericanos de los Tratados Bilaterales de Inversión, en los que se les permite a las empresas multinacionales demandar a los Estados en tribunales arbitrales internacionales, y que claramente los favorece frente a los inversores nacionales, la región abandonaba los postulados de la doctrina Calvo. Sin embargo, países como Brasil, Bolivia y Ecuador han demostrado que se puede regular el capital extranjero sin perjudicar a los inversores locales y sin generar desigualdades de trato. Por lo que podemos afirmar que la doctrina Calvo lejos está de pasar de moda, sino que, por el contrario, en esta primera década y más del siglo XXI, se puede observar un resurgimiento de los postulados de Calvo y, en consecuencia, una búsqueda de mayor autonomía de los Estados latinoamericanos en la sociedad internacional.

VI Bibliografía

BRA, GERARDO, *La doctrina Drago*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1990.

CISNEROS, ANDRÉS - ESCUDÉ, CARLOS, *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*, Buenos Aires, Nuevo Hacer, Grupo Editor Latinoamericano, t. VII, 1999.

DÍAZ MÜLLER, LUIS T., *Deuda externa y derecho internacional: las deudas odiosas, la carta Tate y otros misterios*, en DÍAZ MÜLLER, LUIS T., *Deuda y derechos humanos*, México D.F., Universidad de México, 1986.

RAYA DE VERA, ELOÍSA, *Relación entre ciertos principios del derecho regional consuetudinario y los acuerdos de inversión (bilaterales y regionales) en el ámbito latinoamericano*, Buenos Aires, Flacso, 2011.

SATAS, HUGO R., *Una política exterior argentina*, Buenos Aires, Hyspamerica, 1987.

TAMBURINI, FRANCESCO, *Historia y destino de la doctrina Calvo: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?*, Valparaíso, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, N° 24, 2002.

VOCES: DERECHO INTERNACIONAL - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - ECONOMÍA - COMERCIO E INDUSTRIA

Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos

por JORGE HORACIO GENTILE

Sumario: I. SANCIÓN DEL CÓDIGO. – II. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.

Tanto la sanción por el Congreso de la ley 26.994, que aprueba el Código Civil y Comercial (CCC), como el contenido de la ley federal 26.944, que regula la responsabilidad civil del Estado y sus funcionarios, son inconstitucionales por las razones que paso a exponer.

I Sanción del Código

La sanción del nuevo Código Civil y Comercial merece severas objeciones en su trámite parlamentario. Por ello afirmamos que la ley 26.994, que lo sancionó, es inconstitucional, dado:

1. Que el proyecto del Poder Ejecutivo enviado al Congreso no fue dictaminado por ninguna de las comisiones internas del Senado y de la Cámara de Diputados, sino por una Comisión Bicameral, que no fue creada por ley sino por una resolución idéntica dictada por cada cámara, sin que por ellas se hayan reformado sus respectivos reglamentos internos.

2. Que, como consecuencia de ello, fue mal aprobado en el plenario de ambas Cámaras, ya que el dictamen de la Comisión Bicameral no fue girado a las comisiones permanentes, que por ello no pudieron dictaminar.

3. Que, además, el dictamen de la Bicameral se aprobó con modificaciones en el Senado respecto de dos artículos y en una sola votación, sin hacerlo primero en general y luego en particular, como exige el reglamento de esa Sala del Congreso.

4. Al pasar la media sanción a Diputados, tampoco se lo giró a las comisiones internas ni a la Bicameral, y fue sancionado nuevamente con una sola votación, sin respetar la exigencia constitucional de hacerlo primero en general y luego en particular (art. 79, CN).

5. La sanción habría sido válida si hubiera habido dictamen unánime de las comisiones internas, que no lo hubo, por lo que hacía falta el voto de los dos tercios en el plenario para habilitar el tratamiento y la votación.

6. En ambas Cámaras solo se aprobó, en una sola votación, con mayoría simple, y no se atendieron las impugnaciones de los legisladores opositores, que por ello se retiraron del recinto al momento de votar.

7. En Diputados, lo que se votó fue el Orden del día, que contenía la media sanción del Senado, sin que ese mismo hubiera sido publicado con siete (7) días de anticipación, como exige el reglamento, para que los diputados hicieran las observaciones que estimaran convenientes⁽¹⁾.

II Responsabilidad por daños

Para entender la exclusión del Estado, los funcionarios y los empleados públicos de la responsabilidad civil en el nuevo código (arts. 1764, 1765 y 1766), exclusión que no fue prevista en el anteproyecto de la Comisión redactora

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Los jueces frente a la Ley de Responsabilidad del Estado*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, ED, 259-903; *La responsabilidad del Estado por actividad legislativa (A propósito de la Ley de Responsabilidad del Estado)*, por ALBERTO B. BIANCHI, ED, 259-687; *La responsabilidad del Estado según la ley 26.944*, por MAURICIO BORETTO, ED, 259-873; *La nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Perspectivas e interrogantes*, por JAVIER I. BARRAZA, ED, 260-588; *La responsabilidad contractual del Estado a la luz de la ley 26.944 y del nuevo Código Civil y Comercial*, por HÉCTOR A. MAIRAL, ED, 260-641; *Carta de México sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, por CARLOS E. DELPIAZZO y JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, EDA, 2014-779; *Una mirada a la nueva Ley de Responsabilidad del Estado (ley 26.944)*, por JUAN J. CASIELLO, ED, 260-820; *La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos*, por PABLO E. PERRINO, EDA, diario n° 13.698 del 31-3-15; *Principales obstáculos para un estudio de la responsabilidad del Estado por actividad judicial*, por JAVIER I. BARRAZA, ED, diario n° 13.711 del 21-4-15. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) GENTILE, JORGE H., *Por qué es inconstitucional la sanción del nuevo Código Civil y Comercial*, EDCO, 2014-692.

sino que se agregó en el proyecto que el Poder Ejecutivo envió al Poder Legislativo, hay que entender:

1. Que ello está motivado en razones políticas y tiene por propósito evitar o alivianar las responsabilidades de los funcionarios, y para que ellos no sean juzgados con la misma vara que el resto de los ciudadanos. Un Estado irresponsable es más fácil de manejar que uno responsable.

2. Que, al sancionar estas normas, no se ha respetado la atribución del Congreso de dictar la “legislación de fondo o de derecho común”, ni el alcance de la expresión “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales” (agregada a la Constitución en la reforma de 1860), ya que de estas definiciones se deducen las atribuciones propias del Congreso y las de las legislaturas provinciales (art. 75, inc. 12, CN). Tampoco se lo tuvo en cuenta en otras disposiciones como las referidas a la prescripción de los plazos de los tributos delegadas a las legislaciones locales (arts. 2532 y 2671). J. B. GOROSTIAGA dijo en la Convención de 1853, cuando se debatió este inciso, que “si se dejaba a cada provincia esta facultad (la de dictar los códigos) la legislación del país sería un inmenso laberinto de donde resultarían males inconcebibles” (28-4-1853).

3. Que invocar la autonomía del derecho administrativo (art. 1765, CCC), o la discutida distinción entre derecho público y derecho privado (art. 145, CCC), que carecen de raíces en la Constitución, no justifican el permitir crear estos privilegios, por leyes especiales, federales y provinciales, que, además, contrarían el principio de igualdad ante la ley (art. 16, CN). Tampoco se entiende por qué la ley declara que el Código Civil es inaplicable “de manera directa ni subsidiaria” (art. 1º, ley 26.944).

4. Que si el nuevo Código no ha sido bien sancionado, por lo ya expresado, la ley federal 26.944, dictada poco antes –que regula “la responsabilidad del Estado por daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas” (art. 1º)–, es también inconstitucional por contrariar la Ley Fundamental (arts. 16, 24 y 75, inc. 12). De ninguna de sus cláusulas se desprende que la legislación por responsabilidad del Estado provincial o municipal por daños haya sido no delegada o reservada por las provincias (art. 121, CN) y sustraída de los principios establecidos por la Constitución en el reparto de competencias nacional y provincial (art. 5º, CN), como se ha pretendido alegar para fundar este régimen especial para el Estado y sus funcionarios.

5. Este art. 1º ha sido criticado, también, por limitar la responsabilidad a las personas, humanas y jurídicas, y no haber incluido a los sujetos del derecho (art. 46, CC), y por no haber mencionado los daños causados por las personas que están bajo su dependencia, de las cosas de que se sirve y están a su cuidado y de los animales que tengan (arts. 1113 y 1129, CC).

6. En el art. 2º de la ley, define los daños que no son reparables por el Estado, sin hacer referencia a los causados por hechos involuntarios que produzcan daños a personas y bienes, que serían indemnizables cuando hubiere habido un enriquecimiento del autor del hecho (art. 907, CC).

7. El art. 3º enumera los supuestos de “actos y omisiones ilícitos”; y el 4º, los de “actividad legítima” y, en sus respectivos incisos a), limita la responsabilidad estatal al “daño cierto (...) mensurable en dinero”, lo que deja fuera, inexplicablemente, casos como el de los daños ambientales en que la reparación consiste, por ejemplo, en terminar con la contaminación de las aguas.

8. En el inc. d) se refiere a la “falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado”, lo cual se aparta de la doctrina que KEMELMAJER DE CARLUCCI sintetizó al decir que, “si se detecta una falla del servicio, habrá responsabilidad ‘directa’ del comitente”, y la de la Corte Suprema al sostener que quien pone en funcionamiento un servicio ha de prestarlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y responde por los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular. Lo que significa que incluye la actividad lícita, aunque no haya habido la “inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”,

como exige el referido inc. d). No olvidar, tampoco, lo que dice el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”.

9. En el art. 4º, al enumerar los requisitos de la responsabilidad estatal, en el inc. c) dice que la relación causal debe ser “directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño”, lo que parecería excluir, con lo de “exclusiva”, a la personalidad de la víctima del proceso causal, lo cual sería injusto, por ejemplo, si fuera un discapacitado. En cuanto al inc. d), la “ausencia del deber jurídico de soportar el daño” resulta una contradicción con el principio de no dañar, que tiene raigambre constitucional. Ejemplo: daños de guerra o de tributos confiscatorios.

10. El art. 5º establece dos límites que atentan contra el derecho de propiedad, siguiendo la doctrina de la reparación integral (arts. 14 y 17, CN). Ellos son que “la responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante”. Lo del lucro cesante tiene su origen en la Ley de Expropiaciones 21.499 (art. 10), pero la jurisprudencia de la Corte concedió el lucro cesante en las inundaciones de la provincia de Buenos Aires. También en el tercer párrafo se dispone otra inexplicable exclusión cuando dice que “los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”, lo que se choca con fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fundados en la violación de la garantía del debido proceso.

11. El art. 6º regla: “El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada”. Esta exclusión alienta la ausencia de control sobre los concesionarios o contratistas, lo que deja inerme a las personas frente a los abusos, como ocurrió en el trágico caso del ferrocarril Sarmiento.

12. El art. 7º, al disponer: “El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años...”, olvidó que los derivados de los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y cuáles serían los reclamos para extenderla en casos de corrupción de los funcionarios.

13. El párr. 2º del art. 10, al disponer: “Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador”, deroga las previsiones de los arts. 42 y 1113 del cód. civil, y es igualmente contrario a la Constitución por contrariar el principio de igualdad, lo que, además de derogar la responsabilidad indirecta o refleja, se contrapone a los compromisos internacionales asumidos en materia de derechos humanos, desde que las obligaciones que de ellos resultan son exigibles para todos los órganos y dependientes del Estado, incluyendo sus tres poderes⁽²⁾.

14. La doctora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI ha expresado al respecto: “Desde hace muchos años vengo sosteniendo que, por el principio de igualdad, si una actividad es cumplida tanto por los particulares como por el Estado, y alguien resulta dañado con motivo de esa actividad (por ejemplo, culpa médica cometida en un hospital público o en un sanatorio privado) o con motivo de hechos que son iguales (por ejemplo, un accidente de tránsito protagonizado por un automotor de propiedad del Estado o de los particulares) no hay razones para que el dañado reciba un distinto tratamiento legal. Es absurdo decir que un accidente de tránsito protagonizado por un auto que pertenece a un municipio es una ‘falta del servicio administrativo’” (diario La Nación del 12-10-14).

VOCES: ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CÓDIGOS - CONSTITUCIONES PROVINCIALES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - EMPLEADOS PÚBLICOS - ESTADO - JURISPRUDENCIA - PODER EJECUTIVO - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO - PROVINCIAS

(2) CARRANZA LATRUBESSE, GUSTAVO, *Breves reflexiones sobre la (i)responsabilidad del Estado (según ley 26.944)*, Comodoro Rivadavia, 17-8-15. En las críticas de la ley he seguido lo que expuso en este artículo.

Tensiones y diálogos entre la Corte Suprema de Justicia y los poderes políticos^(*)

por PATRICIO MARANIELLO^(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. CONFLICTO DE PODERES. 1. EL CAUDILLISMO. 2. COMPLACENCIA DE LA CORTE SUPREMA CON EL PODER EJECUTIVO. 3. LA POTESTAD REGLAMENTARIA. 4. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. – III. TENSION POLÍTICA. – IV. DIÁLOGOS DE PODER. – V. HIBRIDACIÓN DE LOS SISTEMAS. 1. HIBRIDACIÓN EN LOS SISTEMAS CONCENTRADOS. 2. HIBRIDACIÓN EN LOS SISTEMAS DIFUSOS. – VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I Introducción

La Ciencia Política ha sostenido, desde John Locke y Montesquieu en adelante, que la mejor manera de controlar el poder del Estado es separarlo en diversas ramas o poderes, que corresponden a las funciones naturales y básicas de todo Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Esta idea, valiosa en sí misma, supone que los tres poderes del Estado son jerárquicamente iguales.

En una República, además de existir una división de poderes o de funciones (como lo considera una parte de la doctrina), existen los llamados controles recíprocos, en los que cada poder del Estado es controlado por los otros dos restantes, siempre que estemos en una división tripartita.

En esta tarea, si bien sencilla, por medio de normas se establecen las potestades y las obligaciones de cada poder del Estado, pero en la práctica no resulta así, pues cada uno en su función diaria, consciente o inconscientemente en ejercicio de su rol institucional, encandilado por una elección popular o por prestigios personales, muchas veces estira a su máxima capacidad sus límites, produciendo de este modo, seguramente, una invasión ilegítima e irracional, ejerciendo facultades que le corresponden a otro poder del Estado; a la consecuencia de todo ello se la conoce comúnmente como conflicto de poderes.

A partir de allí, esta situación se puede resolver o continuar de dos formas, la imposición y supremacía de un poder del Estado por sobre otro poder, o en forma consensuada, meditada y organizada llegar a una pacífica solución en la que ambas partes se consideran satisfechas.

El primer caso lo llamaremos “tensión política”, y el otro, “diálogo de poderes”. Si bien en ambos se da por terminado –en forma temporal– el conflicto de poderes, en el primero tenemos un país que se aleja de un sistema republicano, y en el otro, un Estado que cumple en forma adecuada los designios republicanos. Del mismo modo acontece entre el Estado Federal y los Estados Provinciales, en el que el primero absorbe potestades del segundo.

II Conflicto de poderes

En primer término, no debemos soslayar que los poderes del Estado ejercen sus funciones en forma muy diferente; mientras que el Congreso legisla para el futuro y el Poder Judicial resuelve los conflictos producidos en el

pasado, el Poder Ejecutivo atiende necesidades actuales tan cotidianas y variadas, como las relaciones internacionales, la defensa nacional la regulación de la moneda, la percepción de los impuestos, la atención de la salud o la prestación de los servicios públicos⁽¹⁾.

En cuanto a lo económico, en la Ley de Presupuesto de la Argentina, para el ejercicio 2014⁽²⁾, el monto total de gastos es de \$ 860.000 millones, de los cuales la suma de los gastos asignados al Poder Legislativo y al Poder Judicial apenas supera los \$ 15.000 millones, es decir, menos del 2% del monto asignado al Poder Ejecutivo y a la Administración Pública.

Esto ocasiona, además de la gran diferencia presupuestaria, la clara dependencia del Poder Judicial y del Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo, pues en caso de producirse algún tipo de contingencia económica, se debe recurrir al Presidente de la República.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica del conflicto de poderes, la doctrina alemana considera que todo conflicto entre órganos constitucionales es, por sí mismo, un conflicto constitucional que pone en cuestión el sistema organizativo que la Constitución, como una de sus funciones básicas, ha establecido. Por ello mismo, solo el Tribunal Constitucional, allí donde existe, puede ser el órgano idóneo para la resolución de este tipo de conflictos, que afectan a la esencia misma de aquella⁽³⁾.

Como advierte al respecto SÁNCHEZ AGESTA, el Tribunal Constitucional en España es la pieza de equilibrio de una ordenación compleja de poder, lo que lo convierte necesariamente en árbitro en los diferentes conflictos que puedan suscitarse. Con ello, el Tribunal Constitucional, como cualquier otro órgano jurisdiccional, eleva un conflicto de pretensiones al plano de una cuestión jurídica⁽⁴⁾.

Existen dos tipos de conflictos de poderes: los puramente políticos⁽⁵⁾ están dados por el abuso de poder, el choque de poder y la división de poderes; mientras que el conflicto de poderes jurídicos se desarrolla sobre aspectos que hacen al control de constitucionalidad de las normas jurídicas⁽⁶⁾, sin tener en cuenta aspectos políticos, sino sociales o particulares.

Pero en los sistemas difusos, al no haber un tribunal constitucional con facultades decisorias en cuestiones o conflictos políticos tan claramente como en los sistemas concentrados, la cuestión no resulta tan sencilla. Aunque entre países que siguen el sistema difuso existen muchas distinciones.

Como, por ejemplo, la Argentina y los Estados Unidos, que regulan en formar diferencial el sometimiento de las provincias a la jurisdicción federal.

(1) BIANCHI, ALBERTO B., *Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, 2014.

(2) Ley 26.895, B.O. del 22-10-13.

(3) FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El sistema constitucional español*, España, Dickinson, 1992, pág. 1120.

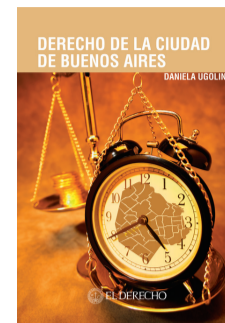
(4) SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, 6ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991.

(5) Cuando hay abuso de poder, existe seguramente un poder que prima sobre otro; cuando hay choque de poder, cuando ambos poderes alegan ostentar el mismo poder y en la división de poderes, se tratará de la falta de equilibrio que debe mediar entre los poderes.

(6) Aunque es lugar común retrotraer la preocupación por el diseño de mecanismos de defensa del orden constitucional al momento mismo (fines del siglo XVIII) en que dicho orden hace su acto de aparición, es cierto que la idea de la defensa de un determinado orden supremo es casi consustancial con la historia de la humanidad, e incluso en ella encontramos, lejanamente, algunos intentos de institucionalización en esta misma dirección. Tal sería el caso de los Eforos espartanos o del Areópago y los Nomofilacos en la antigua Atenas, en donde también surgió la diferenciación entre las normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*). Roma no sería ajena a esta preocupación, de lo que constituye buena prueba la existencia de instituciones tales como la doble magistratura, el Senado o el Tribunado en la época republicana. En la Edad Media nos encontramos con la superioridad de la ley divina y del derecho natural sobre el derecho positivo. Y la gran escuela iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que va de Hugo Grocio a Jean Jacques Rousseau, sustentaría la existencia de derechos innatos, immanentes al ser humano, intangibles e irrenunciables, la existencia, en definitiva, de límites frente al *ius cogens* proveniente del mismo legislador (CAPPELLETTI, MAURO, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1978, págs. 34-41).

FONDO EDITORIAL

Novedades



Derecho de la Ciudad de Buenos Aires

DANIELA UGOLINI (coord.)
ISBN 978-987-3790-00-3
490 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

No obstante haber establecido el Poder Judicial federal sobre las mismas bases que la Constitución estadounidense, el constituyente argentino nunca incorporó la enmienda decimoprimer⁽⁷⁾.

Esta enmienda inhibe a la Corte Suprema y a los tribunales federales de intervenir en demandas contra los estados. Tuvo que ser sancionada como consecuencia de las protestas que suscitó el fallo de la Corte en el caso “Chisholm vs. Georgia”⁽⁸⁾, en el cual se hizo lugar a una demanda contra un estado por el cobro de bonos emitidos durante la Guerra de la Independencia.

En nuestro país, por el contrario, no existe tal prohibición, y las provincias pueden ser demandadas ante los tribunales federales y también ante la instancia originaria de la Corte Suprema, bien que esta jurisdicción se ha restringido últimamente⁽⁹⁾.

En la Constitución Nacional existen dos regulaciones para dirimir conflictos entre provincias y entre una provincia y el Estado Federal: los arts. 116 y 117, y el art. 127. En los primeros, el Máximo Tribunal actúa como tribunal judicial, decidiendo una controversia sobre la base de un caso, y su sentencia tendrá el mismo alcance que todas sus decisiones.

Sin embargo, en el segundo se confía a la Corte Suprema una función esencial al establecer que “ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia, sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella”.

La Corte Suprema en el caso “Provincia de la Pampa”⁽¹⁰⁾ considera que el art. 109 (actual 127) de la Constitución Nacional supone conferir al más alto tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordias entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente.

En la disidencia del Dr. Carlos S. Fayt se considera que esta función tiene cierta similitud con el arbitraje internacional, lo cual induciría a ver un indicio de soberanía. Pero la diferencia está en que el arbitraje internacional presupone consentimiento de las entidades que a él se someten, al paso que, en el sistema de la Constitución, el arbitraje está impuesto a las provincias.

Su función, continúa el Dr. Fayt, no es juzgar sino dirimir. En las acepciones que nos interesan, *juzgar* es “deliberar”, quien tiene autoridad para ello acerca de la culpabilidad de alguno o de la razón que le asiste en cualquier asunto, y sentenciar lo procedente; *dirimir* es “ajustar, fenecer, componer una controversia”.

Este peculiar y precioso sistema para componer controversias entre provincias, asegurando así la paz interior,

(7) De acuerdo con esta enmienda: “The Judicial Power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by citizens of another state, or by citizens or subjects of any foreign State”.

(8) 2 U.S. (2 Dallas) 419 (1793). El caso produjo tal conmoción que inmediatamente fue adoptada la enmienda decimoprimer. Para un estudio completo del caso y la enmienda, véase ORTH, JOHN V., *The Judicial Power of the United States - The Eleventh Amendment in American History*, Oxford University Press, 1987.

(9) Ver BIANCHI, ALBERTO B., *La Corte Suprema reduce su competencia originaria*, JA, 2006-II-97.

(10) CS *in re*, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos”, del 3-12-87, t. 310, pág. 2478.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El Poder Judicial y el equilibrio institucional de los poderes del Estado*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 176-800; *El control judicial de la función administrativa de los poderes Legislativo y Judicial*, por MARÍA JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, EDA, 01/02-678; *Paz Social e independencia del Poder Judicial*, por CÁMARA NACIONAL EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, ED, 213-1023; *Detrás de la atomización del poder estatal*, por RAMÓN TREJO, EDCO, 2007-537; *Conflicto de poderes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por NICOLÁS TEJEIRO, ED, 237-622; *División de poderes y embargos sin orden judicial*, por JOSÉ BLAS POSADAS SARAVIA, ED, 239-703; *Nuevamente sobre el carácter de algunas normas de la Constitución relativas al Poder Judicial*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, EDLA, 2/2014-7. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Trabajo expuesto en el V Incontro di Diritto Costituzionale Italo-Iberoamericano celebrado en Messina (Italia) el 10 de junio de 2014.

(**) Director del Posgrado Intensivo en Derecho Constitucional para la Integración Judicial, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Grado y Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de la Universidad de Concepción del Uruguay. Profesor de Doctorado de la Universidad del Salvador. Profesor distinguido de la Universidad de San Marcos (Perú). Profesor Asociado de la UCEs. Profesor del Centro de Capacitación del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

tiene origen en el derecho constitucional latinoamericano, y no se halla en la Constitución de los Estados Unidos. Lo toma Alberdi de la Constitución de Mora Grande, y el constituyente argentino adopta la norma por él propuesta con leves variantes.

Retomando el conflicto de poderes, podemos decir que en América han acontecido dos situaciones que han sido una suerte de absorción de dicho conflicto; nos estamos refiriendo al movimiento político-social “caudillismo” y la complacencia del Poder Judicial.

1. El caudillismo⁽¹¹⁾

En la Argentina –al igual que en muchas partes de Latinoamérica– el caudillismo es una parte inescindible de la vida política. Vivimos en un país en el cual es común que los gobernantes se arroguen destinos mesiánicos con el ánimo de refundar constantemente las bases del sistema. Obviamente que ello está favorecido enormemente por el tejido social.

SARMIENTO escribió en *Facundo* que “un caudillo que encabeza un gran movimiento social no es más que el espejo en el que se reflejan en dimensiones colosales las creencias, las necesidades, las preocupaciones y los hábitos de una Nación en una época determinada”⁽¹²⁾.

El caudillo tiende a reemplazar con su figura a todas las instituciones. LINARES QUINTANA decía: “Quizás el rasgo más típico de la política hispanoamericana sea el caudillismo, sistema que comporta el gobierno de los hombres y no el gobierno de las leyes. El personalismo signa a gobiernos y partidos, y son las personas en lugar de las ideas el eje de la turbulenta dinámica política de estos países”⁽¹³⁾.

De este modo, en dicho período los conflictos entre poderes muy difícilmente podrían ser una cuestión jurídica, sino de personas en el uso de la fuerza.

2. Complacencia de la Corte Suprema con el Poder Ejecutivo

ALBERTO BIANCHI hace un muy interesante estudio histórico, en el que el hiperpresidencialismo ha tenido la tolerancia de la Corte Suprema para con decisiones críticas del Poder Ejecutivo⁽¹⁴⁾.

Es un hecho fácilmente comprobable, a lo largo de toda nuestra historia, que la Corte Suprema en la Argentina ha prestado su apoyo político al Poder Ejecutivo en los casos de gran importancia institucional, sean estos gobiernos democráticos o totalitarios.

Ya en 1865 en “Baldomero Martínez vs. Otero”⁽¹⁵⁾, la Corte legitimó lo actuado por el presidente Mitre como gobernante *de facto*, doctrina que luego fue intensamente desarrollada a partir del golpe de Estado de 1930.

Tampoco pudo resistir la Corte la influencia del presidente Sarmiento en el caso “Zaballa vs. Astorga”⁽¹⁶⁾, originado en la provincia de San Juan, en el que en forma indirecta convalidó erróneamente que la legislatura local concediera al Gobernador facultades que corresponden al Gobierno Nacional durante el estado de sitio, tales como las de arresto y traslado de personas.

En 1922, bajo el gobierno del presidente Hipólito Yrigoyen, la Corte cambió su doctrina ultraliberal sobre la propiedad privada afirmada en 1903 en “Hileret vs. Provincia de Tucumán”⁽¹⁷⁾, cuando le tocó juzgar la constitucionalidad de la ley 11.157 sobre emergencia locativa⁽¹⁸⁾, piedra angular sobre la que ha pivotado toda la doctrina sobre las emergencias económicas. Ello no le impidió, sin embargo –tres años después–, volver a repetir con entusiasmo el carácter venerable de la integridad de la propiedad en un caso sin la trascendencia del anterior⁽¹⁹⁾.

