

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
LOGROS Y OBSTÁCULOS

Néstor Pedro Sagüés

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
LOGROS Y OBSTÁCULOS

Reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional, las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo.

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Lima, 2008

Derecho Procesal Constitucional.
Logros y obstáculos
Primera edición: Lima, diciembre 2008

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú
N° 2008 - 16546

© Néstor Pedro Sagüés
© Tribunal Constitucional del Perú
Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
Jr. Ancash 390 – Lima
Derechos editoriales cedidos por Ad-Hoc y Konrad Adenauer Stiftung

El presente libro ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea, a través del Proyecto de Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia del Perú – JUSPER. Su contenido es de exclusiva responsabilidad de su autor y no refleja necesariamente las opiniones del Proyecto ni de la Unión Europea.

Impresión: Editorial Gráfica CARVIL S.A.C.

ÍNDICE

Presentación de Gerardo Eto Cruz	15
Prólogo	19

Capítulo I LOS DESAFÍOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. <i>Introducción. Los "tres cumpleaños" del derecho procesal constitucional</i>	21
2. <i>El desafío espacial</i>	23
3. <i>El desafío metodológico</i>	25
4. <i>El desafío ideológico</i>	31
5. <i>Conclusiones</i>	34

Capítulo II EL DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: LOGROS Y OBSTÁCULOS

6. <i>Introducción</i>	37
7. <i>Razones de un éxito</i>	38
8. <i>Riesgos y pruebas</i>	41
9. <i>Recapitulación</i>	45

Capítulo III REFLEXIONES SOBRE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

10. <i>Introducción. Soles y bemoles de la codificación procesal constitucional</i>	47
11. <i>Las rutas de la codificación</i>	49
12. <i>Las opciones de la codificación</i>	50
13. <i>Los topes de la codificación</i>	51

14. <i>La codificación y sus mercados</i>	52
15. <i>El destino de la codificación</i>	53

Capítulo IV
EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL
DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN

16. <i>Introducción. La ley 6944</i>	55
17. <i>Diseño exterior del Código</i>	57
18. <i>Título I. Principios generales</i>	57
19. <i>Título II. Garantías a los derechos personales</i>	58
20. <i>Hábeas corpus</i>	61
21. <i>El amparo general</i>	62
22. <i>Amparos especiales</i>	65
23. <i>Título III. Control jurisdiccional de constitucionalidad.</i>	68
24. <i>Título IV. Disposiciones finales</i>	70
25. <i>Reexamen</i>	70
26. <i>Problemas complementarios</i>	72

Capítulo V
LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EXHORTATIVAS
("APELATIVAS" O "CON AVISO")

27. <i>Introducción. Las sentencias "atípicas" en materia de control de constitucionalidad</i>	75
28. <i>Variables de las sentencias atípicas</i>	77
29. <i>Las sentencias exhortativas como especie de las sentencias manipulativas. Tipos</i>	78
30. <i>La situación en Argentina. Caso "Verbitsky"</i>	82
31. <i>El mensaje reformista del fallo</i>	84
32. <i>Conclusión</i>	87

Capítulo VI
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LA "NORMA IMPORTADA"

33. <i>Introducción</i>	89
34. <i>El derecho extranjero opuesto a la Constitución Nacional</i>	90
35. <i>El derecho extranjero opuesto a la Constitución de ese</i>	

<i>mismo país extranjero. Distintas hipótesis.....</i>	91
36. <i>Conclusiones</i>	96

Capítulo VII

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

37. <i>Introducción. El pasado. Derecho comparado y argentino</i>	97
38. <i>El cambio</i>	100
39. <i>El futuro</i>	102
40. <i>¿Un nuevo subtipo de arbitrariedad?</i>	104

Capítulo VIII

LA "MEDIDA DE SATISFACCIÓN INMEDIATA" (O "MEDIDA AUTOSATISFACTIVA") Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

41. <i>Introducción</i>	107
42. <i>Condiciones para la constitucionalidad de la sentencia-medida autosatisfactiva</i>	109
43. <i>¿Está la sentencia-medida autosatisfactiva en la Constitución?</i>	111

Capítulo IX

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS GENERALES Y LAS VÍAS PARA REMEDIARLA

44. <i>Introducción. Distintos tipos de inconstitucionalidad por omisión.....</i>	115
45. <i>Inconstitucionalidad por mora</i>	116
46. <i>Inconstitucionalidad por negación</i>	118
47. <i>Mora legisferante. Dimensión sociológica</i>	119
48. <i>Dimensión normativa. Eficacia de las normas constitucionales programáticas</i>	120
49. <i>Respuestas constitucionales a la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas</i>	123
50. <i>La inconstitucionalidad por omisión ante el silencio</i>	

<i>constitucional. Aclaración preliminar</i>	127
51. <i>Doctrina de la inacción judicial</i>	129
52. <i>Doctrina del control judicial</i>	131
53. <i>Los riesgos de la revisión judicial</i>	135
54. <i>Conclusión</i>	136

Capítulo X
UN CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISIÓN LEGISLATIVA

55. <i>Introducción</i>	139
56. <i>La legitimación de la Procuración del Tesoro</i>	141
57. <i>Consecuencias (en general y para el caso concreto)</i>	143
58. <i>El vigor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	145
59. <i>Los límites del seguimiento</i>	146
60. <i>La cuestión del "juez o tribunal superior" al que recurrir de la condena penal</i>	151
61. <i>¿Quién cubre la omisión legislativa?</i>	153
62. <i>Conclusiones</i>	155

Capítulo XI
DIVISIÓN DE PODERES Y REVISIÓN JUDICIAL
DE LAS SENTENCIAS DESTITUTORIAS DICTADAS
EN EL "JUICIO POLÍTICO" (IMPEACHMENT)

63. <i>Introducción</i>	157
64. <i>Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	159
65. <i>Algunas puntualizaciones sobre esta sentencia</i>	162
66. <i>Proyecciones de la doctrina de la Corte Interamericana al caso argentino</i>	164
67. <i>Evaluación</i>	166
68. <i>Conclusiones</i>	169

Capítulo XII
LOS DERECHOS TUTELADOS POR EL AMPARO
(UN ENFOQUE COMPARATISTA)

69. <i>¿Qué protege el amparo?</i>	173
70. <i>Las alternativas en el derecho comparado</i>	173
71. <i>El "amparo interamericano"</i>	178
72. <i>El caso del Perú</i>	179
73. <i>Evaluación. La situación en la Argentina</i>	180

Capítulo XIII
EL AMPARO INTERNACIONAL

74. <i>Introducción. Textos aplicables</i>	183
75. <i>Impacto del "amparo internacional" en el derecho argentino</i>	185

Capítulo XIV
DIMENSIONES NORMATIVA Y SOCIOLÓGICA
EN EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

76. <i>Introducción</i>	189
77. <i>Posibilidades normativas</i>	190
78. <i>Visualización sociológica</i>	192
79. <i>Diseño jurídico</i>	193
80. <i>El amparo contra sentencias</i>	195
81. <i>El "amparo internacional" sobre decisiones judiciales</i>	195
82. <i>Evaluación</i>	196

Capítulo XV
EL AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES

83. <i>Introducción. Tesis negatoria</i>	199
84. <i>Evaluación</i>	201
85. <i>Proyección normativa</i>	203
86. <i>Tesis admisoría. El particular en ejercicio de funciones públicas</i>	204
87. <i>El amparo contra prestatarios de servicios públicos</i>	204

88. <i>Amparo contra particulares en posición de poder</i>	205
89. <i>Amparo contra particulares en función del derecho involucrado</i>	206
90. <i>Admisión amplia</i>	208
91. <i>Problemas propios del amparo contra particulares. El trámite</i>	209
92. <i>Proliferación de amparos. Extinción de amparos</i>	210
93. <i>La intervención de particulares en los amparos contra autoridades públicas</i>	212
94. <i>Recapitulación</i>	213

Capítulo XVI

LOS EFECTOS EXPANSIVOS DE LA COSA JUZGADA EN LA ACCIÓN DE AMPARO

95. <i>Introducción. El amparo y la reforma constitucional argentina de 1994</i>	215
96. <i>Ampliación de la legitimación activa</i>	216
97. <i>Los derechos "de incidencia colectiva"</i>	218
98. <i>Los efectos de la cosa juzgada</i>	222
99. <i>Alternativas posibles de corrección</i>	223
100. <i>Reexamen</i>	225

Capítulo XVII

EL AMPARO CONSTITUCIONAL A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA DE 1994

101. <i>Introducción</i>	227
102. <i>Observaciones críticas. Norma provechosa</i>	228
103. <i>Norma infiel</i>	229
104. <i>Norma imperfecta</i>	231
105. <i>Norma desvirtuada</i>	233
106. <i>El amparo puesto a prueba: vicisitudes del "corralito" financiero</i>	235
107. <i>La difícil cohabitación del amparo constitucional (art. 43) con el amparo legal (ley 16.986)</i>	237
108. <i>Balance</i>	238

Capítulo XVIII
LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES
INTERNACIONALES Y LOS TRIBUNALES
NACIONALES
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

109.	<i>Introducción. Derecho procesal constitucional y derecho procesal transnacional.....</i>	241
110.	<i>Problemas sociológicos de compatibilización. Los tribunales nacionales.....</i>	242
111.	<i>Los órganos supranacionales.....</i>	246
112.	<i>El discurso jurídico. Un escenario conflictivo: la "declaración de inejecutabilidad".....</i>	247
113.	<i>Posición de cuestionamiento.....</i>	250
114.	<i>Doctrina del seguimiento nacional.....</i>	251
115.	<i>Doctrina del "margen de apreciación nacional". Variables.....</i>	255
116.	<i>Conclusiones.....</i>	258

Capítulo XIX
LA EFICACIA VINCULANTE
DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA EN EE.UU. Y ARGENTINA

117.	<i>El caso norteamericano. Introducción.....</i>	261
118.	<i>El sistema del "stare decisis et non quieta movere".....</i>	262
119.	<i>La doctrina del precedente en y para la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU.....</i>	266
120.	<i>Argentina. Introducción general.....</i>	268
121.	<i>El caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Punto de partida.....</i>	269
122.	<i>Mutaciones y contradicciones.....</i>	270
123.	<i>La Corte Suprema y sus propios precedentes.....</i>	273
124.	<i>Vías de sometimiento y de evasión por los tribunales inferiores.....</i>	275
125.	<i>Evaluación.....</i>	277

PRESENTACIÓN

Es indudable que el Derecho Procesal Constitucional tiene hoy una granítica presencia en el concierto de las disciplinas que forman parte de la Teoría General del Proceso. Su crecimiento y expansión ha sido, en los últimos lustros, más que extraordinario; y en ello América Latina ha jugado un rol determinante.

El origen científico de esta disciplina se remonta desde el *período de entreguerras*, período en el cual el talento de kelsen habría de delinear los perfiles de la *Alta Corte Constitucional* que él creara al hilo de la flamante Constitución de Austria de 1920. Sin embargo es con posterioridad al influjo kelseniano que se inicia el periplo de una ciencia que ingresaría a estudiar en términos de autonomía científica los distintos instrumentos destinados a defender la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Así, posterior a esta etapa precursora de kelsen, devendría un segundo momento de *descubrimiento procesal* (1944-1947), donde el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, luego de efectuar un análisis de los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de España de 1931, en su exilio en América, señalaría por vez primera la existencia de una nueva rama procesal: el derecho procesal constitucional. Con posterioridad a los planteamientos de Niceto Alcalá-Zamora esta disciplina ingresaría a una etapa de *desarrollo dogmático procesal*, donde las aportaciones capitales serían las efectuadas por los ilustres procesalistas Eduardo Couture, Piero Calamandrei y Mauro Cappelletti. Aquí, el procesalismo científico tomaría conciencia de la importancia del ingreso de la Constitución en el ordenamiento jurídico, y en particular, de su influencia en el proceso. Es en este contexto que desarrollan diversos trabajos que van a constituir los primeros estudios donde se refunda el derecho procesal constitucional. Por último, gracias al pensamiento de Héctor Fix-Zamudio, esta nueva rama alcanza su

consagración conceptual y sistemática, logrando un encuadre concreto dentro del concierto de la Teoría General del Proceso.

Es precisamente en esta última etapa en la que existe una extraordinaria pléyade de juristas entre los que destaca Néstor Pedro Sagüés, quien ha realizado una vasta reflexión con pioneros y sugerentes aportes a esta disciplina procesal constitucional. No olvidemos que Sagüés, con esa magia de hechizar y ese arsenal expositivo que logra persuadir al lector, viene planteando la sugerente tesis respecto a que la disciplina sería de *naturaleza mixta* en tanto tiene de constitucional y de procesal. Así, a lo largo del presente libro encontramos una serie de reflexiones que se inician con el sugerente capítulo de los desafíos del derecho procesal constitucional, sus logros y obstáculos; la problemática sobre la codificación procesal constitucional y sigue así una heterodoxa vastedad de temas como el Código Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán, las apasionantes figuras de las sentencias constitucionales exhortativas, el control de constitucionalidad de las normas importadas, la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, y sigue así abordando las figuras procesales, como el proceso constitucional de amparo, entre otros.

En rigor, la gigante figura de Néstor Pedro Sagüés no requiere de ningún tipo de presentación, pues su nombre está hoy por hoy vinculado inexorablemente al derecho procesal constitucional, como lo es en México Héctor Fix-Zamudio o Domingo García Belaunde en Perú, o Rubén Hernández Valle en Costa Rica, Iván Escobar Fornos en Nicaragua, Humberto Nogueira Alcalá en Chile, Jorge Mario García Laguardia en Guatemala, Allan Brewer Carías en Venezuela; y así podríamos *in extenso* seguir aludiendo a cada país de nuestra América morena que viene afirmando frente al pensamiento continental europeo que preconiza la jurisdicción o justicia constitucional, una ciencia procesal constitucional que promete, como sostuviera en su momento Fix-Zamudio, un “florecimiento inusitado por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguardia de la Constitución, de cuya integridad depende la vida misma de la sociedad y la de sus instituciones más preciadas”.

El Centro de Estudios Constitucionales agradece la gentileza de nuestro autor que nos permite divulgar en este libro que refleja la quintaesencia de su vasto pensamiento y que, no cabe duda, contribuirá en la formación y consolidación de los magistrados a los cuales está

básicamente dirigido, dentro de la tarea que tiene el CEC para establecer vasos comunicantes, no sólo a partir de la divulgación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino a partir de los grandes expositores de nuestra disciplina, como es la de este magnífico libro que por vez primera se publica en el Perú.

Gerardo Eto Cruz
Director General del Centro de Estudios Constitucionales

Lima, 12 diciembre de 2008
Día de la Virgen de Guadalupe

PRÓLOGO

Rico en contenidos y posibilidades, el derecho procesal constitucional estimula replanteos constantemente críticos.

El presente volumen incluye estudios en torno al auge, superficie y proyecciones de tal disciplina (plena, por lo demás, de avances, tropiezos, recaídas y recuperaciones), e interrogaciones vitales sobre su codificación (que registra ya varias experiencias concretas). Ingresa más tarde en temas puntuales relativos al control jurisdiccional de constitucionalidad, en muchos aspectos novedosos y con aristas decididamente polémicas: las sentencias exhortativas, el control de constitucionalidad de la “norma importada”, la declaración de inconstitucionalidad de oficio, nuevas y discutidas acciones que hacen a la tutela judicial efectiva, y las vías para atacar la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas generales, aspecto éste que puede considerarse como la “asignatura pendiente” de la materia al declinar el siglo XX, pero que ahora evidencia una atención tan intensa como heterogénea, tanto por el constituyente como, en ausencia de él, por parte de la magistratura constitucional.

Después, otro segmento de esta entrega se ocupa de uno de los hijos más importantes del derecho procesal constitucional, como es el amparo. La plasticidad de este proceso constitucional se refleja en matices que han tenido un tratamiento dispar en el derecho comparado: el cupo de los derechos que tutela, el “amparo internacional”, el amparo contra decisiones judiciales y respecto de sujetos privados, los efectos expansivos de sus sentencias.

Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales, así como los bordes entre el derecho procesal constitucional y el derecho procesal transnacional, ocupan el penúltimo capítulo. El final, se dedica a un tema trabajado por el derecho consuetudinario procesal constitucional:

de qué modo, por decisión de sus operadores, las sentencias de una corte suprema pueden resultar obligatorias para los tribunales inferiores, aunque la constitución formal nada disponga sobre ello.