Bajo la presidencia de Agustín P. Justo negó al expresidente Marcelo T. de Alvear, arrestado como consecuencia

del estado de sitio, el derecho a elegir como lugar de residencia –luego de haber ejercido la opción para salir del territorio nacional– un país limítrofe⁽²⁰⁾; doctrina que cambió en “Rodríguez Araya”⁽²¹⁾ cuando el afectado carecía de la trascendencia política del expresidente Alvear.

Igual apoyo de la Corte recibió el presidente Juan D. Perón una vez que esta fue convenientemente rearmada luego del juicio político de 1947.

Arturo Frondizi supo también contar con el apoyo del Tribunal en momentos políticamente difíciles. Uno de ellos fue la convalidación del llamado “Plan Conintes”, por medio del cual se había establecido la Ley Marcial en el conocido caso “Rodríguez, Ruggero y Tambascio”⁽²²⁾, bajo la “doctrina de la autopreservación del Estado”⁽²³⁾.

Tampoco fue ajeno a esta protección el gobierno del presidente Raúl Alfonsín. Ello tuvo lugar con la convalidación del llamado “Plan Austral”, mediante el cual se cambió la moneda por medio de un decreto (decreto 1096/85), en el caso “Porcelli vs. Banco Nación”⁽²⁴⁾, y cuando se aprobó la validez de las llamadas leyes de “Obediencia Debida” y “Punto Final” en los casos “Ramón J. Camps”⁽²⁵⁾ y “Julia J. Jofré”⁽²⁶⁾, respectivamente.

El presidente Menem, que también modificó la composición del Tribunal al ampliar el número de sus jueces, disfrutó de un amplio respaldo de la Corte, manifestado en el apoyo a la política de privatizaciones. Ello tuvo lugar en la privatización de Aerolíneas Argentinas⁽²⁷⁾, en la del sistema portuario⁽²⁸⁾ y sistema aeroportuario⁽²⁹⁾. También fue convalidado en “Peralta vs. Gobierno Nacional”⁽³⁰⁾ el llamado “Plan Bonex”, por medio del cual los depósitos bancarios fueron sustituidos por la promesa de emisión de bonos externos con garantía dólar.

Aquí vemos una gran cantidad de casos en los cuales la Corte de Justicia apoyó medidas políticas que los diferentes presidentes necesitaban por ser cuestiones de mucha trascendencia para sus gobiernos; muchas veces fueron realizadas por convicción, y otras, por conveniencias institucionales o personales, siendo solo esto último lo más reprochable. Sin embargo, no debemos considerar que dichas Cortes de Justicia tan solo resolvieron a favor del gobierno de turno, sino que –como se dijo– era necesario para sus políticas económicas o sociales, aunque, realizando una apreciación jurídica, vemos cómo en muchos casos fueron desarrolladas alterando o destruyendo derechos constitucionales.

3. La potestad reglamentaria⁽³¹⁾

También ha llevado aguas al molino del superpresidencialismo la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, que se manifiesta en los llamados decretos reglamentarios (delegados o ejecutivos, según los casos) y en los decretos de necesidad y urgencia.

En relación con los decretos reglamentarios, es decir, aquellos que emite el Poder Ejecutivo para poner en ejecución las leyes, se advierte aquí una nueva y profunda diferencia entre la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución argentina.

En nuestro país, el Presidente es el principal órgano de emisión de estos reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas que dependen de aquel.

Los constituyentes de 1853 en esto siguieron el proyecto de Alberdi, que copió el art. 170.1 de la llamada Constitución de Cádiz de 1812, volcado actualmente en el art. 99, inc. 2º, de la Constitución.

En los Estados Unidos, el único paralelo que podemos encontrar con este artículo es la llamada *take care clause* del art. II de la Constitución estadounidense, que encomienda al Presidente cuidar (*take care*) que las leyes sean

fieles y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración.

Así, mientras en la Argentina es el Presidente quien directamente *ejecuta* las leyes, en los Estados Unidos aquel *cuida* que las leyes sean debidamente ejecutadas por las diferentes reparticiones públicas.

En este último país la sanción de un reglamento es un acto rodeado de una gran cantidad de controles administrativos previos y de una gran participación de los eventuales afectados, todo lo cual tiende a superar el déficit democrático de las normas administrativas⁽³²⁾.

Por el contrario, en la Argentina, el Poder Ejecutivo y la Administración en general poseen una libertad completa para la sanción de reglamentos, que se comportan como un acto virtualmente discrecional y unilateral de la autoridad que los sanciona.

Dada la discrecionalidad existente en el ejercicio de los poderes reglamentarios acordados al Presidente y no limitados prácticamente por ley alguna, la Corte Suprema fue el Poder del Estado que lo ha controlado, en algunas ocasiones correctamente y en otras no. Y lo ha realizado fijando como buena doctrina que todo acto administrativo debe tener por parte del Poder Judicial un control judicial suficiente⁽³³⁾, y esto ha brindado seguridad jurídica a las decisiones administrativas.

Desde 1928 en adelante, en el caso “Administración de Impuestos Internos vs. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.”⁽³⁴⁾, la Corte Suprema ha sido sumamente tolerante con el poder reglamentario del Poder Ejecutivo y, en general, lo ha declarado constitucional empleando para ello un cliché muy habitual que dice: “Los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando de que se mantengan inalterados los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas. El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva”.

Lo mismo afirmó en ulteriores pronunciamientos, entre los que cabe mencionar “María F. de Salmón”⁽³⁵⁾, “Pérez y González”⁽³⁶⁾, “L. Bustos S.R.L. vs. Nación Argentina”⁽³⁷⁾, “Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines vs. E. Flai-bán S.A.”⁽³⁸⁾; “DGI vs. De Ángeles S.A.”⁽³⁹⁾, “The American Rubber Co.”⁽⁴⁰⁾, “Compañía Azucarera y Alcoholera S.A. vs. Nación Argentina”⁽⁴¹⁾, “Krill Producciones Gráficas S.R.L.”⁽⁴²⁾, “Barrose vs. Nación Argentina”⁽⁴³⁾, “Juárez vs. Nación Argentina”⁽⁴⁴⁾, “Agüero vs. Banco Central”⁽⁴⁵⁾, “AADI-CAPIF vs. Hotel Mon Petit”, “Oharriz vs. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”⁽⁴⁶⁾, “Provincia del Chaco vs. Estado Nacional”⁽⁴⁷⁾, “Jesús Eijo S.A.”⁽⁴⁸⁾ y “Gianola y otros vs. Estado Nacional y otros”⁽⁴⁹⁾.

Esa apelación al “espíritu de la ley” obviamente es subjetiva y ha dado pie a una gran tolerancia de la Corte para con el Poder Ejecutivo.

4. Los decretos de necesidad y urgencia⁽⁵⁰⁾

Hijos directos de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo son los decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales el Presidente sustituye al Congreso en la función legislativa cuando razones de emergencia lo exigen.

Un estudio elaborado por Josefina Ichaso del Centro de Estudios Nueva Mayoría, que abarca los DNU dictados

(32) LUBBERS, JEFFREY S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 4th. ed., American Bar Association.

(33) CS *in re*: “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José”, del 19-9-60.

(34) Fallos: 151-5 (1928).

(35) Fallos: 178-224 (1937).

(36) Fallos: 200-194 (1944).

(37) Fallos: 232-287 (1955).

(38) Fallos: 244-309 (1959).

(39) Fallos: 304-438 (1982).

(40) Fallos: 298-609 (1977).

(41) Fallos: 311-1617 (1988).

(42) Fallos: 316-1239, 1243 (1993).

(43) Fallos: 318-1707 (1995).

(44) Fallos: 313-433 (1990).

(45) Fallos: 315-2530 (1992).

(46) Fallos: 326-3032 (2003).

(47) Fallos: 326-3521 (2003).

(48) Fallos: 328-43 (2005).

(49) Fallos: 330-2255 (2007).

(50) BIANCHI, ALBERTO B., *Discurso de incorporación...*, cit., pág. 33.

(11) BIANCHI, ALBERTO B., *Discurso de incorporación...*, cit., pág. 21.

(12) SARMIENTO, DOMINGO F., *Facundo*, en *Obras completas*, citadas en nota 14 de la *Semblanza de Alberdi*, t. VII, pág. 20.

(13) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2ª ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, t. III, pág. 548.

(14) BIANCHI, ALBERTO B., *Discurso de incorporación...*, cit., pág. 27.

(15) Fallos: 2-127 (1865).

(16) Fallos: 11-423 (1872).

(17) Fallos: 98-24 (1903).

(18) “Horta vs. Harguindéguy”, Fallos: 137-47 (1922).

(19) “Bourdié vs. Municipalidad de la Capital”, Fallos: 145-307 (1925).

(20) “Marcelo T. de Alvear”, Fallos: 167-314 (1933).

(21) Fallos: 200-253 (1944).

(22) Fallos: 254-116 (1962).

(23) Véase el consid. 6º.

(24) Fallos: 312-555 (1989).

(25) Fallos: 310-1162 (1987).

(26) Fallos: 311-80 (1988).

(27) “José Roberto Dromi”, Fallos: 313-863 (1990).

(28) “Cocchia vs. Estado Nacional”, Fallos: 316-2624 (1992).

(29) “Jorge Rodríguez (jefe de gabinete)”, Fallos: 320-2851 (1997).

(30) Fallos: 313-1513 (1990).

(31) BIANCHI, ALBERTO B., *Discurso de incorporación...*, cit., pág. 31.

hasta el 20-3-09⁽⁵¹⁾, revela que el presidente Menem dictó 4,4 DNU por mes; el presidente Duhalde, 9,3, y el presidente Kirchner, 5.

La “abundancia” ejecutiva en el empleo de los DNU y la “escasez” legislativa del control sobre estos hizo que el Poder Judicial haya analizado la constitucionalidad de varios de ellos.

Al respecto, es preciso analizar los parámetros constitucionales establecidos por la Corte Suprema.

Estos principios, sentados principalmente en el caso “Verrocchi”, son los siguientes:

i. La Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial.

ii. El texto del art. 99, inc. 3º, de la Constitución es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país.

iii. En lo que respecta a la existencia de un estado de necesidad y urgencia, es atribución de la Corte Suprema evaluar, en el caso concreto, el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales presupuestos.

iv. La previsión en el texto constitucional de pautas susceptibles de ser determinadas y precisadas en cada caso concreto autoriza al Poder Judicial a verificar la compatibilidad entre los decretos dictados por el Poder Ejecutivo y la Constitución Nacional, sin que ello signifique efectuar una valoración que reemplace a aquella que corresponde al órgano que es el competente en la materia o invada facultades propias de otras autoridades de la Nación.

v. Una vez admitida la atribución de la Corte Suprema de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son.

Se trata de casos fáciles, en los cuales la inconstitucionalidad del DNU era manifiesta y, además, no estaba comprometida ninguna decisión política de trascendencia.

Ejemplos típicos de ello lo constituyen casos como “Video Club Dreams vs. Instituto Nacional de Cinematografía”; “Risolfá de Ocampo vs. Rojas”⁽⁵²⁾, “Verrocchi vs. Poder Ejecutivo Nacional”⁽⁵³⁾ y “Consumidores Argentinos vs. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional”⁽⁵⁴⁾.

Por el contrario, ninguno de los principios sentados en estos Fallos: ha sido suficiente –hasta ahora– para invalidar aquellos DNU portadores de un fuerte interés del Poder Ejecutivo.

Pensemos, sin ir más lejos, en el decreto 214/02 que fue declarado inconstitucional en el limitadísimo contexto de “Provincia de San Luis vs. Nación Argentina”⁽⁵⁵⁾; pero sobrevivió con éxito en “Bustos vs. Estado Nacional”⁽⁵⁶⁾, “Galli vs. Poder Ejecutivo Nacional”⁽⁵⁷⁾, “Massa vs. Poder Ejecutivo Nacional”⁽⁵⁸⁾ y en todos aquellos casos en los cuales la decisión sobre la pesificación de las obligaciones tenía –de hecho– efectos generales. Lo mismo cabe decir de un precedente como “Guida vs. Estado Nacional”⁽⁵⁹⁾, en el que estaba en juego nada menos que la masa salarial de todos los agentes de la Administración.

Existen otros ejemplos en los cuales el Poder Judicial ha considerado su constitucionalidad:

- Reducción y congelamiento de alquileres pactados⁽⁶⁰⁾.
- Prórroga legal de las locaciones urbanas⁽⁶¹⁾.
- Moratoria hipotecaria⁽⁶²⁾.

• Reducción de los intereses pactados entre acreedores y deudores hipotecarios⁽⁶³⁾.

• Suspensión de la ejecución de sentencias y paralización de procesos judiciales de desalojo⁽⁶⁴⁾.

• Fijación de precios máximos para la venta de ciertos productos⁽⁶⁵⁾.

• Disminución de haberes jubilatorios ya acordados⁽⁶⁶⁾.

• Obligación de contratar e imposición de aportes forzados a ciertos empresarios⁽⁶⁷⁾.

• Obligación de las salas de cine de contratar “números vivos”⁽⁶⁸⁾.

• Estatización de los depósitos bancarios y sustitución por un bono que todavía no había sido emitido⁽⁶⁹⁾.

• Conversión forzosa a pesos (pesificación) de todas las obligaciones contraídas en moneda extranjera⁽⁷⁰⁾.

III Tensión política

Cuando un poder del Estado toma funciones no propias o no cumple con sus obligaciones, produce lo que denominamos tensión política; en el primer caso, una invasión a otro poder del Estado, cuya situación o queja ante la autoridad lesionante queda controvertida, pues la parte disminuida en sus funciones protagonizará algún tipo de demanda o la conservará para momentos más propicios si estamos frente a gobiernos totalitarios. Debemos resaltar que esta situación en algún momento tendrá su contrapartida o sublevación, pues no fue producto de un consenso, sino de imposición, es por ello que lo llamamos tensión pues, aunque no se pueda visualizar la puja por diferentes circunstancias, la realidad indica que sigue latente, con una solución de silencio aparente pero no real.

En el segundo caso se produce una tensión social producto de incumplimientos con los ciudadanos. Se considera tensión social a aquella situación en la que la persecución de determinados objetivos o la no satisfacción de ciertas demandas planteadas por diversos actores conlleva altos niveles de movilización política, social o militar y un uso de la violencia con una intensidad que no alcanza la de un conflicto armado, que puede incluir enfrentamientos, represión, golpes de Estado, atentados u otros ataques, y cuya escalada podría degenerar en un conflicto armado en determinadas circunstancias.

Estas tensiones están normalmente vinculadas: a) a demandas de autodeterminación y autogobierno; b) a la oposición al sistema político, económico, social o ideológico de un Estado, o a la política interna o internacional de un gobierno, lo que en ambos casos motiva la lucha para acceder o erosionar el poder; o c) al control de los recursos o del territorio⁽⁷¹⁾.

Respecto de la relación entre el escenario de conflicto y los actores involucrados, los datos confirman la tendencia observada en años precedentes de que la mayoría de las tensiones tuvo un carácter interno. Esto significa que en un 62% de los casos (47 de 76) las crisis estuvieron protagonizadas por actores del mismo Estado, que actuaron dentro de sus límites territoriales. En el resto de los casos, las tensiones presentaron elementos de internacionalización (20%) o fueron identificadas como tensiones internacionales (18%).

La oposición de sectores políticos y sociales a determinadas políticas gubernamentales fue la principal causa de las tensiones en 2009, y en ocasiones generó una dura respuesta de las autoridades, como en el caso de Irán o Siria. A nivel global, la mayoría de las tensiones presentó una intensidad media o baja; pero en 11 casos se registraron altos niveles de intensidad, entre ellos Etiopía, la región etíope de Oromiya, Guinea, Sudán, Nigeria, Pakistán, Sri Lanka, Irán, la provincia china de Turquestán Oriental, Perú y la región rusa de Daguestán. A lo largo de 2009 se

contabilizaron 76 escenarios de tensión en el mundo, concentrados principalmente en África (25 casos) y Asia (22). El resto de las tensiones tuvo lugar en Europa (13 casos), Oriente Medio (9) y América (6).

A pesar de la multicausalidad de los casos observados, casi la mitad de las tensiones (37 de las 76, equivalentes a un 49%) estuvieron relacionadas con movimientos de oposición de sectores políticos y sociales contra las autoridades, con el propósito de acceder o desgastar el poder.

Es por ello que toda tensión política o social debe ser resuelta por vías legales dentro de un Estado de derecho constitucional, pues es la única forma de que los conflictos sean resueltos en forma efectiva y duradera, porque de otro modo son batallas interminables de todos contra todos.

IV Diálogos de poder

El diálogo es una forma moderna y saludable para preservar las instituciones, a través del cual se trata de llegar a un acuerdo entre organismos políticos; puede ser previo, para tratar de evitar el conflicto, o posterior, para reparar los daños sufridos.

Muchas veces la declaración de inconstitucionalidad puede ser mucho más dañosa para el sistema jurídico que su no declaración, atento a que en varias ocasiones aquella trae consigo un vacío legal o un caos institucional y social.

Para evitar estos inconvenientes y para que el juez constitucional no se sienta traicionado con su deber y lealtad a la Constitución, se puede llamar al diálogo de poderes para buscar una solución a dicho inconveniente.

Ha ocurrido en Alemania, partiendo de la base de la imposibilidad de la adaptación de todas las leyes previas a la Constitución; “en un solo día” se aceptó por un período de transición dar tiempo al legislador para subsanar la inconstitucionalidad, por considerar que era el mal menor frente a una declaración de nulidad. Que tal medida –la limitada vigencia de la ley– estaba más próxima a la Constitución que el caótico vacío legislativo que se derivaría de la declaración de nulidad de la ley⁽⁷²⁾.

Al respecto se consideró que solamente procedía la declaración de nulidad inmediata de aquellas que eran contrarias a la dignidad humana, a principios irrenunciables, y que hacían al Estado de derecho y al orden democrático.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional de Alemania, en un fallo del 14-9-73, fijó como plazo para suprimir la prohibición de contraer matrimonio (en el caso de comunidades de vida) la conclusión del período legislativo de otoño de 1976.

La acción concertada en Italia, entre el Tribunal Constitucional, los jueces y el Parlamento, está mostrando que es capaz de evitar, o al menos minimizar, los daños que el eventual vacío legal –generado por una sentencia– podría causar, haciendo que la Corte actúe cada vez menos aisladamente.

Como sintetiza ROMBOLI, la *Corte Costituzionale* desempeña su cada vez más compleja actividad como juez de las leyes moviéndose entre dos polos: “el primero, representado, en cierto modo, por el juez *a quo*; el segundo, en cambio, por el legislador. Cuando la Corte establece un diálogo más estrecho con la autoridad judicial y se muestra más sensible a los intereses expresados por ella –que suelen coincidir con los intereses presentes en los procesos principales–, lo que se manifiesta es, esencialmente, el carácter jurisdiccional del proceso constitucional; mientras que cuando se muestra más atenta a las exigencias del legislador, termina inevitablemente por aumentar y evidenciar el carácter político implícito en el proceso mismo”⁽⁷³⁾.

Ese diálogo directo con la autoridad judicial e indirecto con las partes del proceso principal, así como con el legislador, determina en gran medida la forma y el contenido de las sentencias de la Corte, siendo otro intento de buscar alternativas a la excesiva rigidez de la previsión constitucional, que contempla exclusivamente la anulación de preceptos con efectos *erga omnes* y *ex tunc*. Como recuerda con propiedad LA PERGOLA, la sentencia interpretativa en su versión estimatoria se impuso en Italia porque, si se

(72) WITTHAUS, RODOLFO E., *Poder Judicial alemán*, Ad-Hoc, 1994.

(73) ROMBOLI, ROBERTO, *Italia*, en AA.VV., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Eliseo Aja (coord.), Barcelona, Ariel, 1998.

(51) Ver www.nuevamayoria.com.

(52) Fallos: 323-1934 (2000).

(53) Fallos: 322-1726 (1999).

(54) Fallos: 333-633 (2010).

(55) Fallos: 326-417 (2003).

(56) Fallos: 327-4495 (2004).

(57) Fallos: 328-690 (2005).

(58) Fallos: 329-5913 (2006).

(59) Fallos: 323-1566 (2000).

(60) Fallos: 136-170; 204-195.

(61) Fallos: 136-161; 199-466; 200-158; 206-158.

(62) Fallos: 172-21 y 291; 263-83.

(63) Fallos: 172-21.

(64) Fallos: 144-220; 204-195; 235-171 y 512; 243-467.

(65) Fallos: 200-450; 205-386.

(66) Fallos: 173-5; 179-394.

(67) Fallos: 177-147.

(68) Fallos: 247-121.

(69) Fallos: 313-1513 (1990).

(70) Fallos: 327-4495 (2004); 329-5913 (2006).

(71) Estudio estadístico realizado por la Escola de Cultura de Pau; ver www.escolapau@uab.cat. Esta institución se creó en 1999 con el propósito de trabajar por la cultura de paz, los derechos humanos, el análisis de conflictos y de los procesos de paz, la educación para la paz, el desarme y la prevención de los conflictos armados.

adoptaba una sentencia desestimatoria, los efectos vinculantes del pronunciamiento no se encontrarían previstos en ningún texto normativo, y el resultado de la decisión adoptada resultaría incierto⁽⁷⁴⁾.

En la Argentina se ha utilizado esta herramienta, que fue llamada como los efectos diferidos en el control de constitucionalidad de las leyes⁽⁷⁵⁾, y precisamente en el caso “Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación”, en el que la Corte se expidió sobre la subrogancia de los jueces por parte de los secretarios judiciales, sobre la base de considerar inconstitucional la reglamentación emanada del Consejo de la Magistratura. Pero en este caso se debía tomar en cuenta que la inconstitucionalidad produciría la nulidad de parte o de todo lo actuado por jueces subrogantes. Dada la significativa cantidad de designaciones llevadas a cabo al amparo del régimen aludido y la importancia de las cuestiones decididas en todos los fueros, especialmente en el ámbito penal, tales nulidades podían incrementarse y provocar la paralización de la administración de justicia, con consecuencias gravísimas para la salud de la República. Destacó, asimismo, que esas consecuencias no se traducirían solo en impunidad o riesgo de tal en delitos de suma gravedad, sino también en violación de garantías respecto de las personas que hubiesen sido absueltas o sobreseídas.

En virtud de todo ello, *sin abrir juicio respecto de la constitucionalidad de las normas cuestionadas* –punto cuyo tratamiento difirió a la existencia de un planteo que habilite la competencia ordinaria o extraordinaria del Tribunal– e invocando las atribuciones conferidas en su condición de cabeza del Poder Judicial de la Nación, estimamos oportuno ejercer la facultad y el deber constitucional de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para evitar el caos institucional sin precedentes que provocaría la extensión indiscriminada de esas nulidades.

En esa inteligencia, se invitó a los poderes del gobierno federal a cumplir, de un modo adecuado en el tiempo, su ineludible función de nombrar a los jueces nacionales y federales en las numerosas vacantes existentes con nóminas provistas a ese efecto por el Consejo de la Magistratura.

Ello, a fin de hacer viable a los habitantes del país su elemental derecho a la jurisdicción. También se los invitó a adoptar las medidas necesarias para adecuar las normas reglamentarias del proceso de designación de los jueces, de modo tal que las vacantes sean efectivamente cubiertas en un tiempo razonable que tenga en cuenta la naturaleza impostergable de los reclamos que se someten a conocimiento de los tribunales.

En función de ello, decidió: 1) mantener la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados con arreglo a la reglamentación cuestionada; y 2) invitar al Poder Ejecutivo Nacional y al Consejo de la Magistratura a que, en sus respectivos ámbitos de competencia y en la medida de sus posibilidades, ejerzan las atribuciones necesarias para proceder a las designaciones de magistrados en los cargos vacantes⁽⁷⁶⁾.

Esta invitación es sin duda un llamado, por parte de la Corte de Justicia Nacional, al diálogo de poderes, pues las vacantes deberían cubrirse en modo más ágil, para no llegar a la problemática actual de tener que subrogar una gran cantidad de juzgados que se encuentran sin juez; pero ello deberá requerir la coordinación de los tres poderes en conflicto, es decir, el Consejo de la Magistratura, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, cuyas actuaciones eran descoordinadas e inconstitucionales, pues no existía ninguna norma constitucional que permitiera la designación de subrogancias, y con ello, claro está, sus decisiones no encuentran un adecuado respeto al modo que la Constitución indica.

Por lo tanto, las características que debe tener el diálogo de los poderes son: 1) una autolimitación de la función específica de un poder del Estado, un no actuar en funcio-

nes no habilitadas constitucionalmente; 2) una invitación al diálogo; 3) una oportuna decisión al diálogo de los poderes; 4) la aplicación de un efecto diferido en la inconstitucionalidad de la norma en litigio.

V Hibridación de los sistemas

Actualmente es muy difícil encontrar sistemas, tanto concentrados como difusos, completos o cerrados, pues ambos están sobrellevando un período denominado de “hibridación”.

1. Hibridación en los sistemas concentrados

Los sistemas concentrados, con el amparo en España o Alemania, han permitido una mayor participación de todos los jueces ordinarios en cuestiones constitucionales. Otro tanto se ha desarrollado en Italia, donde se les ha dado el control de admisión de constitucionalidad de las normas jurídicas a los jueces ordinarios, y se tiene, por lo tanto, un sistema de admisión difusa.

Actualmente ya se empieza a aceptar que la jurisdicción constitucional italiana camina, en la práctica, hacia un sistema cada vez más *inter partes*. Las decisiones buscan circunscribir las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad preferentemente a las partes de la demanda concreta, evitando el gravoso instrumento de las decisiones *erga omnes*.

En ese sentido, GROPPi entiende que hay una tendencia a acrecentar el papel de los jueces ordinarios en la jurisprudencia constitucional de los últimos años, que va más allá de la aplicación de sentencias aditivas de principio o de la necesidad de interpretación conforme a la Constitución; en ausencia de reglas creadas por el legislador, la Corte no ha declarado inconstitucional una laguna colmándola (ni siquiera con un principio), sino que ha invitado al juez a buscar él mismo el principio en el sistema constitucional⁽⁷⁷⁾.

De forma que la lógica de la evolución del sistema italiano ha ido evolucionando paulatinamente desde la inicial necesidad de legitimación de la Corte, que la llevó a dar preferencia a las sentencias impositivas de estimación –para obligar el Poder Judicial a acatarlas–, y posteriormente a las sentencias interpretativas, manipulativas, y a la modulación de los efectos temporales de sus decisiones. Una vez consolidado plenamente su papel institucional, la Corte aceptó un mayor protagonismo de los jueces, permitiéndoles que decidieran cuestiones constitucionales que antes eran tenidas como de su exclusiva competencia. Es decir, de la preocupación inicial por emitir sentencias con efectos *erga omnes* con la intención de legitimarse –en una época en la cual la Corte no encontraba a los jueces ordinarios demasiado propensos a aplicar la Constitución– ha pasado a dar preferencia a soluciones judiciales con efectos meramente *inter partes*. Un cambio que se debe también al hecho de que la aplicación de la Constitución es algo ya asimilado como natural por la jurisdicción ordinaria⁽⁷⁸⁾.

2. Hibridación en los sistemas difusos

Por otra parte, los jueces de los modelos difusos fueron incorporando en sus sentencias y efectos un rol más político, como por ejemplo las sentencias aditivas, y, en cuanto a los efectos, podemos citar los diferidos, derogatorios o *erga omnes*.