Aunque impregnado de la realidad jurídica argentina, he procurado que a menudo aflore una visualización comparatista. Respetando los particularismos locales, el derecho procesal constitucional arrastra problemas comunes a todas las latitudes. Más de una vez, la solución a las dudas domésticas puede encontrarse recurriendo a los abundantes datos que proporciona el derecho externo. Éxitos, frustraciones, errores y aciertos de otros son más que útiles para tenerlos en cuenta en el mejoramiento de los institutos propios.

Muchas de las páginas de esta obra se han escrito en distintos momentos, al calor de situaciones generalmente conflictivas. Ellas cambian paulatinamente, pero también se repiten en nuestros espacios latinoamericanos. El índice del libro es, en buena medida, una agenda de algunos problemas significativos que ha debido enfrentar en los últimos lustros esa especialidad otrora discutida, pero hoy aceptada, que es nuestro querido derecho procesal constitucional. No importa un catálogo completo, ni intenta consumir un enfoque integral de tales tribulaciones. Es más bien un reportaje rápido, acuciado por la necesidad de encararlas.

Deseo agradecer de modo especial el afectuoso y eficaz aporte de Alberto Nanzer en la compaginación y reencuadre de los capítulos de este volumen.

Néstor Pedro Sagüés
*Presidente del Instituto Iberoamericano
de Derecho Procesal Constitucional*

Capítulo I

LOS DESAFIOS DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*

1. *Introducción. Los “tres cumpleaños” del Derecho Procesal Constitucional*

No es sencillo precisar cuándo nace el derecho procesal constitucional. Los antecedentes más lejanos se remontan al interdicto romano *de homine libero exhibendo*, preludio del hábeas corpus inglés que ya aparece en la Carta Magna (1215). La "firma de derecho" y el "juicio de manifestación" aragoneses, junto con el "Justicia Mayor" de tal región, también perfilados a partir del siglo XIII, constituyen los datos más precisos en torno a lo que hoy llamamos procesos constitucionales y magistratura constitucional.¹

Si de fuentes más próximas, claras y precisas se trata, pueden elegirse tres "cumpleaños" simbólicos para el derecho procesal constitucional. El primero es el 26 de mayo de 1679, fecha en la que se dicta la "*Hábeas Corpus Amendment Act*" inglesa. Es, probablemente, la primera ley que regula meticulosamente un proceso constitucional, en este caso al hábeas corpus, padre indiscutido de la disciplina. El segundo corresponde al caso "Marbury vs. Madison", fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, oportunidad en que se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de

* La primera versión de este trabajo fue publicada en el libro *Desafíos del control de constitucionalidad*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, bajo la coordinación de Víctor Bazán.

¹ Para el análisis en detalle de estos antecedentes, véase nuestro *Derecho Procesal Constitucional*, t. 4, Hábeas corpus, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 3 y ss.

constitucionalidad. Y el tercer cumpleaños corresponde al 1º de octubre de 1920, cuando se promulga la Constitución de Austria que lanza, gracias a la pluma de Hans Kelsen, al Tribunal Constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad.²

El reciente auge del derecho procesal constitucional, traducido en Latinoamérica por la programación de las cátedras de la asignatura, tanto a nivel de grado como de posgrado en Argentina, Colombia, Panamá, Perú y Costa Rica, entre otros países; la sanción de códigos de derecho procesal constitucional, al estilo de la Ley 7135 de Jurisdicción Constitucional en Costa Rica, o la ley 8369 de la provincia de Entre Ríos, y el Código de Derecho Procesal Constitucional de Tucumán en Argentina, a más del de Perú, en 2004, por ley 28237; la creación en 1991 del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, reformulado en 2003 como Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que ha realizado ya tres Encuentros Latinoamericanos; la concreción de seminarios y congresos especializados en la materia, a nivel local e internacional, como los habidos en Santiago de Chile, organizados por la Universidad Central; en Arequipa, por la Universidad Nacional de San Agustín; en Buenos Aires, por la Pontificia Universidad Católica Argentina y la de Belgrano, a más de los habidos en la ciudad de Mar del Plata, por la Universidad Santo Tomás de Aquino, el primer seminario Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional programado por la Universidad Coral Reef de Cancún en 2003, etc.; las maestrías existentes en la Universidad Panamericana de México, o en la Universidad Andina Simón Bolívar de Bolivia, todo ello sumado a una fructífera bibliografía, cada vez más numerosa, alerta sobre la importancia y el desarrollo alcanzado por esta especialidad.³

² Cronológicamente el Tribunal Constitucional de la República Checoeslovaca (Ley preliminar a la Carta Constitucional del 19 de febrero de 1920), precedería al austríaco; pero debido a la mayor difusión de éste, el régimen de control de constitucionalidad concentrado toma precisamente el nombre de "sistema austríaco".

³ Entre los libros que se han editado con el título específico de la disciplina, pueden mencionarse, a título ejemplificativo, los siguientes: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; ROSAS, Roberto: *Direito Processual Constitucional*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1983; SAGÜES, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*, 4 vols., Astrea, Buenos Aires, con diferentes ediciones; ETO CRUZ, Gerardo: *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Centro de Estudios "Derecho y Sociedad", Trujillo, 1992; REY CANTOR, Ernesto: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Universidad Libre, Cali, 1994; GOZAINI, Osvaldo A.: *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, UNAM, México, 1995, y además, entre otros, su *Derecho Procesal Constitucional*, UB, Buenos Aires, 1999; GARCÍA BELAUNDE,

La ocasión es, pues, propicia para reflexionar sobre los principales retos que hoy afronta la asignatura.

2. *El desafío espacial*

Aludimos aquí al tal vez principal de los retos: el de la superficie que debe cubrir el derecho procesal constitucional. Es el problema de su extensión y contenido, a la vez que de su perímetro y fronteras. ¿Dónde comienza y dónde termina? ¿Cuál es su perfil y su relieve?

Hay en este punto dos posturas clave, cada una con sus variantes.

a) La versión mínima del derecho procesal constitucional lo entiende como una disciplina eminentemente procesal, y la circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que tal vez se podrían sintetizar en uno solo: la jurisdicción constitucional.

Para esta concepción, el derecho procesal constitucional se ocupa de los órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la Constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es.

En los países con control concentrado de constitucionalidad, la temática tiende a estrecharse: la magistratura constitucional sería el Tribunal o Corte Constitucional, y los procesos constitucionales, los diferentes recursos y trámites que se tramitan ante aquél, en aras de tutelar la supremacía de la Constitución.⁴

Pero en los países con control difuso o desconcentrado, al estilo de los Estados Unidos, resulta que todo juez es, en principio, idóneo para juzgar la inconstitucionalidad de un precepto; y esa inconstitucionalidad puede alegarse también en cualquier proceso. Con ello, la superficie del

Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad César Vallejo, Trujillo, 1998, hay edición posterior en Temis, Bogotá; RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Elvito: *Derecho Procesal Constitucional*, Grijley, Lima, 1997; aunque muchos otros abordan la temática, con los títulos de jurisdicción constitucional, tribunales constitucionales, procesos y recursos constitucionales, etc. Desde luego, cabe destacar el sumamente importante *Derecho Procesal Constitucional* que con la coordinación de Eduardo Ferrer Mac Gregor ha publicado, en varias ediciones, la editorial Porrúa de México.

⁴ Así lo propicia la llamada doctrina "orgánica". Uno de sus cultores, Franz W. Jerusalem, manifiesta incluso que en el derecho estadounidense no se conocía debidamente a la "jurisdicción constitucional", desde el momento en que no había Tribunal Constitucional específico. Véase SAGÜÉS, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*. t. I, Recurso Extraordinario, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 7 y ss.

derecho procesal constitucional sufriría una expansión enorme. Para circunscribirla de algún modo, en estos países se prefiere reservar la expresión "proceso constitucional" sólo para determinada clase de procesos: los *especialmente* destinados a tutelar principios, valores o derechos constitucionales, como, por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad, el recurso extraordinario (cuando opera como vehículo del control de constitucionalidad), el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data.

Aún así, el problema no está del todo resuelto. ¿Qué decir, por ejemplo, de órganos no judiciales que pueden realizar control de constitucionalidad, como por ejemplo el Congreso de los Estados Unidos, cuando una de sus salas (la de representantes) acusa, y el Senado juzga, en el juicio político (*impeachment*) al presidente o a otros funcionarios federales? ¿Qué opinar sobre el rol del Parlamento, cuando en muchos países evalúa la validez constitucional de los diplomas de los legisladores que se incorporan a él? El acoplamiento o el rechazo de esa magistratura constitucional no judicial al derecho procesal constitucional (y de los consecuentes procesos o trámites) importa un terreno todavía en disputa entre el derecho constitucional y la disciplina que nos ocupa.⁵

b) Pero hay otra región más debatida. Aludimos al derecho constitucional procesal, sector del derecho constitucional que trata de los principios constitucionales regulatorios del proceso.⁶ Las reglas de la constitución concernientes al debido proceso y a la defensa en juicio resultan, a menudo casi confundidas con las normas relativas a los procesos constitucionales. Por ejemplo, la doctrina exclutoria del "fruto del árbol venenoso" (*fruit of the poisonous tree*), que reputa constitucionalmente inválidas las probanzas obtenidas en un proceso penal a partir de un acto lesivo al debido proceso constitucional, atrae irresistiblemente a los procesalistas constitucionales. Lo mismo ocurre con principios como los de pronta justicia, la erradicación de las confesiones compulsivas, el derecho del justiciable a ser juzgado por sus jueces naturales y a obtener una sentencia que para que sea constitucional

⁵ Para la tesis amplia podría entonces hablarse incluso de una jurisdicción constitucional "parlamentaria". Véase sobre el tema BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 545/548.

⁶ Véase FIX ZAMUDIO, Héctor: "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano" en *Memorias de El Colegio Nacional*, t. IX, n° 4, pp. 44, 87 y ss.

también debe ser razonable, de lo que nace la teoría de las "sentencias arbitrarias" como opuestas a la Constitución, etc.⁷

Claro está que si se añade al derecho procesal constitucional todo el derecho constitucional procesal, esa sumatoria engendra una rama jurídica por cierto inmensa, de contornos imprecisos y con una vocación expansiva preocupante.

En definitiva, aunque hemos adherido a la tesis restrictiva del derecho procesal constitucional, cabe reconocer que numerosos programas de la asignatura se sitúan en la concepción amplia, y que el punto no está todavía resuelto.

En aras de comprender esta situación de indefinición, puede decirse que como disciplina joven que es, el derecho procesal constitucional sufre, al modo de un adolescente, un período de crisis de identidad y de falta de madurez que solo el tiempo podrá resolver. Corresponde, pues, asumir ese reto, y encararlo sin evasivas o negaciones que en nada sirven para superarlo.

3. *El desafío metodológico*

Se trata de una prueba que debe afrontar toda disciplina jurídica, pero que es especialmente difícil para el derecho procesal constitucional.

Actualmente crece la sensación de que únicamente un enfoque metodológico tridimensional (esto es, que atienda el fenómeno jurídico desde tres perspectivas: norma, realidad y valores), puede brindar una visión integral del derecho.

Para el derecho procesal constitucional, ello parece imprescindible.

a) En cuanto la dimensión normativa, la disciplina ofrece un panorama peculiar: con frecuencia, el conjunto de sus normas formales (derecho positivo expedido según el ordenamiento formal en vigor) es

⁷ Precisamente, el ya citado libro de Roberto Rosas titulado *Direito Processual Constitucional*, abarca en mucho temas de derecho constitucional procesal. A su turno, en Argentina, la doctrina de las "sentencias arbitrarias" ocupa la mayor parte del recurso extraordinario federal, vehículo procesal por excelencia para arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y pieza vital del derecho procesal constitucional. Véase nuestro *Derecho Procesal Constitucional*. t. 2, Recurso extraordinario, cit. pp. 187 y ss.

bastante reducido, mientras que el sector de las reglas del derecho informal (derecho consuetudinario procesal constitucional, derecho repentino), es abundante. Las prácticas judiciales, las normas emergentes de los pronunciamientos judiciales (en particular, de una Corte Suprema) van delineando, en verdad, la mayor parte del aparato normativo de esta materia.

Bien puede decirse que, en muchos de sus tramos, el derecho procesal constitucional de un país latinoamericano se parece a un pedazo de *common law* anglosajón más que a un derecho legislado al estilo europeo continental. Y ello obliga, desde luego, a un esfuerzo especial para estudiantes y abogados: entender a la materia, no en sintonía de "código", sino auscultando las reglas que lentamente emergen (y cambian) principalmente de las resoluciones y usos tribunales. En tal quehacer, el interesado en saber qué es el derecho procesal constitucional de un Estado difícilmente hallará las respuestas normativas en el escaso listado de preceptos formales que podrá obtener: en cambio, tendrá que rastrearlo en los repertorios jurisprudenciales y en los usos y costumbres no escritos, decisivos para acceder cabalmente a la disciplina.

Aparte de ese reto, el derecho procesal constitucional afronta ahora el de su codificación. Mencionamos ya el caso, a título de muestra, de Costa Rica y de Entre Ríos y Tucumán (en la Argentina), aparte de Perú; pero también abundan normas y proyectos en otros países. Idealmente, la propuesta es impecable: nada mejor que tratar, orgánica y sistemáticamente, a institutos procesal-constitucionales dispersos. En la práctica, la duda que aparece es si tal codificación auxiliará al desenvolvimiento de la disciplina, o la apresará en un corset normativo. El temor a la reglamentación es tan grande, que algunas constituciones, como las de las provincias argentinas de Salta y Jujuy (arts. 85 y 86; 40 inc. 7, respectivamente), ¡han llegado a prohibir la regulación legal de dispositivos como el amparo y el hábeas corpus!

Resta añadir, precisamente, que la instrumentación normativo-formal del derecho procesal constitucional ha presentado sus soles y bemoles. En ciertos casos, so pretexto de desenvolver y mejorar legalmente temas propios de la disciplina, el autor de la norma ha restringido o desvirtuado la operatividad de ellos.

En la Argentina, por ejemplo, la ley 16.986, regulatoria del amparo federal general, pero a menudo llamada "ley de desamparo", tuvo el descaro de declararlo inadmisibles si "la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y

eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado" (art. 2 inc. c); y para colmo de males, intentó impedir en el proceso de amparo (destinado a afianzar la supremacía de la Constitución), la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas (art. 2 inc. d). Con esas limitaciones, obviamente poquísimos amparos podrían ser milagrosamente exitosos. Por fortuna, una enaltecadora jurisprudencia inaplicó aquellas cláusulas, renuencia que significó un efectivo paso de los tribunales para la construcción del Estado de derecho.⁸

Perú ha tenido también dos experiencias negativas en cuanto la implementación normativa de institutos propios del derecho procesal constitucional.

Una de ellas fue el "hábeas data", según el texto constitucional de 1993 (ahora revisado), cuyos arts. 200 inc. 3 y 2, incs. 5, 6 y 7 lo programaron elefantiásicamente, con fines impropios, como el ejercicio del derecho de réplica, o la tutela de "la voz" (*sic*); e incluso, según algunas peligrosas versiones, por suerte no prevalecientes, como hipotético medio de censura previa.

Otra norma severamente objetada en el Perú fue el art. 4 de la ley 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional, que demandó seis votos conformes, sobre siete miembros que componen el Tribunal, para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. La cláusula parece haber sido en su momento diseñada para coagular cualquier tentativa de declaración de inconstitucionalidad de una ley por el referido Tribunal, y paralelamente, para convalidar así cualquier ley eventualmente inconstitucional. Dicho quórum hipercalificado vulnera los poderes implícitos de un órgano del Estado, como es el Tribunal Constitucional, para funcionar de modo razonable, e importa una invasión del legislador, desde luego que inconstitucional, a las competencias propias de dicho Tribunal. Y en definitiva, convierte *a contrario sensu* a un órgano-control, como es por su naturaleza el Tribunal Constitucional, en un órgano-convalidador de las normas inconstitucionales. El mismo art. 4º dispuso, en efecto, que "de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el tribunal resolverá

⁸ El tema lo hemos desarrollado en nuestro *Derecho Procesal Constitucional*. t. 3, Acción de amparo, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 229 y ss., 255 y ss.

declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada".

En síntesis, la sanción formal de normas regulatorias de la magistratura constitucional y de los procesos constitucionales no siempre debe ser motivo de alegría: algunas veces lo es de preocupación o angustia. Y en determinadas latitudes, cabe preguntarse si algunas veces es mejor no legislar, que legislar mal.