En los sistemas concentrados existe una mayor autonomía o independencia en sus decisiones que en los sistemas difusos por estar siempre ligado a un caso. Aunque en algunas causas se ha extendido ello, como en el caso “Pedraza”⁽⁷⁹⁾ de la Corte Suprema, en el que, además de declarar la inconstitucionalidad sobreviniente, lo ha realizado de oficio y con efectos *erga omnes*⁽⁸⁰⁾. Finalmente,

(77) GROPPi, TANIA, *¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 107, mayo-agosto 2003, pág. 502.

(78) GROPPi, TANIA, *¿Hacia una justicia...*, cit., pág. 501 y sigs. Ver también: ANZON, A., *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, Giurisprudenza Costituzionale, 1998.

(79) Resuelta el 6-5-14.

(80) Ampliar en MARANIELLO, PATRICIO, *Declaración de inconstitucionalidad de oficio con efectos erga omnes*, La Ley del 2-6-14.

debemos reparar que en un modo de autorrestricción, la Corte, antes de asumir un rol político, llama al diálogo de poderes, dictando sentencias con efecto diferido, es decir, sentencias que no declaran la inconstitucionalidad de la norma por más que ellos la consideran contraria a la Constitución, pero le da un tiempo a los otros poderes del Estado para que se reúnan y constitucionalicen las normas inadecuadas.

Pero sin dejar de señalar el proceso de hibridación del sistema, puesto que tanto el diálogo de poderes como los efectos difusos fueron tomados de los sistemas concentrados, pues no son herramientas de uso de los sistemas difusos.

VI A modo de conclusión

Los poderes del Estado, como las personas, tienden a producir conflictos producto de la ambición, el ego, las necesidades insatisfechas, etc. La Corte Suprema, que comenzó a funcionar en 1863, tuvo un rol muy importante en el conflicto de poderes, resolviendo y dirimiendo⁽⁸¹⁾ los problemas políticos entre los poderes del Estado y entre los propios Estados, o entre el Estado Federal y las provincias.

En la Argentina, a principios del siglo XIX el conflicto o la ausencia de poder (período anárquico) trajo aparejado el caudillismo que, como sostenía SARMIENTO, fue un fiel reflejo de un gran movimiento social, aunque implementado por el gobierno de los hombres por sobre el gobierno de las leyes.

Si bien luego del período constitucional de 1853/1860 la República Argentina se ordenó jurídica y políticamente, tuvo períodos de gobierno *de facto* en los que quedaron suspendidas las garantías constitucionales, en los que los resultados producidos desde la restauración democrática de 1983 aún hoy se encuentran en período de reparación con tensión permanente.

Los conflictos de poderes existen y existirán, dando resultados en los que las tensiones políticas fueron las respuestas incorrectas de los Estados. La mayoría de estos conflictos de origen étnico, religioso, político, cultural, etc., tuvieron su carácter interno (alrededor del 62%).

Con la esperanza puesta en los tratados internacionales, en este siglo XXI tendremos la expectativa de que los conflictos de poderes sean resueltos a través del diálogo de poder, y no de tensiones políticas.

Los conflictos de poderes tienen una regulación y un desarrollo diferente si estamos frente a un sistema difuso o concentrado.

En los sistemas concentrados, como sintetiza ROMBOLI, la *Corte Costituzionale* desempeña su cada vez más compleja actividad como juez de las leyes moviéndose entre dos polos: “el primero, representado, en cierto modo, por el juez *a quo*; el segundo, en cambio, por el legislador”. Ese diálogo directo con la autoridad judicial e indirecto con las partes del proceso principal, así como con el legislador, determina en gran medida la forma y el contenido de las sentencias de la Corte, y es otro intento de buscar alternativas a la excesiva rigidez de la previsión constitucional, que contempla exclusivamente la anulación de preceptos con efectos *erga omnes* y *ex tunc*.

En las tipologías de las sentencias se pretende subrayar la premisa de que la tarea principal del Tribunal Constitucional en esos años ha sido siempre la de intentar adaptarse y superar la parquedad normativa para lograr cumplir con más eficacia su función. Como recuerda con propiedad LA PERGOLA, la sentencia interpretativa en su versión estimatoria se impuso en Italia porque, si se adoptaba una sentencia desestimatoria, los efectos vinculantes del pronunciamiento no se encontrarían previstos en ningún texto normativo y el resultado de la decisión adoptada resultaría incierto⁽⁸²⁾.

Esta realidad, que en los primeros tiempos de la Corte unió a la mayoría de la doctrina en contra de la primera tesis de CALAMANDREI respecto de la sentencia deses-

(74) LA PERGOLA, ANTONIO, Prólogo en MARTÍN DE LA VEGA, AUGUSTO, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 19.

(75) MARANIELLO, PATRICIO, *Los efectos diferidos en el control de constitucionalidad*, La Ley.

(76) Este criterio ya había sido sostenido desde antaño cuando en el derecho romano, a través de la *Lex Barbarius Philippus*, se mantuvo la validez de los actos dictados por un pretor que fue designado sin reunir las calidades necesarias para ello, según las normas de la época, dada su condición de esclavo (*Digesto*, Libro II, Título XIV, 3).

(81) De este modo está regulado en los arts. 116 y 117 de la CN en cuanto a su función resolutoria, y en el art. 127, en su rol dirimente, negociador o mediador.

(82) LA PERGOLA, ANTONIO, *La Giustizia Costituzionale nel 1986*, en *Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956-1989)*, Roma, 1991.

timatoria como interpretación auténtica de la ley, ilustra bien la influencia de la falta de norma reguladora sobre la tipología de sentencias. El permanente diálogo entre la doctrina y la Corte, en parte gracias a que buena parte de los autores italianos más importantes acabaron ocupando una silla entre los magistrados del Tribunal Constitucional, fue otro factor relevante para el enriquecimiento de la tipología. Las sentencias de dicho tribunal son, sin lugar a dudas, las más representativas de la rica tipología italiana, aunque no se ignora la existencia de algunas variantes. Para un análisis más claro del rico fenómeno tipológico de los pronunciamientos del Tribunal italiano, las decisiones de la Corte se clasificarán en sentencias simples que, en principio, son las que más se atienen al art. 136 de la CI; sentencias interpretativas, que abarcan las interpretativas *stricto sensu* –en las cuales la Corte elige una interpretación constitucional o inconstitucional entre las deducibles del precepto cuestionado–, y las manipulativas aditivas, reductoras y sustitutivas, en que la Corte manipula los preceptos legales para adecuarlos de inmediato a la Constitución; y, finalmente, la modulación de los efectos temporales de las sentencias hacia el pasado –con las sentencias de inconstitucionalidad sobrevenida– y hacia el futuro, con las admoniciones al legislador y las sentencias aditivas de principio, en las cuales el diálogo con los Poderes Judicial y Legislativo se muestra más visible.

En los sistemas difusos no existe esta problemática entre el juez ordinario y el juez constitucional, pues ambos se encuentran unidos en todos los jueces del Poder Judi-

cial. Pero con el advenimiento de los tratados internacionales se le ha sumado una función más, pues es también juez internacional o convencional, en el primero como custodio de los principios internacionales y en el segundo caso, a través del control de convencionalidad.

Aunque hoy en la Argentina también podemos hablar del juez político, que no solo debe resolver las cuestiones atinentes a la división de poderes, sino también cuestiones políticas económicas, sociales y ambientales. Tales son los casos del corralito financiero, la paridad cambiaria, los problemas de vivienda, de salud, y las cuestiones de saneamiento de aguas contaminadas, en los que la Corte Suprema ha tomado una postura más cercana a decisiones políticas que judiciales, que resultaron plausibles para la sociedad.

Ello ha sido un factor importante, ya que si bien la gran mayoría de los estudios sobre la imagen que de la Justicia tiene la opinión pública en la Argentina arrojan en promedio, más o menos, un 67% de signo negativo⁽⁸³⁾, cuando la sociedad es consultada específicamente por la imagen de la Corte Suprema, nos encontramos con guarismos totalmente distintos: más del 78% coincide con una imagen entre buena y muy buena.

(83) Investigaciones realizadas en distintos momentos, como las de Latinobarómetro, la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados (UIBA) a través de su Observatorio del Estado de Derecho, o las realizadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) mediante el Centro de Estudios Nueva Mayoría, corroboran la alta imagen negativa que tiene la Justicia en nuestra sociedad.

Esta divergencia ocurre habitualmente en los sistemas difusos. Sin embargo, en la actualidad es muy difícil encontrar un sistema completo tanto concentrado como difuso, lo que hace que cada uno se acerque más al otro; esta etapa se la conoce con el nombre de hibridación de los sistemas judiciales.

Finalmente, debemos observar que en los problemas de conflictos de poderes el diálogo de poderes es la solución más beneficiosa tanto para el sistema político como para los ciudadanos, y se fue perfeccionando en los sistemas. En los sistemas difusos, los jueces tratan de decidir junto con los poderes del estado ni a favor ni en contra, sino junto a ellos. Mientras que los sistemas concentrados se acercan cada vez más hacia un sistema *inter partes*, circunscribiéndose las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad preferentemente a las partes concretas.

En línea con las últimas posiciones de ZAGREBELSKY⁽⁸⁴⁾, para quien “...el derecho basado en reglas está gradualmente dando lugar a un derecho basado en principios y por eso más dúctil...”, ello coincide actualmente con la evolución más reciente de la Corte de Justicia italiana.

VOCES: DERECHO POLÍTICO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - PODER JUDICIAL - DIVISIÓN DE PODERES

(84) ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La giustizia costituzionale*, Milán, 1977, pág. 320.

La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional

por CARLOS D. LUQUE^(*)

Sumario: INTRODUCCIÓN. – LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. A. ¿QUIÉN ES “INDÍGENA”? LA ESENCIA DEL ART. 75, INC. 17, DE LA CN: EL DERECHO A LA IGUALDAD. B. LA CUESTIÓN DE LA UBICACIÓN DE LA “CLÁUSULA SOBRE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS”. C. SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – CONCLUSIÓN.

Introducción

Brevemente, reseñaremos el comportamiento de la cláusula constitucional argentina en materia de pueblos originarios, hoy situada en el art. 75, inc. 17, de la CN; veremos las repercusiones que esta tuvo históricamente y sus perspectivas actuales. Previo a lo escrito introducimos el siguiente dato: en rigor de verdad, la temática de los pueblos originarios es parte de un atrapante capítulo que los estudiosos de la materia nos demuestran que estamos ante una buena norma constitucional.

A propósito del tema, VÍCTOR BAZÁN, quien ha investigado detenidamente el punto, colige que uno de los desafíos o claves a los que se enfrentan las democracias en la actualidad –contexto en el que, naturalmente, se encuentra inserto el sistema democrático argentino–, se centra en la necesidad de encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a diversas cuestiones

que plantea el multiculturalismo; en este caso concreto, al problema de armonizar los sistemas jurídicos nacionales con los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, garantizando en todo caso el respeto por los derechos fundamentales⁽¹⁾.

Es indudable que cuando los padres fundadores regulan el tópico en 1853, facultando al Congreso a mantener el trato pacífico con los indios, promoviendo su conversión al catolicismo (art. 67, inc. 15), existía la plena convicción de que los pueblos aborígenes pertenecían, en esa concepción, a “otro mundo” –ética, social y culturalmente hablando–, y que no se podía interactuar con ellos, a condición de la meta final de atraerlos hacia nuestro mundo.

Bajo esos parámetros se consideró admisible marginar al indígena.

Si ese pensamiento peca de etnocentrismo, o al menos de soberbia con cierta ingenuidad, no es imputable exclusivamente a los autores del documento, quienes vivían en un determinado “entorno cultural” propicio para tales aproximaciones.

En correspondencia con esas directivas no es de extrañar que desde el caso “Guari”, fallado en 1929, pasando por “Abdón López” en 1969, la Corte Suprema negara a las comunidades indígenas personería jurídica para estar en juicio.

Pero, si esa filosofía se acomoda a los dictados decimonónicos, deja dudas sobre el sentido del cambio ordenado por el constituyente, ya que la Corte, estando vigente la reforma de 1994, volvió a ratificar, en “Terrabón”, su tradicional criterio de que las tribus no tienen personería jurídica⁽²⁾.

A lo anterior debemos, sin lugar a dudas, este estancamiento para reconocer en ese “otro”, para el caso, los pueblos originarios, lisa y llanamente un “igual” y no solo para estar en juicio entre tantas otras cosas, algunas cotidianas.

Con mesura pero también con gran claridad, SILVINA RAMÍREZ nos comenta que nuestra Constitución de 1853

(1) BAZÁN, VÍCTOR, *De indios a pueblos indígenas, de la asimilación al pluralismo cultural*, en *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, t. I, pág. 171.

(2) Fallos: 320:1571.

reformada en 1994 –y aquí estamos conmemorando esas dos décadas de reforma– tiene clara su inscripción en una matriz liberal que no sería otra cosa que la preeminencia de los derechos individuales que rápidamente genera un conflicto de aquellos enunciados originales, sobre todo con las modificaciones agregadas en 1994 y con aquellos que son mucho más sensibles a los derechos colectivos⁽³⁾.

Pero, más allá de la existencia de dichos derechos colectivos por incorporación de, por ejemplo, determinados tratados internacionales con jerarquía constitucional, o también por considerar esa misma existencia en el capítulo dedicado a los “Nuevos Derechos y Garantías”, y, finalmente, al receptar expresamente en el art. 75, inc. 17, por primera vez en la historia, una norma que reconoce los derechos de los pueblos indígenas, podríamos decir que, todavía, estas reformas no alcanzan para transformar la visión de Constitución que describimos al principio.

No obstante lo afirmado, de modo alguno se puede dejar de reconocer que la incorporación de la cláusula sobre pueblos indígenas ha sido y es un avance en el sentido de la lucha por los derechos de los pueblos originarios, aun con sus fallas e insuficiencias.

La reforma constitucional de 1994

Conocido es que, para la primera mitad de la década de los noventa, se producen las reformas de la mayoría de las constituciones latinoamericanas; es entonces cuando estas constituciones incorporan alguna fórmula de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que, en general, da un mayor desarrollo normativo local sobre dicha temática.

El cambio, se reproduce en la reforma constitucional de 1994 cuando se modifica un artículo de tipo “evangelizador” (el entonces art. 67, inc. 15), que aquí reproducimos en la parte pertinente: “15. (...) conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”, por un texto que, si bien podría ser discutible en su ubicación (como veremos seguidamente) y formulación, se presenta como una muestra más de los cambios que se han producido en la materia; hablamos del art. 75, inc. 17, de la CN.

La letra constitucional reza: “17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

”Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería

(3) RAMÍREZ, SILVINA, *Matriz liberal de la Constitución y protección de los derechos de los pueblos originarios*, en *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pág. 143.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional*, por VÍCTOR BAZÁN, EDCO, 2004-327; *La cuestión indígena en el derecho internacional actual*, por CLAUDIA GABRIELA GASOL VARELA, EDCO, 2006-695; *Historia y actualidad del derecho indígena*, por JUAN FERNANDO GOUVERT, EDCO, 2007-256; *Comunidades indígenas argentinas: del reconocimiento legislativo a la vigencia sociológica de sus derechos*, por JUAN FERNANDO GOUVERT, EDCO, 2008-336; *Algunas líneas sobre el derecho indígena y la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 17, CN)*, por CARLOS DANIEL LUQUE, EDCO, 2012-434; *Caminando el siglo XXI. Muchas leyes y poca justicia. Reflexiones sobre el Anteproyecto de Código Civil en materia de pueblos indígenas argentinos*, por IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO, EDCO, 2012-568; *La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado*, por PABLO MARÍA CORNA y CARLOS ALBERTO FOSSACECA (h.), ED, 249-789; *Sobre la relación de los derechos humanos y el derecho agrario en el ámbito indígena: la cumbre de las Naciones Unidas sobre los indígenas en el 2014*, por NUBIA MIRANDA PÉREZ, ED, 260-941. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y los demás intereses que los afecten...".

A todas luces, y para lo existente hasta el momento, estamos ante una buena norma constitucional.

A. *¿Quién es "indígena"? La esencia del art. 75, inc. 17, de la CN: el derecho a la igualdad*

¿Cuáles son o serían los parámetros a tener en cuenta para encuadrar en la categoría indicada? Nótese que la Constitución Nacional regula derechos para "los pueblos indígenas argentinos", pero no define quiénes son ni da parámetros para hacerlo.

Además, al regular de esa manera la reforma constitucional de 1994 ("pueblos indígenas argentinos") la manda en cuestión, surgió una interpretación que considera el carácter "argentino" como excluyente de ciertos grupos (que serían los indígenas "no argentinos"), los que carecerían de esos derechos.

Sin embargo, no aparece en los debates de la reforma que se hubiera tenido la intención de establecer alguna diferencia de ese tenor. El término "argentinos", agregado a los pueblos indígenas cuya preexistencia étnica y cultural se reconoce, seguía la fórmula similar del derecho comparado (ecuatoriano) de entonces y tenía como finalidad asegurar la integridad del Estado.

Entenderlo de otro modo sería inadecuado, como lo señala QUIROGA LAVIÉ, ya que implicaría una categorización jurídico-política ("argentino") que nace posteriormente al Estado, aplicada a pueblos que lo preexistieron⁽⁴⁾.

Para resolver la cuestión principal de qué o quién es indígena, estimo que bien podría acudir a las prescripciones de algunas constituciones provinciales y a las leyes nacionales y provinciales. Todas ellas parecerían coincidir en la utilización de dos factores para considerar a una comunidad como "indígena": 1) preexistencia étnica, y 2) autodeterminación colectiva e individual⁽⁵⁾.

Ello asentado, no puede dejar de señalarse que el núcleo fundamental del art. 75, inc. 17, es, en definitiva, el derecho a la igualdad, el cual no puede ser entendido si no se lo conjuga con la igualdad real de oportunidades prevista en el art. 75, inc. 23, de la CN.

El precepto constitucional aludido reza: "23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

"Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

La manda constitucional reproducida no hace más que reforzar (o revalorar o recomponer) una situación, en teoría, existente.

Para reforzar esta postura, me permito citar lo expresado por BIDART CAMPOS en cuanto a que "...el derecho a la identidad confluye con el derecho a la diferencia, siendo que ambos son dos aspectos del derecho a la igualdad, porque no hay nada más desigualitario y, por ende, violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable –también las que derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento–, configura la identidad de una o más personas, en relación con el resto de las que no comparten aquella diferencia y esa identidad. Tales diferencias, circunstanciales al derecho a la identidad, impiden tratar a los diferentes de manera totalmente igual a los demás..."⁽⁶⁾.

(4) QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO - BENEDETTI, MIGUEL Á. - CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I, pág. 329.

(5) RAMÍREZ, SILVINA, *Los derechos de los pueblos indígenas*, www.ceppas.org.ar/gajat.

(6) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. I.

Ello es así por cuanto, aun en el plano normativo, se aprecian avances sustanciales hacia el reconocimiento de los derechos indígenas.

B. *La cuestión de la ubicación de la "cláusula sobre los pueblos originarios"*

Esta cuestión no es menor y la encontramos muy bien plantada por RAMÍREZ y BENEDETTI⁽⁷⁾.

Este último autor directamente proclama que la reforma de 1994 disecciona el antiguo art. 67, inc. 15, de la CN a través de dos incisos⁽⁸⁾, los actuales incs. 16 y 17 del art. 75.

Dice el jurista platense que el primer pasaje de aquella vieja "atribución" ("Proveer a la seguridad de las fronteras") se traspa al actual inc. 16 del art. 75, ahora desvinculado de las fronteras interiores que otrora separaban el espacio indio del "blanco" hasta que se consumara la compulsiva desterritorialización del primero⁽⁹⁾.

En cambio, las restantes partes de aquel inciso etnocéntrico, abunda BENEDETTI ("conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo"), se suprimen y reemplazan por los dos flamantes párrafos del nuevo inc. 17 que hemos transcrito; el primer párrafo, más breve, reconoce y, leído a su mejor luz, funda e ilumina el resto del inciso que es su segundo párrafo⁽¹⁰⁾.

Así, este segundo párrafo del inc. 17 del art. 75 de la CN, con la introducción hecha por el primero, permite leerse como un elenco de colectivos y operativos derechos de esos pueblos, con excepción del separable renglón final sobre concurrencia de competencia de las provincias (en rigor, lo único que se corresponde con su ubicación entre las atribuciones del Congreso)⁽¹¹⁾.

La permanencia de la nueva cláusula proindígena, finaliza BENEDETTI, en ese equívoco tramo de la Constitución podría explicarse por un ritualista apego de la Convención Constituyente reformadora de 1994 a la prohibición y habilitación preconstituyentes del llamado "Pacto de Olivos" y de la ley que declaró la necesidad de esa reforma (arts. 7º y 3º, inc. LL, ley 24.309), al desoír la sugerencia de ubicarla en el nuevo capítulo de la vieja parte dogmática de la Constitución Nacional⁽¹²⁾, según dictamen de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías que proyectara su actual contenido⁽¹³⁾.

Con una deficiente técnica legislativa, afirma, a su turno, RAMÍREZ, el constituyente incorporó el texto de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el inc. 17 del art. 75 ubicado en el Capítulo Cuarto que versa sobre las atribuciones del Congreso (dentro de la Sección Primera del Título Primero, de la Segunda Parte de la CN, correspondiente a las autoridades de la Nación)⁽¹⁴⁾.

Esto no deja de ser curioso, máxime cuando lo que el Congreso tiene la atribución de reconocer es una preexistencia, y esa situación ya está prevista expresamente en la propia Constitución.

Es por ello, principalmente, que se hubiera ubicado la cláusula de reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas en la primera parte de la Constitución, que hace mención a los "Nuevos Derechos y Garantías"⁽¹⁵⁾.

Además, hay un muy buen fundamento a este respecto, y es que no solo el Congreso tiene que reconocer o está obligado al reconocimiento, sino que también los otros dos poderes del Estado, el Ejecutivo y el Judicial, tienen que honrar y cumplir con la disposición constitucional que estamos analizando aquí en torno a su (mala) ubicación en la CN.

Si a esta errónea ubicación le sumamos la ya comentada matriz constitucional liberal, asentada principalmente en el mandato del respeto de los derechos individuales, no resulta claro cuál es el peso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas cuando están formando parte, entre otras muchas, de las competencias del Congreso

(7) BENEDETTI, MIGUEL Á. - RAMÍREZ, SILVINA, *Pueblos originarios*, capítulo 5, en *La Constitución en 2020*, cit.

(8) BENEDETTI, MIGUEL Á., *Algo más que reubicar y reescribir un inciso de la Constitución*, en *La Constitución en 2020*, cit., pág. 162.

(9) *Ibidem*, pág. 163.

(10) *Ibidem*.

(11) *Ibidem*, pág. 164.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*.

(14) RAMÍREZ, SILVINA, *Matriz liberal...*, cit., pág. 144.

(15) *Ibidem*.

y, por ende, según se desprende y parece, supeditadas a ellas⁽¹⁶⁾.

C. *Significado jurídico de la reforma constitucional de 1994*

Explica SALGADO que a quien se interne en el inc. 17 del art. 75 de la CN le parecerán "fantasiosas" las opiniones conclusivas a exponer; sin embargo, ellas no hacen más que integrar e interpretar de modo coherente el inciso mencionado junto con los demás instrumentos de derechos humanos, incluida la Convención 169 de la OIT⁽¹⁷⁾.

Es por ello que creemos que la reforma constitucional de 1994 implica⁽¹⁸⁾:

- El reconocimiento del derecho a la autonomía y libre determinación dentro de los propios espacios territoriales de los pueblos indígenas. Esto fundamenta el derecho a las tierras, a los territorios y recursos, y el derecho al reconocimiento de la legitimidad de las propias instituciones de autogobierno.

- La participación colectiva de los pueblos indígenas en las instituciones del Estado mediante sus propias organizaciones y el derecho a consulta, conforme a las normas internacionales, en todas las decisiones que los afecten, así como a que el Estado recepte en todas sus estructuras formas de trato específicas que comprendan las diferencias culturales y las reconozcan como legítimas.

- El derecho de los pueblos indígenas a sus recursos naturales y a que el Estado realice los adecuados procesos de consulta y participación con el fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de adoptar cualquier decisión sobre ellos.

- El derecho a una educación y a una salud de calidad, gestionadas participativamente, que aseguren el mantenimiento y desarrollo de su cultura, su idioma y sus prácticas curativas.

- El derecho a establecer sus propios medios de comunicación y a participar en la formulación de las políticas de comunicación, y a que la difusión de la cultura cuantitativamente mayoritaria no contenga referencias degradantes y discriminatorias hacia ellos.

Conclusión

El tintero queda lleno; se han pasado por alto cuestiones que están expresadas en el propio reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas del art. 75, inc. 17, de la CN, tales como personería jurídica, propiedad comunitaria de las tierras, recursos naturales y hasta las atribuciones concurrentes que derivan de la última línea de aquella norma.

Urge adecuar, entonces, las prácticas jurídicas al cumplimiento de las normas nacionales y el derecho internacional; de lo contrario, la inacabable brecha entre la legalidad y el poder del Estado se transformará en un abismo infranqueable⁽¹⁹⁾.

De lo que se trata, entonces, es de alcanzar un paradigma de convivencia que minimice la brecha existente entre los contenidos de los instrumentos normativos reseñados y la situación actual por la que atraviesan los pueblos indígenas (una situación que muchas veces roza el avasallamiento total de sus derechos), con el objetivo cierto de que cada vez exista una mayor conciencia entre los operadores judiciales para que garanticen la protección de sus derechos amenazados.

Finalmente, en el caso de los pueblos indígenas, históricamente invisibilizados, la existencia de una "buena norma constitucional" como la que aquí examinamos no solo repara, en parte, ese olvido histórico, sino que vuelve a colocar en la agenda pública reivindicaciones legítimas que no pueden ser nuevamente postergadas⁽²⁰⁾.

La cuestión, como todas las que plantea nuestra Constitución Nacional, será su grado de cumplimiento.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - CULTURA - PROVINCIAS - DERECHOS REALES - SOCIEDAD - ESTADO - PERSONAS JURÍDICAS - PUEBLOS ORIGINARIOS

(16) *Ibidem*.

(17) SALGADO, JUAN M., *Tomando en serio los derechos de los pueblos indígenas*, en *La Constitución en 2020*, cit., pág. 154.

(18) *Ibidem*.

(19) *Ibidem*, pág. 155.

(20) RAMÍREZ, SILVINA, *Matriz liberal...*, cit., pág. 149.

El derecho de acceso a la información pública como precondition de eficacia de los derechos humanos. La influencia sobre los derechos civiles, políticos, sociales, y procesal

por MAXIMILIANO A. CEBALLOS

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LA INFORMACIÓN PÚBLICA, PRIVADA Y CONFIDENCIAL. – 3. PROTECCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. – 4. INFLUENCIA SOBRE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 4.1. EL DERECHO DEL CONSUMO. 4.2. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y EL SISTEMA REPUBLICANO. – 5. INFLUENCIA EN LOS DERECHOS SOCIALES. – 6. INFLUENCIA EN EL DERECHO PROCESAL. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA. – 7. CONCLUSIÓN.

1 Introducción

Nada tan importante como la información para garantizar el funcionamiento del sistema democrático. Casualmente, este es un derecho que hasta los demócratas más radicales y libertarios reconocerán como fundamental para la vigencia misma de una Constitución. Es decir, en el marco de la paradoja de la democracia constitucional⁽¹⁾ se aceptará el modelo monista, y se respetará por las mayorías el derecho de acceder a la información, pues forma parte de la libertad de expresión y crítica para cuando sean minoría, garantizando de ese modo la existencia misma de la democracia. Por ende, este sí es un derecho aceptado como límite frente al autogobierno, en la medida en que colabora con él, y permite la vigencia de una democracia.