De haber vacío legal, la judicatura podrá cubrir con un sano activismo creativo aunque no todas, sí muchas de las lagunas dejadas por el legislador. Como dijo la Corte Suprema de Justicia argentina, en "Siri, Ángel", basta que se compruebe el ataque a un derecho de base constitucional, "para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias".⁹

b) Respecto de la dimensión fáctica, su conocimiento es imprescindible para aquilatar la efectiva vigencia del control de constitucionalidad.

Pocas disciplinas, ciertamente, pueden mostrar en este sector del mundo jurídico tantas flaquezas y fracasos. El éxito de la magistratura constitucional y de los procesos constitucionales es puesto a prueba, a menudo, por la pleitesía y la dependencia de jueces y tribunales respecto a los otros poderes (en particular, el Ejecutivo) y a los partidos políticos -en regímenes *de iure*- o frente a los "hombres fuerte" o el aparato militar, en los sistemas *de facto*. Sistemas perversos en los dispositivos de designación y ascenso de los magistrados judiciales, que a menudo fomentan el servilismo o la complicidad con los poderosos de turno, y que a su vez discriminan o excluyen a buenos candidatos para el Poder Judicial, en concreto por ser imparciales e independientes; y hasta teorías que de algún modo intentan legitimar aquella dependencia (p. ej., la de las "designaciones políticas" -léase, con mucha frecuencia, por mero favoritismo- o del "juez comprometido" con los victoriosos en las urnas o con la insurrección triunfante), asolan por cierto al derecho procesal constitucional.

⁹ CSJN, *Fallos*, 239:459.

A ello se suman, ocasionalmente, lapsos de autoritarismo donde reina el menosprecio oficial a la vigencia de los derechos y garantías (entre las que figuran los procesos constitucionales de hábeas corpus y amparo), de lo que son buenos ejemplos la desaparición de personas, el traslado clandestino de detenidos, la negativa gubernativa de arrestos, la tortura o la desobediencia de la administración a las órdenes judiciales de cumplimiento de las sentencias pronunciadas en tales procesos.¹⁰

En rigor de verdad, es farisaico enseñar el derecho procesal constitucional si su descripción se ciñe a la dimensión normativa y se ignora una realidad que a veces tiene más aires de tragedia y de frustración que de derecho. La dimensión fáctica o existencial del derecho procesal constitucional es de consulta inexorable si se quiere averiguar la operatividad real de las instituciones programadas para velar por la supremacía de la Constitución. Aclarar quién efectivamente nombra a los jueces, cuál es su grado de honestidad, de capacitación y de autonomía, determinar qué factores de poder se mueven detrás de sus sentencias, inquirir sobre la composición social e ideológica de tales magistrados, de su vocación republicana y de su aptitud para asumir o no una concepción dinámica del derecho, importan tareas vitales para la disciplina, so pena de abordar, en lugar de un derecho procesal constitucional concreto y cierto, el derecho procesal constitucional de la isla de la fantasía.

Fuera de lo dicho, y en Estados donde su judicatura puede superar razonablemente el test mínimo de independencia y de probidad, la dimensión fáctica del derecho procesal constitucional suministra informes necesarios para aquilatar determinadas experiencias jurídicas. Por ejemplo, las tendencias, temperamentos y actitudes latentes en una comunidad forense, como sus hábitos formalistas o flexibles, la postura creativa o estática de la magistratura constitucional, la posibilidad de construir pretorianamente mecanismos propios de la disciplina (no es banal preguntarse acerca del por qué la Corte Suprema de los Estados Unidos crea en 1803, sin norma constitucional o legal que lo disponga, el control judicial de constitucionalidad; y la Argentina, en 1957, con similar vacío, a la acción de amparo), y cuándo ese papel creativo imagina

¹⁰ Resulta llamativo que la Corte Suprema de Justicia de Argentina, ante las infinitas negativas del arresto de personas por parte del Poder Ejecutivo durante el último gobierno *de facto* (caso habitual de los "desaparecidos"), denunció que ello implicaba una situación de privación de justicia, cosa que se presentaba tanto cuando los tribunales se negaban a resolver, como cuando el Poder Ejecutivo les privaba del auxilio indispensable para operar. Conf. LL, 1979-A-430 y 1983-C-54.

instrumentos en favor de los derechos personales o, por el contrario, y por qué, en favor del Gobierno.¹¹

c) A su turno, la dimensión axiológica del derecho procesal constitucional atiende a los valores que deben inspirar a la asignatura. Con referencia a los procesos constitucionales, tal vez como herencia conceptual del hábeas corpus, generalmente se pregonan los principios de celeridad, informalidad y de eficacia, en tren de proteger pronta y eficazmente los derechos constitucionales afectados por un acto lesivo. Esto lleva a ablandar los recaudos de admisibilidad, a ampliar la base de la legitimación procesal (especialmente la activa, hasta llegar, en algunos países, a la admisión franca de la acción popular de constitucionalidad), y de vez en cuando, a autorizar (u obligar) a los jueces a purgar los defectos procedimentales en que pueda haber incurrido el promotor de uno de esos recursos (v. gr., mediante el mecanismo de la "suplencia de la queja").

Tales criterios, conviene alertar, no rigen en todos los ámbitos del derecho procesal constitucional. Por ejemplo, en lo que hace a los recursos de tipo "extraordinario" que tutelan la supremacía de la Constitución, precisamente por su naturaleza "no ordinaria" (v. gr., algunos recursos de casación constitucional, o el remedio federal del art. 14 de la ley 48, en la Argentina, emparentado con el *writ of error* estadounidense), el grado de exigencia de los presupuestos de admisibilidad aumenta, bien que hay excepciones si el recurso extraordinario refiere a amparos y hábeas corpus, o en favor de detenidos privados de su libertad (recurso extraordinario *in forma pauperis*, en donde se disculpan defectos en la interposición de la apelación extraordinaria).¹²

De todos modos, la dimensión axiológica de esta disciplina se emparenta con otra cuestión, que seguidamente abordamos: el desafío ideológico del derecho procesal constitucional. Esto es así porque los valores se agrupan en ideologías, las que los cotizan de modo distinto, priorizando a unos y posponiendo a otros. En tal sentido, los principios y valores del derecho procesal constitucional no resultan autónomos: son

¹¹ No siempre cualquier "rol creativo" de los tribunales puede significar un paso en adelante hacia la tutela de los derechos. Hay casos que presentan serias dudas: véase p. ej., CARRIÓ, Alejandro y GARAY, Alberto F.: *La jurisdicción per saltum de la Corte Suprema*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 56 y ss., 78.

¹² SAGÜES: *Derecho Procesal Constitucional*, t. 2, Recurso Extraordinario, cit., pp. 363 y ss.

los de la Constitución. O si se prefiere: la ideología del derecho procesal constitucional tiene que ser la ideología explícita o implícitamente sostenida por la Constitución de ese Estado.

4. *El desafío ideológico*

Esto nos lleva a una cuestión tan grave como interesante: si el mérito del derecho procesal constitucional es ser un fiel instrumento para lograr la vigencia de los valores, de los derechos y del sistema constitucional, ¿está inevitablemente condenado a desempeñar un papel conservador, esto es, *asegurador* o *mantenedor* del régimen constitucional del país de que se trate?

La respuesta tendería a ser afirmativa. El rol "instrumental" o "servicial" del derecho procesal constitucional parece innegable: es "mejor" en la medida en que más fielmente opera para mantener la supremacía de la Constitución, cosa que en buen romance significa reprimir las evasiones, las alteraciones o los desvíos de ella, tanto normativos como ideológicos. Y al "afirmar" a la Constitución, le toca habitualmente "mantenerla", es decir, "conservarla". De ahí su inexorable pose "preservacionista".

Tal constatación es en buena medida cierta, aunque cabe formular varias aclaraciones y correcciones. En primer término, cabe preguntarse si la Constitución del caso *merece* conservarse, es decir, si tiene una cuota mínima de legitimidad intrínseca para que se justifique obedecerla. Si una Constitución contiene cláusulas palmariamente opuestas a derechos humanos fundamentales (p. ej., si propicia actos discriminatorios por razones de raza, patrimonio o de religión), tales reglas, que para el pensamiento iusnaturalista son "derecho impropio" o "derecho aparente", no merecen seguimiento y, por el contrario, invitan a su desobediencia. Allí, no sería válido que el derecho procesal constitucional "sirva" para perpetrar injusticias o iniquidades, por más que ellas tengan alcurnia constitucional.¹³

¹³ Al respecto, ante reglas irremediabilmente injustas, Werner Goldschmidt (*Introducción filosófica al derecho*, 4ª. ed., Depalma, Buenos Aires 1973), habla de una "carencia dikelógica de norma" (la norma existe, pero deviene inaplicable) que provoca una situación de laguna normativa.

Respecto de reglas constitucionales injustas, pueden recordarse el art. 25 de la Constitución argentina (que promueve "la inmigración europea", con un sentido discriminatorio racial), o su

En segundo lugar, bien puede ocurrir que una Constitución posea "cláusulas abiertas", normas de contenido cambiante, dispuestas a recepcionar nuevos enfoques y perspectivas, en procura de mejorar el cuadro inicial de derechos y garantías. Por ejemplo, cuando el art. 1º de la Constitución alemana declara que "la dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección", está habilitando a los operadores de la ley suprema a incorporar a la Constitución no solamente lo que se entendía que hacía a la dignidad del hombre cuando ella se dictó (en 1949), sino también lo que hoy, y lo que mañana, "hace" y "hará" a esa dignidad humana, revitalizando así el contenido de tal cláusula. En tal hipótesis, el rol "conservador" del derecho procesal constitucional, es, valga la paradoja, el de "conservar una Constitución progresista" o "renovadora".

Algo parecido ocurre con el art. 33 de la Constitución argentina, cuando reconoce a los habitantes tanto los derechos constitucionales expresamente descritos o definidos, como otros, implícitos (también llamados "no enumerados"), que vienen de la soberanía del pueblo o de la fórmula republicana de gobierno, y que en última instancia, según los autores de aquella norma, son los derechos naturales de los hombres y de los pueblos, previos y superiores a cualquier constitución positiva, concepto obviamente abierto, dinámico, de contenido variable en función de los nuevos derechos que la conciencia jurídica *va paulatinamente incorporando y entendiendo* como ligados a la naturaleza del hombre, en base a lo que Germán J. Bidart Campos define como "un derecho natural de conocimiento progresivo".¹⁴ En ese quehacer, el derecho procesal constitucional tendrá que adoptar posturas obligadamente renovadoras, precisamente para ser leal con la Constitución. Vuelve a repetirse entonces la paradoja anticipada en los párrafos anteriores: "conservar" a la Constitución, implica aquí, y felizmente, enriquecerla, reinterpretarla y reformularla.

art. 55, que exige una renta anual de dos mil pesos fuertes para ser senador, presidente o vicepresidente de la República, requisito que, aunque derogado por el derecho consuetudinario, importaría formalmente requerir al candidato un par de miles de dólares al mes. Por su parte, el art. 13 de la Constitución de Irán de 1979 restringe la práctica de cultos a determinadas confesiones; y la anterior Constitución sudafricana incluía preceptos que oblicuamente justifican restricciones electorales por motivos de raza.

¹⁴ Sobre el tema del derecho natural de contenido variable y progresivo, conf. BIDART CAMPOS, Germán J.: *Los derechos del hombre*, Ediar, Buenos Aires, 1974, pp. 67 y ss.; véase también nuestro aporte "Constitución Nacional. Derechos no enumerados", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice III, pp. 33 y ss.

Como tercera puntualización, debe tenerse presente la vigencia del principio de "funcionalidad", ínsito a cualquier Constitución, vinculado a la idea de utilidad (*ius et utile unum atque idem*: el derecho y la utilidad son lo mismo, según el viejo adagio romano), del que se desprenden los subprincipios de eficacia, cooperación, persistencia, adaptación y reforma.¹⁵ Ellos provocan entender a la Constitución como un "instrumento de gobierno" ("Estados Unidos vs. Classic", según la expresión del *Justice Stone*), y por ende, como algo vivo, apto para dar respuestas jurídicas conforme a los requerimientos del presente, capaz de "captar la dinámica cambiante de la realidad" (Mario Justo López).¹⁶ En resumen, la estabilidad y la persistencia del sistema constitucional están profundamente ligadas con la transformación y la adaptabilidad del mismo a las circunstancias del momento, de tal manera que sin cambios no hay supervivencia. Como bien escribió Easton, "el cambio es a todas luces compatible con la continuidad. Parece posible y necesario decir que un sistema dura si, al mismo tiempo, sufre alteraciones sustanciales".¹⁷ La misión del derecho procesal constitucional de "conservar", no resulta así incompatible con la de hacer persistir a la Constitución *en* y *con* el cambio.

Por último, el acceso a la dimensión ideológica del derecho procesal constitucional debe insistir en la aptitud de sus operadores para descubrir y resolver los conflictos de intereses y de valores que tan comúnmente aparecen en el escenario constitucional. La jurisdicción constitucional (órganos y procesos) afronta continuamente la trabajosa función de balancear, equilibrar y ponderar aquellos valores. La contraposición, por ejemplo, entre el derecho a la privacidad y la salud pública, en cuanto la tenencia de estupefacientes; entre la libertad de culto y la seguridad pública, en la objeción de conciencia para la no prestación con armas del servicio militar; o entre el derecho al honor y la libertad de expresión, en los supuestos de censura judicial previa a la prensa, so pretexto de tutelar la dignidad de la persona, posiblemente vulnerada v.

¹⁵ SAGÜÉS Néstor P., *Los principios específicos del derecho constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 31.

¹⁶ Conf. CORWIN, Edward S.: *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, revisada por Harold W. Chase y Craig R. Ducat, trad. por Aníbal A. Leal, 14^o ed., Fraternal, Buenos Aires, 1987, p. 14. En cuanto la interpretación adaptativa a las realidades en la jurisprudencia estadounidense, véase del mismo autor, p. 13. Sobre la opinión de Mario Justo López, actuando como Procurador General de la Nación, véase CSJN, *Fallos*, 301:122.

¹⁷ EASTON, David: *Esquema para el análisis político*, trad. por Aníbal C. Leal, Amorrortu, Buenos Aires, 1973, p. 123.

gr., por la emisión de un programa televisivo, son algunos ejemplos de tales contraposiciones axiológicas, donde los derechos de uno chocan con los derechos de los demás, o incluso los derechos personales con los que hacen a la funcionalidad del sistema político.¹⁸ Toca aquí esclarecer esa difícil tarea de contrapesar los valores, y de entrenar al intérprete-operador del derecho procesal constitucional para hallar fórmulas sensatas de compatibilización, y en su caso de priorización, en función tanto de la prevalencia genérica de un valor sobre otro, como de su cotización específica en un proceso concreto, atendiendo sus condiciones fácticas.

5. Conclusiones

El derecho procesal constitucional cuenta con varios retos a superar. A simple título ejemplificativo, unos hacen a su crisis de identidad, como consecuencia de un perfil a medio dibujar. Otros, a las técnicas y métodos que debe emplear, que no son tan usuales (o al menos, que deben practicarse con un ritmo distinto) respecto de otras ramas del derecho. También tiene que pasar la prueba de su ubicación ideológica, como de su aptitud para encarar los conflictos ideológicos.

En esa empresa colaboran constitucionalistas y procesalistas: el concurso de ambos es indispensable para su éxito. Desde que existe control de constitucionalidad, y desde que existe también la clara noción de que sin una buena magistratura constitucional y eficientes procesos constitucionales no hay un genuino Estado de derecho, aquella convocatoria es irrechazable. Podrá discutirse si la asignatura es más "constitucionalista" que "procesalista", o viceversa; o el grado de su autonomía,¹⁹ cosas que implican un debate de menor cuantía: lo

¹⁸ Sobre la tarea del intérprete-operador de la Constitución como contrapeso de valores o balance y *clearing* de intereses y derechos, véase ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 413 y ss.; ELY, John H.: *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1980, pp. 105 y ss. Un interesante estudio entre la opción de un tribunal con roles constitucionales para acentuar su papel como custodio de los derechos personales o como guardián del proceso político, puede verse en MILLER, Jonathan; GELLI María A., y CAYUSO Susana, *Constitución y poder político*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 53 y t. 2 p. 1092.

¹⁹ Desde luego, si se admite un grado de autonomía para el derecho procesal administrativo o el derecho procesal laboral, es innegable reconocerla para el derecho procesal constitucional.

importante es la conciencia de su significado jurídico-político, y lo urgente de encontrar respuestas jurídicas útiles, tanto para afianzar los derechos humanos como para asegurar al sistema político vigente. No en vano el crecimiento de la disciplina ha aumentado ostensiblemente a partir del retorno a la normalidad institucional, de numerosos países americanos.

Procesalistas y constitucionalistas pueden aquí encontrar un muy buen foro para el diálogo y el debate. Se trata de intercambiar conocimientos, de enriquecerse mutuamente y de perfeccionar algo que ya había, bien que con un desarrollo incipiente.

Como a toda disciplina joven, al derecho procesal constitucional se le pueden disculpar yerros y defectos propios de su adolescencia. Tiene, todavía, el "derecho" a un cierto margen de imprecisión, confusión o desconcierto. Pero los años pasan, el plazo de gracia puede vencer y ahora es el momento de superar sus desafíos. De trabajar se trata, pues.

En los países donde hay tribunal constitucional especializado, obviamente, la autonomía de la disciplina debe estar fuera de discusión.

Capítulo II

EL DESARROLLO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: LOGROS Y OBSTÁCULOS*

6. *Introducción*

El despliegue alcanzado en las dos últimas décadas en Latinoamérica por el derecho procesal constitucional, disciplina que en su versión de mínima se ocupa de la magistratura y de los procesos constitucionales, vale decir, de la jurisdicción constitucional, es significativamente asombroso.

Como anticipamos en el capítulo anterior, en pocos años la materia ha logrado insertarse en las carreras de abogacía de numerosas facultades de derecho, sea como asignatura obligatoria o como opcional. Abundan los cursos y seminarios, en grado y posgrado, de la disciplina, e incluso en el doctorado en derecho. La cantidad de artículos y de libros especializados ha crecido geométricamente. También cortes supremas (como p. ej., la argentina, en “Strada”, aluden ya al “derecho procesal constitucional”).²⁰ Simposios, congresos y reuniones, evidencian un crecimiento inusual, cuantitativo y cualitativo, de esta materia, en todo el escenario iberoamericano.²¹

* Publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, n° 2, Porrúa, México, julio-diciembre de 2004, pp. 179 y ss.

²⁰ CSJN, *Fallos*, 308:490, consid. sexto.

²¹ Las primeras jornadas argentinas de Derecho Procesal Constitucional se celebraron en Buenos Aires, en 1987. Las VII Jornadas y el Primer Encuentro Latinoamericano tuvieron lugar en Rosario, en 2003, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Sobre el desarrollo del derecho procesal

7. *Razones de un éxito*

¿A qué debe atribuirse esa eclosión del derecho procesal constitucional? Concurren en este punto varias razones, a saber:

a) *La restauración de la democracia.* En los años ochenta, América Latina transforma muchos de sus regímenes *de facto* en gobiernos constitucionales y democráticos. Eso importa no solamente una transformación política, sino una recotización de los derechos personales y de las garantías constitucionales para protegerlos, entre las que figuran, desde luego que en primer término, los procesos constitucionales destinados a afianzar la supremacía de la Constitución (hábeas corpus, amparo, hábeas data, acciones declarativas de inconstitucionalidad, etc.).

Si bien muchos de esos dispositivos procesales existían en los años previos, e incluso durante los gobiernos *de facto*, es evidente que la vuelta a la democracia importó una manera distinta, más intensa claro está, de respetar a aquellos derechos y a tornar más operativas las garantías procesales del caso. El paisaje autoritario, próximo en algunos países al terrorismo de Estado, no tenía por cierto el clima ideal para que allí floreciera el derecho procesal constitucional. Antes bien, es el Estado de derecho, democrático y constitucional, el hábitat natural de esa rama del mundo jurídico.

b) *El lanzamiento de cortes y salas constitucionales.* Sin perjuicio del serio antecedente inicial que significó el “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales” de la Corte Suprema de Justicia, según la Constitución de Cuba de 1940, lo cierto es que a partir de la Constitución peruana de 1979 se afianza en el subcontinente latinoamericano el propósito de instituir cortes, tribunales o salas constitucionales, de distinta factura, pero que a menudo concentran el control de constitucionalidad con mayor o menor fuerza centrípeta. Al comenzar el siglo XXI, compartiendo o no el control de constitucionalidad con los

constitucional argentino, conf. SAGÜES, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*. t. 1, Recurso Extraordinario, 4^o. ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 22 y ss. En términos generales, conf. GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Cesar Vallejo, Trujillo, 1998, pp. 6 y ss.

restantes tribunales típicamente judiciales, Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Paraguay, Bolivia y Chile, junto con Nicaragua y poco después Honduras, aceptaban la idea de programar una judicatura especializada en lo constitucional, muchas veces con la facultad de abolir a la ley declarada inconstitucional.²²

Por supuesto, en estos casos resultó indiscutible la necesidad de diseñar procesos constitucionales específicos para litigar ante tales salas o cortes constitucionales, generándose de tal modo, de vez en cuando, verdaderos códigos de derecho procesal constitucional, aunque no siempre se los denominase así (Costa Rica, v. gr., llama a su ley 7135, de Jurisdicción constitucional). Esto importó avalar la autonomía legislativa del derecho procesal constitucional.²³

c) *La motorización de la Constitución como norma jurídica.* Otro fenómeno coadyuvante ha sido la potenciación jurídica de la Constitución, traducida por un lado, en la concepción de la Constitución como “norma jurídica”, esto es, como regla de derecho imperativa, directamente obligatoria para todos, en vez de la imagen decimonónica de la Constitución, imperante en algunas naciones, como simple poesía o discurso constitucional. Esto produce importantes mutaciones en torno a la validez del Preámbulo como norma en acción, y la reducción de la otrora amplia región de las “cláusulas programáticas”, cuya eficacia (doctrina clásica) quedaba sometida a la voluntad soberana del Congreso de dictar o no las leyes reglamentarias que efectivamente las pusiesen en funcionamiento. La nueva tendencia es, en lo posible, la de apurar la aplicación por los jueces de las cláusulas “programáticas” de la Constitución, aunque no haya todavía ley regulatoria o instrumentadora de ellas.²⁴

²² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Querétaro, 2002, pp. 65 y ss.; SAGÜÉS, Néstor P., *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004, pp. 27 y ss.

²³ SAGÜÉS, Néstor P.: “La codificación en el derecho procesal constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, 4ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 499 y ss.

²⁴ Así lo dispone, enfáticamente, v. gr., la Constitución del Ecuador en su art. 18: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad... No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los

En el mismo orden de ideas, la doctrina de la “inconstitucionalidad por omisión” (que es muy rica, y en verdad todavía se está esbozando, aunque se haya desenvuelto con fuerza en varios Estados) obliga a los magistrados judiciales a actuar contra el ocio legislativo en sancionar las normas que deban poner en práctica a los enunciados constitucionales decididamente “programáticos”.²⁵ Todo ello ha provocado la necesidad de redimensionar a los mecanismos procesales destinados a cuestionar y resolver a tal inconstitucionalidad omisiva.

d) *Reducción de la superficie de las cuestiones políticas no justiciables (political questions)*. Estos asuntos, en verdad, resultan exentos del control jurisdiccional de constitucionalidad. Sin embargo, últimamente, varios de ellos (como la constitucionalidad de los arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, e incluso, en algunos casos, la adopción misma de éste; la revisión de las sentencias del Senado dictadas durante el juicio político, la expulsión de un legislador de su Cámara, o la negativa de ésta a incorporarlo, el juicio de razonabilidad de las sanciones disciplinarias administrativas, la constitucionalidad de amnistías e indultos, etc.), pasaron a ser “judicializados” a través del planteo de recursos y procesos constitucionales (amparo, recurso extraordinario federal, etc.), lo que ha implicado un crecimiento del derecho procesal constitucional para diligenciar útilmente toda esta temática.²⁶

e) *Mayores exigencias sociales para reclamar a jueces y tribunales el cumplimiento de la Constitución*. A lo anterior se suma un proceso ya destacado en su oportunidad por Werner Goldschmidt: la aparición de una sociedad más exigente en materia de justicia, y correlativamente más intolerante de la injusticia, bien lejana de la concepción anterior de una comunidad resignada o fatalista.

derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos...”

²⁵ Véase sobre el tema FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 68 y ss.; BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 7 y ss.

²⁶ Véase al respecto la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en nuestro *Derecho Procesal Constitucional*, t. 1, Recurso Extraordinario, cit., pp. 162 y ss.

Estas nuevas y compelentes demandas comunitarias han empleado (y emplearán todavía más en el futuro) al derecho procesal constitucional como herramienta para requerir pronunciamientos jurisdiccionales concretos y puntuales que satisfagan sus reclamos. Importantes sectores de la sociedad, otrora pacientes y habituados a soportar políticas o decisiones del Congreso o del Poder Ejecutivo que se reputaban privativas de estos poderes, golpean hoy las puertas de los tribunales peticionando (cuando no exigiendo) a los jueces ordinarios y a los órganos de la jurisdicción constitucional que funcionen en ciertos momentos como poderes legislativo y ejecutivo suplentes, si tales poderes políticos no actuaron, o que trabajen como correctores y fiscalizadores de éstos, mediante el control de constitucionalidad, si es que decidieron algo. Los vehículos jurídicos de canalización de esas pretensiones son, casi siempre, los procesos constitucionales, reciclados y ampliados, utilizados extensiva y no restrictivamente, con metas y alcances algunas veces impensados por el constituyente histórico. La empresa demanda un crecimiento y elasticidades decididamente nuevos y audaces para un laborioso derecho procesal constitucional.

Esa búsqueda de soluciones en el Poder Judicial corre pareja, en algunos lugares (el problema asume situaciones disímiles en diversos países), con una seria crisis de legitimidad política y de representatividad por parte del Parlamento y de la Jefatura de Estado. El conflicto (en potencia en determinadas naciones; en acto en otras) entre democracia y partidocracia agudiza el proceso que mencionamos. En términos muy generales, podría decirse que a mayor desprestigio de los poderes políticos “clásicos”, mayor presión a la judicatura constitucional para que ejerza su papel de poder control sobre aquéllos, e incluso, que ingrese en áreas que años atrás se entendían como exclusivas de ellos.

8. *Riesgos y pruebas*

No todas son rosas en el jardín del derecho procesal constitucional. El incremento de la disciplina conlleva muchos problemas, algunos referidos a la magistratura constitucional, otros atinentes a los procesos constitucionales. Encaramos los que parecen más apremiantes.

a) *Magistratura constitucional*. Un derecho procesal constitucional más activo va a exigir jueces constitucionales también muy idóneos, o sea, muy entrenados en lo constitucional, muy responsables en cuanto el efecto de sus veredictos y muy independientes.

Todo eso demanda un delicado equilibrio entre un desenvolvimiento dinámico y a la vez sensato de la Constitución, leal con el techo ideológico de la ley suprema. El juez de la Constitución puede verse atraído a aplicar la Constitución según su gusto o paladar, torciéndola de acuerdo con sus apetitos ideológicos y manipulándola *pro domo sua*, haciendo pasar, llegado el caso, gato por liebre constitucional.²⁷

Otra dimensión básica en el perfil del juez constitucional, y muy en particular de los jueces constitucionales supremos, es su condición para realizar interpretaciones *previsoras* de la Constitución, o sea, emitir sentencias que tengan muy en cuenta sus consecuencias tanto para el caso concreto como para la sociedad global en donde pueden proyectarse tales veredictos. Sabido es que las resoluciones de una Corte Constitucional o de quien haga sus veces, trascienden el expediente donde se formulan y ya sea por imperativo constitucional (cuando sus fallos tienen, por decisión de la Constitución, efectos *erga omnes*), o por elaboración jurisprudencial de la propia corte o tribunal deben ser seguidos por los tribunales inferiores, lo cierto es que tales sentencias tienden a formar con frecuencia reglas generales para la sociedad, y es obvio que, si tienen de algún modo tal carácter, quienes las emitan deben ejercer su ministerio jurisdiccional con una cautela tanto jurídica como política (entendida la palabra “política” en su mejor y noble sentido, y no en el de conducta partidista, p. ej.).²⁸ No todos los vocales de un tribunal o corte constitucional tienen necesariamente tal perspectiva de su misión. No

²⁷ Naturalmente, la temática de la manipulación constitucional desborda el campo de las tentaciones de un juez constitucional, y es factible que se plantee en muchos ámbitos (Parlamento, Poder Ejecutivo, política partidista, docencia universitaria, ejercicio de la profesión de abogado, *lobbies* y grupos de presión, etc.). En la jurisdicción constitucional la tentación puede ser mayor porque las respuestas que allí se den, en muchos países, cuentan con efectos *erga omnes* y pueden operar como interpretaciones definitivas de la Constitución.

²⁸ Sobre la “interpretación previsoras”, nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp.113 y ss.

siempre se sabe distinguir entre un fallo de un tribunal superior y el de un tribunal constitucional supremo.

A su turno, el problema de una judicatura constitucional genuinamente independiente es singularmente grave. Si la justicia constitucional no es independiente, no es justicia ni es constitucional. Y no basta para ser independiente que la Constitución diga que el juez constitucional es o debe ser independiente.

El régimen de nominación vigente en muchos países no parece, al respecto, el mejor. Desde un punto de vista teórico, si la clase política puede en un Estado designar a los jueces constitucionales, y también removerlos (vía juicio político o *impeachment*, p. ej.), eso significa que el “órgano controlado” (léase Parlamento, Jefe de Estado), designa y además destituye al “órgano controlante”. Así vistas las cosas, las posibilidades de un control constitucional cierto e intenso por la magistratura constitucional no parecen, de lejos, las más promisorias.

El panorama se ensombrece más si quienes integran el órgano controlado, al poder exonerar a los jueces del órgano controlante, afirman que están habilitados para hacerlo según pautas “políticas” de evaluación, vale decir, esencialmente discrecionales, según su íntima convicción, sin que rija el principio *in dubio pro reo* ni las reglas de la sana crítica en la meritación de las pruebas y sin la necesidad de acreditar plenamente los hechos inculpados. En tal sentido, cabe sin embargo recordar que el “juicio político” es, liminarmente, un “juicio”, en el que rigen las garantías del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica (art. 8º del Pacto; doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Tribunal Constitucional del Perú”),²⁹ en el que sus operadores no cuentan con un “cheque en blanco” que les permita actuar y decidir soberanamente. Nos remitimos en este tema al cap. XI.

b) *Procesos constitucionales.* Actualmente, los procesos constitucionales del derecho procesal constitucional tienden a ser sencillos, rápidos y efectivos, conforme las pautas que marca el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica. La nota de expeditividad está marcada,

²⁹ Conf. CIDH, caso “Tribunal Constitucional del Perú”, 24/9/1999, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, pp. 820 y ss., esp. p. 838.

igualmente, por el art. 43 de la actual Constitución argentina, por ejemplo, en cuanto el amparo. Eso empalma con la idea de “tutela judicial efectiva”, que perfecciona la noción clásica del debido proceso con, entre otros ingredientes, la nota de acceso real a la justicia. Esto justifica, paralelamente, un buen arsenal de medidas cautelares de producción segura, de no innovar e innovativas, incluyendo la tutela anticipada sobre el fondo del asunto.

Todo ello está muy bien, y así debe ser. Pero cabe advertir respecto de ciertos desafíos que atraviesan hoy los procesos constitucionales.

Uno es de tipo cuantitativo: una multiplicación (aun justificada) de procesos constitucionales puede hacer colapsar el sistema judicial de un país, si no se lo provee del número suficiente de sedes judiciales y de auxiliares. El reciente caso argentino, de más de doscientos o trescientos mil juicios de amparo, con motivo de las normas reguladoras (es un decir) de las restricciones bancarias en materia de disponibilidad de fondos, constituyó un hecho único en el mundo, que bloqueó a la judicatura federal durante varios meses, y motivó una gimnasia constitucional igualmente atípica: no estaba todavía seca la tinta de nuevas normas publicadas apresuradamente en el *Boletín Oficial* del Estado (leyes, decretos de necesidad y urgencia, decretos comunes), que la justicia constitucional, muchas veces *in audita parte* y en medidas cautelares, las declaraba inconstitucionales, y generalmente con buenos motivos.

Concomitantemente, esa inimaginada cantidad de amparos provocó, en un país adherido al sistema norteamericano de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, pronunciamientos disímiles y hasta opuestos, cuya confrontación, en muchas materias, no ha sido resuelta todavía por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Naturalmente, ello no coincide con los valores de igualdad y seguridad jurídicas, y hace meditar sobre la posible conveniencia de instrumentar algún tipo de control concentrado de constitucionalidad, con efectos *erga omnes*, ya en la Corte Suprema, (pero no consintiendo que ella carezca de plazos para resolver), ya en una Sala o Tribunal Constitucional especializado.