En lo que va del siglo XX al XXI, hemos sido testigos del cambio de paradigma en este derecho, pues se ha pasado de un “derecho a la información”, a un “derecho de acceso a la información”.

En la primera acepción de este derecho, la información se encuentra tipificada como un instrumento que puede ser utilizado para otro provecho. Por ende, la información en sí misma no sería un derecho, sino una herramienta para proteger un derecho. En ese sentido, los jueces solicitaban al justiciable que justifique para qué quería acceder a la información y, si este no tenía más intención que el solo hecho de conocer el contenido de aquella, la demanda era rechazada, por no demostrarse qué derecho se estaba afectando, porque la información no era uno de ellos.

Al mismo tiempo, el rol activo en el “derecho a la información” lo cumplía el particular que se acercaba al Estado a solicitarla, y no este último al proveerla por *motu proprio*.

El “derecho de acceso a la información”, en cambio, es un derecho en sí mismo, en el que se acentúa la obligación del Estado de salir a brindar la información, dar a conocer sus actos públicos y someterse al control del pueblo. El rol activo lo cumple el Estado acercándose al ciudadano, y no al revés, cuando en la variante del “derecho a la información” esperaba que fuera el particular quien se acerque y justifique por qué deseaba información, para luego decidir si se la otorgaba o no.

La doctrina lo ha definido como “la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republi-

cano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada”⁽²⁾.

Cabe acotar que el formato de la información a la que puede accederse es aquel que obre en registros tanto escritos como visuales, o que pueda ser reproducido por cualquier medio. Como ejemplo, bien podemos compilar en este tópico a los medios de archivar la información que indica el decreto 1172/03, en el párr. 1° del art. 5° del Anexo VII, el cual expresamente dice: “Se considera información a los efectos del presente, toda constancia en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por los sujetos mencionados en el artículo 2° o que obre en su poder o bajo su control, o cuya producción haya sido financiada total o parcialmente por el erario público, o que sirva de base para una decisión de naturaleza administrativa, incluyendo las actas de las reuniones oficiales”.

El objeto de este breve ensayo tendrá por misión descubrir cómo la información es un *instrumento*, un *derecho*, y un *instrumento-derecho*, que facilita o garantiza el cumplimiento y la vigencia de los derechos humanos y el sistema democrático.

2 La información pública, privada y confidencial

A veces es muy delgada la línea que divide lo público de lo privado, precisamente cuando es el Estado el encargado de custodiar esa información privada.

Lo que interesa no es tanto si la información es pública o si es privada, sino si se puede divulgar.

Como se sabe, la ley 25.326, de Protección de Datos Personales, ha definido con taxatividad la tipología de datos, los responsables de resguardarla y su grado de publicidad, según quién sea el sujeto que solicite la información.

Veamos al respecto qué disponen los arts. 2° y 5° de la citada ley, en sus partes pertinentes:

Art. 2°: “A los fines de la presente ley se entiende por: –Datos personales: Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables. –Datos sensibles: Datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. (...)”.

Art. 5°: “1. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias. El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada, previa notificación al requerido de datos, de la información descrita en el artículo 6° de la presente ley. 2. No será necesario el consentimiento cuando: a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley 21.526”.

(2) DÍAZ CAFFERATA, SANTIAGO, *El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley*, Lecciones y Ensayos, n° 86, Buenos Aires, 2009, págs. 153/154.

Como puede leerse, la información privada también puede quedar sometida a tratamiento público en la medida en que la divulgación no contenga información sensible y que los datos personales y, por ende, privados, sean hechos públicos porque solo se divulgue el DNI, nombre, nacionalidad y condición tributaria. Por lo tanto, los beneficiarios de subsidios estatales estarán sometidos a la publicación de sus datos personales y forman parte de la información pública a la cual debe ser posible acceder.

Por su parte, es información pública la que obra en los registros del Estado, o de empresas del Estado, en entes autárquicos aunque no tengan carácter estatal, pero que reciban fondos del Estado para cumplir con su cometido (como el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados).

Cualquier información en manos del Estado es considerada pública, incluso aquella que contenga datos personales de sujetos privados, sean personas físicas o jurídicas, y es posible su divulgación dentro de los parámetros de las previsiones de la ley 25.326. Como lo ha expresado la Corte en “CIPPEC”: “una interpretación que permita la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en el ordenamiento nacional en materia de datos personales y de acceso a la información, lleva a sostener que las disposiciones del artículo 11 de la ley 25.326, en cuanto subordinan la cesión de esos datos a la existencia de un interés legítimo, no alcanzan a aquellos supuestos relativos a información personal que forma parte de la gestión pública. Por ello, la restricción contemplada en el precepto debe entenderse como un límite a la circulación de datos personales entre personas públicas o privadas que se dedican a su tratamiento, mas no parece posible extender sin más sus previsiones a supuestos de interés público como el planteado en autos, pues ello significaría desconocer, o cuanto menos obstaculizar, el pleno goce de un derecho humano reconocido tanto en nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales que la República Argentina ha suscripto”⁽³⁾. Y en “Fitz Patrick”, referido a la entrega de copias de los contratos celebrados entre Radio y Televisión Argentina SE y la productora “Pensado Para Televisión” correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012, se sostuvo: “que (...) no (se) puede justificar la negativa (a entregar información por parte) del demandado, por las siguientes razones. En primer término, porque el temperamento adoptado por aquél no se funda en el carácter privado de la información, ya sea por la existencia de secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos, sino en la protección que pretende otorgarle a terceros que contrataron con el Estado distintos servicios y prestaciones. (...) En este punto, cabe recordar que la ley 25.326 define como ‘datos sensibles’ a los personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual (conf. art. 2°), mientras que la información que la amparista requirió (contratos celebrados entre Radio y Televisión Argentina SE y la productora ‘Pensado Para Televisión’, correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012) no reviste carácter personal sensible, por lo que *el condicionamiento de su divulgación a la manifestación de un interés legítimo configura una negativa con arbitrariedad manifiesta*”⁽⁴⁾.

Existen, sin embargo, contadas ocasiones en las que resulta lícito que el Estado no dé a publicidad cierta información, como aquella relacionada a la defensa nacional, la inteligencia criminal o militar, o la seguridad nacional. En razón de ello, hemos descripto, en otra oportunidad, los parámetros de validez que consideramos necesarios para que resulte constitucional el mantener dicha información en secreto. En cuanto a la validez de decretos secretos (decretos “S”), dijimos que la reglamentación de esa práctica “es una necesidad imperante, así como la creación de un organismo de control que examine, antes de la puesta en vigencia, el contenido del decreto (lo que incluso hasta se podría pensar para introducir dicho tema en una futura reforma constitucional), y si las finalidades del mismo son contestes con las razones de seguridad y defensa, o de inteligencia criminal. Asimismo, sería muy interesante examinar los decretos secretos, una vez hechos públicos, de modo tal de hacer una especie de juicio de residencia

(3) CS, C. 830. XLVI. “CIPPEC c. EN - Ministerio de Desarrollo Social - dto. 1172/03 s/amparo ley 16.986”, 26-3-14, EDA, 2014-220.

(4) CNCont.-adm. Fed., sala IV, causa n° 1.409/2013, “Fitz Patrick, Mariel c. EN - JGM s/ amparo ley 16.986”, 31-10-13, EDA, 2013-378.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El acceso a la información pública (En el marco del desarrollo sustentable)*, por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ y SANTIAGO J. MARTÍN, ED, 201-851; *Acceso a la información pública. Actividad parlamentaria. Medios masivos de comunicación. Rol de internet. Cuanto más, mejor*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 228-90; *Algunos lineamientos acerca del derecho de acceso a la información pública*, por ALFONSO BUTELER, EDA, 2008-599; *El derecho fundamental de acceder a la información pública*, por JORGE LUIS BASTONS, ED, 241-608; *Algunas consideraciones sobre el derecho de acceso a la información pública (A propósito de un interesante fallo de la Corte Suprema en la causa “Asociación por los Derechos Civiles c. EN - PAMI [Dto. 1172/03] s/amparo ley 16.986”)*, por EDUARDO BUENADER, EDA, 2013-845; *La tutela judicial efectiva al derecho de acceso a la información pública*, por MARÍA IRIDE ISABEL GRILLO, ED, 256-825; *El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico argentino en el marco de la Sociedad del Conocimiento*, por DIEGO HERNÁN ARMESTO y MARÍA CLARA GÜIDA, EDCO, 2014-390; “*Giustiniani*”, un caso para reflexionar sobre el ámbito de aplicación del Reglamento de Acceso a la Información Pública, por JUAN PABLO PERRINO, EDA, 2014-306. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elde-recho.com.ar.

(1) Paradoja para los demócratas más fervientes, que no aceptan que la Constitución cumpla el rol de limitar el poder del autogobierno.

a los presidentes y sus ministros quienes según la Carta Magna son responsables solidariamente por los actos que refrendan, para determinar si dichos decretos cumplieron con las finalidades indicadas, siendo asimismo factible tipificar en el Código Penal algún tipo específico de delitos que permita enjuiciar a aquellos que se apartaron del techo axiológico que debe tener un decreto secreto, abusando de dicho instituto a su antojo⁽⁵⁾.

En fin, solo la información pública es la que resulta ser objeto de este derecho, y encontrará sus justos límites respecto del tipo de información que se pretende recabar (datos exclusivamente privados, datos sensibles, o datos referidos a inteligencia nacional, militar o de defensa de carácter confidencial).

Ahora, veremos cuál es el ámbito de protección de este derecho en el sistema de promoción y protección de los derechos humanos, el que ha sido el gran responsable del mayor desarrollo de este derecho en los países de Latinoamérica, cuyos gobiernos continúan resistiéndose a dar información sobre datos, incluso sumamente públicos, que debieran encontrarse al alcance de cualquiera y hasta por vía web. Solo la transparencia garantiza la democracia, y el mejor fiscal de la actividad estatal es el pueblo.

3 Protección en el sistema interamericano de derechos humanos

Antes de avanzar más y de estudiar la influencia del derecho de acceso a la información en los derechos de primera y segunda generación (todos derechos humanos), sobre lo que se ha pronunciado la jurisprudencia argentina, provechoso es hacer un breve repaso del estudio que sobre el acceso a la información ha realizado el sistema interamericano.

El primer marco de contención de este derecho se encuentra en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH), el cual dice: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección". Y como límite a este derecho, respecto del objeto de estudio que estamos abordando, la CADH reconoce: "...b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

La Corte Interamericana (en adelante la Corte IDH), precisamente en el caso "Claude Reyes y otros vs. Chile"⁽⁶⁾, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de acceso a la información. Los hechos eran los siguientes: entre los meses de mayo y julio de 1998, el Estado de Chile se negó a brindar la información que los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, sin que el Estado "argumentara una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena", así como a que supuestamente "no (les) otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información" y "no (les) aseguró (...) los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública". Al respecto, dijo la Corte IDH "que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública (...). Además, dicho pedido de información guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal: el Comité de Inversiones Extranjeras". Por unanimidad, se declaró que el Estado de Chile violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el art. 13 de la CADH, ya que la Corte IDH ha inferido que, tal como lo indica la Convención, la libertad de expresión

incluye el derecho a informar y a ser informado, como garantía de los derechos humanos en un Estado democrático. En otras oportunidades, en el sistema interamericano y en el universal se ha sostenido lo siguiente: "En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole"⁽⁷⁾. También, para considerar el amplio alcance que se le da a este derecho en los organismos internacionales, el Comité de Derechos Humanos expresó: "El párrafo 2 (del Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) exige a los Estados partes que garanticen el derecho a la libertad de expresión, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin limitación de fronteras. Este derecho incluye la expresión y recepción de comunicaciones sobre toda clase de ideas y opiniones que puedan transmitirse a otros, con sujeción a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 19 y del artículo 20. Abarca el pensamiento político, los comentarios sobre los asuntos propios y los públicos, las campañas puerta a puerta, la discusión sobre derechos humanos, el periodismo, la expresión cultural y artística, la enseñanza y el pensamiento religioso. Puede incluir también la publicidad comercial. El alcance del párrafo 2 llega incluso a expresiones que puedan considerarse profundamente ofensivas, aunque esta expresión solo puede limitarse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 19 y en el artículo 20"⁽⁸⁾.

Por lo tanto, y en este breve panorama presentado, en el sistema interamericano, y en el universal también, los avances son muy amplios y más profundos que en los derechos nacionales. No exponemos en este trabajo, por razones de espacio, la gran cantidad de instrumentos internacionales que se han elaborado en torno a los estándares de aplicación del acceso a la información, los cuales son muy abundantes.

4 Influencia sobre los derechos civiles y políticos

4.1. El derecho del consumo

En materia de derecho del consumidor, la propia Constitución Nacional ha previsto en su art. 42, producto de la reforma constitucional, el derecho de todo usuario y consumidor a una información adecuada y veraz. La finalidad de esa disposición, que viene a completar y revalorizar la preexistente ley 24.240, es asegurar un consumo sin riesgos y con la debida información para que el consumidor tome su decisión sin ninguna influencia más que la del *marketing*. En ese sentido, la información en el marco del derecho civil (y comercial también) juega un rol importantísimo, en tanto su objetivo tiene en miras la seguridad personal, la decisión particular del consumidor y la disminución de fraudes a través de engaños con publicidades que prometen lo que no tienen. Del mismo modo, el art. 4º de la ley 24.240 reglamenta con mayor precisión el deber de información por parte del proveedor a favor del consumidor.

Como lo ha aclarado la doctrina, la finalidad de la información es "que el consumidor o usuario sepa en verdad qué va a adquirir, para qué sirve, cómo debe usarse o ingerirse, etc., pues de este modo podrá tomar una decisión razonable"⁽⁹⁾. Por ejemplo, en el marco de la venta de bienes muebles, la Corte ha considerado que "la inscripción 'Made in England', resulta una información comprensible para la generalidad de los consumidores, según es público y notorio, por lo que de ningún modo queda afectado el bien jurídico protegido, esto es la debida identificación de los productos importados para evitar errores o engaños en cuanto a su origen"⁽¹⁰⁾. En este caso, el análisis de la Corte estuvo direccionado al origen del producto, a los fines de determinar si el consumidor contaba o no con información adecuada que le permitiera entender con claridad dónde había sido fabricado el producto.

(7) Corte IDH, caso "La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", del 5-12-01, Serie C No. 73, párr. 64.

(8) Observación: CCPR-GC-34 Libertad de opinión y expresión (sustituye la CCPR/GC/10), párr. 11.

(9) FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2008, pág. 161.

(10) Fallos: 323:2367.

Por lo tanto, en este ámbito, el derecho de acceso a la información está dado en una relación entre particulares⁽¹¹⁾ en la que el Estado es tercero árbitro, quien, a través de las leyes, obliga a que en este tipo de relaciones jurídicas se eviten abusos y daños, ya que la relación contractual contiene un tinte de desigualdad entre el empresario proveedor (y a veces monopólico) y el consumidor final, a quien solo le queda la opción de aceptar o rechazar el producto y casi nunca discutir el contenido del contrato. Piénsese, por ejemplo, la suma relevancia del acceso a la información en el consumo de servicios financieros.

Si bien no se trata del clásico derecho que se nos viene a la mente cuando pensamos en acceso a la información, vale la pena mencionar cómo ese derecho genera semejante influencia porque se convierte en información pública, v. gr., el contenido de un paquete de galletas dulces, que permite conocer sus compuestos. ¡Y qué decir de los medicamentos! ¡Vaya si este derecho tiene importancia en esta parcela jurídica!

4.2. El acceso a la información y el sistema republicano

¿Tiene algún grado de influencia y relación el acceso a la información pública y el sistema republicano de gobierno? Sí, y muy amplio.

De los cinco clásicos requisitos para que un sistema de gobierno de democracia indirecta funcione, hay tres, al menos, que se encuentran sumamente fortalecidos por el derecho que estamos analizando.

* *Publicidad de los actos de gobierno*: este es el motor del derecho de acceso a la información pública, pues garantiza su existencia. Incluso nos devuelve al debate sobre si primero existen los derechos o las obligaciones, pues el acceso a la información —como derecho—, en el cual el Estado es quien debe tomar la iniciativa de su *máxima divulgación*, nace como una obligación estatal de dar a conocer su actividad. Luego, y en relación con ese deber, nace su recíproco derecho, en cabeza del pueblo, de conocer la información brindada, y hasta, incluso, de exigir que esta se brinde.

* *Periodicidad de los mandatos*: para que este principio funcione y que, por ejemplo, un diputado pueda ser electo indefinidamente, resulta imprescindible que sus electores se encuentren debidamente informados de las actividades y los proyectos que lleva adelante en su gestión. Al mismo tiempo, es de crucial importancia el conocimiento del patrimonio del funcionario, previo al acceso en el cargo y luego de fenecido este. La oferta electoral tendrá su verdadera eficacia no solo si el candidato muestra sus virtudes (y, por ende, solo aquellas que le convenga exhibir), sino también si la población tiene acceso a más información que incluso pueda llegar a comprometer la postulación misma, de modo que la elección del candidato sea realmente libre y producto de una consciente decisión fundada en previa información. La Corte, en el caso "Bussi", ha hecho alusión a la información en el derecho político en referencia al "elector informado"⁽¹²⁾.

* *Responsabilidad de los funcionarios en los cargos públicos*: solo una información adecuada permitirá no solo decidir si renovar o no el voto de confianza a un funcionario por vía electiva, sino que también permitirá investigar y castigar a quien, con su conducta, hubiera cometido delitos o faltas administrativas en el ejercicio de sus funciones.

Esto no es un patrimonio exclusivo de los sujetos electos por el voto popular, sino también para cualquier funcionario o empleado público.

Aquí, los protagonistas en la exigencia de la información deseada serán las asociaciones de lucha contra la corrupción, quienes tienen por misión la investigación de quienes ejercen los cargos públicos, auditando desde afuera las funciones y promoviendo las acciones legales correspondientes a los fines de removerlos si no ejerceran sus puestos conforme a la Constitución y las leyes. Nuevamente, sin información no hay control posible o, al menos, eficaz.

5 Influencia en los derechos sociales

El mejor de los recursos de control respecto del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC o derechos sociales) es la información.

(11) Podría ser entre particulares y el Estado, si este último fuese proveedor de bienes y servicios, por sí o a través de empresas propias.

(12) Fallos: 330:3160.

(5) CEBALLOS, MAXIMILIANO A., *Los secretos de la República. En torno a la constitucionalidad de los decretos secretos en democracia*, La Ley, Sup. Act., 5-3-09.

(6) Corte IDH, caso "Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", del 19-9-06, Serie C No. 151.

Como lo afirmamos en el comienzo de este ensayo, la información no debe necesariamente ser un medio que nos lleve a un fin. La información, aunque sea una herramienta en la mayoría de los casos, puede ser un fin en sí mismo, sin necesidad de que tenga que ser utilizada para algo.

Sucede que, en el marco de los derechos sociales, la información cumple un rol instrumental, que viabiliza el control del cumplimiento de otros derechos, a los cuales el Estado está obligado.

Son los DESC derechos de prestación, cuyo sujeto pasivo es el Estado. En ese marco, otro derecho (calificado como derecho colectivo y de la tercera generación), denominado de acceso a la información, permite conocer y fomentar el cumplimiento de los DESC.

Nuestro país se halla obligado a respetar ciertos parámetros o reglas mínimas en el cumplimiento del contenido de las prestaciones de los derechos sociales. Estas reglas son conocidas como *estándares internacionales*, y el control de su cumplimiento efectivo no puede darse si no se divulga información sobre los planes de gobierno encaminados a dichos fines. Es decir, no hay asociación o particular que pueda reclamar el cumplimiento de prestaciones si desconoce si se está o no cumpliendo con ellas.

Desde ese mirador, la información es un elemento primordial que garantiza no solo el conocimiento sobre si se hace o no se hace nada en la Argentina con los DESC, sino, luego de conocer si se hace o no, del grado de exigibilidad de esos derechos de acuerdo a los recursos con los que cuenta un Estado.

El solicitar información sobre el grado de ejecución del presupuesto en el área del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación sobre la aplicación de subsidios por discapacidad puede servir tanto para conocer cuál es el monto dinerario que año a año se invierte, o para exigir que haya una mayor o menor inversión en ese campo, y el criterio de adjudicación de esos subsidios. En este caso, en algunas oportunidades se podrá solicitar el auxilio judicial para lograr el cometido exigido, mientras que en otras solo determinadas campañas políticas (no necesariamente electorales, sino en el sentido del ejercicio de la libertad de expresión) permitirán forzar al Estado a mejorar el cumplimiento de ese derecho social, o persuadirlo de que la inversión es suficiente o exagerada, solicitando que se haga hincapié en otras áreas, como la de aquellas personas que carecen de vivienda y que ni siquiera pueden acceder a esta aunque se les provea de un crédito, pues ni capacidad económica para ello tienen. “Si la obligación del Estado de respetar y hacer respetar los DESC es progresiva, y si el compromiso asumido de respetarlos debe honrarse hasta el máximo de los recursos disponibles, se vuelve imprescindible contar con información que muchas veces solo el gobierno tiene en su poder para que resulte posible afirmar la existencia de la progresividad del cumplimiento del tratado y la efectiva inversión del máximo de los recursos disponibles para así saber si el Estado se encuentra cumpliendo con su obligación internacional respecto de los DESC”⁽¹³⁾.

En “ADC c. EN - PAMI”, la Corte enfatizó que “el referido derecho de ‘acceso a la información’, a efectos de demostrar que, aun cuando el recurrente (PAMI) no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales característi-

(13) SABA, ROBERTO P., *Derechos sociales, políticas públicas y acceso a la información*, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Serie Seminarios Salud y Política Pública, Seminario VIII, 2004, pág. 14.

cas y los importantes y trascendentes intereses públicos involucrados, la negativa a brindar la información requerida constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica, en consecuencia, una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados –como se verá– a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno, pilares fundamentales de una sociedad que se precie de ser democrática”⁽¹⁴⁾.

6 Influencia en el derecho procesal. La legitimación activa

Por último, cabe analizar la influencia que tiene el derecho de acceso a la información pública en su carácter de derecho colectivo, respecto de la legitimación procesal de los promotores de reclamos para obtener el acceso a este derecho. En otra oportunidad hemos diferenciado, dentro de los derechos de incidencia colectiva, a los intereses colectivos y a los intereses difusos. Dijimos que “estamos en presencia de intereses colectivos cuando nos referimos a una pluralidad de sujetos que tienen en común la titularidad de uso o disfrute de un derecho específico. Estos grupos están individualizados o son claramente individualizables. Cuando hablamos de intereses difusos, hablamos de una situación jurídica en la cual el goce del derecho le corresponde a muchos sujetos, sin poder determinar quién o quiénes son los dueños del derecho”⁽¹⁵⁾. Por lo tanto, si los derechos de incidencia colectiva reconocen pluralidad de titulares del derecho, y el acceso a la información es uno de ellos, forzoso es concluir, entonces, que la legitimación activa para iniciar reclamos judiciales se ve sumamente reforzada, de modo que estaríamos en presencia de una verdadera acción popular, en la que el único interés que se debe justificar es el deseo de acceder a la información, sin explicar para qué.

En lo que a legitimación activa corresponde, ya tímidamente en el caso “Monner Sans” el voto en disidencia de la Dra. Argibay expresó: “tratándose del derecho a la ‘información adecuada y veraz’ relevante para la decisión de consumo, reconocido por el art. 42 de la Constitución Nacional, es un perjuicio o daño suficiente, que de por sí solo otorga legitimación procesal activa, la denegación u ocultamiento de tal información por quien, en principio, debería asegurar o proteger el acceso a ella”⁽¹⁶⁾.

Amplió la Corte, ya con mayoría suficiente, la legitimación procesal, pero en la subespecie de derechos individuales homogéneos, y en el caso “Halabi”, expuso: “los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, y la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo –lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad–, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, razón por la cual solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el

(14) CS, A. 917. XLVI, “Asociación Derechos Civiles c. EN - PAMI (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986”, 4-12-12, EDA, 2012-16.

(15) CEBALLOS, MAXIMILIANO A., *Amparo en la provincia de Buenos Aires, Ley 13.928 comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Astrea, 2013, págs. 13/14.

(16) Fallos: 329:4066.

bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, no perteneciendo estos bienes a la esfera individual sino social y no son divisibles de modo alguno”⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, no fue sino hasta los dos casos “Gil Lavedra” que la Corte ratificó la amplitud de la legitimación activa de cualquier ciudadano, en el marco del derecho de acceso a la información pública. Sostuvo, al cuestionar el recurso del Estado Nacional y confirmar el fallo de la Cámara de Apelaciones, que el Estado no refuta el “fundamento de la cámara según el cual su condición de diputado no le hace perder su calidad de ciudadano, ni tampoco se hace cargo de la jurisprudencia de esta Corte, conforme a la cual el derecho a solicitar información en poder del Estado corresponde a toda persona, sin necesidad de acreditar un interés o afectación directa; es decir, que la legitimación activa es amplia, de conformidad con el principio de máxima divulgación que rige la materia (ver Fallos: 335:2393 y sus citas, y el precedente C.830.XLVI ‘CIPPEC c. E.N. - Min. de Desarrollo Social - dto. 1172/2003 s/ amparo ley 16.986’, del 26 de marzo de 2014)”⁽¹⁸⁾. Claro que la corona de flores de este asunto no pudo darse si antes no se hubiera dictado el anteriormente comentado caso “CIPPEC”.

En consecuencia, como lo hemos visto, no hay dudas de la relación íntima entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho procesal en lo que hace a legitimación activa.

7 Conclusión

El presente trabajo no agota todas las modalidades de este derecho, ya que no nos hemos ocupado del acceso a la información a través de las resoluciones dictadas por el Congreso Nacional; las investigaciones emprendidas por las comisiones investigadoras del mismo ente; el deber de presentar plataformas electorales informando el plan de gobierno deseado; la relación entre el derecho a la educación y la libertad de expresión respecto del derecho a la información, etc.

Sin embargo, hemos podido observar la gran influencia y relación directa entre la información (como instrumento y como derecho) respecto de los derechos humanos, al haber concentrado nuestro trabajo solo sobre algunos derechos civiles, políticos, sociales, y en el derecho procesal.

Entendemos demostrada la hipótesis de trabajo y comprobado el carácter de megaderecho, que se comporta como una precondition de otros derechos humanos.

Sin información, otros derechos no pueden ser ejercidos, y los derechos limitan el poder y garantizan la libertad. Por lo tanto, sin información no hay libertad.

VOCES: ACTO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO ADMINISTRATIVO - INFORMÁTICA - LEY - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - DERECHO POLÍTICO - DERECHOS HUMANOS

(17) Fallos: 332:111.

(18) G. 36. L. RHE, “Gil Lavedra, Ricardo Rodolfo c. Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Inspección General de Justicia s/amparo ley 16.986” y G. 397. L. RHE. “Gil Lavedra, Ricardo y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios s/amparo”, ambos del 14-10-14, EDA, 2014-106 y 2014-414, respectivamente.

La invulnerabilidad como criterio regente para la selección de magistrados y funcionarios judiciales

por ARMANDO MARIO MÁRQUEZ

La cuestión no aparece como novedosa, pero sí como actual al tomar estado público y ser objeto de innumera-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El nombramiento de los jueces inferiores*, por GREGORIO BADENI, ED, 207-802; *La designación y el contralor de los jueces: una mirada desde América Latina*, por EMILIO J. CÁRDENAS y HÉCTOR MARIO CHAYER, ED, 220-895; *Principios del sistema de selección de jueces*, por RODRIGO SEBASTIÁN BACIGALUPI, ED, 225-1010; *¿El nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue siendo un acto institucional? A propósito del dictado del decreto PEN 222/03 y sus derivaciones respecto al control del procedimiento de desig-*

bles cuestionamientos de parte de la sociedad política y el ámbito jurídico: la propuesta efectuada desde el Poder

nación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por DIEGO ANDRÉS ALONSO, EDA, 2006-67; *La “nueva” Corte Suprema y sus estrategias de legitimación*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2008-215; *La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el siglo XXI*, por HORACIO GENTILE, EDCO, 2012-446; *¿Es necesario fundar el ejercicio discrecional de la facultad reglada de seleccionar de una terna a un candidato a magistrado? Comentario a una medida cautelar y al fallo que puso fin a la pretensión*, por FÉLIX ALBERTO MONTILLA ZAVALÍA, EDCO, 2012-584. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

Ejecutivo Nacional impulsando la nominación de un candidato para ocupar el cargo de ministro de la Corte Suprema, hoy en funcionamiento con cuatro de los cinco previstos –conforme los términos de la ley 26.183, promulgada el 15 de diciembre de 2006–, ante la renuncia que le fuera aceptada a fines del año pasado a uno de los magistrados que la componían.

Tampoco hay que olvidar que desde hace un tiempo a esta parte se ha instalado en la sociedad argentina un debate sobre las falencias del sistema judicial y, especialmente, sobre la actuación de la figura central de la función jurisdiccional del Estado: el juez, sin pasar por alto que algunos casos recientes han sensibilizado al cuerpo social al respecto, cuestión que es motivo de preocupación y análisis por el común de la gente, del “hombre de a pie”.

También confluye a que me refiera a ello en estas líneas, el haber tomado conocimiento por mi parte del muy

completo e interesante ensayo presentado en la sesión de trabajo del 21 de abril de 2015 del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires por el doctor MARTÍN OYHANARTE (h.), intitulado *Reflexiones sobre el proceso de nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*.

Aunque me apresuro en aclarar que no soy ingenuo –y estoy seguro que tampoco lo es el lector– y que la nominación del candidato por parte del Gobierno Nacional, a la que aludo en el acápite inicial, obedeció –más que a una decisión plena y convencida de su parte– a la necesidad de generar un escenario de controversia política distinto de aquel que lo preocupa desde el principio del año en curso, el que también tiene por parte del escenario al Poder Judicial de la Nación, lo que, obviamente, interesaba descomprimir.

Pero lo concreto es que hay una cuestión objetiva que amerita el tratamiento que le asignaremos en los renglones que siguen, que es el criterio regente para unguir a una persona como miembro del Poder Judicial, punto que se exagera si la postulación lo es para proceder a una cobertura de un cargo de juez en el máximo organismo jurisdiccional de la República.

Aparece, entonces, el presente como un inmejorable escenario para ponernos a analizar qué requisitos debe llenar una persona para acceder a la magistratura y, en consecuencia, qué es lo que espera la sociedad de la labor de un juez.

Generalmente los textos constitucionales –y las leyes dictadas en su consecuencia–, en lo formal, establecen cinco requisitos básicos de procedencia para poder alcanzar el cargo de juez:

1. Ciencia: al exigir la condición de abogado en el candidato, asegurándose, así, que tenga un bagaje de conocimientos jurídicos.

2. Experiencia: al determinar qué antigüedad debe tener en el ejercicio de la abogacía o la función judicial para llegar al puesto pretendido.

3. Prudencia: al establecer una edad mínima para acceder al cargo, aspecto que, por lo general, se encuentra tasado en años de vida que varían de acuerdo con la instancia a la que se aspira, es decir, más alto en la escala judicial el sillón a ocupar, mayor la edad exigida al candidato.

4. Arraigo: al imponer la nacionalidad argentina y, en algunos casos, residencia en el lugar en el que habrá de ejercer su jurisdicción.

5. Honestidad: al denegar la posibilidad de acceder a la magistratura a quien no haya demostrado buena conducta previa.

Visto así parecería que no es muy difícil ser juez (aunque intranquilizantes presencias en el cargo le den razón a tal pensamiento), lo que amerita algunas consideraciones en particular, de lo que nos ocuparemos de inmediato.

En primer lugar debe notarse que tales condiciones de procedencia son –como lo adelantara– nada más que lógicos y aceptables requisitos formales para estar en aptitud de acceso a la función, que no deben ser escindidos de otros elementos a tener en cuenta, tales como su especialización en la materia del derecho que será el eje de su labor jurisdiccional, su vida académica, su trayectoria previa en el ejercicio del derecho, su carrera judicial.

Pero, de entre ellos, no he mencionado uno que se destaca, de total connotación subjetiva, y está dado por la convicción de que el aspirante no debe aparecer como vulnerable, es decir que no debe encontrarse incurso en situaciones personales de riesgo para con su independencia como magistrado (v. gr. compromisos políticos, vicios, deudas, inconductas sociales, entre los de más resalto) que puedan tornar parciales sus decisiones y no actuar con la debida equidistancia de las partes en pugna en el proceso.

La estricta observancia de tales preceptos hará que se cumpla lo que la sociedad espera de un juez: algo más profundo y concreto, que su actividad y sus proceder sean valientes, imparciales e insospechables, como los de muchos colegas que orgullosamente ejercen la magistratura y viven buscando soluciones a los acuciantes conflictos que cotidianamente pasan por sus despachos.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - CONSEJO DE LA MAGISTRATURA - PODER EJECUTIVO - DERECHO POLÍTICO - PODER JUDICIAL - SENTENCIA

JURISPRUDENCIA

Derechos del Consumidor:

Discapacitados: acceso igualitario a prestaciones integrales de salud; asociaciones actoras; legitimación activa; amparo; rechazo *in limine*; improcedencia; recurso extraordinario; admisibilidad.

1 – *Corresponde reconocer legitimación a las asociaciones actoras para iniciar la presente acción colectiva a fin de que el instituto accionado reconozca el acceso integral a prestaciones de salud de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas, pues en el sub lite se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes del problema, que se vincula directamente con el derecho a la salud, por lo cual se presenta una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de una demanda en defensa de los intereses de todos los afectados, y justifica el dictado de un pronunciamiento único, con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado. Máxime si se repara que con la pretensión procesal deducida se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas.*

2 – *El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que rechazó in limine, por falta de legitimación activa, el amparo deducido por las asociaciones actoras a fin de que se reconozca el acceso integral a prestaciones de salud de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas resulta admisible, pues la decisión impugnada constituye una sentencia definitiva que clausura la interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional respecto de la legitimación de las accionantes, de manera contraria a las pretensiones que ellas fundan en el texto constitucional (art. 14, inc. 3º, ley 48).*

3 – *Cabe hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que rechazó in limine, por falta de legitimación activa, el amparo deducido por las asociaciones actoras a fin de que se reconozca el acceso integral a prestaciones de salud de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas, pues los elementos examinados permiten situar los intereses en juego al amparo de los derechos de incidencia colectiva, en los términos del art 43 de la Constitución Nacional, en tanto que los intereses personales subyacentes coexisten en el caso en una pluralidad homogénea, que se distingue por la convergencia de un conjunto de derechos subjetivos de origen común, cuyos titulares son miembros de un grupo, categoría o clase. Tanto más que negar apriorísticamente la aptitud procesal prevista por la Carta Magna para los intereses plurales homogéneos implica obstruir el mandato impuesto por la Convención Constituyente, al incorporar a las agrupaciones en el elenco de actores privilegiados en las nuevas garantías procesales (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL que la Corte comparte y hace suyo). R.C.*

599 – CS, febrero 10-2015. – Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/amparo (CSJ 000721/2007 [43-A]/CS1-R.H.).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal –Sala 1– confirmó lo resuelto en primera instancia, en punto al desconocimiento de la legitimación de las asociaciones actoras.

Para así decidir, señaló que la reforma constitucional otorga protección a los intereses difusos o colectivos, o de pertenencia difusa, a los que denomina “derechos de incidencia colectiva”. Subrayó que, al tutelar los derechos de incidencia colectiva, el art. 43 de la Carta Magna hace referencia a intereses típicamente sociales o grupales, como los vinculados con el ambiente y la salud pública.

Agregó que el interés difuso, también llamado fragmentario, colectivo o supraindividual, es aquel que no corresponde a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino a un sector de personas que se encuentran en un ambiente o situación

común. Se trata, dijo, de un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa el de todos.

Sostuvo que, sin duda alguna, la inclusión de aquella norma en la Constitución de 1994, tiene como antecedente la discusión doctrinaria y jurisprudencial suscitada en torno a la legitimación para la defensa de estos derechos colectivos, a partir de la clasificación tripartita de las prerrogativas individuales, divididas en “derecho subjetivo”, “interés legítimo” e “interés simple”.

En respaldo de su visión, enumeró diversos litigios planteados con referencia al art. 43, en los que –afirmó– están directamente comprometidos intereses generales o públicos de la sociedad, ligados al ambiente, la salud pública y los servicios públicos, y no a derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los ciudadanos, o usuarios, o consumidores.

En autos, adujo, se persigue la reducción de las demoras en el otorgamiento y en el pago de prestaciones por parte del INSSPJ, objeto que resulta notoriamente extraño a una acción de clase.

Entendió que la pretensión corresponde individualmente a cada una de las empresas o profesionales médicos prestadores, de manera que las asociaciones no pueden reivindicar y ejercer esos derechos exclusivos, ni modificar la ejecución de un contrato entre terceros. Por el contrario, son sus titulares quienes –de considerarlo pertinente– deben reclamar que se les abone en término, en la medida en que el atraso les ocasione un perjuicio, en el marco de una relación contractual con el mencionado Instituto.

En cuanto a los afiliados, el retardo indicado constituye un daño esencialmente propio de cada uno de los presuntos afectados –que poseen un derecho subjetivo, individual y exclusivo a demandar el cese de la morosidad–; con lo cual, tampoco estamos ante un derecho de incidencia colectiva, con el alcance del art. 43.

Concluyó que “...cuando no se afectan intereses comunitarios o generales sino un derecho subjetivo, de modo que el damnificado se encuentra en condiciones de reclamar judicialmente, las asociaciones como las aquí actoras no pueden invocar la legitimación del art. 43 de la C.N. por interponer las acciones que su titular exclusivo no utiliza...” (v. fs. 78 vta. *in fine* del principal).

Denegado el recurso extraordinario articulado contra el pronunciamiento que acabo de sintetizar, la parte actora dedujo la presente queja.

II. En cuanto a la procedencia formal de la apelación, estimo que lo decidido debe reputarse sentencia definitiva, en tanto cierra toda posibilidad de prosecución del proceso, tornando imposible la obtención de un pronunciamiento sobre el derecho invocado (arg. Fallos: 328:3733; 330:4930; 331:1215; S.C. U N° 40, L, XLIII *in re* “Urquiola Serrano, Enrique y otro c/Frassia, Norma Susana s/ homologación de acuerdo”, del 9/6/2009).

Asimismo, dado que se ha puesto en tela de juicio la interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional, y que la resolución ha sido contraria a los derechos que la parte recurrente fundó en dicha cláusula, entiendo que en la especie existe materia federal.

Así pues, esa Corte no está limitada por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 330:2286, 2416, 3758 y 3764, 4721; 333:604 y 2396).

En tales condiciones, atento a que la arbitrariedad alegada, guarda estrecha relación con el alcance que el *a quo* atribuyó a la mencionada norma federal, examinaré ambas aristas conjuntamente (Fallos: 330:2180, 2206 y 3471, entre muchos otros).

III. En esa tarea, encuentro que los criterios consagrados en “Asociación Benghalensis” (Fallos: 323:1339), “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta” (Fallos: 326:4931) y “Halabi” (Fallos: 332:111), dan a la cuestión planteada una respuesta diversa a la que adoptó el tribunal superior de la causa.

En los dos primeros casos –por remisión a los dictámenes de esta Procuración, y desde la perspectiva de la protección de la salud como un derecho de incidencia colectiva–, quedó admitida en favor de varias entidades no gubernamentales –dedicadas a la lucha contra el SIDA y la esclerosis múltiple–, la legitimación para litigar por la vía del amparo en procura, sustancialmente, de la cobertura estatal de los respectivos tratamientos.

En el último de aquellos fallos, esa Corte profundizó la predicha dirección. Así, en el considerando duodécimo

del *leading case* “Halabi”, se reconoce expresamente la especie autónoma de los derechos de incidencia colectiva, referidos a intereses individuales homogéneos, avanzando en el sustento de la legitimación grupal como “...inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intenta proteger...” (consid. 21; v. además consid. 10 y 11).

Más aún, en el citado precedente V.E. sienta doctrina federal en el sentido de que el art. 43 de la Constitución Nacional consagra esa tercera categoría, en franca relación con la legitimación grupal (consid. 12 *supra*), insistiendo en que el estándar jurídico de la acción colectiva, revestida de una legitimación de igual rango, encuentra “...su fuente primaria en el propio texto constitucional...” (consid. 21; el subrayado es mío). Y, paralelamente, encarga a los jueces optimizar la tutela –directamente operativa, más allá de toda regulación legal–, no postergar en función de carencias procesales la efectividad de la cláusula constitucional, sino aplicarla en la plenitud de su sentido (v. esp. consid. 12 *supra*, 13 párrafos primero y último, 15, 16 *in fine* y 19).

Asimismo, este fallo jerarquiza otro dato de la realidad, atinente a las circunstancias adversas a las que puede enfrentarse esa multiplicidad de sujetos involucrados, en el plano del acceso a la justicia (v. esp. consid. 13 párrafos primero y cuarto).

Luego y en principio, los extremos a verificar al tiempo de juzgar la admisibilidad de una acción colectiva son: 1º) causa fáctica común. 2º) pretensión orientada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho. 3º) ejercicio individual que no se advierta como plenamente justificado, aunque V.E. se encarga de aclarar que “...la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como... la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta” (consid. 13 párrafos primero y último [el subrayado es, otra vez, mío]).

IV. Así ubicados, corresponde identificar ahora los elementos de la *causa petendi*, esgrimida en este proceso (Fallos: 332:111 consid. 22, primera parte).

Estamos ante una acción de amparo promovida contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSPN), por la Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación Civil DE.FE.IN.DER) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia”. La demanda persigue que se condene a aquel organismo a cumplir la obligación de proveer a las personas con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas (afiliados PNC), las prestaciones de las que serían legítimas acreedoras, con la continuidad y calidad debidas. En ese orden, se arguye que, a pesar de hallarse comprendidos en el régimen de las leyes 22.431 y 24.901, los afiliados PNC sufren discriminación respecto de los beneficiarios directos. En sustento de su solicitud, las actoras invocan particularmente la protección y reconocimiento de los derechos humanos fundamentales a la vida, salud, integridad física y mental, calidad de vida, atención y cuidados especiales, rehabilitación integral, integración en la sociedad, igualdad de oportunidades, dignidad, cobertura total y libre goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales (v. esp. objeto y petitorio del escrito inicial).

Creo que el reclamo así articulado supera cualquier componente de naturaleza netamente particular e individual, para centrarse en los efectos comunes de la morosidad atribuida al INSSPN, respecto del universo de afiliados PNC con discapacidad (en número de cuatro mil, según se denuncia en el inicio). Aquí, la clase está compuesta por todos ellos, en tanto –según dice la parte actora– estarán sujetos a una cobertura deficitaria y, aun, aleatoria –que seguramente será objeto de debate y prueba a lo largo del proceso–; aspecto este que unifica su situación, más allá de las particularidades que pudieren matizarla (v.gr., tipo de asistencia que cada uno de ellos requiera, conforme a su patología específica).

De tal manera, es evidente que el problema, por un lado, presenta una causa fáctica única y, por el otro, se focaliza en el aspecto general (“común a todos los individuos que constituyen un todo” [v. Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia]), de la afección que se imputa a aquélla.

Es cierto que en su relación de hechos, la demanda atribuye la desigualdad de trato –entre otras cosas–, a las irregularidades que se observarían en el pago a los efectores del sistema. Empero, lo hace sólo en tanto y en cuanto esa conducta del INSSJN, sería susceptible de redundar en la interrupción o inadecuación de la cobertura a su cargo.

Luego, más allá de las cuestiones subsidiarias, la acción está centralmente orientada a la protección del derecho a la salud y a la integridad psicofísica de personas con discapacidad, en el contexto de las leyes 22.431 y 24.901 y de las cláusulas convencionales y constitucionales referidas a ambas facetas de los derechos humanos (insisto, salud y discapacidad). Pretende, recordemos una vez más, la observancia de la obligación que incumbiría al organismo demandado, en favor de los afiliados PNC discapacitados, y en punto a la cobertura de las prestaciones básicas contempladas legalmente.

Por último, me parece igualmente obvio que las eventuales omisiones impugnadas por esta vía, irían en perjuicio de una población altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padece, sino también por su situación socioeconómica. Si alguna duda cupiese, bastará consultar las instrucciones contenidas en la página del Ministerio de Salud (Programa Federal de Salud [PROFE]), sobre los requisitos para obtener una pensión graciable.

En tales condiciones, estimo que la mediación de las asociaciones actoras se torna ampliamente justificada. Es dable pensar, en efecto, que estas personas carecen –en los distintos órdenes posibles–, de los recursos que reclama la lidia judicial, y que la índole de sus dolencias no armoniza con la espera en punto al incierto inicio (y resolución) de eventuales e innumerables juicios de conocimiento por cumplimiento de contrato.

Estas constataciones remiten inmediatamente a la vigencia de la tutela judicial efectiva, una de las garantías fundamentales reconocida por la comunidad internacional contemporánea, como exigencia básica del Estado de Derecho (arg. arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional; arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y 14.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; ver criterio Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* “Cantos” del 28/11/2002).

V. En suma, tengo para mí que los elementos examinados permiten situar a los intereses en juego al amparo de los derechos de incidencia colectiva, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. Es que, insisto, los intereses personales subyacentes coexisten aquí en una pluralidad homogénea, que –precisamente– se distingue por la convergencia de un conjunto de derechos subjetivos de origen común, cuyos titulares son miembros de un grupo, categoría o clase (v. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 1º - II, Roma [mayo de 2002], aprobado en Caracas el 28/10/2004).

Naturalmente, no estoy diciendo aquí que las atribuciones normativas en el terreno de la legitimación deban tenerse por ilimitadas o automáticas; ni que las ligas puedan administrar unilateralmente los derechos individuales de los particulares; ni que se descuide lo atinente a la defensa en juicio de estos últimos, o a la adecuada identificación del colectivo supuestamente damnificado o a la revisión responsable de los antecedentes habilitantes y la representatividad de las asociaciones.

Afirmo, en cambio, que negar apriorísticamente la aptitud procesal prevista por la Carta Magna para los intereses plurales homogéneos, es poner una cortapisa que no emana de nuestra ley fundamental, obstruyendo así el mandato impuesto por la Convención Constituyente, al incorporar a las agrupaciones en el elenco de actores privilegiados en las nuevas garantías procesales (doct. de Fallos: 332:111 [v. esp. consid. 15 y 16 *in fine* con cita de la causa “Kot”).

VI. De consiguiente, sin que ello implique anticipar opinión acerca de la procedencia de la cuestión de fondo, entiendo que V. E. debe hacer lugar a la queja, acoger el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 28 de junio de 2012. – *Marta A. Beiró de Gonçalves*.

Buenos Aires, 10 de febrero de 2015

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos (Asociación DE.FE.IN.DER.) y la Asociación Civil “Pequeña Obra de la Divina Providencia” iniciaron acción de amparo contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) con el objeto de que se reconociera el derecho a la cobertura integral de prestaciones en favor de las personas con discapacidad beneficiarias de pensiones no contributivas de acuerdo a lo establecido en las leyes 22.431 y 24.901.

2º) Que la Cámara Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia que rechazó *in limine* el amparo por falta de legitimación de los actores.

Para así decidir, el *a quo* sostuvo que la legitimación de las personas mencionadas en el 2º párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional para interponer la acción de amparo se limitaba a los supuestos en que estuviesen comprometidos derechos de incidencia colectiva, entendidos como los casos en que se encontrasen directamente comprometidos intereses generales o públicos de la sociedad, relacionados con el medio ambiente, la salud pública, los servicios públicos, y no derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los ciudadanos o usuarios o consumidores.

En aplicación de estos principios, consideró que la pretensión de la presente acción de clase era que se redujera la demora en el pago de las prestaciones a las prestatarias de salud, lo cual tenía naturaleza individual y exclusiva respecto de cada una de las empresas o profesionales requeridos. Agregó que las asociaciones actoras no podían reclamar el cumplimiento de los derechos emergentes de los contratos que firmaban los prestatarios con el INSSJP, ni sustituir a éstos en la acción por los daños que pudieran producirse en la relación contractual. Por lo demás, sostuvo que las demoras indicadas en las prestaciones de los propios afiliados constituían un daño individual y propio de cada uno de los presuntos afectados y, por ende, exclusivo de cada afiliado del INSSJP. Concluyó entonces que cada uno de los afiliados tenía en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo y por lo tanto poseía legitimación individual para reclamar el cese de la demora en la atención (fs. 76/9).

3º) Que contra esta decisión interpuso recurso extraordinario federal la parte actora, en el que sostuvo esencialmente que en el caso se encontraban comprometidos derechos de incidencia colectiva relacionados con la salud pública en la medida en que se buscaba una adecuada prestación de ciertos servicios sanitarios.

Desde esa perspectiva, explicó que carecía totalmente de relevancia la individualización de los sujetos beneficiarios de la acción. No interesa –sostuvo– cuáles son las prestaciones individuales requeridas por cada afiliado, cuál es la dolencia o patología de cada beneficiario, cuál es el contrato celebrado por el prestador o sus necesidades, sino simplemente que todas las personas con discapacidad –sin importar su individualidad– beneficiarias de pensiones no contributivas afiliadas al INSSJP gocen del derecho a la cobertura integral de prestaciones dispuesto por las leyes 22.431 y 24.901 en cumplimiento de la normativa emergente del bloque de constitucionalidad federal (fs. 87).

4º) Que el recurso extraordinario –cuya denegación origina la presente queja– resulta admisible en la medida en que la decisión impugnada constituye una sentencia definitiva que clausura la interpretación del art. 43 de la Constitución Nacional respecto de la legitimación de las asociaciones, de manera contraria a las pretensiones que ellas fundan en el texto constitucional (art. 14, inc. 3 de la ley 48).

5º) Que el amparo promovido por las asociaciones demandantes se refiere a intereses individuales homogéneos afectados por el obrar del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados que obstaculizaría el acceso igualitario a prestaciones integrales de salud de

una pluralidad indeterminada de niños, jóvenes y adultos con discapacidad, titulares de pensiones no contributivas.

6º) Que esta Corte ha señalado que la categoría de derechos mencionada se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional (Fallos: 332:111 “Halabi”, considerando 12) y ha reconocido a asociaciones como las actoras legitimación para iniciar procesos judiciales colectivos en su defensa (confr. P.361. XLIII “PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” y U.56.XLIV “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ sumarísimo”, falladas el 21 de agosto de 2013 y el 6 de marzo de 2014, respectivamente).

7º) Que también destacó el Tribunal que la ausencia de una norma que regule en forma precisa y acabada el efectivo ejercicio de las acciones colectivas no puede dejar sin protección a derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional. Por ello, y a los efectos de armonizar garantías sustanciales y procesales con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución Nacional también protege, señaló que la admisión de las acciones colectivas requiere, por parte de los magistrados, la verificación de una causa fáctica común; una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho y la constatación de que el interés individual considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo que el ejercicio individual no aparecería plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, se destacó que la acción también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

8º) Que, como se señaló *ut supra*, en el *sub lite* se persigue la protección de derechos individuales de una pluralidad relevante de sujetos; existe una conducta única y continuada que lesiona a ese colectivo y la pretensión se encuentra enfocada a los efectos comunes del problema, que se vincula directamente con el derecho a la salud. Es decir que se presenta una homogeneidad fáctica y normativa que hace razonable la promoción de la presente demanda en defensa de los intereses de todos los afectados y justifica el dictado de un pronunciamiento único con efectos expansivos a todo el colectivo involucrado (causa “Halabi”, considerandos 12 y 13 citados).

9º) Que aun cuando pudiera sostenerse que, en el caso, el interés individual considerado aisladamente, justifica la promoción de demandas individuales, no es posible soslayar el incuestionable contenido social del derecho involucrado que atañe a grupos que por mandato constitucional deben ser objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad: los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional).

La protección de los derechos que invocan hacen a la satisfacción de necesidades básicas y elementales a cargo del Estado. Estos aspectos cobran preeminencia por sobre los intereses individuales de cada afectado, al tiempo que ponen en evidencia, por su trascendencia social y las particulares características del sector involucrado, la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto (confr. Fallos: 332:111, causa “Halabi” citada, considerando 13; arts. 14 bis, 75, incisos 22 y 23, de la Constitución Nacional y art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por ley 24.658).

10) Que, por estas razones y, a los efectos de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de un colectivo altamente vulnerable, no sólo por la discapacidad que padecen sus integrantes sino también por su delicada situación socioeconómica, corresponde reconocer legitimación a las asociaciones actoras para iniciar la presente acción colectiva. Máxime si se repara que con la pretensión procesal deducida en autos se procura garantizar el acceso, en tiempo y forma, a prestaciones de salud relacionadas con la vida y la integridad física de las personas.

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal ante esta Corte, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada (art. 16 de la ley 48). Notifíquese, agréguese la queja al expediente principal y, oportunamente, remítase. – Carlos S. Fayt. – Elena I. Highton de Nolasco. – Juan C. Maqueda.

Provincias:

Provincia de Santiago del Estero: intervención federal; Poder Judicial; funcionaria designada antes de la intervención federal; cesantía; improcedencia; decreto serie “A” 646/94 de la Provincia de Santiago del Estero; inconstitucionalidad.

1 – *Al disponer la reorganización del Poder Judicial provincial, el Poder Ejecutivo local que asumió una vez restauradas las instituciones hizo uso de una atribución que le era ajena, pues esa facultad había sido prevista en la ley de intervención de la provincia para ser ejercida únicamente por el agente del gobierno federal oportunamente designado y dentro del término de duración de esa situación de emergencia institucional que, para entonces, ya había finalizado. Hasta ese momento, sin embargo, la actora continuó en funciones ante la inexistencia de medida alguna de cesantía o confirmación por parte del interventor, por lo cual, al no estar vacante su cargo, deviene nula la designación “en comisión” dispuesta en el acto local impugnado –decreto serie “A” 646/94– que, al contravenir lo dispuesto en la normativa federal citada, debe ser declarado inconstitucional* (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL a cuyos fundamentos y conclusiones la Corte se remite por razones de brevedad).

2 – *Corresponde revocar la sentencia que, con base en el art. 141, inc. 16, de la constitución local entonces vigente, rechazó la acción de amparo deducida por la actora contra el decreto serie “A” 646/94, mediante el cual el Poder Ejecutivo provincial dispuso el cese “de todos los funcionarios declarados o nombrados en comisión” y la “inmediata cobertura de las vacantes”, pues esa norma no resulta aplicable al presente, al referirse a la situación de los jueces nombrados “en comisión” por el gobernador en receso de la legislatura local, supuesto específico que en nada se relaciona con la situación de la actora, que durante el interregno intervencionista continuó en ejercicio de su cargo regularmente sin recibir para ello confirmación alguna del interventor federal. Por lo cual, se configura un caso de arbitrariedad, al no constituir el pronunciamiento apelado una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, en términos de fundamentación normativa de la decisión* (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL a cuyos fundamentos y conclusiones la Corte se remite por razones de brevedad).