De esto cabe concluir que no siempre la estructura judicial está en condiciones de absorber y procesar todas las acciones constitucionales que los litigantes pueden presentarle a su decisión.

Por otra parte, bien pueden presentarse situaciones de desnaturalización de procesos constitucionales. Una, hartamente frecuente, es cuando las partes presentan a los tribunales acciones de amparo para atender casos polémicos o discutibles, o notoriamente complejos, dignos de juicios ordinarios, contraviniendo reglas constitucionales que reservan dicho instituto para actos u omisiones viciados de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (art. 43, Constitución argentina). Otra, cuando gestionan ante la misma judicatura pretensiones hartamente opinables, cuando no desconcertantes, maquillándolas como exigencias de la Constitución; o si se imputa fácil y arbitrariamente la inconstitucionalidad de preceptos que implican una opción constitucional permitida para el legislador, o cuando se hurga en argumentaciones bizantinas para inventar, con ingenio y paciencia, inconstitucionalidades donde ellas no existen. Todo este follaje forense empantana y retrasa a la magistratura constitucional más de lo que se cree. Así, en materia de amparos colectivos, muchas veces se confunde una mera aspiración o “interés difuso” con un verdadero “derecho difuso” reclamable jurídicamente, o se disfraza como globalmente “difuso” a un interés francamente sectorial, contrapuesto al de otras pretensiones igualmente latentes en la comunidad sobre el mismo tema.

9. *Recapitulación*

El derecho procesal constitucional ha dado pasos muy significativos en los últimos lustros. Ello se explica en las modificaciones habidas en el escenario constitucional (retorno a la democracia, divulgación de las salas y cortes constitucionales), como en un cambio en la conciencia jurídica y social, más apremiante para la búsqueda de soluciones y más crítica respecto del comportamiento del Congreso y del Poder Ejecutivo, a la vez que requirente, a la magistratura constitucional, de respuestas que no encuentra en los otros órganos del Estado.

El auge del derecho procesal constitucional tiene también sus retos, como son el planeamiento de una mejor magistratura constitucional (en particular, idónea en espíritu constitucional y en derecho constitucional, profundamente independiente y equilibrada en sus pronunciamientos, previendo las consecuencias de sus decisiones) y la articulación de procesos constitucionales realmente operativos, lo que

significa proveer los medios del caso. También es necesario que la comunidad forense contribuya en esta empresa respetando el sentido y los marcos razonables de tales acciones y recursos.

Capítulo III

REFLEXIONES SOBRE LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL*

10. *Introducción. Soles y bemoles de la codificación procesal-constitucional*

El reciente lanzamiento del Código Procesal Constitucional del Perú, mediante su ley 28.237, reactualiza el debate en torno a la conveniencia o los defectos de abordar una empresa legislativa de tal tipo.

Resumamos los argumentos a favor de la codificación de esta materia:³⁰ a) *Seguridad*, para dar un tratamiento coherente a institutos procesal-constitucionales muchas veces dispersos y no siempre armónicos, nacidos en distintas épocas y desenvueltos quizá al azar, a borbotones, con tribunales de factura diversa y en etapas ideológicas a veces contrapuestas;³¹ b) *Perfeccionamiento y eficacia*, ya que la codificación es un buen momento, por ejemplo, para mejorar el arsenal normativo existente, actualizarlo, eliminar dispositivos incorrectos, incorporar a otros que faltaban, cubrir los vacíos lagunosos y disipar ambigüedades, tarea que implica una contribución positiva en términos

* Publicado en PALOMINO MANCHEGO, José: *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, t. I., Grijley, Lima, 2005, p. 17 y ss.

³⁰ Derivamos al lector a nuestro trabajo “La codificación del derecho procesal constitucional”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, cit., t. I, pp. 499 y ss.

³¹ La ley 25.675 ha creado, recientemente, un nuevo subtipo de amparo, el ambiental. Sobre el resto, véase SAGÜÉS, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*, t. 3, Acción de Amparo, 4ª. ed., Buenos Aires, 1995, pp. 59 y ss.

de claridad jurídica; c) *Robustecimiento*, académico e ideológico, del derecho procesal constitucional, puesto que una correcta codificación dará consistencia a esta joven disciplina y puede contribuir a mutarla en más operativa para los derechos personales emergentes de la Constitución o del derecho internacional, y más útil para dirimir las controversias constitucionales entre los órganos del Estado. En definitiva, para tornarla mucho más funcional a fin de hacer operar idóneamente a la *jurisdicción constitucional de la libertad* y a la *jurisdicción constitucional orgánica*, expresiones éstas felizmente acuñadas por Héctor Fix Zamudio y Mauro Cappelletti.³²

Conviene asumir, paralelamente, los riesgos de la codificación: a) la *impericia*, si malos legisladores perjudican o complican los procesos constitucionales ya existentes; b) la *regresión*, cuando en vez de desenvolver y desplegar positivamente a tales institutos, se los retrotrae al pasado volviéndolos poco operativos, burocráticos y complejos, cuando no, en situaciones límites, paradójicamente castrativos; c) el *conflicto*, que se presenta cuando se reavivan disputas ya superadas, o al menos aletargadas, o se introducen mecanismos o sistemas hartamente discutibles, provocadores de mayores debates y controversias en la comunidad forense; d) la *esclerotización*, rara de evitar si el legislador, por excesivo reglamentarismo o simplemente por un deseo patológico de aherrar la realidad, corta las alas de los operadores (en particular, de los jueces) y los encierra en una suerte de jaula regulatoria que impide el desarrollo de nuevas variables procesales o la remodelación ágil de los existentes.

No en vano estos temores explican disposiciones curiosas del derecho constitucional, como las leyes supremas de las provincias de Salta y Jujuy, en la Argentina, que han prohibido reglamentar legislativamente al amparo y al hábeas corpus, fuera de las reglas constitucionales vigentes. La incógnita respecto de en quién es mejor confiar (¿en los legisladores o en los jueces?) para el más conveniente desarrollo del derecho procesal constitucional, es por cierto repetida. En ciertos casos, la acción de amparo fue auspiciada por los legisladores, que abrieron brecha en el tiempo y la proyectaron innovadoramente en un medio que hasta

³² FIX ZAMUDIO, Héctor: "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", en *Memorias de El Colegio Nacional*, t. IX, n° 4, pp. 42, y ss., 87 y ss.; CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, UNAM, México, 1987, p. 117.

entonces la desconocía; pero en otras regiones, fueron los jueces quienes –literalmente– la inventaron, desglosándola de las cláusulas constitucionales de los derechos no enumerados o implícitos, o desde el derecho internacional (por aplicación, v. gr., del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica). Y en algunas ocasiones, frente a ese activismo judicial, legisladores (ocasionalmente, *de facto*) involucraron a institutos como el amparo y el hábeas corpus, sancionando, más que una ley de amparo, una de “desamparo”, como irónicamente se dijo, en la Argentina, respecto de la ley 16.986.³³

11. *Las rutas de la codificación*

Desde el punto de vista técnico hay dos caminos para la codificación: la *consolidación*, que aglutina las normas preexistentes, las amolda entre sí, llena sus intersticios y atiende las áreas no legisladas, y la *codificación propiamente dicha*, propuesta más ambiciosa, que con una nueva factura, con pretensiones de casi hermeticidad, recrea el panorama normativo previo y diseña libremente los distintos capítulos del Código.

Naturalmente, la vía de la consolidación parte del supuesto de que el material normativo actual no es malo, sino provechoso, aunque resulte perfectible. Es un trabajo más simple y rápido, casi de engarce legal (aunque puede haber mucho pulimiento). Algunas veces, el factor tiempo puede explicar que se recurra a este procedimiento: si los plazos son, por diversas circunstancias, breves, resulta más fácil aglutinar que fabricar nuevas normas.

A su turno, la opción de la codificación puede demandar un mayor espacio cronológico, mayor contracción en el trabajo y también mayores responsabilidades frente a la sociedad, ya que una cosa es recompagnar lo hecho por otros, y algo distinto elaborar nuevas normas. Por lo demás, una empresa codificatoria en sentido estricto puede auspiciar mayores expectativas y exigencias sociales que, si no se satisfacen adecuadamente, provocan a su turno frustraciones y crisis de ilusión en la comunidad.

³³ SAGÜÉS: *Derecho procesal Constitucional*, cit, t. 3, p. 48.

12. *Las opciones de la codificación*

En su empresa codificatoria, el legislador tendrá un manajo de opciones, entre las que se encuentran la de preferir tipos uniformes de procesos constitucionales, o en cambio, alternativas múltiples.

Concretamente: ¿es aconsejable diseñar, por ejemplo, un tipo de amparo base, o en cambio, es mejor pensar en un abanico de subtipos de amparo? Argentina, en el orden nacional, se inclina por la última variable, y es así como legalmente hay un amparo contra actos u omisiones de autoridad pública, otro contra actos u omisiones de particulares, dos amparos electorales, uno sindical, tres amparos por mora especializados (contra la Agencia Federal de Impuestos, la Dirección General de Aduanas, y el amparo por mora de la ley de procedimientos de índole administrativa), el amparo ambiental de la ley 25.675, y el hábeas data, que a la postre es un amparo especializado. Costa Rica otorga al ejercicio del derecho de réplica una suerte de amparo *sui generis*, y otros países instrumentan mandamientos de ejecución y de prohibición peculiares pero que, más o menos, guardan parentesco con el amparo. A lo dicho habría que agregar el “amparo interamericano”, emergente del Pacto de San José de Costa Rica, y del que haremos después alguna mención.

El dilema de estructurar un amparo fundamental o muchos amparos subespecializados no tiene una conclusión dogmática que sea válida para todos los países. Teóricamente es posible conjeturar que una clase de amparo puede demandar un trámite más comprimido o más amplio que la dedicada a otro asunto, como que la legitimación activa y la pasiva, los efectos de la sentencia (en particular, los propios de la temática ambiental, que tienden a ser acciones populares y con resultados *erga omnes*) y las facultades probatorias o cautelares del juez resulten igualmente disímiles, en función, por ejemplo, del derecho tutelado.

Sin embargo, tanta policromía procesal-constitucional, transportable por lo demás al hábeas corpus y al hábeas data, puede llevar a un casuismo interminable, que justifique el capricho de cada especialista de contar con un amparo “a medida” de la disciplina a la que se dedique. No aconsejamos, pues, esa inflación de amparos, sin perjuicio de prever cláusulas elásticas que permitan al magistrado arbitrar soluciones procesales flexibles atendiendo al derecho en juego.

13. *Los topes de la codificación*

Es bueno tener presente que la gesta codificatoria amplia tiene siempre sus condicionamientos, en particular los emergentes de la Constitución. A menudo, ésta detalla aspectos secundarios de los procesos constitucionales, perfilándolos con ciertas minucias que recortan las facultades del codificador subconstitucional. En el caso del Perú, v. gr., los artículos 200 y 202 de la Constitución son una muestra de ello. La distinción —muy opinable— que hace el texto constitucional entre la legitimación activa para cuestionar la constitucionalidad de leyes y la constitucionalidad de los decretos del Poder Ejecutivo; el conferimiento de distinta competencia para esos quehaceres al Tribunal Constitucional y a la jurisdicción ordinaria; el tipo de recursividad de las sentencias de esta última ante el Tribunal Constitucional en cuanto los amparos, hábeas corpus y hábeas data, el planeamiento de las acciones de cumplimiento, etc., son todas limitaciones que, más allá de su acierto o error, implican serios topes a la imaginación del codificador.

Un capítulo importante, en este subtema, es el de las imposiciones provenientes del derecho internacional. Por ejemplo, el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica contempla un amparo destinado, según el mismo Pacto, no exclusivamente para tutelar los derechos emergentes de la referida Convención Americana sobre Derechos Humanos (como sería su objetivo natural y propio), sino también los derechos fundamentales que provengan de la Constitución y de las leyes domésticas. Dicho de otro modo, el Pacto protege al Pacto, pero también a la Constitución y a las leyes internas.

De acuerdo con este discutible criterio, pero que está vigente, el “amparo interamericano”, como se lo ha dado en llamar, tutela así tanto a los derechos del Pacto como a los derechos locales de fuente constitucional y legal, que sean fundamentales. De ahí que si un Estado programa por su Constitución o por la ley a su acción de amparo, no sin cierta razón, solamente para cubrir derechos de base constitucional, pero no los de fuente legal que sean fundamentales, podría encontrarse en *default* normativo, en cuanto las exigencias del Pacto.

Deberá recordarse, también, que las reglas del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica operan para el constituyente y el legislador local como un “piso”, pero no como un “techo” normativo. En otras palabras,

el codificador interno no podrá negar lo que el Pacto otorga (por ejemplo, que el amparo procede para atacar actos lesivos tanto de particulares como de autoridad pública; que deberá existir un recurso judicial de amparo, y que el afectado en sus derechos fundamentales tendrá derecho a un pronunciamiento en el mismo; que el trámite debe ser sencillo, rápido y básicamente efectivo). Pero podrá ser más generoso (v. gr., si contempla una legitimación activa más indulgente, o programa el amparo para proteger, también, derechos no fundamentales).

14. *La codificación y sus mercados*

Como todo producto jurídico, la codificación tiene sus mercados, donde imperan la oferta y la demanda.

Hay sociedades más perfeccionistas que reclaman la codificación, mientras que en otras la comunidad forense no insiste demasiado en ella, o hasta desconfía de sus méritos. Hay tendencias de negación y de rechazo, ora por desinformación, ora por pequeñeces y egoísmos personales, por falta de estatura intelectual, o por experiencias normativas anteriores poco felices. Además, en ciertos supuestos, la alergia anticodificatoria puede ser muy explicable: por ejemplo, ante la perspectiva cierta de un eventual mal codificador procesal-constitucional, la codificación en sí es realmente temible.

En otras latitudes es factible que la sociedad mire este proyecto con buenos ojos, y que esté dispuesta a afrontar los costos del producto codificado (esfuerzo intelectual, decisión política, quizá honorarios y gastos consecuentes), pero también puede ocurrir que esa demanda no encuentre la oferta que la satisface. No en todas partes se recluta un equipo codificador eficiente, ni a la clase política le cautiva la iniciativa, ni existe el consenso académico y legislativo para redactar al código procesal constitucional y más tarde aprobarlo. Las discusiones doctrinarias, las polémicas de los partidos, los conflictos ideológicos entre garantistas y pragmáticos o eficientistas, aparte de los clásicos alineamientos de izquierdas y derechas, pueden torpedear el proyecto de la codificación. Detrás de los engranajes procesal-constitucionales, anidan distintas y contrapuestas visiones sobre el estatuto del poder y el estatuto de los derechos, así como de diversa cotización entre estos últimos.

El derecho procesal constitucional no es una disciplina políticamente neutra. Pegado a la Constitución, está inevitablemente inficionado de ideología, y la diagramación de los procesos y recursos constitucionales implica también, con sus distintas opciones, un escenario de confrontación y de contestación. Vale decir, agonal, de lucha.

15. *El destino de la codificación*

Como toda gestión normativa, la suerte de la codificación dependerá básicamente de dos factores.

El primero es el *mérito de la codificación*. Se trata de un ingrediente *intrínseco*, que alude al acierto de su arquitectura normativa, a la técnica jurídica correcta empleada, al sentido común que anime a sus disposiciones, a la difícil ecuación que tendrá que guardar entre aspiraciones de máxima y adaptaciones a la realidad (aquel tradicional duelo entre la “ética de los principios” y la “ética de las responsabilidades” a que aludía Max Weber).

El segundo es exógeno respecto de los codificadores, y refiere a la *genuina voluntad de cumplimiento* de los operadores de la codificación. En Perú, dado su sistema “dual”, “paralelo”, o “mixto” de control de constitucionalidad, concierne principalmente a la conducta de abogados y jueces, tanto de la judicatura ordinaria como de la constitucional especializada. Estamos haciendo referencia a la honestidad de los letrados para plantear sus reclamos “conforme” y no “contra” el Código Procesal Constitucional, en base a demandas responsable y seriamente fundadas, razonables, prudentes y no manipuladoras del Código y de la Constitución; y por parte de los magistrados, a sentencias con calidad jurídica, espíritu republicano, criterio protector de los derechos constitucionales y portadoras de un hábil equilibrio en materia de ponderación de derechos y de relaciones entre derechos y deberes emergentes de la Constitución. Vacunadas, asimismo, contra el facilismo, las extravagancias y la demagogia judicial, tentaciones hoy tan fuertes como nunca, en particular cuando son alimentadas por un escenario mediático muy tentador.