3 – *Concordemente con lo dictaminado en autos “Lindow de Anguio, Isabel c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero”, cabe declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida por la actora dirigida a impugnar el decreto serie “A” 646/94, mediante el cual se dispuso su cesantía como funcionaria del Poder Judicial provincial* (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL a cuyos fundamentos y conclusiones la Corte se remite por razones de brevedad). R.C.

600 – CS, marzo 3-2015. – Castro de Pujol, María del Huerto c. Gobierno de la Provincia (decreto serie A nº 646) s/acción de amparo (CSJ 255/2013 [49-C] R.H.).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. A fs. 124/125 vta. de la pieza de autos principales identificada como expediente N° 12922, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Santiago del Estero rechazó la demanda de amparo dirigida a impugnar el decreto serie “A” 646/94 mediante el cual el entonces gobernador había dispuesto el cese “de todos los funcionarios declarados o nombrados en [comisión]” y la “inmediata cobertura de las vacantes resultantes”.

Para así resolver, sostuvo que el acto se fundaba en la ley 24.306 por la que se había dispuesto la intervención federal de la provincia, la inmediata caducidad del mandato del gobernador y de los miembros del poder legislativo, así como la declaración en comisión de los integrantes del poder judicial; condición esta última que –a su entender– había hecho desaparecer el presupuesto necesario de la garantía de inamovilidad. En tales circunstancias, afirmó que “es precisamente la disposición constitucional [local] que considera el decreto atacado [art. 141, inc. 16] la que autoriza al gobernador a considerar vacantes los cargos y designar ‘en comisión’ a las personas que se mencionan en el anexo 1 para cubrirlos”.

II. Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 16/30 vta. (expediente N° 1737 de autos principales), cuya denegación a fs. 75/82 vta. motivó la presentación de la queja en examen.

En lo principal, advierte que durante el tiempo en que la provincia permaneció intervenida, continuó en ejercicio de su cargo regularmente sin recibir para ello confirmación alguna del interventor federal. Así, “transcurrió y superó el interregno intervencionista administrando justicia investida por aquella designación originaria y en virtud de la cual permaneció [...] hasta la cesantía por decreto del poder ejecutivo”, medida que –a su entender– fue adoptada “en un inequívoco avasallamiento de sus derechos y de la independencia del poder judicial” (fs. 21 vta.).

En cuanto a la intervención federal, sostiene que, dado el carácter excepcional del instituto dentro de la normativa constitucional, sus alcances deben ser interpretados con criterio restrictivo. En esa inteligencia, afirmó que la “declaración en comisión del poder judicial dispuesta por la ley 24.306 suspende la garantía de inamovilidad, habilitando al interventor a separar de sus cargos a los magistrados”. Dicha facultad, sin embargo, “sólo puede ejercitarse dentro del plazo de duración de la intervención federal, toda vez que sus atribuciones constitucionales son expresas y limitadas” (fs. 25 vta.). Tales argumentos –concluye– conducen a la declaración de inconstitucionalidad del decreto impugnado por ser violatorio de la garantía de inamovilidad y del debido proceso, así como a la tacha de arbitrariedad del pronunciamiento apelado que sostiene la validez de la norma sobre la base de fundamentos aparentes.

III. Respecto de la admisibilidad formal, creo oportuno advertir ante todo que, no obstante el tiempo transcurrido entre la emisión de la sentencia apelada y la presentación del escrito recursivo (18 de diciembre de 1998 y 20 de noviembre de 2009, respectivamente), el remedio federal fue presentado en término. Ello es así, toda vez que –tal como dispone el art. 257 del CPCCN– el plazo de 10 días debe computarse desde la notificación de la resolución recurrida (Fallos: 328:3737), siempre en atención a la más elemental garantía constitucional de defensa en juicio y debido proceso. En el caso, tal extremo recién puede darse por verificado con la presentación de fs. 126 y ss. (expediente 12922 de autos principales), ya que con anterioridad la sentencia “nunca fue notificada, habiendo transcurrido más de once años sin que se haya cumplido con dicha actividad procesal”, según reconoce el propio *a quo* a fs. 60 vta. y 76 (expediente 1737 de los autos principales).

Sentado ello, opino que el recurso es formalmente admisible, toda vez que en el caso se ha cuestionado la validez de una norma local bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y a la ley federal 24.306 y la decisión ha sido en favor de su validez (inc. 2º, art. 14 de la ley 48). Al respecto cabe advertir que, al encontrarse controvertido el alcance que corresponde asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la Cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 321:861, entre muchos otros).

Tal como han sido esgrimidos, los argumentos que fundan la tacha de arbitrariedad se hallan inescindiblemente unidos con la cuestión federal en juego, por lo que corresponde su estudio en forma conjunta (Fallos: 321:776 y 323:1625).

IV. En cuanto al fondo, cabe recordar ante todo, que el presente caso tuvo lugar en el contexto del dictado de la ley 24.306 mediante la cual el Congreso de la Nación declaró la intervención federal de la provincia de Santiago del Estero a los fines de “garantizar la forma republicana de gobierno” (art. 1º), para lo cual dispuso “la inmediata caducidad de los mandatos del gobernador y de los miembros del poder legislativo”, a la vez que “declar[ó] en comisión a los miembros del poder judicial” (art. 3º). En ese mismo sentido, ordenó al Poder Ejecutivo Nacional la designación de un interventor federal (art. 2º) así como la impartición de las instrucciones a las que éste debía ajustar su cometido “para asegurar la pronta normalización y pleno funcionamiento de los poderes provinciales” (art. 4º). Se fijó para ello el plazo de 150 días –prorrogados por decreto 771/94 del Poder Ejecutivo Nacional–, luego de lo cual debía convocarse a elecciones.

De lo que se trata, en definitiva, es del instituto previsto en el art. 6º de la Ley Fundamental que, en términos de

nuestro diseño constitucional, se presenta como manifestación de la “garantía federal” enunciada en el art. 5° en resguardo de la forma republicana de gobierno. Lo que está en juego, por lo tanto, es la vigencia del sistema establecido en la Constitución Nacional que, al tiempo que garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, su ejercicio y la elección de sus funcionarios (art. 5° y 122), también las sujeta –tanto a ellas como a la Nación– al sistema representativo y republicano (arts. 1° y 5°), impone su supremacía (art. 31) y confía a la Corte el asegurarlo (arts. 116 y 117) (conf. Fallos: 310:804; 327:5118).

La intervención se presenta así –tal como V. E. ha sostenido desde el precedente “Orfila”– “como un deber por parte de la Nación [...], [un] remedio arbitrado por el propio estatuto para defender y mantener inviolables en todo el ámbito de la República los principios esenciales por él [...] adoptados” (Fallos: 154:192). En esa inteligencia, cabe tener presente que los poderes reconocidos en la ley de intervención han sido previstos para ser ejercidos exclusivamente por el delegado del gobierno federal, funcionario que, en su carácter de representante de la soberanía nacional (conf. Fallos: 147:239; 327:3852), “no hace sino ejercer poderes nacionales expresos y transitorios de garantía y reconstrucción del régimen local alterado o subvertido” (Fallo “Orfila” cit.). Así lo ha entendido la Corte, al sostener asimismo que “las funciones desempeñadas por los interventores federales son exclusivamente propias de los poderes federales a quienes el art. 6° de la Constitución Nacional les confiere esta facultad de excepción” (Fallos: 211:1814).

De lo expuesto resulta evidente, entonces, el carácter extraordinario de esta medida, en cuanto limitada temporalmente y reconocida al gobierno nacional sobre los poderes locales sólo ante las circunstancias específicas contempladas. Esa particular naturaleza del instituto es, pues, la que determina el carácter restrictivo del criterio hermenéutico a utilizar en este ámbito, dada su estrecha vinculación con la organización y subsistencia del propio Estado y sus instituciones. En tal sentido debe interpretarse la ley de intervención federal, en cuanto dispone respecto de los miembros del Poder Judicial la mera “declaración en comisión”; ello, en contraste con la “inmediata caducidad de los mandatos del gobernador y de los miembros del Poder Legislativo”, diferencia que no puede ser obviada a la luz de la inveterada doctrina conforme a la cual “la primera pauta de interpretación de la ley es dar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley” (Fallos: 321:2594; 313:1149).

V. En razón de lo hasta aquí expresado, considero que, al disponer la reorganización del poder judicial provincial, el poder ejecutivo local que asumió una vez restauradas las instituciones hizo uso de una atribución que le era ajena. Tal facultad, en efecto, había sido prevista en la ley de intervención para ser ejercida únicamente por el agente del gobierno federal oportunamente designado y dentro del término de duración de esa situación de emergencia institucional que, para entonces, ya había finalizado. Hasta ese momento, sin embargo, la actora continuó en funciones ante la inexistencia de medida alguna de cesantía o confirmación por parte del interventor. Al no estar por tanto vacante su cargo, deviene nula la designación “en comisión” dispuesta en el acto local que, al contravenir lo dispuesto en la normativa federal apuntada, entiendo que debe ser declarado inconstitucional.

Ante tal estado de cosas, opino que corresponde revocar la decisión del *a quo* que lo considera válido y que para ello se sirve del art. 141, inc. 16, de la constitución local entonces vigente (texto publicado en B.O. provincial con fecha 21 de marzo y 14 de mayo de 1986). Lo cierto es que, aun habiendo sido invocada en el decreto impugnado, esa norma no resulta aplicable al presente, al referirse a la situación de los jueces nombrados “en comisión” por el gobernador en receso de la legislatura local, supuesto específico que en nada se relaciona con la situación de la actora. Se configura así, a mi entender, un caso de arbitrariedad, al no constituir el pronunciamiento apelado una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, en términos de fundamentación normativa de la decisión (doctrina de Fallos: 327:2707; 330:4770).

VI. En virtud de lo expuesto, y concordemente con lo dictaminado en el día de la fecha en autos L.158, L.XLIX

“Lindow de Anguio, Isabel c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero”, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 16 de junio de 2014. – *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, tres de marzo de 2015

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Castro de Pujol, María del Huerto c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero (Decreto Serie A n° 646/95) s/ acción de amparo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones planteadas por la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Que con particular referencia a la errónea aplicación de precedentes de esta Corte efectuada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero para rechazar la acción de amparo, corresponde remitir a las consideraciones efectuadas en la sentencia dictada en la fecha en la causa CSJ 158/2013 (49-L) “Lindow de Anguio, Isabel c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ contencioso administrativo”.

Por ello, y lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la actora y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas a la demandada (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Agréguese copia del pronunciamiento al que se remite y del dictamen de la Procuración General que lo precede. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. – *Ricardo L. Lorenzetti*. – *Elena I. Highton de Nolasco*. – *Carlos S. Fayt*. – *Juan C. Maqueda*.

Provincias:

Provincia de Santiago del Estero: intervención federal; Poder Judicial; funcionaria designada con anterioridad; cesantía; improcedencia; decreto 16/02 de la Provincia de Santiago del Estero; inconstitucionalidad. **Corte Suprema de la Nación:** Precedentes de la Corte: errónea invocación.

1 – *Dado que los precedentes de la Corte Suprema citados por el Superior Tribunal local se refieren a magistrados constitucionales separados por un gobierno de facto, o magistrados nombrados por gobiernos de facto, que pretendían permanecer en el cargo sin haber sido confirmados por un gobierno constitucional, o jueces nombrados durante la vigencia del orden constitucional que fueron confirmados por un gobierno de facto, cabe concluir que son inaplicables para fundamentar el rechazo de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción deducida por la actora –una funcionaria judicial que fue designada con anterioridad a la declaración de intervención federal de la provincia, que no fue objeto de remoción, suspensión, traslado o confirmación de ninguna naturaleza por parte del interventor, para ser finalmente removida por el gobierno constitucional que sucedió a dicha intervención–, pues, cualquiera sea la generalidad de los conceptos usados por el tribunal en esos fallos, estos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias que los motivaron.*

2 – *Al disponer el cese automático en el ejercicio de sus funciones de todos los integrantes del Poder Judicial provincial (art. 1°, decreto 16/05), el Poder Ejecutivo local que asumió una vez restauradas las instituciones luego de finalizada la intervención de la provincia hizo uso de una atribución que le era ajena, pues la medida correspondía, en razón de su entidad, al ámbito de facultades previstas en la ley de intervención para ser ejercidas únicamente por el agente del gobierno federal oportunamente designado, y dentro del término de duración de esa situación de emergencia institucional que, para entonces, ya había finalizado. Hasta ese momento, sin embargo, la actora había continuado en funciones ante la inexistencia de medida alguna de cesantía o confirmación por*

parte del interventor, por lo cual, al contravenir lo dispuesto en la normativa federal, cabe concluir que dicho acto debe ser declarado inconstitucional (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL que la Corte comparte y hace suyo).

3 – *Cabe revocar la sentencia que, con base en la ley 25.881, rechazó la acción contencioso administrativa deducida por la actora dirigida a impugnar el decreto 16/05, mediante el cual se dispuso su cesantía como funcionaria del Poder Judicial provincial, pues, en rigor, dicho decreto dispuso la cesantía sobre la base de lo establecido en el art. 14 de la constitución local entonces vigente, el cual al referirse al supuesto de los magistrados “nombrados por la intervención federal” no resultaba aplicable a la situación de la actora, que había sido designada con anterioridad y que continuó en funciones durante ese período. Por todo lo expuesto, no puede servir de sustento normativo la citada ley federal, tal como pretende el tribunal apelado en un claro apartamiento del texto legal que lo hace merecedor de la tacha de arbitrariedad, al no constituir el pronunciamiento en crisis una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, en términos de fundamentación normativa de la decisión* (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL que la Corte comparte y hace suyo).

4 – *Concordemente con lo dictaminado en autos “Castro de Pujol, María del Huerto c. Gobierno de la Provincia (decreto serie A N° 646)”, cabe declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y revocar la sentencia que rechazó la acción contencioso administrativa deducida por la actora dirigida a impugnar el decreto 16/05, mediante el cual se dispuso su cesantía como funcionaria del Poder Judicial provincial* (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL que la Corte comparte y hace suyo). R.C.

601 – **CS, marzo 3-2015. – Lindow de Anguio, Isabel c. Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/recurso contencioso administrativo (CSJ 158/2013 [49-L]-R.H.).**

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. A fs. 236/250 de la pieza de autos principales identificada como expediente N° 15.523, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Santiago del Estero rechazó la acción contencioso administrativa dirigida a impugnar el decreto 16 del año 2005 mediante el cual el entonces gobernador había dispuesto el “cese automático en el ejercicio de sus funciones de todos los miembros integrantes del Superior Tribunal de Justicia, magistrados y funcionarios de los tribunales inferiores y miembros del Ministerio Público”.

Para así resolver, sostuvo en lo principal que, pese a la invocación expresa en ese acto del art. 14 de la constitución local, “no fue ésta la razón por la cual el actor fue dejado cesante, sino porque la ley 25.881 de intervención federal de la provincia lo había puesto ‘en comisión’” (fs. 238 vta.). Tal condición –a su entender– había hecho desaparecer el presupuesto para invocar la estabilidad o inamovilidad en el cargo. Por tal razón, concluyó que “la actora debió inexcusablemente atacar la legitimidad constitucional de la ley 25.881, por ser éste el presupuesto jurídicamente habilitante en cuya consecuencia, justamente, se fundamentara [sic] el acto administrativo cuya revocación pretende en autos” (fs. 239 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 20/38 (expediente N° 1.944 de autos principales), cuya denegación a fs. 69/81 motivó la presentación de la queja en examen.

En lo que interesa, califica el decreto en cuestión de inconstitucional, en tanto allí se dispone su cesantía sobre la base de lo dispuesto en el art. 14 de la constitución local que refiere, antes bien, a la situación de los magistrados “nombrados por la intervención federal”, respecto de los cuales se establece el cese de funciones “al asumir las autoridades electas”. Considera inapropiada entonces la aplicación de tal precepto a su situación, al haber sido ella nombrada por autoridades constitucionales y no haber sido objeto de remoción, suspensión o traslado de ninguna naturaleza durante la gestión del interventor federal.

Descarta luego la invocación del *a quo* de la ley 25.881, al afirmar que las facultades allí previstas no son reconocidas sino al agente del gobierno nacional, por lo que mal podrían servir de fundamento para que “las autoridades constituidas de una provincia asuman facultades extraordinarias, propias del interventor federal y contrarias a la garantía de inamovilidad de los magistrados” (fs. 29 vta.).

Invoca asimismo la doctrina de la arbitrariedad, presente en el caso –según entiende– al constituir la sentencia “una afirmación dogmática que colisiona con el texto expreso de la norma que se dice interpretar” (fs. 37 vta.).

III. A mi entender, el recurso es formalmente admisible toda vez que en el caso se ha cuestionado la validez de una norma local bajo la pretensión de ser contraria a la Constitución Nacional y a la ley federal 25.881 y la decisión ha sido en favor de su validez (inc. 2º, art. 14 de la ley 48). Al respecto cabe advertir que, al encontrarse controvertido el alcance que corresponde asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la Cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 321:861, entre muchos otros).

Tal como han sido esgrimidos, los argumentos que fundan la tacha de arbitrariedad se hallan inescindiblemente unidos con la cuestión federal en juego, por lo que corresponde su estudio en forma conjunta (Fallos: 321:776 y 323:1625).

IV. En cuanto al fondo, cabe recordar ante todo, que el presente caso tuvo lugar en el contexto del dictado de la ley 25.881 mediante la cual el Congreso de la Nación declaró la intervención federal de la provincia de Santiago del Estero a los fines de “garantizar la forma republicana de gobierno” (conf. art. 1º), para lo cual dispuso “la inmediata caducidad de los mandatos del Poder Ejecutivo y de los miembros del Poder Legislativo”, así como la “declaración en comisión [de] los miembros del Poder Judicial” (art. 3º). En ese mismo sentido, ordenó al Poder Ejecutivo Nacional la designación de un interventor federal (art. 2º), a la vez que fijó el plazo de 180 días –prorrogables por un período igual–, al término del cual el interventor debía convocar a elecciones “para asegurar la normalización y pleno funcionamiento de los poderes provinciales” (art. 4º).

De lo que se trata, en definitiva, es del instituto previsto en el art. 6º de la Ley Fundamental que, en términos de nuestro diseño constitucional, se presenta como manifestación de la “garantía federal” enunciada en el art. 5º en resguardo de la forma republicana de gobierno. Lo que está en juego, por tanto, es la vigencia del sistema establecido en la Constitución Nacional que, al tiempo que garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones, su ejercicio y la elección de sus funcionarios (art. 5º y 122), también las sujeta –tanto a ellas como a la Nación– al sistema representativo y republicano (arts. 1º y 5º), impone su supremacía (art. 31) y confía a la Corte el asegurarlo (art. 116 y 117) (conf. Fallos: 310:804; 327:5118).

La intervención se presenta así –tal como V. E. ha sostenido desde el precedente “Orfila”– “como un deber por parte de la Nación [...], [un] remedio arbitrado por el propio estatuto para defender y mantener inviolables en todo el ámbito de la República los principios esenciales por él [...] adoptados” (Fallos: 154:192). En esa inteligencia, cabe tener presente que los poderes reconocidos en la ley de intervención han sido previstos para ser ejercidos exclusivamente por el delegado del gobierno federal, funcionario que, en su carácter de representante de la soberanía nacional (conf. Fallos: 147:239; 327:3852), “no hace sino ejercer poderes nacionales expresos y transitorios de garantía y reconstrucción del régimen local alterado o subvertido” (Fallo “Orfila” cit.). Así lo ha entendido la Corte, al sostener asimismo que “las funciones desempeñadas por los interventores federales son exclusivamente propias de los poderes federales a quienes el art. 6º de la Constitución Nacional les confiere esta facultad de excepción” (Fallos: 211:1814).

De lo expuesto resulta evidente, entonces, el carácter extraordinario de esta medida, en cuanto limitada temporalmente y reconocida al gobierno nacional sobre los poderes locales sólo ante las circunstancias específicas contempladas. Esa particular naturaleza del instituto es, pues, la que determina el carácter restrictivo del criterio hermenéutico a utilizar en este ámbito, dada su estrecha vinculación con la organización y subsistencia del propio Estado y sus instituciones. En tal sentido debe interpretarse la ley de intervención federal, en cuanto dispone respecto de los miembros del Poder Judicial la mera “declaración en comisión”; ello, en contraste con la “inmediata caducidad de los mandatos del Poder Ejecutivo y de los miembros del Poder Legislativo”, diferencia que no puede ser obviada a la luz de la inveterada doctrina conforme a la cual “la pri-

mera pauta de interpretación de la ley es dar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya primera fuente es la letra de la ley” (Fallos: 321:2594; 313:1149).

V. En razón de lo hasta aquí expresado, considero que, al disponer el “cese automático en el ejercicio de sus funciones” de todos los integrantes del poder judicial provincial (art. 1º del decreto 16/05), el poder ejecutivo local que asumió una vez restauradas las instituciones hizo uso de una atribución que le era ajena. En efecto, la medida correspondía, en razón de su entidad, al ámbito de facultades previstas en la ley de intervención para ser ejercidas únicamente por el agente del gobierno federal oportunamente designado y dentro del término de duración de esa situación de emergencia institucional que, para entonces, ya había finalizado. Hasta ese momento, sin embargo, la actora continuó en funciones ante la inexistencia de medida alguna de cesantía o confirmación por parte del interventor. Al contravenir lo dispuesto en la normativa federal apuntada, entiendo entonces que el acto impugnado debe ser declarado inconstitucional.

Ante tal estado de cosas, considero que corresponde revocar la decisión del *a quo* que lo considera válido y que para ello se sirve de la ley 25.881 cuando, en rigor, el decreto dispone la cesantía sobre la base de lo establecido en el art. 14 de la constitución local entonces vigente (texto publicado en B.O. provincial con fecha del 18 de octubre de 2002). Lo cierto es que ésta, al referirse al supuesto de los magistrados “nombrados por la intervención federal”, no resulta aplicable a la situación de la actora, que fue designada con anterioridad y que continuó en funciones durante ese período. Luego, en razón de las consideraciones expuestas, tampoco puede servir de sustento normativo la citada ley federal, tal como pretende el tribunal apelado en un claro apartamiento del texto legal que lo hace merecedor, a mi entender, de la tacha de arbitrariedad. Ello es así, al no constituir el pronunciamiento en crisis una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa, en términos de fundamentación normativa de la decisión (doctrina de Fallos: 327:2707; 330:4770).

En virtud de lo expuesto, y concordemente con lo dictaminado en el día de la fecha en autos C.255 XLIX “Castro de Pujol, María del Huerto c/ Gobierno de la Provincia (Decreto Serie A N° 646)”, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y, en consecuencia, revocar la sentencia apelada. Buenos Aires, 16 de junio de 2014. – Laura M. Monti.

Buenos Aires, 3 de marzo de 2015

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Lindow de Anguio, Isabel c/ Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero s/ recurso contencioso administrativo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que las cuestiones planteadas por la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

2º) Que, además, no puede pasarse por alto la errónea invocación de precedentes de esta Corte realizada en el voto que hizo mayoría en la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero, para fundamentar el rechazo de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción deducida por la actora.

3º) Que en efecto, las circunstancias fácticas de los casos citados carecen de toda relación de analogía con los presupuestos de hecho examinados en el asunto de autos, en el cual la actora fue designada por autoridades constitucionales mediante el mecanismo previsto en la ley suprema provincial, permaneció en desempeño del cargo en dicha condición durante la posterior intervención federal de la provincia dispuesta por ley del Congreso de la Nación, al no haber sido objeto de remoción, suspensión, traslado o confirmación de ninguna naturaleza por parte del interventor federal, para ser finalmente removida por el gobierno constitucional que sucedió a la intervención federal.

En cambio, el fallo dictado en el caso “Arias” (Fallos: 302:104) tuvo lugar ante una demanda de nulidad de un decreto de un gobierno de facto, que había separado de sus funciones a un magistrado constitucional; en la reso-

lución correspondiente a “Aramayo” (Fallos: 306:72), el Tribunal examinó igualmente el pedido de reposición de un magistrado constitucional, que había sido removido durante el gobierno *de facto*; con particular referencia a la reclamación efectuada en “Dufourq” (Fallos: 306:174) se estudió el caso de un magistrado nombrado durante un gobierno *de facto*, que pretendía permanecer en el cargo sin haber sido designado por el gobierno constitucional posterior con intervención de las autoridades investidas de las atribuciones correspondientes. Por su parte, los pronunciamientos correspondientes a los pedidos efectuados en “Sagasta” y “Bosch” para permanecer en sus cargos (Fallos: 241:50 y 306:134), tratan la situación de jueces nombrados con acuerdo del senado durante la vigencia del orden constitucional que –tras su interrupción– permanecieron en sus cargos y fueron expresamente confirmados por gobiernos *de facto*. De esa forma, continuaron en desempeño de sus funciones sólo como integrantes del nuevo gobierno *de facto* y por un acto de autoridad de éste, y no como continuadores de un régimen constitucional.

4º) Que la disparidad fáctica puesta de manifiesto no es una circunstancia que pueda soslayarse y que, en cambio, debe ser subrayada, cuando como en el caso la sentencia recurrida hace pie en la autoridad de precedentes de la Corte Suprema expresamente invocados para fundar su decisión, y que son claramente inaplicables.

En este sentido y con el objeto de evitar extensiones deformadas de las reglas de derecho establecidas en sus sentencias, tiene dicho esta Corte en uno de sus precedentes clásicos que “...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos usados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sinó con relación a las circunstancias que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...” (Fallos: 33:162, 196).

Por ello, y lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la actora y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas a la demandada (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase. – Ricardo L. Lorenzetti. – Elena I. Highton de Nolasco. – Carlos S. Fayt. – Juan C. Maqueda.

Competencia:

Competencia originaria de la Corte Suprema: cesación de estado de incertidumbre; interpretación del art. 140 de la Constitución de la Provincia de Salta; reelección del gobernador provincial; autonomías provinciales.

1 – Es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema la acción tendiente a que se haga cesar el estado de incertidumbre existente con relación a la interpretación del art. 140 de la Constitución de la Provincia de Salta y se declare que el actual gobernador no se encuentra habilitado para postularse a ese cargo por un nuevo período, ya que el asunto se vincula con la organización de las autoridades provinciales que es realizada por la constitución local en ejercicio de la autonomía reservada a las provincias por el art. 122 de la Constitución Nacional. Ello así, el respeto al sistema federal y a las autonomías provinciales exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esta naturaleza (del dictamen de la PROCURADORA GENERAL al que la Corte se remite en razón de brevedad).

2 – Corresponde que la justicia de la Provincia de Salta conozca en la acción tendiente a que se haga cesar el estado de incertidumbre existente con relación a la interpretación del art. 140 de la Constitución de la Provincia de Salta y se declare que el actual gobernador no se encuentra habilitado para postularse a ese cargo por un nuevo período, ya que el asunto se vincula con la organización de las autoridades provinciales que es realizada por la constitución local en ejercicio de la autonomía reservada a las provincias por el art. 122 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de que las cuestiones de

índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el art. 14 de la ley 48 (del dictamen de la PROCURADORA GENERAL al que la Corte se remite en razón de brevedad). M.A.R.

602 – CS, abril 8-2015. – Frente Grande Salta c. Salta, Provincia de s/ acción declarativa de certeza (CSJ 5813/2014)(*).