También entra en juego, principal y obviamente, la obediencia (y ejecución) del Poder Ejecutivo de las sentencias que emanen de la

jurisdicción constitucional, como el respeto por el Poder Legislativo de tales veredictos y de la independencia de esa magistratura; así como el comportamiento activo, diligente y serio del Ministerio Público, en resguardo de los intereses generales de la sociedad.

En conclusión, un código procesal constitucional mediocre puede ser rescatado por abogados calificados y decentes, como por una jurisprudencia rectora; y otro de calidad, a la inversa, desnaturalizado y degradado por malos operadores. Concluida la etapa normativa fundacional, el futuro del código pasa a manos de sus ejecutores. Su vigencia se desprende del ánimo de quienes, bien o mal, lo hicieron. Así pasa con toda norma, y tal parece ser el destino del derecho formal. Su dimensión normativa se pone a prueba en la realidad fáctica o existencial, que es el reino de la experiencia jurídica: una verdadera pedana que define la suerte del código de derecho procesal constitucional.

Capítulo IV

EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN*

16. *Introducción. La ley 6944*

El 2 de marzo de 1999 se ha promulgado, y 8 de marzo de 1999, publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia de Tucumán*, a la ley 6944, que había sido sancionada hace más de tres años atrás, el 9 de octubre de 1995. Esta inusual demora alerta sobre las razones políticas que retrasaron la puesta en práctica de la nueva norma.

Fruto de la iniciativa del entonces legislador y después Defensor del Pueblo de Tucumán, Dr. Sergio Díaz Ricci, el presente Código puede reputarse el segundo en la Argentina en la materia, ya que la precedente Ley de Procedimientos Constitucionales (ley 8369) de la Provincia de Entre Ríos encaró una tarea similar: legislar de modo sistemático y orgánico a los procesos y recursos constitucionales, que son aquellos destinados, básicamente, a tutelar la supremacía de la Constitución.

El Código Procesal Constitucional de Tucumán tiene mucho de "consolidación" de normas, en el sentido que ha partido de institutos locales como la Ley de Hábeas Corpus 6.230, el amparo común incluido en el Código Procesal Civil y Comercial (ley 6.904), el amparo laboral (Código de Procedimientos del Trabajo, ley 6.204), el amparo electoral (ley provincial 1.279), el amparo por mora de la administración (Código Procesal Administrativo, ley 6.205) y el recurso de inconstitucionalidad

* Publicado en BIDART CAMPOS, Germán J: (Coord.), *El derecho constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 461 y ss.

que se hallaba disperso entre los códigos procesales civil y comercial, penal y laboral.³⁴

Entre las fuentes extraprovinciales cabe mencionar a los proyectos de ley presentados en la Nación por los legisladores Jorge R. Vanossi, Jorge H. Gentile (éste influye de modo particular en el Código tucumano), y Jorge O. Folloni, y a la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (ley 7135), de 1989. También se han tenido en cuenta, de modo especial, al proyecto y a la posterior ley santafesina 10.456, de amparo, y la ley nacional 23.098 de hábeas corpus.³⁵

El Código Procesal Constitucional de Tucumán entró en vigencia el 7 de mayo de 1999.

Dado que la elaboración del proyecto de este Código fue previa a la reforma constitucional nacional de 1994, ésta no aparece explícitamente entre sus antecedentes. No obstante, no se registran incompatibilidades insalvables entre la enmienda nacional y el Código tucumano. En algunos aspectos, el proyecto de éste se anticipó a lo dispuesto más tarde por la Convención de Santa Fe-Paraná.

Un detalle sugestivo es que el flamante Código Procesal Constitucional de Tucumán no contiene normas para litigar ante el Tribunal Constitucional de esa Provincia, órgano que si bien figura en el texto de la Constitución local vigente, de 1990, y es apto para conocer en distintas acciones de tipo constitucional, no ha sido todavía instrumentado ni, desde luego, puesto en funcionamiento. El mensaje subliminal de esta omisión es tal vez alertar que el referido Tribunal Constitucional, que mereció en su momento distintas críticas, es probable que no opere jamás, ingresando a los institutos neutralizados por la desuetudo.³⁶

³⁴ Conf. sobre los fundamentos del código que anotamos y sus antecedentes, DÍAZ RICCI, Sergio: “Comentarios”, en *Código Procesal Constitucional. Provincia de Tucumán. Ley 6944*, sin mención de editorial, Tucumán, 1999, pp. 30/40, y también “Introducción”, pp. VI-VIII. Seguimos el texto del código insertado en esta publicación.

³⁵ Sobre la ley 10.456 de Santa Fe, y el proyecto elaborado por el Instituto de Derecho Público y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina, conf. SAGÜES, Néstor P., y SERRA, María Mercedes: *Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pp. 122 y ss. En cuanto a la ley 7135 de Costa Rica, conf. SAGÜES, Néstor P.: “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en *Revista de estudios políticos* (Nueva Época), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, n° 74, pp. 471 y ss.

³⁶ El Tribunal Constitucional de Tucumán es un instituto peculiar, con un método de selección de los jueces y competencias en ciertos casos curiosos, como una muy especial en

17. *Diseño exterior del Código*

El Código Procesal Constitucional cuenta con 111 artículos, y cuatro títulos. El primero refiere a "principios generales".

El segundo, dedicado a "garantías a los derechos personales", comprende cinco capítulos. El primero alude a "disposiciones comunes". El segundo, al hábeas corpus. El tercero, refiere al amparo general. El cuarto, a los amparos especiales (hábeas data, electoral, fiscal y por mora). El sexto, a los amparos colectivos.

El Título III, bajo el rótulo de "control jurisdiccional de constitucionalidad", desarrolla el control de oficio, por acción (declarativa) y por apelación ante la Corte Suprema.

El Título IV contiene disposiciones finales, concernientes a derogaciones, reglas transitorias, vigencia y artículos de forma.

Analizaremos los puntos más llamativos de estos dispositivos.

18. *Título I. Principios generales*

En esta parte del Código cabe destacar el carácter servicial, pero no por eso menos relevante, del derecho procesal constitucional, ya que el art. 1° destaca que el Código tiene por fin garantizar los derechos de las personas consagrados por la Constitución provincial y la Constitución Nacional, los tratados y las leyes provinciales. A ello cabría agregar, pensamos, que también le corresponde tutelar los derechos emanados de leyes nacionales, cuando su aplicación corresponda a las provincias (vale decir, principalmente, el derecho común de los códigos citados por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional).

El art. 3° dispone, en cuanto el ámbito de aplicación, que el Código opera cuando el acto lesivo emane de autoridad provincial, y si procede de un particular habrá de estarse a las reglas normales de competencia. Si se ignora cuál es la autoridad de la que procede el acto lesivo, conoce cualquier tribunal según las reglas de competencia territorial. Si se determina definitivamente cuál es la autoridad, las actuaciones se girarán al tribunal del caso.

materia de inconstitucionalidad por omisión. Nos remitimos a nuestro estudio "Tucumán y su Tribunal Constitucional", en *LL*, 1992-C, 1171.

Las acciones de hábeas corpus, amparo, protección de derechos comunes y difusos, y de inconstitucionalidad, se sustancian ante los tribunales de primera instancia. Pero cuando el acto lesivo emana de los poderes Ejecutivo, Legislativo, cámaras de apelaciones y de instancia única, tiene la competencia exclusiva la Corte Suprema de Justicia provincial. Si el acto emana de un juez de primera instancia, entenderá la Cámara de Apelaciones (art. 4º). Esta norma alerta que hay acciones y procesos constitucionales contra actos del Poder Judicial -una medida no frecuente en el derecho argentino, pero de sumo interés-. Por lo demás, en cuanto la competencia de la Corte Suprema para decidir, por ejemplo, amparos contra el Poder Ejecutivo, tendrá que interpretarse adecuadamente, reservándola sólo para actos u omisiones del Gobernador propiamente dicho. De lo contrario, dado que muchos amparos se promueven contra agentes en general del Poder Ejecutivo, podríase correr el riesgo de congestionar la labor de la Corte con la atención originaria de ellos.

El art. 5º, en consonancia con los aportes más modernos en la materia, contempla la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, pero con previa audiencia de las partes y del Ministerio Público, alternativa que procura a todas luces salvaguardar el derecho de defensa de los involucrados en un proceso, y la actuación del Ministerio Público como custodio del orden público constitucional.

19. *Título II. Garantías a los derechos personales*

El Capítulo primero, relativo a "disposiciones comunes", al hábeas corpus y a los amparos, determina que ambos pueden ser promovidos por "cualquier persona interesada" (art. 7º) con lo que el campo de la legitimación se amplía para comprender tanto la defensa de derechos subjetivos, como intereses legítimos e intereses simples. Seguramente esto provocará el aplauso doctrinario actual.³⁷

³⁷ Sin embargo, en un reciente estudio sobre el tema, Luis Iriarte ha observado que la expresión "interesado" del Código Procesal Constitucional de Tucumán, art. 7º, puede no comprender la figura del "afectado", prevista por el art. 43 de la C.N., para el hábeas corpus, y que tal omisión debe ser salvada de oficio por el juez del caso. No obstante, pensamos que la palabra "interesado" involucra necesariamente, y en primer lugar, al "afectado" por el acto lesivo que motiva el amparo o el hábeas corpus. Conf. sobre el tema IRIARTE, Luis: "El

Después de incluir normas sobre horarios, turnos, carteles avisadores, días y horas hábiles (que para el amparo y el hábeas corpus son todos, a tenor del art. 11, circunstancia que deberá provocar un serio cambio de mentalidad en jueces y abogados), así como sobre plazos, los arts. 13 y 14 aluden al impulso procesal de oficio, y con celeridad. Los amparos y los hábeas corpus deben ser diligenciados con preferencia a otros procesos (art. 14).

Con un criterio que compartimos, se establece que como principio rigen las normas sobre competencia por razón de la materia (art. 15), salvo que hubiera dudas razonables, en cuyo caso conocerá el juez requerido. De declararse incompetente un tribunal, dentro de las 24 horas de promovida la demanda, debe elevar los autos en consulta al superior. El sistema seguido es parecido al de la Ley Nacional sobre Hábeas Corpus 23.098.

En aras de favorecer el diligenciamiento de estos procesos, el art. 16 dispone que el tribunal del caso debe subsanar los defectos formales de un hábeas corpus o amparo, incluso para definir presentaciones oscuras (art. 16). También se dispone que si una acción es incorrectamente articulada (en el sentido de corresponder, v. gr., el amparo en lugar del hábeas corpus), el tribunal así debe declararlo, o conceder al interesado un término para que convierta la acción, de tres días (art. 17). Rige exención de sellado, depósitos y cualquier impuesto, salvo cuando haya condena en costas (art. 24).

Presentada la acción, las "disposiciones comunes" establecen que el tribunal tiene que requerir un informe (circunstanciado) al presunto autor del acto lesivo, que si no se presenta, justifica que se tengan por ciertos los hechos invocados por el promotor de aquélla (art. 21), y la

Código Procesal Constitucional de Tucumán”, en *Lex*, Revista del Colegio de Abogados (Tucumán, 1999), año 4, n° 18, p. 13.

También añade Iriarte que al hablar el Código Procesal tucumano en su art. 7° de "interesado", como cualidad necesaria para la legitimación activa en el amparo o hábeas corpus, es más exigente que el art. 43 de la C.N., que para el amparo habilita a "toda persona", en su párr. 1°, para interponer esta acción. Pero al respecto cabe señalar que el art. 43 de la Constitución federal no admite la acción popular; y que por "toda persona", no debe entenderse "cualquier persona". Véase nuestro trabajo "Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo", en BIDART CAMPOS, Germán J., y otros: *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 20 y 21. De ahí que la norma del art. 7° del Código Procesal Constitucional no resulta condenable, sino todo lo contrario. En definitiva, por "interesado" debe entenderse "afectado", y así se compatibiliza el Código con la Constitución Nacional.

sentencia se dicta dentro de las 48 horas, plazo que se reduce a 24 horas si hay contestación del informe circunstanciado, reconociéndose los cargos formulados en el escrito inicial. Estas reglas simplifican problemas derivados de la no respuesta al informe requerido.

En cuanto apelaciones, sólo son recurribles la sentencia definitiva, la que rechaza la acción como manifiestamente improcedente, y la que ordena o desestima medidas de no innovar (art. 28). El cuarto inciso del mismo art. 28 señala que el recurso procede siempre con efecto suspensivo, salvo cuando se hace lugar a un hábeas corpus y en las medidas de no innovar decretadas en un amparo.

El recurso *puede* ser fundado, y se interpone por escrito u oralmente, mediante acta. Deben elevarse de inmediato los autos al superior, emplazando a las partes para que en las próximas 24 horas comparezcan ante la alzada, mejoren el recurso o en su caso lo funden, o apoyen la decisión objetada. El superior está habilitado para disponer una audiencia, a fin de salvar errores u omisiones incurridos en primera instancia. El recurso debe resolverse en tres días si es un amparo, o en 24 horas si se trata de un hábeas corpus (art. 29).

También se contempla un recurso de queja, a interponerse ante el superior dentro de las 24 horas de notificada la denegatoria de apelación. El tribunal superior tiene que resolver sobre la concesión o denegación también en 24 horas (art. 30).

Como normas supletorias rigen las procesales vigentes en el fuero donde se haya planteado la acción, adaptadas según principios de celeridad y eficacia (art. 31).

El régimen de costas es severo: si es condenada la Administración pública, son responsables solidariamente ella y el agente que realizó el acto u omisión cuestionados, cuando éste hubiere obrado con culpa. No obstante, si la acción hubiese prosperado en virtud de la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, las costas corren en el orden causado. Si la acción es rechazada, las costas son por su orden, salvo el caso de improcedencia manifiesta de la acción (art. 26).

El art. 25 contiene reglas sobre hábeas corpus y amparos durante el estado de sitio, pero las mismas serán de difícil aplicación, ya que tratándose esa medida de excepción de un dispositivo de tipo federal, aquellos procesos tendrán que diligenciarse en tal sede, y no en la provincial.

20. *Hábeas corpus*

Conforme al art. 32 del Código Procesal Constitucional, el radio de acción del hábeas corpus es en Tucumán más amplio que en el orden nacional. En efecto, a más de las variables ya conocidas de los casos de lesión, amenaza o perturbación a la libertad ambulatoria, y del agravamiento ilegítimo de las formas y condiciones en que se presta una detención, se incluyen aquí los supuestos de demora en ser conducido de inmediato a la presencia de un juez en las hipótesis de detenciones *in fraganti*, de exceso del plazo legal de la condena o de vencimiento del término de 24 horas para dar aviso al juez competente, y de ilegitimidad de la incomunicación del detenido, o cuando la causa que motiva un proceso no está tipificada y penada al momento del hecho (art. 32).

Esta ampliación -con relación a la esfera nacional- no es de ningún modo inconstitucional, ya que el legislador provincial no está habilitado para *reducir* al hábeas corpus federal, pero sí puede *aumentarlo* (art. 1° de la ley 23.098). En ese orden de ideas, cabe subrayar que el Código tucumano admite la posibilidad del hábeas corpus contra actos de particulares (arg. arts. 3 y 32, dado que este último no establece limitaciones en cuanto el sujeto que atentó contra la libertad, en sus incs. 1° y 3°, y art. 37).

Son competentes en el hábeas corpus los jueces de instrucción (art. 33). El trámite es en muchos aspectos similar al de la ley nacional 23.098, incluyendo al hábeas corpus de oficio, aunque la audiencia del caso es convocada por el tribunal solamente si la juzga necesaria (art. 42), regla que permite simplificar al procedimiento.

Otra novedad es el hábeas corpus contra decisiones judiciales, concebido inteligentemente como instrumento supletorio, en el sentido de que exige que no exista otro procedimiento idóneo en resguardo del derecho conculcado, debiendo interponerse ante el Superior en grado de la autoridad judicial cuestionada. En este caso, el procedimiento judicial no está explícitamente contemplado por el Código, que solamente indica que será "breve y sumario, sin formalismos, adaptándose en función de las circunstancias, juzgándose en instancia única, impidiendo cualquier otra vía para cuestionar el acto lesivo" (art. 38).

Una medida provechosa es la creación del Registro de Personas Privadas de Libertad (art. 49), a cargo de la Corte Suprema de Justicia provincial, donde deben inscribirse las personas restringidas en su

derecho de circulación, por autoridad pública nacional, provincial o municipal, de cualquier tipo o naturaleza.

Como ya dijimos, por ser el proyecto de este Código Procesal Constitucional anterior a la reforma nacional de 1994, no contiene expresamente disposiciones sobre el hábeas corpus en favor de desaparecidos (claramente mencionados por el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional). Sin embargo, cabe entender que ellos también están captados por los amplios márgenes del art. 32 del Código.

21. *El amparo general*

El Capítulo tercero del Título II del Código Procesal Constitucional está dedicado al amparo general. El art. 50 lo enuncia también, coincidiendo básicamente con el actual art. 43 de la Constitución Nacional, aunque respecto de los derechos tutelados habla de los reconocidos por la Constitución Nacional y la provincial, y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Una interpretación literal podría inferir que no cubre los derechos emergentes de los tratados sin nivel constitucional y los derechos emergentes de una ley común. Sin embargo, una interpretación armonizante del aludido art. 50 del Código con el art. 43 de la Constitución federal obliga a insertar dentro del cuadro de los derechos protegidos por el Código, también a los descritos por el art. 43 de la Constitución Nacional, ya que este último precepto rige en todo el país. En conclusión, los derechos provenientes de tratados comunes son igualmente amparables.

El art. 50 del Código Procesal Constitucional tucumano parece habilitar al amparo como acción directa (vale decir, no subsidiaria ni supletoria, con relación a otros procedimientos judiciales administrativos o judiciales aptos para enfrentar al acto lesivo que motiva al amparo). Iriarte apunta, con razón, que ello no coincide con la directriz del art. 43 de la Constitución Nacional³⁸, y tampoco, sostiene, con la Constitución local.

Respecto del primero, pensamos que si el legislador provincial amplía la órbita del amparo nacional, tornándolo más generoso, esa amplitud podrá ser criticada a nivel de política legislativa, pero no

³⁸ IRIARTE: ob. cit., p. 12. Sobre la naturaleza del amparo nacional, nos remitimos a nuestro estudio “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. A propósito de la intención del constituyente”, en *LL*, 1995-D, 1517.

importaría un supuesto de inconstitucionalidad (por la aptitud que tienen las provincias de aumentar, aunque no de disminuir, las garantías constitucionales federales). A su turno, y por lo dicho, el Código Procesal Constitucional tampoco colisiona con el art. 22 de la Constitución provincial, que se remite al amparo nacional.

El art. 51 del Código declara inadmisibles el amparo si el acto emana del Poder Judicial de la Nación (norma lógica, ya que en tal caso, eventualmente, el amparo debería plantearse en sede judicial nacional), o de la Provincia (esto en principio es -de acuerdo con nuestra experiencia jurídica- una cuestión discrecional para el legislador, aunque cabe preguntarse si, a falta de otro procedimiento idóneo para impugnar el acto lesivo, el amparo contra resoluciones judiciales de todos modos no debería prosperar).

El art. 51, inc. 2º declara también inadmisibles el amparo contra leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley, salvo cuando se impugnen actos de aplicación individual de ellas, pero deja abierta la posibilidad de articularlo contra leyes autoaplicativas (vale decir, las que no requieren el dictado de otra norma para hacerse efectivas), alternativa que es destacable.

También es inadmisibles el amparo cuando la acción u omisión ha sido consentida por el agraviado: art. 51, inc. 3º. Ello es aceptable, siempre que se trata de derechos renunciables. Caso contrario, la negación del amparo resultaría improcedente.

Respecto del plazo de caducidad, la ley lo admite, pero lo extiende generosamente a 90 días después de que hubieran cesado los efectos directos del acto lesivo sobre el afectado (art. 52). Ello implica que para ciertos actos lesivos de efecto permanente no rija prácticamente tal término de caducidad.

El reclamo administrativo previo, o el tránsito de las vías administrativas previas o paralelas no es necesario para promover el amparo (art. 53). Se trata de otra opción legislativa, que generalmente es postulada en aras de favorecer el empleo del instituto del amparo.

En materia de legitimación, el art. 54 indica que "puede dirigirse contra el funcionario o titular del órgano que aparezca como presunto autor del agravio". Lo usual es que el amparo se promueva contra el órgano, y no contra la persona física que lo desempeña. Es probable que la opción que plantea esta norma genere en el futuro incidencias. El mismo art. 54 admite explícitamente el amparo contra particulares, y respondiendo a un serio problema actual, indica que puede darse

intervención al tercero que tenga derechos subjetivos en relación al acto que motiva el amparo. Además, quien tenga un interés legítimo en el resultado de la acción puede actuar como tercero coadyuvante del actor o del demandado.

El proceso de amparo es nítidamente bilateral, con demanda y traslado de ella, que también opera como "pedido de informe" (art. 59). La prueba se ofrece en estos dos momentos procesales. Se admiten cinco testigos por parte, y la absolución de posiciones es viable sólo en el amparo contra actos de particulares (art. 56), limitación que es harto discutible, ya que importa un privilegio para la Administración pública.

La prueba se diligencia en tres días, siendo opcional para el juez convocar una audiencia (art. 60). Esto es encomiable, ya que si se presentan varios amparos simultáneos, y las audiencias fuesen obligatorias, ello podría congestionar la tarea del tribunal del caso. Una norma muy draconiana y discutida de la ley nacional de amparo, y que aquí se repite, es que la inasistencia del actor a la referida audiencia (cuando se disponga la convocatoria de ésta), produce el desistimiento de las actuaciones.

Hay algunas reglas sugestivas en materia, por ejemplo, de las "sentencias de futuro". Así, el art. 63 dispone que si al momento de hacerse lugar al amparo han cesado los efectos del acto lesivo, o éste se consumó totalmente, el fallo puede disponer que no debe incurrir en actos u omisiones iguales o semejantes a las que motivaron el amparo. Además, si pendiente éste se dicta una resolución administrativa o judicial que revoca al acto lesivo, en el amparo tendrá que atenderse de todos modos la cuestión de las costas. A los fines de éstas, por ende, no habrá "cuestión abstracta".

En materia de cosa juzgada, el art. 65 tiene una redacción no del todo clara. Dice que "la sentencia de amparo hace cosa juzgada sobre su objeto, pero deja subsistentes las acciones ordinarias que pudieren corresponder a cualquiera de las partes para la defensa de sus derechos". Esto parece dar a entender que el fallo del amparo únicamente tiene fuerza de cosa juzgada formal. La solución no es de por sí descartable, atendiendo lo comprimido de las muy cortos plazos del amparo y sus restricciones probatorias.

El art. 58 enuncia como medida cautelar la de no innovar, con contracautela que el juez podrá pedir, y "cualquier medida de conservación o seguridad que la prudencia aconseje", para prevenir daños irreparables (el texto, entendido con amplitud, podría cobijar también a

las medidas innovativas). Las medidas cautelares pueden ser dejadas sin efecto por el juez en cualquier momento, según aquel artículo.

22. *Amparos especiales*

El Capítulo cuarto del Título II legisla sobre algunos amparos específicos, a los que se aplican, en principio, las reglas del amparo general.

- a) *Hábeas data*. El art. 67 lo programa con las distintas variables del art. 43 de la Constitución Nacional (meramente informativo, autoral, finalista, aditivo, rectificador, reservador, cancelador, etc.). No indica que no podrá afectar el secreto de las fuentes de información periodística, pero ello rige también en todo el país por voluntad del constituyente nacional. La norma tucumana no dispone un trámite diferente para esta variable del amparo.
- b) *Electoral*. Solamente es tramitable ante jueces, y además de los derechos del elector común, abarca los derechos en elecciones gremiales, de asociaciones profesionales o de cualquier otro tipo de entidad (art. 68).
- c) *Fiscal*. Es un miniamparo por mora contra la Dirección General de Rentas de la Provincia (art. 69), al estilo del vigente en el orden nacional contra la Dirección General Impositiva, hoy AFIP.
- d) *Por mora de la administración*. El art. 70 lo dispone de modo similar al amparo de esa índole en la Ley nacional de Procedimientos Administrativos. Está previsto contra funcionarios, reparticiones o entes públicos administrativos. La desobediencia a la orden de pronto despacho judicial provoca una sanción pecuniaria en favor del perjudicado por el incumplimiento, decisión por cierto elogiable.
- e) *Amparos colectivos*. Tal vez por la importancia actual de este subtipo de amparo, ha merecido en el Código Procesal Constitucional un capítulo aparte (el quinto, del Título II), con quince artículos.

Los amparos colectivos refieren a los "intereses colectivos", que involucran, según el art. 71, a la salud pública, el equilibrio ecológico, la fauna y la flora, el medio ambiente, el patrimonio cultural y los valores

estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos, la correcta comercialización de mercaderías, la competencia, los derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos, y cualesquiera otros bienes que respondan a necesidades de los grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de vida social. Están concebidos expresamente como instrumentos subsidiarios: no proceden si han dejado de emplearse otras vías de impugnación idóneas para atender el acto lesivo (art. 73).

El Código programa dos variables, tanto frente a actos lesivos de autoridad o de particulares: el amparo de protección y el de reparación. El primero tiene, por ejemplo, fines de paralización de procesos de emanación o desecho de elementos contaminantes, o prevenir atentados contra los bienes que ya mencionamos; impedir la circulación de productos defectuosamente elaborados, o disponer su exclusión del consumo; suprimir las irregularidades en las prácticas comerciales, como la competencia desleal o la publicidad engañosa (art. 76). El amparo de reparación busca la reposición de las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 77).

Tienen legitimación activa en estos amparos el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las agrupaciones privadas legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos. Las demás personas no tienen legitimación procesal, aunque pueden denunciar al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo los hechos del caso (art. 78).

Esta terminante regla ha motivado la crítica de que si hubiese un particular afectado concreto por un acto lesivo que simultáneamente afectase intereses colectivos, no estaría autorizado para plantear al amparo colectivo.³⁹ Dado los términos del art. 43 de la Constitución Nacional (que permiten articular al amparo, en estos casos, tanto a las asociaciones como al Defensor del Pueblo como al "afectado"), la crítica que apuntamos es de sumo interés, aunque tal vez el problema podría resolverse así: desde luego, el "afectado" por el acto lesivo estaría siempre

³⁹ Conf. GARZÓN, Benito C.: "El amparo colectivo y el Código Procesal Constitucional", *Lex*, año 4, núm. 18, Tucumán, 1999, p. 7. El autor ha pronunciado sobre este tema una exposición ampliatoria en el curso de posgrado de Derecho Procesal Constitucional organizado por la Universidad Nacional de Tucumán, en el período lectivo de 1999, en particular sobre las *class actions*. El amparo colectivo puede al respecto tener interesantes horizontes en torno a la protección ecológica de especies en extinción, como es el caso del puma.

habilitado para presentar en Tucumán un amparo en su propio interés, conforme el art. 7 del Código Procesal Constitucional, con lo cual su agravio tendría un cauce procesal idóneo. Pero para promover un amparo colectivo, por el mismo acto lesivo, solamente estarían habilitados el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y las agrupaciones mencionadas por el art. 78 del Código.

Interesa resaltar que el tribunal del amparo debe expedirse sobre la admisibilidad de la legitimación invocada, analizando, v. gr., si la asociación está integrada por los sujetos que resulten perjudicadas por el acto lesivo, o que estatutariamente tenga como finalidad expresa la defensa del interés público menoscabado, y que esté ligada territorialmente al lugar de producción del acto lesivo, etc. (art. 78).

Una norma singular es la contenida en el art. 78, inc. 4º del Código, cuando dispone que en caso de desistimiento o abandono de la acción por las entidades legitimadas, la titularidad activa es asumida por el Ministerio Público. Es de pensar que tal asunción lo es sin perjuicio de las facultades técnicas del Ministerio Público de continuar o de abandonar la acción iniciada por la asociación, si reputa al amparo inadmisibles o improcedentes. El art. 79 abre el juego procesal al exigir que promovida la acción, se da publicidad de ella por edictos, televisión, radio u otro medio de difusión que disponga el juez. Dentro del término de cinco días de la última publicación, pueden postularse, interponiendo la demanda respectiva, las agrupaciones privadas que invoquen mejor derecho para obrar como legitimado activo.

El régimen así adoptado parece positivo, dado que en amparos como los reseñados es frecuente que distintos grupos, v. gr., pertenecientes a una misma religión o sector, se atribuyan legitimación para litigar en favor de esa confesión, que en rigor de verdad estaría mejor representada por sus órganos naturales y según las prescripciones jurídicas que rigen su organización.

Por otra parte, y según el mismo art. 79, los sujetos damnificados pueden acumular su pretensión a la acción colectiva, unificando personería con el representante de la agrupación legitimada. Aclaremos que esta acumulación puede provocar problemas si los afectados individualmente han reclamado algo más que la cesación del acto lesivo como, por ejemplo, indemnizaciones que son ajenas al amparo.

En estos amparos colectivos rige una suerte de medida cautelar de no innovar, o en su caso innovativa, sin necesidad de contracautela, por voluntad de la ley (art. 83), salvo que el juez relevase al demandado de ella

ante la posibilidad de producirse un daño inminente y grave para el interés público. Tal mecanismo puede generar inconvenientes, si se plantean demandas infundadas o aventuradas, ya que si su mera interposición produce la suspensión del acto en cuestión, eso, mientras se discute si se levanta o no la medida, y se obtiene pronunciamiento definitivo al respecto, es capaz de generar serios entorpecimientos para el accionado o la misma sociedad. Indirectamente, la solución legal parte del supuesto de que el promotor del amparo tiene *prima facie* razón para hacerlo, presunción que no siempre es sensata y que en los hechos resulta muy discutible.

Aquí el Código ha dispuesto términos y modalidades específicas para el trámite de prueba y la sentencia (arts. 82 y 85), como en costas, que son en el orden causado salvo supuestos de temeridad, grave negligencia o propósito manifiestamente doloso del vencido (art. 86).

23. *Título III. Control jurisdiccional de constitucionalidad*

Este título declara la supremacía de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales "con garantía constitucional" (art. 87), aclarando que la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por un tribunal tiene efectos para el caso concreto.

Se integra con tres capítulos, que analizamos de inmediato.

- a) *Control de oficio.* El capítulo primero de este título legisla sobre tal asunto, que en verdad ya estaba tratado en el art. 5°. Se recuerda que este tipo de revisión es obligatorio para el juez, con previo traslado a las partes y con intervención del Ministerio Público (art. 88).
- b) *Por acción.* Los arts. 89 y 90 se refieren a la acción declarativa de certeza, concebida como una vía procesal subsidiaria (no procede si el interesado tiene otro remedio legal para poner fin a la situación de incertidumbre sobre la constitucionalidad de una norma o acto que justifica su promoción). Cabe destacar que si la norma o acto cuestionado protege los intereses de una categoría de personas, el tribunal para integrar la litis debe dar intervención a las entidades representativas de ellas (art. 90 inc. 3°).
- c) *Por apelación ante la Corte Suprema.* Aquí el Código regula el recurso de inconstitucionalidad ante el máximo tribunal

provincial, previsto para atacar sentencias definitivas dictadas en última instancia (o autos equiparados a tales), donde se haya discutido la constitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos.

Una norma que seguramente suscitará reparos es el art. 92, inc. 3°, cuando dispone que "la apelación es concedida cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se fundamenta tiene trascendencia institucional o general que exceda el mero interés del apelante y no se otorga cuando sean insustanciales". Aunque el precepto se justificaría en virtud de reducir el conocimiento de asuntos por la Corte Suprema provincial y estructurar así un régimen más eficiente y rápido, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Strada" y "Di Mascio", por ejemplo, ha sostenido que siempre que hubiere cuestiones federales involucradas, el proceso debe ser decidido por la Corte Suprema provincial del caso (digan lo que digan los ordenamientos locales), y no ha circunscripto tal deber solamente para los litigios donde hubiese interés institucional. Dicho de otro modo, aunque no existiere gravedad o interés institucional, si se discuten temas federales (como arbitrariedad o la inconstitucionalidad respecto de una norma federal), el pleito deberá subir hasta la Corte Suprema provincial. Tal solución es naturalmente discutible, pero parece obligada en función de la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia nacional.