DICTAMEN DE LA PROCURADORA GENERAL ANTE LA CORTE: I. Pedro César Sistema, en su carácter de apoderado del Partido Frente Grande de la Provincia de Salta, deduce una acción en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra esa provincia a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre existente con relación a la interpretación que debe darse al artículo 140 de la Constitución local y, en virtud de ello, se declare que el actual gobernador no se encuentra habilitado para postularse a ese cargo para un nuevo período.

Sostiene que el caso corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de la Nación. En este sentido, alega que a través de una interpretación errónea del artículo 140 de la Constitución local se podría lesionar disposiciones constitucionales que conforman la esencia de la forma republicana de gobierno. Destaca que la intervención de la Corte Suprema en este caso no avasalla la autonomía local, sino que tiende a velar por el acatamiento al sistema republicano de gobierno.

Con relación a la procedencia de la acción declarativa, afirma que existe un estado de incertidumbre sobre la cantidad de periodos consecutivos por los que puede ser elegido el gobernador de acuerdo al artículo 140 de la Constitución provincial. Indica que la candidatura del actual gobernador a un tercer mandato vulnera la voluntad del constituyente de limitar la reelección del gobernador a no más de dos veces seguidas. Alega que ello viola la base del sistema representativo y republicano de gobierno.

A fojas 20 se corre vista a este Ministerio Público.

II. Las cuestiones planteadas en el escrito bajo análisis se relacionan directamente con la interpretación y aplicación del derecho público local, más específicamente, del artículo 140 de la Constitución de la Provincia de Salta. En efecto, el asunto se vincula con la organización de las autoridades provinciales que es realizada por la Constitución local en ejercicio de la autonomía reservada a las provincias por el artículo 122 de la Constitución Nacional. Se trata de actos que deben nacer, desarrollarse y tener cumplimiento dentro del ámbito estrictamente local (Fallos: 326:193 y 3448; 327:1797; 329:5809). De este modo, no se encuentra habilitada la competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, que es de índole taxativa y excepcional (Fallos: 312:640; 329:4375; 330:310).

Sin embargo, recientemente, en la causa S.C. U. 58, L. XLIX, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza” (sentencia del 22 de octubre de 2013), en foja contraria a lo dictaminado por esta Procuración General de la Nación, esa Corte Suprema declaró su competencia originaria para entender en la acción declarativa de certeza iniciada por una agrupación política a fin de que se declare que el entonces gobernador de la Provincia de Santiago del Estero no se encontraba habilitado para ser candidato a ese cargo por un nuevo período.

Allí el Tribunal señaló que, ante la denuncia de que habían sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma representativa y republicana de gobierno, debía intervenir en su instancia originaria a fin de garantizar el funcionamiento y el acatamiento de los principios constitucionales que las provincias han acordado respetar al celebrar la Constitución Nacional (considerando 4º). Manifestó que la grave ilegitimidad argüida en la demanda hacía surgir un interés federal de tal nitidez que exigía la intervención originaria de la Corte Suprema.

Entiendo que tales extremos excepcionales no se configuran en el caso. Si bien el accionante denuncia una violación al régimen republicano de gobierno, ello luce carente de sustento. En efecto, el artículo 140 de la Constitución de la provincia de Salta dispone: “[...] Gobernador y Vicegobernador [...] Duran en sus funciones cuatro años y no

pueden ser elegidos más de dos veces consecutivas para desempeñarse como Gobernador o Vicegobernador de la Provincia respectivamente, lo que significa tres períodos seguidos. Con el intervalo de un período pueden ser elegidos nuevamente”. En mi entender, la ilegitimidad argüida en la demanda no encuentra sostén en la letra de la norma, considerando la voluntad del constituyente, el contexto histórico y el modo en que fue interpretada y aplicada desde su sanción. En particular, la denuncia esbozada desatiende que la locución “lo que significa tres períodos seguidos” fue expresamente incorporada en la última reforma constitucional con el objeto de zanjar la disputa que se había generado con relación a la posibilidad de que el entonces gobernador fuera reelecto para un tercer mandato, lo que finalmente sucedió.

En este contexto, y dentro del limitado marco cognoscitivo propio de la cuestión de competencia en examen, la accionante no demostró la existencia de una cuestión federal de tal nitidez como la que llevó a la Corte Suprema a habilitar su competencia originaria en el citado caso “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza”.

Por lo tanto, corresponde que la justicia de la Provincia de Salta conozca en este caso, ya que el respeto al sistema federal y a las autonomías provinciales exige que sean los magistrados locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que las cuestiones de índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado por el artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 314:620 y 810; 318:2534 y 2551; 324:2069; 325:3070).

III. En los términos expuestos, dejo por contestada la vista. Buenos Aires, 10 de marzo de 2015. – *Alejandra Gils Carbó*.

Buenos Aires, 8 de abril de 2015

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte los argumentos y la conclusión del dictamen de la señora Procuradora General, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

Por ello, *se resuelve*: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación. – *Carlos S. Fayt. – Elena I. Highton de Nolasco. – Juan C. Maqueda*.

Provincias:

Provincia del Chaco: explotación de casinos y salas tragamonedas; llamado a licitación pública; pedido de nulidad; acción de amparo; rechazo; Defensor del Pueblo; falta de legitimación activa.

1 – *Corresponde rechazar la acción de amparo interpuesta por el Defensor del Pueblo, invocando la representación de todos los habitantes del Chaco, tendiente a que se declare la nulidad del llamado a licitación pública para la explotación y administración de casinos y salas tragamonedas en la provincia por no haberse llamado previamente a audiencia pública, pues, si bien no caben dudas de que el Defensor del Pueblo, como también las asociaciones y el afectado, resultan ser legalmente titulares de intereses y acciones colectivas, en el sub examine los intereses individuales del colectivo no resultan homogéneos, en tanto que los representados invocados por el accionante –los habitantes– no titularizan derechos subjetivos homogéneos, ya que no todos ellos se hallan alcanzados por los efectos del mencionado procedimiento licitatorio, sino solo a los potenciales oferentes y a los oferentes en particular, únicos legitimados para impugnarlo.*

2 – *La acción incoada de amparo interpuesta por el Defensor del Pueblo, invocando la representación de todos los habitantes del Chaco, tendiente a que se declare la nulidad del llamado a licitación pública para la explotación y administración de casinos y salas tragamonedas en la provincia por no haberse llamado previamente a audiencia pública, es inadmisibles pues, más allá de que el demandante se arroga la*

representación de supuestos derechos de incidencia colectiva o intereses difusos colectivos en nombre de la comunidad chaqueña, no se avizora controversia concreta sino un mero cuestionamiento a una política pública relativa a la regulación del juego. R.C.

603 – CNCont.-adm. Chaco, sala II, marzo 4-2015.– Defensor del Pueblo s/acción de amparo.

En la ciudad de Resistencia, capital de la Provincia del Chaco a los cuatro (4) días del mes de Marzo de Dos Mil Quince se reúnen los Señores Magistrados de esta Cámara en lo Contencioso Administrativo, Sala Segunda, Gloria Cristina Silva y Antonio Luis Martínez a fin de resolver en los autos caratulados “Defensor del Pueblo s/ Acción de Amparo” –Expte. N° 6673/15– de los que *resulta*:

Que a fs. 1/23, se presenta el Defensor del Pueblo de la Provincia del Chaco, Sr. Gustavo Adolfo Corregido, con patrocinio letrado, e interpone acción de amparo colectivo con medida cautelar contra el Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco y/o Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas de la Provincia y/o Lotería Chaqueña y/o Quien Resulte Responsable.

Funda la Legitimación Activa. Afirma que conforme Resolución N° 1777 de designación como Defensor del Pueblo del Chaco, es suficiente legitimación procesal para intervenir en las presentes actuaciones, de conformidad a lo establecido en el art. 119 inc. 16 de la Constitución del Chaco, Ley N° 4190, modificada por Ley 6817 Artículo 2, que reproduce. Reproduce también el art. 8 de la ley citada, al que nos remitimos *brevitatis causae*.

Expresa que cuando cualquier estamento del Estado vulnere derechos constitucionales de los ciudadanos chaqueños habilita la intervención de la Defensoría del Pueblo.

Remarca que el art. 1 de la Ley N° 4190, regula la creación del Instituto del Defensor del Pueblo, como órgano con carácter autónomo, cuya función es peticionar ante el Estado en interés de los habitantes de la Provincia. Cita doctrina y jurisprudencia. Expresa que es objeto de la acción que: A) Se declare la nulidad del llamado a licitación pública N° 042/14 para Explotación y Administración de Casinos y Salas de Máquinas Tragamonedas en el interior del Chaco, establecida mediante el Decreto N° 303 de fecha 27 de febrero de 2014, del Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco. B) Para el supuesto de haberse procedido a la adjudicación a la fecha de la Resolución, se declare la nulidad de la misma y del proceso de licitación 042/14, establecido mediante el Decreto N° 303 de fecha 27 de febrero de 2014 del Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco con expresa imposición de costas a la contraria. C) Se ordene a los demandados, que previo al proceso de licitación se debe llamar a una audiencia pública en cada localidad donde se emplazarán las salas de juegos y/o casinos, con amplia participación de la ciudadanía.

Solicita Medida Cautelar de No Innovar.

Expone como antecedentes que en fecha 27 de febrero de 2014 el Poder ejecutivo de la Provincia dictó el Decreto N° 303 mediante el cual efectuó el llamado a Licitación Pública Nacional para la Concesión de la Explotación y Administración de Casinos y Salas de Máquinas Tragamonedas, lo que motivó el dictado de la Resolución N° 125 –obrante a fs. 1 de la Actuación simple NE-47-2014-435-A– de fecha 27 de marzo de 2014 del registro del Instituto Defensor del Pueblo, por la cual se recomienda al Poder Ejecutivo Provincial suspender el proceso licitatorio y convocar a una audiencia pública en los términos previstos en la Ley N° 4654, con el propósito de evaluar los beneficios y desventajas de la implementación del proyecto de concesión.

Que, no obstante lo recomendado, el Poder Ejecutivo no ha adoptado las medidas en relación a la posibilidad de llamado a audiencia pública. Comenta declaraciones del Presidente de Lotería Chaqueña en publicación del Diario Norte en fecha 01 de agosto de 2014.

Afirma que conforme datos oficiales la Provincia del Chaco es una de las que posee los más altos índices de pobreza, por lo cual la instalación de salas de juego impactaría negativamente en los sectores de más bajos recursos de la población, aumentando las dificultades financieras en estos grupos. Que, el 5 de agosto de 2014 se reiteró al Poder ejecutivo remita copia del plan o proyecto integral previsto en las localidades en que se habilitarían las nuevas salas de casino y la necesidad de convocar a una audiencia pública con el propósito de evaluar los beneficios y desventajas de la implementación del proyecto de concesión.

(*) En el mismo sentido, CS, abril 8-2015, “Voss, Germán Amadeo y otro c. Provincia de Salta s/acción declarativa de inconstitucionalidad”.

Que, el 6 de Febrero del corriente año se realizó la apertura de sobres del llamado a licitación Pública.

Expone como fundamentos la ley N° 5840, art. 1 y 2, que reproduce, a lo que nos remitimos *brevitatis causae*. A su vez, invoca lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones para la Licitación Pública Nacional N° 0042/2014 para la Concesión de la Explotación y Administración de Casinos y Salas de Máquinas Tragamonedas en la Provincia del Chaco (Anexo I de la Resolución N° 447/2014). Reproduce los contenidos del Pliego licitatorio, resaltando los objetivos y el plazo de duración de 20 años.

Detalla en un cuadro explicativo los contratos actualmente en vigencia en distintas localidades provinciales y sus respectivos vencimientos.

Detalla la pauta valorativa para la Propuesta y Proyecto de Inversión, el Plan de Negocios y las Pautas Valorativas para el puntaje final, todo según el Pliego de Condiciones Licitatorio.

Analiza la Propuesta de Inversiones Obligatorias, la Memoria Descriptiva que deberá contener aspectos urbanos, funcionales volumétricos y espaciales. Expone el presupuesto de Inversión informando que cada obra deberá detallar los costos que demandará la materialización de las obras civiles. Continúa comentando el Plan de Trabajo que debe elaborar cada oferente.

Invoca Derechos Constitucionales vulnerados. Afirma que existe violación al art. 2 de la Ley N° 5840. Puntualiza que de acuerdo a dicho régimen el Pliego de Licitación se aparta arbitrariamente en cuanto omite exigir –como condición esencial y previa– la inversión en hoteles, centros de entretenimientos, etc. Que, tampoco exige un plan de desarrollo turístico.

Ahonda en consideraciones relativas al ejercicio del poder por los gobernantes con citas de doctrina y jurisprudencia. Invoca la garantía de legalidad establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional y normas complementarias arts. 16, 17, 18 y 28 de la CN.

Señala que son de público conocimiento las consecuencias nocivas que tiene el juego en la salud humana y máxime en poblaciones más pobres como son algunas de los destinos de las nuevas salas de juego, y si bien el Estado debe intervenir para reglamentarlo, es necesario escuchar al pueblo, a los habitantes del lugar ya que serán ellos y sus familiares los futuros usuarios. Remarca que es necesario el llamado a una audiencia pública para que la ciudadanía tome conocimiento de los términos, bases y condiciones de las instalaciones de salas de juego en el interior de la provincia del Chaco, como así también para saber qué medidas adoptará el Estado para controlar el juego a los jugadores compulsivos, en qué se beneficia el Estado en otorgar la concesión aludida.

Comenta un estudio publicado por Diario New York Times, replicado en diarios nacionales acerca de los efectos y la posible inducción a jugadores de bajos ingresos.

Afirma que la instalación de salas de juego impactaría negativamente en los sectores de más bajos recursos de la población, aumentando las dificultades financieras en estos grupos.

Invoca el art. 47 de la Constitución provincial, en cuanto garantiza los derechos de usuarios y consumidores, y la necesidad de participación de los usuarios en los organismos de control. Que, por su aporte, el art. 42 de la Constitución Nacional establece que los usuarios tienen derecho a la protección de intereses económicos, a una información adecuada y veraz.

Expone sus argumentos respecto de la irrazonabilidad del pliego de bases y condiciones para la licitación pública N° 42/14. Reitera que a lo largo del texto de las bases y condiciones se hace referencia a obras de infraestructura en los casinos y salas de juego, inversión en maquinaria, pero no establece nada del proyecto de inversión para el turismo ni hoteles, por lo que el Estado ha omitido un requisito esencial, claro y preciso como ser lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley N° 5840.

Postula la irrazonabilidad de la Concesión. Señala que el canon mínimo garantizado, a partir de la vigencia de la exclusividad que sería el 16/10/2019, es mucho menor de lo que percibe lotería al día de la fecha.

Remarca que si se adjudica la explotación de las salas de juego en el interior con las bases y condiciones *supra* expuestas desaparecería, la finalidad social que tiene por objetivo la Lotería y se vería gravemente perjudicada, ya que existiría una notable disminución en sus rentabilidades comprometiendo negativamente a todo el Pueblo del Chaco.

Expone con detalle lo atinente al canon mensual establecido, su costo mensual y su carácter.

Afirma que resulta irrazonable que se establezca una concesión que resulte deficitaria para la Administración del Estado máxime aún cuando el canon mensual se abonará a partir de octubre de 2019, lo cual constituye un gran negocio para el oferente y una gran pérdida para el Estado.

Expone los fundamentos de procedencia de la acción de amparo, con citas de doctrina y jurisprudencia. Efectúa una profusa reseña de fallos de la CSJN y de doctrina relacionada con la tutela de derechos fundamentales. Invoca también Instrumentos Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.

Aborda la cuestión relativa al carácter colectivo del amparo en la protección de usuarios y consumidores. Efectúa una reseña de los requisitos de procedencia formal de la acción de amparo, con sustento en doctrina especializada.

En capítulo separado fundamenta los recaudos de procedencia de la Medida Cautelar solicitada conjuntamente. Ofrece contracautela.

Ofrece pruebas. Hace reserva del caso federal y petitoria de estilo.

A fs. 24, se corre vista a la Sra. Fiscal de Cámara, sobre la admisibilidad formal de la acción interpuesta. A fs. 25, la Sra. Fiscal solicita la remisión de la medida cautelar tramitada bajo N° 6674/15, que corre por cuerda al presente.

A fs. 29, la parte actora adjunta nueva prueba consistente en Resolución N° 0199, del 19 de febrero de 2015, del Directorio de Lotería Chaqueña, por la cual se adjudica la Licitación Pública Nacional N° 0042/2014, a Casinos del Litoral S.A. El instrumento se glosa a fs. 26/28.

A fs. 30, se dicta providencia de remisión del Expte. N° 6674/15, a la Sra. Fiscal de Cámara.

A fs. 31/32, obra Dictamen Fiscal N° 49, que se expide por la imposibilidad material de admitir la pretensión sin afectar derechos adquiridos del tercero concesionario.

A fs. 33, la parte actora amplía el objeto de la acción, a los fines de que se declare la nulidad del Decreto N° 121 y de la Resolución N° 0199/15, ambos de fecha 19 de febrero de 2015.

A fs. 34, se llama a autos para resolver. Providencia que se encuentra firme.

A fs. 41, obra escrito de ampliación del objeto de la demanda, a fin de que se suspendan los efectos del Decreto N° 127, del Poder Ejecutivo del Chaco, que aprueba el contrato de concesión entre Lotería Chaqueña y el adjudicatario Lotería Chaqueña S.A.

Y, Considerando:

I. Conforme la relación de causa que antecede el Dr. Gustavo Adolfo Corregido en su calidad de Defensor del Pueblo, pretende por vía del acción de amparo incoada: A) Se declare la nulidad del llamado a licitación pública N° 042/14 para Explotación y Administración de Casinos y Salas de Máquinas Tragamonedas en el interior del Chaco, establecida mediante el Decreto N° 303 de fecha 27 de febrero de 2014, del Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco. B) Para el supuesto de haberse procedido a la adjudicación a la fecha de la Resolución, se declare la nulidad de la misma y del proceso de licitación 042/14, establecido mediante el Decreto N° 303 de fecha 27 de febrero de 2014 del Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco con expresa imposición de costas a la contraria. C) Se ordene a los demandados, que previo al proceso de licitación se debe llamar a una audiencia pública en cada localidad donde se emplazarán las salas de juegos y/o casinos, con amplia participación de la ciudadanía.

Refiere que la Resolución N° 1777, de designación como Defensor del Pueblo del Chaco, es suficiente legitimación procesal para intervenir en las presentes actuaciones, de conformidad a lo establecido en el art. 119 inc. 16 de la Constitución del Chaco, Ley N° 4190, modificada por Ley 6817 Artículo 2.

Sustenta la pretensión, concretamente, en que el llamado a Licitación Pública Nacional para la Concesión de la Explotación y Administración de Casinos y Salas de Máquinas Tragamonedas, dispuesto por Decreto Provincial N° 303, es ilegítimo porque fue dispuesto sin previo llamado a audiencia pública, a fin de posibilitar la participación ciudadana.

Agrega, que al ser la Provincia del Chaco una de las que posee los más altos índices de pobreza, la instalación de salas de juego impactaría negativamente en los sectores de más bajos recursos de la población.

Afirma que a lo largo del texto de las bases y condiciones de la Licitación en cuestión, se hace referencia a obras de infraestructura en los casinos y salas de juego, inversión en maquinaria, pero no se establece nada del proyecto de inversión para el turismo ni hoteles, por lo que el Estado ha omitido un requisito esencial, claro y preciso como ser lo dispuesto en el Artículo 2 de la Ley N° 5840. En ese orden, postula la irrazonabilidad de la Concesión. Señala que el canon mínimo garantizado, a partir de la vigencia de la exclusividad que sería el 16/10/2019, es mucho menor de lo que percibe lotería al día de la fecha.

Remarca que si se adjudica la explotación de las salas de juego en el interior de la provincia, con las bases y condiciones *supra* expuestas desaparecería, la finalidad social que tiene por objetivo la Lotería y se vería gravemente perjudicada, ya que existiría una notable disminución en sus rentabilidades comprometiendo negativamente a todo el Pueblo del Chaco.

II. El accionante plantea amparo colectivo invocando el interés de todos los habitantes de la Provincia del Chaco, en virtud de lo cual corresponde efectuar, liminarmente, el análisis de los presupuestos de admisibilidad de la acción incoada. Entre ellos, el relativo a la legitimación procesal del Defensor del Pueblo cuando –como en la especie– se invocan intereses colectivos (vinculado a los “habitantes”). Para ello estimamos conducente analizar la legislación local y la doctrina y jurisprudencia de la CSJN, imperantes sobre esta cuestión.

La acción promovida, exige la necesidad de determinar si el Defensor del Pueblo en el presente, se halla legitimado a fin de demandar la nulidad tanto del llamado como de la adjudicación en un procedimiento administrativo especial (la Licitación Pública) realizada por el Poder Ejecutivo Provincial conforme al Decreto pertinente.

Así también, peticionar que se declare la ilegalidad del incumplimiento relacionado a la audiencia previa pública y asimismo, ausencia del Plan o Proyecto Turístico integral y de desarrollo, previsto en la norma.

Todo a la luz de los preceptos de los arts. 43 de la Constitución Nacional (1853/1994) y art. 19 de la Constitución Provincial (1957/1994), invocándose los intereses de los habitantes de esta provincia.

Siempre, en el caso, ante la facultad de accionar cuando se invoca la vulneración de derechos de incidencia colectiva en general.

Como se viene reiterando, desde el Fallo 332:111 de la CSJN (“Halabi”), ausente la ley general que regule la cuestión de las acciones y procesos colectivos, las únicas reglas existentes hoy las constituyen las del precedente jurisprudencial indicado.

Allí dijo el Máximo Tribunal de nuestro país que en relación a la legitimación que cuando se demanda la protección de estos derechos se debe: 1ro) Determinar la naturaleza jurídica de los derechos que se pretenden proteger; 2do) Determinar qué sujetos del colectivo se hallan legitimados o facultados para accionar o articular estos derechos y, 3ro) Determinar las consecuencias o efectos que la decisión que se dicte produce (Ver: Halabi - reiterado en Mendoza Beatriz Silvia c/ Estado Nacional y Otros “Cavaliere Jorge c/Swiss Medical S.A. y PADEC c/Swiss Medical S.A.”).

Desde la perspectiva de las reglas señaladas, el derecho que se intenta proteger en esta causa, no resulta ser de incidencia colectiva, relacionada a intereses individuales homogéneos, lo que se anticipa tornan inviable la pretensión procesal en trato.

En efecto, como se observa existe un hecho único (fáctico), el procedimiento administrativo de llamado y convocatoria a Licitación Pública, efectuado por el Poder Ejecutivo de la Provincia, a fin de seleccionar y adjudicar la Administración y Explotación de Casinos y de Juegos de Tragamonedas en el interior provincial.

Respecto de la pluralidad de sujetos invocados en representación –los habitantes– se advierte que los mismos no resultarían lesionados por el procedimiento administrativo citado, –siempre que la lesión, a su vez, se acredite adecuadamente–. Ello por la simple razón que no todos los habitantes se hallan alcanzados por los efectos del procedimiento indicado, en tanto este sólo comprende a los involucrados de ese colectivo, potenciales oferentes, los ofertantes y los que adquirieron los pliegos. Únicos a su vez, legitimados para impugnar el procedimiento.

Adviértase que el denominado “llamado” desde su naturaleza jurídica es una regla pero que no tiene alcance general, sólo comprende a los potenciales oferentes y las empresas efectivamente ofertantes. El Pliego o los Pliegos, sí constituyen una regla general respecto de una pluralidad determinada de sujetos, es el Reglamento, pero dicha generalidad sólo comprende a los que realizan las ofertas. Al no quedar comprendidos todos los habitantes, ellos no sólo no portan intereses individuales homogéneos, sino que además no podrían resultar lesionados con ese alcance.

La pretensión de nulidad y de declaración de mera ilegalidad no está enfocada en los efectos comunes del colectivo señalado –abarcado por el procedimiento administrativo de licitación– sino respecto de todos los habitantes, entrañando la denominada acción popular. La lectura de los textos que regulan el procedimiento administrativo de marras revela que sus cláusulas no alcanzan por igual y sin excepciones a todo el colectivo que se pretende proteger –los habitantes–. Por ello, se ha expresado que en la República Argentina no se pueden convertir estas acciones en acciones populares o públicas (ver Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos Precedentes - Derecho Administrativo –Director Juan Carlos Cassagne– pág. 991/1001).

Sobre la importancia de la legitimación se ha dicho que “...en esencia, la cuestión de la legitimación es si el demandante tiene derecho a que el tribunal decida el fondo de la disputa o de asuntos específicos. Esta cuestión involucra tanto límites constitucionales a la competencia judicial como límites a su ejercicio basados en razones de prudencia. En ambos casos, ella está fundada en la preocupación sobre el adecuado rol de los tribunales en una sociedad democrática” (Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia Colectiva, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 138).

El Art. 8 de la Ley N° 4190/95, establece: “A los efectos de la presente ley el concepto ‘interés de los habitantes’ comprende todo aquello vinculado a la defensa de los derechos constitucionales, individuales, colectivos y difusos frente a los actos, hechos u omisiones de la administración y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones; así como la supervisión sobre la eficacia en la prestación de los servicios públicos, sean estos prestados por entes públicos o privados”.

La doctrina define al proceso colectivo como “Aquel que tiene pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes. Un primer elemento de calificación es la existencia de un conflicto sobre una pluralidad de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos. Para clarificar este aspecto podemos decir que un derecho individual origina un proceso individual, pero cuando aún un conflicto sobre una pluralidad de derechos afectados por una causa legal o fáctica común, es colectivo [sic]. También lo es cuando se refiere a un bien de incidencia colectiva” (Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia Colectiva, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 75).

A su vez, en relación a este tipo de procesos, la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Halabi”, sostuvo que “En todos estos supuestos, la comprobación de la existencia de un ‘caso’ es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la Ley 27; y fallos 326:3007, considerando 6 y 7; 311:2580, considerando 3, y 2342, considerando 7, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el ‘caso’ tiene una configuración típica en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, resultando también relevante determinar si la controversia en cada uno de estos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible”.

A partir de allí, deben contemplarse tres situaciones: a) La acción colectiva requiere una “controversia”, lo que la diferencia de la acción popular que refiere al control de la mera legalidad. b) El “caso” puede referirse a una afectación actual o a la amenaza de afectación de un bien, como sucede con la tutela preventiva. c) El caso puede estar relacionado con bienes individuales, individuales homogéneos o colectivos (Cfr. Lorenzetti, ob. cit. págs. 104/105).

Entonces, siguiendo la doctrina de la CSJN, en materia de legitimación procesal pueden diferenciarse tres cate-

gorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva, que tiene por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (Cfr., Lorenzetti, ob. cit. págs. 104/105).

En el precedente “Halabi”, la Corte precisó que en los casos que involucran derechos sobre *bienes colectivos* “la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa”. Debe probarse el perjuicio sobre el bien colectivo, perteneciente a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. La tutela de derechos de incidencia colectiva referida a bienes colectivos (v. gr. ambiente, derechos de usuarios y consumidores, el trato antidiscriminatorio, patrimonio cultural, la salud pública, etc.), pertenece al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados.

En los conflictos sobre *derechos individuales homogéneos*, no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Procederá también cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los supuestos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones individuales. En éstos, la existencia de controversia no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. El perjuicio recae sobre la persona o el patrimonio, cierto y diferenciado. La que no es diferenciada es la causa que produce el daño, ya que es común a otros derechos subjetivos. De allí que el pretensor debe probar dos elementos:

a) el perjuicio diferenciado como elemento para su legitimación causal activa y procesal y b) La causa común del perjuicio causado o en vías de ser causado a un grupo de derechos subjetivos para justificar la agregación (acción colectiva) (Cfr. Lorenzetti, ob. cit. pág. 106).

La Corte, en el comentado precedente “Halabi” ha delineado los elementos a tener en cuenta en el proceso colectivo: “...El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como ambiente, el consumo o la salud...” (CSJN H. 270. XLII [24/02/2009]). A los que agregamos los atinentes al debido proceso, relativos a la notificación y la publicidad.

Ahora bien, en lo que atañe a la figura del *Defensor del Pueblo* se sostuvo que su *legitimación* es representativa. Que su misión es la tutela y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses que la Constitución Argentina y las leyes contienen al respecto (Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional, Amparo, Doctrina y Jurisprudencia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 350).

Por su parte, se ha caracterizado a la legitimación del Defensor como anómala, en el sentido de que es diversa de la ordinaria. Se trata de una legitimación eminentemente funcional que, en teoría, no debiera contener reproches técnicos dado que su consagración constitucional le asegura un sólido respaldo jurídico e institucional. Sin embargo, la interpretación judicial, ha delimitado tendencias que deben ser tenidas en cuenta (Cfr. Lorenzetti, ob. cit. pág. 144).

III. Establecidos los lineamientos conceptuales que anteceden conviene recordar que el accionante plantea un amparo colectivo invocando la representación de todos los habitantes del Chaco, aduciendo, centralmente, a) la nulidad tanto del llamado a licitación pública realizado por el Poder Ejecutivo, como así también de la adjudicación (si esta existiese) de dicho procedimiento administrativo. Y, b) que la licitación pública para Explotación y Administración de Casinos y Salas de Máquinas Tragamonedas en el interior del Chaco, compromete el interés público, con base en los siguientes argumentos: 1) no haberse realizado la audiencia pública prevista en la Ley N° 4654, con el propósito de evaluar los beneficios y desventajas de la implementación del proyecto de concesión y permitir la participación ciudadana; 2) por violación del art. 2 de la Ley N° 5840, en punto a la inversión en hoteles, centros de entretenimientos, etc. y que, tampoco exige un plan de desarrollo turístico. Y 3) que la instalación de salas de juego impactaría negativamente en los sectores de más bajos recursos de la población.

En ese contexto, debe determinarse si la acción de amparo articulada reúne los presupuestos legales para su procedencia (art. 42 Constitución Nacional –1853/1994– y art. 19 Constitución Provincial –1957/1994–).

En dicho cometido, señalamos que conforme con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación “dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor es un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia, pues la justicia nacional no procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte” (CSJN “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, Fallo publicado en la LL del 25-7-2007 p. 11). En definitiva, la Corte ha delineado un criterio restrictivo –que por ahora sigue manteniendo–, que tiene que ver con el intento de interpretar fielmente el rol constitucional que está mandado a cumplir al Defensor del Pueblo (cfr. Lorenzetti, ob. cit. pág. 150).

En el *sub lite*, el amparista invoca la representación de los habitantes de la provincia del Chaco aduciendo que el procedimiento licitatorio en cuestión compromete el interés de la comunidad toda. Esta afirmación, en relación a su legitimación comprende dos dimensiones centrales y que deben justificar su legitimación, a saber: a) el invocar la mera representación de “habitantes”, al igual que el concepto “ciudadanos”, constituye una extrema generalidad que no autoriza legitimación, ni causa (CSJN precedente “Bussi”). b) Para el caso, la lesión concreta y efectiva que el fáctico homogéneo provoca en los intereses individuales homogéneos, que como aspecto común de la pretensión constituye la homogeneidad normativa. La sola invocación del concepto jurídico indeterminado “interés público”, no resulta suficiente a los fines de su acreditación. Se debe acreditar ostensiblemente de cómo, por qué y en qué medida concretamente la lesión a él se verifica. Las críticas deben desestimarse cuando la parte “no ha logrado demostrar el perjuicio concreto que la aplicación de dicha norma podría haberle ocasionado, por lo que la objeción planteada aparece sustentada en un agravio “hipotético” y es “prematura” (cfr. causa “Panizza”, Fallos 326:216 y de Mayo Salvador D.93 XXXVII - CSJN). No logra el amparista demostrar cuál es la lesión concreta que los vicios denunciados provocan en el interés colectivo cuya tutela peticiona.

La figura jurídica del instituto del Defensor del Pueblo, cuya transcendencia institucional en el Estado Constitucional de Derecho Social actual, no desconoce este Tribunal (art. 1, Ley N° 4190), no expone ni acredita qué efectos habría de tener un pronunciamiento favorable a lo peticionado –suspensión y/o declaración de nulidad del llamado a licitación pública y/o de la adjudicación y consiguiente realización de las audiencias públicas– pues la sola invocación de “posibilitar la participación ciudadana” resulta insuficiente a los fines de exaltar la Jurisdicción, máxime cuando –como en el caso– se halla involucrado el ámbito de actuación de otro Poder del Estado, en ejercicio y diseño de políticas públicas. Al respecto, no resulta ocioso señalar que en la República el único titular de la soberanía es el Pueblo, quien delega en sus representantes dicho poder a fin de regular formalmente los límites de las atribuciones de la Administración. Y es precisamente, el legislador, quien en materia de políticas estatales relativas al juego autoriza la administración y explotación de Casinos y Salas Tragamonedas en forma directa por el propio Estado y con participación privada (Ley N° 500 y modificatorias Leyes N° 3827, N° 3854 y N° 5840).

Aunque, recordando que ninguna esfera de actuación del poder se halla exenta de control judicial, siempre y cuando –claro está– se den los recaudos que habiliten la Jurisdicción dentro de los límites legales –art. 116 CN–.

En ese orden de ideas, tenemos presente que en asuntos similares, aunque no idénticos, el Máximo Tribunal Nacional aplicó su inveterada doctrina respecto de la exigencia de “causa” para suscitar un pronunciamiento del tribunal. En tal sentido sostuvo que: “Admitir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo peticione sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurren los presupuestos básicos de la acción, ejerciendo, de ese modo, una función exorbitante y abusiva, consintiendo que actúe fuera del Estado de Derecho que a él mismo incumbe” (CSJN “Frías Molina Nélica N. c/ Caja Nacional de Previsión Social para el personal del Estado y Servicios Públicos”, reiterada en Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional” del 21/12/2000).

La Corte ha sentado que: “...para que emerja un ‘caso’ se exige –entre otros requisitos– que la acción tenga por finalidad fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos 397:1379; 308:1489-310:606-311:421;321551 [sic]). En ese sentido recaló en Fallos 322:528 –la legitimación procesal tanto de la actora, cuando de la demandada– constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que deba ser resuelto por el tribunal”. La falta o ausencia de causa “no importa en modo alguno excluir ni retacear la intervención del Poder Judicial de la Nación para conocer en eventuales planteos que postulen la inhabilidad...” siempre que, como se señaló, la cuestión sea introducida por una parte legitimada en el ámbito de una causa judicial de naturaleza contenciosa cuya competencia corresponda al citado magistrado (art. 116 y 117 de la CN y 2 Ley N° 27). En la causa “Cámara de Comercio, Industria y Producción de Resistencia c/ AFIP s/ Amparo - del 26/08/03” (CI592 XXXVI) el cimero tribunal expresó que no compete a los jueces realizar declaraciones generales o abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de derechos (Fallos 2253. 24:284; 94:444; 94:51; 130:1571:27 [sic]). Y agrego que la protección de los contribuyentes o de los ciudadanos, dada su base potencialmente amplia, es precisamente el tipo de influencia que en una democracia debe ser utilizada ante las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles frente a la actitud de la población, modalidad de naturaleza política a la que es ajeno el Poder Judicial... tal supuesto equivaldría a una acción popular, a una defensa abstracta de la legalidad, inadmisibles en nuestro sistema federal. Cabe resaltar que la sola invocación de la afectación de derechos constitucionales de la comunidad chaqueña por la instalación de salas de juegos en el interior provincial o, el impacto negativo que tendría sobre los sectores poblacionales de menores recursos, constituye una expresión de generalidad extrema y conjetural carente de acreditación que no habilita la función jurisdiccional y en el supuesto traído a examen, el despacho pretendido. Tampoco estimamos probada una amenaza actual o inminente sobre cómo se afectaría al colectivo invocado.

En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal Nacional destacó que “la amenaza ilegal contra un derecho constitucional, a fin de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que lo pusiera en peligro efectivo e inminente”. Por consiguiente, entendió que la acción de amparo deducida carecía de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción “pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural” (CSJN “Frías Molina Nélica N. c/ Caja Nacional de Previsión Social para el personal del Estado y Servicios Públicos”).

Sobre esas bases estimamos que no se cumplen –en el caso– los recaudos necesarios para instar la intervención jurisdiccional pues no se expone una lesión concreta ni una amenaza de tal magnitud probada que pusiera en peligro efectivo e inminente a los derechos invocados. Menos aún se concreta cuál es el agravio que provocaría la –hipotética– violación del art. 2 de la Ley N° 5840, en punto a la inversión en hoteles, centros de entretenimientos, etc. y plan de desarrollo turístico. Que debe manifestarse palmario, patente, ostensible, evidente (Fallos: 323:1825, 275:320, 296:527, 302:1440; 305:1878, 306:788, 319:2955, entre otros).

En este lineamiento, la Corte Suprema ha señalado que “La incorporación de intereses generales o ‘difusos’ a la protección constitucional, en nada enerva la exigencia de exponer cómo tales derechos se ven lesionados por un acto ilegítimo o por qué existe seria amenaza de que ello suceda, a efectos de viabilizar la acción de amparo. En dicha tarea será relevante determinar si, asumiendo la justiciabilidad de un caso, un pronunciamiento favorable al demandante, podría reparar el daño invocado, teniendo en cuenta que un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes” (CSJN “Frías Molina Nélica N. c/ Caja Nacional de Previsión Social para el personal del Estado y Servicios Públicos”).

Finalmente, aclaró que tal deficiencia no se ve superada por la argumentación relativa a la eventual amenaza de que tales derechos constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no habían concretado la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión no definida. De ello deriva que la ampliación constitucional de los arts. 42 y 43 en punto a la legitimación, no implica la automática aptitud para demandar, sin examen de la existencia de cuestión susceptible de instar el ejercicio de la jurisdicción (Cfr. CSJN Fallo “Zatloukal, Jorge c/ Estado Nacional s/ Amparo”. Z. 54.XLIV).

El Poder Judicial sólo interviene en las decisiones de causas y la legitimación procesal constituye un presupuesto necesario para que exista “causa” o “controversia” en los términos de la jurisprudencia de este Tribunal (Fallos: 322:528, 326:3007). Es que “caso”, presupone “parte” y esta “legitimación”. CSJN causa “Asociación por los Derechos Civiles c/ Estado Nacional” Sentencia 3-8-2010-A 1319 XLIII. Admitir legitimación, en un grado que la identifique con el generalizado interés de “todos los ciudadanos en el ejercicio de los Poderes de Gobierno” deformaría las “atribuciones del Poder Judicial” en sus relaciones con el Poder Ejecutivo y Poder legislativo (CSJN Fallo 242:353). Adiciónase a ello que las impugnaciones a un procedimiento administrativo de licitación pública –como este– sólo legitima a las observaciones a los potenciales oferentes, frente a las condiciones del pliego, recaudos, pre-adjudicación, adjudicaciones, ofertas, etc., y a los oferentes en particular (ver “Derecho Administrativo. Acto. Procedimiento administrativo. Otros Estudios - Julio Comadira - M. Marienhoff, 2da. Ed. actualizada, LexisNexis, Abeledo-Perrot. Pág. 214-215).

En suma, no caben dudas que tanto el Defensor del Pueblo como también las Asociaciones y el afectado, resultan ser legalmente titulares de intereses y acciones colectivas. En el caso, referidas a los habitantes. No obstante en el “sub examine” los intereses individuales del colectivo no resultan homogéneos. Ello así pues, los representados invocados por el accionante –los habitantes– no titularizan intereses o derechos subjetivos homogéneos, en tanto, todos ellos no se hallan comprendidos o alcanzados por el colectivo contenido en el procedimiento administrativo especial del llamado y convocatoria a la licitación pública de Administración y Explotación de Casinos y Juegos Tragamonedas. Se sigue de esto que sus intereses aunque individuales del colectivo general, no son homogéneos, con los comprendidos en el procedimiento impugnado.

Los vagos términos de la demanda en examen ponen al magistrado en la inadmisibles situación de tener que escrutar el universo de afectados, a partir de las genéricas afirmaciones allí expuestas y sin contar con los elementos suficientes, constatar si entre ellos existe un “grupo relevante” respecto del cual se verifiquen los recaudos que habilitan la procedencia de la acción colectiva.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación “... Que, en este sentido, y habiendo ya transcurrido más de cinco años desde el dictado del precedente ‘Halabi’ (Fallos: 332:111), resulta razonable demandar a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros. Por iguales motivos, también cabe exigir que se expongan en forma circunstanciada, y con suficiente respaldo probatorio, los motivos que llevan a sostener qué tutela judicial efectiva del colectivo representado se vería comprometida si no se admitiera la

procedencia de la acción...” (CSJN “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros” (10/02/2015).

Ello lleva a nuestra convicción que, en ese marco, el Defensor del Pueblo, en el caso no es titular de la relación jurídica sustancial y en consecuencia, no es parte ni se halla legitimado para accionar.

En función de los parámetros expuestos estimamos que la acción incoada deviene inadmisibles en la forma en que ha sido planteada habida cuenta que –más allá de que el demandante se arroga la representación de supuestos derechos de incidencia colectiva o intereses difusos colectivos en nombre de la comunidad chaqueña– no se avizora controversia concreta sino un mero cuestionamiento a una política pública relativa a la regulación del juego, en virtud de lo cual corresponde su rechazo.

“Obiter dictum” es conducente señalar que el amparista denuncia la ilegitimidad e irrazonabilidad de un procedimiento licitatorio para la Explotación y Administración de Casinos y Salas de Máquinas Tragamonedas en el interior del Chaco, lo que implica una cuestión que involucra –como se dijo– un procedimiento de corte netamente administrativo con instancias propias y notas tipificantes, cuyo control judicial requiere de amplitud probatoria lo que no condice con la acción sumarísima articulada.

Las circunstancias apuntadas no aparecen probadas en el *sub examine* toda vez que la actora ha omitido demostrar que su pretensión no pueda hallar tutela adecuada en los procedimientos ordinarios ni que se encuentre impedida de obtener, mediante ellos, la reparación de los perjuicios que eventualmente podrían causarles las circunstancias alegadas. Es más, en el limitado ámbito de conocimiento que ofrece un expediente como el presente, se puede afirmar que un proceso de conocimiento amplio garantiza una decisión que se sustente en el examen pormenorizado de las diversas pruebas que la actora somete a la decisión de la justicia (CSJN “Provincia de San Luis c/ Estado Nacional s/ amparo” S.500.XLIV).

Esta razón resulta suficiente para entender que la vía elegida, en la oportunidad en que fue introducida (advirtase que el Decreto N° 303, es del 27 de febrero de 2014), resulta notoriamente inidónea para arribar a una declaración de certeza acerca de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del accionar de la Administración en el caso. Pues, a la fecha se han desarrollado los pasos procedimentales pertinentes, con intervención de los organismos técnicos y jurídicos, dictándose la Resolución N° 0199/15 y el Decreto N° 121/15, que resuelven la preadjudicación.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado que: “la acción de amparo no es viable en cuestiones opinables que requieren debate o prueba o cuando la naturaleza del asunto exija aportar al pleito mayores elementos de convicción que los ya arrojados a autos” ... “Si el caso planteado versa sobre cuestiones fácticas o jurídicas opinables o reclama –por su índole– un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que estos sean juzgados con sujeción a las formas legales establecidas al efecto” (citas jurisprud. extraídas de “La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional”, JA pág. 800, LL 1976-D-433 y 1977-A-479).

A todo lo dicho cabe agregar que el amparo no procede respecto a la actividad administrativa sino cuando ésta es inequívoca y manifiestamente ilegal, porque la razón de la institución de aquél no es someter a la supervisión judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, sino para proveer de remedio inmediato contra la arbitraria invasión palmaria de derechos reconocidos por la Constitución Nacional.

Por todo lo expuesto, la acción de amparo promovida corresponde sea declarada inadmisibles.

IV. En relación a las costas, señalamos que las acciones y procesos colectivos, ante la ausencia de legislación específica que las regule, constituyen en la actualidad una cuestión de derecho que enfrenta una multiplicidad de problemas a resolver, hallando únicamente reglas pretorianas para un supuesto (Fallos Halabi 332:111). Así se sostiene que algunos de ellos se relacionan con la defensa de los que integran el colectivo activo y pasivo, los intereses de terceros al colectivo, y al pleito, la representación e idoneidad del mismo colectivo, la legitimación anómala o extraordinaria del Defensor del Pueblo, al igual que lo relativo al cumplimiento por éste de los requisitos reglados por la Corte en el caso Halabi.



EL DERECHO

Diario de Jurisprudencia y Doctrina

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

Asimismo, señalaron que el aumento del radicalismo islámico debe ser combatido a través de la enseñanza de “una cultura de tolerancia, paz y libertad de credo”.

“Hacemos un llamamiento a todas las personas que reivindican tener un interés en nuestro destino para que nos ayuden a continuar”, destacan en su exhortación a la comunidad internacional. “Pedimos que asuman su responsabilidad y detengan las guerras en nuestra tierra”, subrayaron.

“Somos personas originarias de esta tierra, profundamente arraigadas a este suelo que fue regado con el sudor de la frente de nuestros padres y abuelos, y aseguramos que ahora, más que nunca, nos quedaremos aquí”, han concluido.

Por su parte, Al Yazigi destacó que esta reunión es “un mensaje de verdad al pueblo del Levante y al resto del mundo”, y que supone un llamamiento a la paz y la reconciliación a la luz de los acontecimientos que tienen lugar en este país.

El patriarca griego-ortodoxo acusó también a la comunidad internacional y a la ONU de “negligencia” a la hora de tratar “las heridas sangrantes” en Siria, Líbano, Irak, Egipto, Yemen, Libia y Palestina.

Al Yazigi lamentó que los cristianos y otros grupos, tanto minoritarios como mayoritarios, estén pagando “el precio del desplazamiento, el terrorismo y la mentalidad takfiri (musulmana radical)” en todos esos países.

“Pese a todas las circunstancias que obligaron a nuestros hijos a abandonar su patria y pese a las dificultades y miserias actuales, decimos y repetimos que la patria es nuestra identidad, y viceversa”, enfatizaron.

En Siria –indica la agencia EFE– los cristianos suponían el 10 por ciento de la población antes del inicio del conflicto, en marzo de 2011. Al igual que muchos de sus compatriotas de otras confesiones religiosas, muchos de ellos huyeron del país por la guerra y, más recientemente, ante la creciente amenaza del autoproclamado Califato islámico.

VOCES: CULTO - CULTURA - DERECHO - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - ORGANISMOS INTERNACIONALES - FILOSOFÍA DEL DERECHO - IGLESIA CATÓLICA

La prohibición de reelecciones en el Brasil

El 28 de mayo se aprobó en primera lectura de la Cámara de Diputados del Brasil una enmienda para poner fin a la reelección consecutiva de cargos electivos y limitar el financiamiento privado de las campañas electorales. Recordemos que la reforma política fue una de las propuestas formuladas por la presidenta Dilma Rousseff al asumir a principios de año su segundo mandato.

La propuesta de poner fin a la reelección consecutiva de presidente, gobernadores y alcaldes fue presentada por el pequeño partido opositor Demócratas (DEM), pero obtuvo el respaldo de las tres principales fuerzas políticas del país: el oficialista Partido de los Trabajadores (PT); su aliado, el Partido del Movimiento Democrático Brasileño (PMDB); y el férreo opositor Partido de la Social Democracia Brasileña (PSDB). La iniciativa recibió una abrumadora mayoría de 452 votos frente a 19 en contra y 1 abstención.

El proceso de enmienda en el Brasil requiere sucesivas intervenciones de ambas Cámaras. La iniciativa para ello corresponde: 1) a un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de los Diputados o del Senado Federal; 2) al Presidente de la República; o 3) a más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas por mayoría relativa de sus miembros. La propuesta será discutida y votada en cada Cámara del Congreso Nacional dos veces, considerándose aprobada si obtuviera en ambas tres quintos de los votos de los respectivos miembros. Por ende, se trató apenas del primer paso de un largo camino.

La reelección de los cargos ejecutivos fue sorpresivamente instaurada en 1997 por el gobierno de Fernando Henrique Cardoso; había sido resistida durante mucho tiempo por el Partido de los Trabajadores y por uno de sus fundadores, el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, aunque luego hizo uso de ella. En la campaña electoral del año pasado, en la que Dilma obtuvo una ajustada victoria, los candidatos opositores Aécio Neves y Marina Silva instauraron la idea de acabar con la reelección.

De convertirse en realidad, la medida no afectaría a los alcaldes elegidos en 2012 ni a los gobernadores que ganaron su primer mandato en 2014, lo cual fue una concesión que se ofreció para contar con mayor respaldo político. Dilma Rousseff, por encontrarse en su segundo mandato, tampoco podrá aspirar a continuar en el poder más allá de 2018.

“Nuestra bancada entiende que la reelección fue un instrumento que no se mostró productivo para nuestro país”, señaló el líder del PMDB en la Cámara, Leonardo Picciani, pese a que otros legisladores lamentaron que no se haya dado tiempo suficiente para que el mecanismo funcione adecuadamente.

“Creo que Brasil es un país que no deja que las ideas se consoliden”, destacó, por su parte, el líder de los Demócratas, José Mendonça Filho.

Los diputados, por otra parte, rechazaron una propuesta impulsada por el gobierno para establecer el financiamiento exclusivamente público de las campañas electorales. Por 330 votos a favor y 141 en contra, se aprobó que las empresas puedan seguir realizando donaciones a los partidos, aunque no directamente a los candidatos.

El financiamiento de las campañas electorales se ha vinculado con la investigación sobre el multimillonario caso de corrupción en Petrobras; apuntan a que el PT y sus aliados se habrían beneficiado de los sobornos cobrados por exdirectivos de la compañía petrolera estatal, que fueron desviados a esos partidos.

El debate y las votaciones sobre otros puntos de la reforma política continuarán en estos días. En la mesa hay propuestas para ampliar a cinco años el mandato único para presidente, gobernadores y alcaldes, terminar con el voto obligatorio para personas de entre 18 y 70 años, y unificar en el mismo año las elecciones municipales con las regionales y las nacionales.

Otra que ha causado graves protestas otorga al Congreso poder para decidir sobre la demarcación (o mapeo) de los territorios indígenas. Esta responsabilidad recae actualmente sobre el departamento de asuntos indígenas del Gobierno.

De aprobarse la propuesta, entienden que causaría enormes retrasos en el reconocimiento de las tierras indígenas, muchos territorios indígenas verían probablemente disminuido su tamaño y, señalan, aumentarían los violentos enfrentamientos por la tierra.

Tupã Karaí, un indígena guaraní que participó en la protesta de abril de este año, dijo: “El grupo de políticos no indígenas quiere matar a todos los indígenas de Brasil. Por eso estamos aquí”.

VOCES: DEMOCRACIA - DERECHO COMPARADO - ELECCIONES - DERECHO CONSTITUCIONAL - ESTADO EXTRANJERO - PODER EJECUTIVO - DERECHO POLÍTICO

Se anuncia una nueva Constitución en Chile

La presidenta de Chile, Michelle Bachelet, anunció el 28 de abril que a partir de septiembre se iniciará un proceso para elaborar una nueva Constitución.

La mandataria hizo el sorpresivo anuncio en un mensaje transmitido desde el Palacio de La Moneda en cadena nacional, en el que también dio a conocer algunas medidas anticorrupción.

“En septiembre, mes de Chile, daremos inicio al Proceso Constituyente abierto a la ciudadanía, a través de diálogos, debates, consultas y cabildos, que deberá desembocar en la Nueva Carta Fundamental, plenamente democrática y ciudadana, que todos nos merecemos”, dijo durante su mensaje.

La actual Constitución de Chile proviene del texto elaborado por el gobierno militar en 1980, aprobado por referéndum popular, pero luego tuvo importantes reformas hacia una mayor democratización, especialmente en 1989 y 2005.

Los proyectos de reforma pueden ser iniciados por mensaje del Presidente de la República, pero refiriéndose a aspectos sustanciales necesitan, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio. Luego son sometidos al Presidente, quien puede vetarlos, y, si hubiere insistencia de las Cámaras, convocar a un plebiscito.

VOCES: DEMOCRACIA - DERECHO COMPARADO - DERECHO CONSTITUCIONAL - ESTADO EXTRANJERO - PODER EJECUTIVO - DERECHO POLÍTICO

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ley 5276. Códigos. Vialidad. Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Modificación (Sancción: 14-5-15; Promulgación: 5-6-15; B.O. 11-6-15).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

El acceso al alimento necesario es un derecho para todos y no permite exclusiones

Ciudad del Vaticano, 11 junio 2015 (AICA): “Responder al imperativo de que el acceso al alimento necesario es derecho para todos, y los derechos no permiten exclusiones”, afirmó el papa Francisco en su discurso a los participantes de la 39ª sesión de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), a quienes recibió en la Sala Clementina del Vaticano.

En su discurso, el pontífice exhortó a los Estados miembros de la FAO a encontrar soluciones y recursos para hacer frente al problema de la nutrición, y les pidió no “descuidar la obligación de erradicar el hambre y prevenir la desnutrición en todo el mundo. No sólo actualicen los datos, cosa necesaria porque muestra la realidad”.


“Hay que asumir con más decisión el compromiso de modificar los estilos de vida, y quizás tendremos necesidad de menos recursos”, estimó y agregó: “La sobriedad no se opone al desarrollo, por el contrario, es evidente que se ha vuelto su condición. Para la FAO esto significa también continuar con la descentralización para estar en medio al mundo rural y comprender las necesidades de la gente que es llamada a servir”.

El Papa recordó que para terminar con el hambre en el mundo preocupan “los cambios climáticos” pero, advirtió, “no podemos olvidar la especulación financiera”.

El pontífice argentino también se refirió al agua, símbolo de la vida, y aseguró que la FAO debería ayudar a “garantizar hoy y en el futuro que todos puedan acceder al agua”.

En otro momento de su discurso, Francisco pidió frenar “el acaparamiento de la tierra” de parte de las “multinationales” que sustraen a pueblos y personas amplias áreas de su territorio.


VOCES: IGLESIA CATÓLICA - DERECHOS HUMANOS - DERECHO AMBIENTAL - RECURSOS NATURALES - PERSONA - TRATADOS Y CONVENIOS - ORGANISMOS INTERNACIONALES - ECONOMÍA



Novedad

“Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”

La reforma más importante del Derecho Privado Argentino




CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
Texto aprobado por Ley 26.994
Legislación complementaria
Textos actualizados
Tratados internacionales, leyes nacionales y decretos reglamentarios

Año: 2015
1140 págs.
ISBN: 978-987-3790-10-2

OFERTA LANZAMIENTO \$ 470
Descuento especial para suscriptores de El Derecho 15%

Venta telefónica: (011) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar - elderecho@elderecho.com.ar
Tucumán 1436/1438 (C1050AAD) - Buenos Aires - Argentina



EL DERECHO