El recurso debe ser fundado, por escrito, planteado dentro de los diez días de notificada la resolución que lo motiva. Se corre traslado por igual término a las partes interesadas. Posteriormente, si el tribunal del caso lo concede, siempre con efecto suspensivo, los autos son elevados a la Corte Suprema local. Su recepción implica el llamamiento de autos, aunque dentro de los cinco días de notificada esa providencia las partes podrán presentar una memoria. La sentencia de la Corte se decide por mayoría absoluta de sus miembros, y si revoca la sentencia apelada, devuelve la causa para que sea nuevamente juzgada (sistema del reenvío). Pero también puede resolver sobre el fondo del asunto, y aún ordenar la ejecución (arts. 93 a 99).

Pendiente el recurso concedido, es factible solicitar la ejecución de la sentencia si se dan supuestos similares a los existentes en el ámbito nacional con relación al recurso extraordinario (sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera, y fianza).

Los arts. 200 a 104 establecen el recurso de queja, con un depósito mínimo (\$ 200).

Una regla que igualmente generará discusión es el art. 107, que admite el recurso *per saltum*, "cuando excepcionalmente en un caso pendiente, la resolución recaída revista interés constitucional o gravedad institucional", en cuyo caso la Corte Suprema local "podrá prescindir de los requisitos de procedencia formal de los recursos respectivos a los efectos de un inmediato pronunciamiento si la solución no admite demora alguna". Este *per saltum* permite, pues, obviar no solamente el recaudo de la sentencia definitiva, sino también el cumplimiento de las demás exigencias de admisibilidad (plazos, fundamentación, etc.). Importa una suerte de "piedra libre" excesivamente discrecional, cuya legitimidad futura dependerá de su manejo muy cauteloso y para la tutela, y no el achicamiento, de los derechos de las personas.⁴⁰

Como evaluación final del Título IV del Código, cabe observar que él ha disciplinado por separado el control jurisdiccional de constitucionalidad a través de estas vías: de oficio, por acción (declarativa de inconstitucionalidad), y por apelación ante la Corte Suprema (recurso de inconstitucionalidad). Metodológicamente hubiera correspondido un capítulo especial, asimismo, para el control incidental (también llamado "por vía de excepción") de constitucionalidad (vale decir, como articulación de una cuestión de constitucionalidad por las partes, v. gr. al plantear una demanda, o al contestarla).

24. *Título IV. Disposiciones finales*

Esta norma contiene, como se anticipó, cláusulas derogatorias, sobre el plazo de vigencia del nuevo Código y de aplicación transitoria sobre las causas en trámite.

25. *Reexamen*

Como se advirtió, la sanción de este Código ha reforzado sensiblemente al derecho procesal constitucional.

⁴⁰ Véase IRIARTE: ob. cit., p. 13, quien apunta, además, que si el *per saltum* es ejercido en Tucumán sin fundamentación por parte de la Corte (como ocurre en el ámbito nacional, respecto del *writ of certiorari negativo*, a tenor del art. 280 del CPCCN, ello colisiona con el art. 28 de la Constitución provincial, que obliga a motivar a las sentencias judiciales.

La autonomía de toda disciplina jurídica se plantea en tres planos: el académico, el universitario y el legislativo. En lo que hace a su desarrollo conceptual, cada vez son más los textos especializados en la materia.⁴¹ A su turno, en los planes de estudio de las facultades de derecho, sea a nivel de grado o de posgrado, la asignatura cuenta, progresivamente, con constante presencia. Finalmente, en lo que hace a la sanción de normas específicas, si bien no abundan códigos de derecho procesal constitucional, el de Tucumán afianza los existentes y da pie a nuevos proyectos.

Una evaluación global concluiría en que lo más positivo de este Código es haber asumido la importancia del derecho procesal constitucional, y procurado dar un tratamiento orgánico a institutos hoy por lo común anárquicamente dispersos en una larga serie de normas de distinta textura, origen y desarrollo.

Al describirse los dispositivos esenciales del Código tucumano, se han formulado las observaciones críticas más relevantes, en cuanto su contenido.

Es notorio también que el legislador ha querido modernizar acciones como el amparo y el hábeas corpus, asumiendo también la pesada carga de atender problemas de legitimación procesal que son necesariamente polémicos y en cuya solución jamás se podrá contentar a todos.

Los defectos que pueda contar el Código, a su turno, deben servir de estímulo para su corrección y su no repetición en las obras similares que en la Provincia, o en la Nación, se asuman de aquí en más. Pero como colofón, parece evidente que después de una obra como la que aquí se reseña, difícilmente se podrá sostener la conveniencia de continuar con textos legales desparramados, en una materia que exige un tratamiento coordinado.

Por lo demás, es notorio que el éxito del flamante Código tucumano dependerá tanto del acierto de sus disposiciones como de una labor jurisprudencial que lo reafirme y pula sus asperezas. En tal sentido, cabe reconocer como dificultad inicial la nada sencilla tarea de asumir una nueva materia legislativa, como es la procesal constitucional, hecho que obliga a repensar anteriores criterios y a recibir otros distintos, todo ello dentro de una especialidad que no existía cuando los jueces y los

⁴¹ Véase Capítulo I, nota 3

abogados cursaron sus estudios universitarios. Tal esfuerzo llevará su tiempo, como todas las empresas que implican mudanzas e innovaciones.

26. *Problemas complementarios*

Iriarte apunta que en el lapso que media entre la sanción del Código Procesal Constitucional (en 1995) y su publicación (en 1999), fueron sancionadas otras normas en la Provincia, cuyo enlace con el Código no es fácil, ya que ellas ignoraron (por no estar publicado) al referido Código. En resumen, algunas normas del Código se hallarían tal vez derogadas por otras posteriores a él (aunque publicadas antes de la publicación del Código). Además, atento el retraso de la publicación, el Código se referiría ahora a algunos textos que pueden ya no estar en vigencia.⁴²

Al mismo tiempo, en "Bisdorff de Franco c/Provincia de Tucumán s/amparo", la Corte Suprema provincial resolvió declarar la inconstitucionalidad del párr. 1° del art. 57 del Código, cuando otorga competencia (en el amparo) al juez de primera instancia en lo civil y comercial, por colisionar con el art. 19 de la Constitución provincial, referente a reclamaciones administrativas, declarando la competencia de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo.⁴³

Poco después, en "Arroyo vs. Honorable Legislatura de la Provincia de Tucumán s/amparo", el 9 de septiembre de 1999, la Corte Suprema local reputó inconstitucionales al art. 57, como así también la aplicación del art. 4°, párr. 2°, ambos del Código Procesal Constitucional. En la especie, se había planteado una demanda fundada en normas del derecho colectivo de trabajo (tutela sindical, basada en la ley nacional 23.551), habiendo dispuesto un tribunal laboral remitir la causa a la Corte Suprema de Justicia provincial, en virtud de lo dispuesto por el art. 4° del Código Procesal Constitucional. La Corte Suprema entendió que por razón de la materia laboral en juego, y conforme al art. 63 de la ley 23.551 y el art. 6° inc. d) del Código Procesal Laboral, tenía que conocer en dicho amparo el juez laboral, y no la Corte provincial.

⁴² IRIARTE: ob. cit., pp. 11 a 13, con mención de las observaciones realizadas por el Presidente de la Corte Suprema Provincial, Alfredo C. Dato, remitidas a la Legislatura local.

⁴³ Lex, año 4, n° 18, Tucumán, 1999, p. 22.

Como puede advertirse, estas dos sentencias declarativas de inconstitucionalidad refieren a temas de competencia.

Todas estas observaciones obligarían a un inmediato ajuste normativo, hartamente recomendable en aras del principio de seguridad jurídica, que debe campear en el Código Procesal Constitucional.

Capítulo V

LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EXHORTATIVAS (“APELATIVAS” O “CON AVISO”)*

27. *Introducción. Las sentencias “atípicas” en materia de control de constitucionalidad*

En materia de control de constitucionalidad de normas, la sentencia que podría denominarse clásica es la que acepta la postulación que impugna la constitucionalidad de un precepto (sentencia “estimatoria”), o la que rechaza el acuse de inconstitucionalidad (sentencia “desestimatoria”).⁴⁴ El efecto de tal veredicto podrá tener resultados, según el sistema del caso, *inter partes* o *erga omnes*, en cuanto los sujetos afectados por el pronunciamiento jurisdiccional; y si acepta la proclamación de inconstitucionalidad, consecuencias *ex tunc* o *ex nunc* (retroactivas o no retroactivas), en razón de su proyección en el tiempo.

Pero sea en aras de conservar en lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, sea por aplicación del principio de “cortesía constitucional” o de “deferencia razonada”, sea por razones pragmáticas y de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídica y socialmente muy costosos si se descalifica a una regla por su inconstitucionalidad (el fenómeno se acentúa cuando la sentencia estimatoria produce efectos *erga omnes* –vale decir, derogatorios- y genera así huecos legales en temas

* Publicado en *LL*, Suplemento especial 70° Aniversario, noviembre 2005, pp. 225 y ss.

⁴⁴ Conf. OLANO GARCÍA, Hernán A.: “Clases de sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *ED*, Suplemento de Derecho Constitucional del 1/2/2005; PALOMINO MANCHEGO, José: “La sentencia constitucional en las acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del Perú”, en *Memorias*, II Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional, San José de Costa Rica, 2004, *cd-room*.

importantes para la comunidad, al abolir la norma inconstitucional), el derecho procesal constitucional ha imaginado en las últimas décadas ciertas categorías de fallos que escapan de aquella doble estratificación tradicional (de fallos estimatorios y desestimatorios), dando lugar a las sentencias “atípicas”.⁴⁵

Una verdadera fuente inspiradora de tales fallos ha sido la doctrina de la interpretación “conforme” a la Constitución, de las reglas infraconstitucionales (también llamada de la “interpretación constitucional” o “armonizante” del derecho subconstitucional), en el sentido de rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra puesta a ella, deba preferirse siempre la del primer tipo.⁴⁶

No existe una clasificación unánimemente aceptada en torno a las sentencias atípicas, que también se llaman, por ejemplo, “manipulativas”,⁴⁷ “interpretativas”, o “moduladoras”,⁴⁸ sin que tampoco exista acuerdo absoluto respecto del radio de cobertura y del contenido de estas resoluciones. Algunos autores destacan que las sentencias manipulativas son básicamente nomogenéticas, en el sentido de que resultan productoras de normas, infiriéndolas a éstas de la misma Constitución. Pero ello no es unánime.⁴⁹ Tales discrepancias no deben

⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Consideraciones sobre las sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en la América del Sur”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, n° 2, México, 2004, p. 87.

⁴⁶ SAGÜES, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*. T. 1, Recurso Extraordinario, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 40 y ss.

⁴⁷ PIZZORUSSO, Alessandro: “El tribunal constitucional italiano”, en AA.VV.: *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, trad. por Luis Aguiar Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, 1984, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 253 y ss.; esp. p. 257; SAGÜES, Néstor P.: *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 231 y ss.

⁴⁸ Véase RIVERA SANTIBÁÑEZ, José A.: *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, 2ª. ed., Kipus, Cochabamba, 2004, pp. 94 y ss.

⁴⁹ Conf. EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 265. Con referencia a los roles nomogenéticos de un Tribunal Constitucional, ver entre otros RUBIO LLORENTE, Francisco: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *Revista española de derecho constitucional*, n° 22, Madrid, 1988, p. 38, y FIGUERUELO, A.: “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 81, Madrid, 1993, p. 71. Por nuestra parte, advertimos que si bien la faceta creativa nomogenética de un Tribunal Constitucional es frecuente en las sentencias

asombrar, apenas se tenga en cuenta la plasticidad intrínseca del derecho procesal constitucional (una disciplina en auge y en permanente enriquecimiento), que se encuentra, asimismo, en plena adolescencia académica, abriéndose paso, con insospechado éxito, para tomar su lugar en los planes de estudio de grado y posgrado.

Marginalmente cabe destacar que cuando se habla aquí de sentencias “manipulativas”, no se emplea el verbo que origina la denominación (manipular) en sentido peyorativo o condenatorio, sino neutro, en la acepción de, por ejemplo, maniobrar, operar o utilizar a la norma del caso, desde una perspectiva constitucional. Por tanto, una *sentencia* “manipulativa” (en la acepción que aquí le damos) no importa necesariamente una *interpretación* “manipulativa” del derecho (según lo que se entiende por “interpretación manipulativa” de la Constitución, vale decir, aquella que desvirtúa al mensaje constitucional).

Generadas inicialmente las sentencias “atípicas” en países adscriptos en su mayor parte al sistema “austríaco” o concentrado y especializado de control de constitucionalidad (aunque este mecanismo se encuentra hoy bastante relativizado), han terminado por proyectarse a estados vinculados con el régimen estadounidense (difuso, pero igualmente corregido) de la *judicial review*,⁵⁰ y una buena muestra de ello es el reciente caso “Verbitsky”, de la Corte Suprema de Justicia argentina, en el que nos detendremos más tarde (parág. 30).

28. *Variables de las sentencias atípicas*

En este campo pueden detectarse:⁵¹

- a) *Sentencia manipulativa admisoría*: Condena a una determinada *interpretación* de la ley bajo examen, pero no al texto normativo mismo, que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la

manipulativas, ella puede no existir cuando escoge una interpretación posible de una norma, presentándola como constitucional, o cuando desecha otra interpretación, por reputarla inconstitucional, ya que en tales supuestos maneja, en principio, un material que ya se encontraba en germen en el precepto legal examinado. Ahora bien: si se juzgase que en esa elección hay una decisión necesariamente innovadora, sería correcto afirmar que la sentencia manipulativa es por su esencia nomogenética.

⁵⁰ Sobre las transformaciones habidas en los modelos estadounidense y austríaco, nos remitimos a nuestra obra *La interpretación judicial de la Constitución*, cit, pp. 222 y ss.

⁵¹ PIZZORUSSO: “El tribunal constitucional italiano”, cit.

Constitución, y no según la variante interpretativa reputada inconstitucional.

- b) *Sentencia manipulativa desestimatoria*: Reputa constitucional cierta exégesis concreta de una norma, rechazando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional, con lo que deja abierta la posibilidad de reputar inconstitucional otra inteligencia diferente que se haga del mismo precepto legal.
- c) *Sentencia manipulativa “aditiva”*: Es la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución. En algunos casos, se cubre un vacío constitucional o legal. En otros (sentencias “integradoras”), se incluye a alguien inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal.⁵²
- d) *Sentencia manipulativa “sustitutiva”*. Entendida como la manifestación más dura (y por ende, muy discutible) del poder legisferante positivo de un tribunal constitucional, en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución.⁵³
- e) *Sentencia exhortativa*: También llamada “apelativa” o “con aviso”.⁵⁴ Se perfila con distintas posturas, que consideramos en el párrafo siguiente.

29. *Las sentencias exhortativas como especie de las sentencias manipulativas. Tipos*

En este supuesto, el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional (expondremos estas alternativas), encomienda al Poder Legislativo la

⁵² NOGUEIRA ALCALÁ: “Sentencias de los tribunales...”, cit, p. 92.

⁵³ Idem., p. 96. Algunas veces, observa Ezquiaga Ganuzas (*La producción jurídica...* cit., p. 274), la sustitución que realiza esta sentencia manipulativa se produce sin declarar inconstitucional al texto de la norma en cuestión, con lo que, en tal hipótesis, la sentencia manipulativa sustitutiva es muy parecida a la sentencia manipulativa aditiva.

⁵⁴ Sobre estas denominaciones, véase RIVERA SANTIBÁNEZ: *Jurisdicción constitucional...*, cit., p. 98; OLANO GARCÍA: “Clases de sentencias constitucionales...”, cit., parág. 2 d; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J.: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 123 y ss.

sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución. Puede o no fijarle plazo preciso al respecto.

La fundamentación teórica de tal familia de fallos es que con esa actitud la magistratura constitucional respeta el principio de división de los poderes (dado que no invade ni asume las competencias legisferantes del Parlamento), y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas.

El tema es necesariamente polémico. A favor de las sentencias exhortativas se ha dicho que no invaden la libertad de configuración normativa del legislador, porque solamente contienen indicaciones, sugerencias, recomendaciones o propuestas para él.⁵⁵ Sin embargo, algunas de estas sentencias incluyen directrices mucho más terminantes y contundentes –incluso con plazos para ser cumplidas– que de hecho condicionan las competencias del Parlamento.

Oblicuamente, pensamos, se da aquí una suerte de control preventivo de constitucionalidad *sui generis* (respecto de la norma a dictarse en el mañana, a más del control reparador sobre la norma vigente, cuya constitucionalidad se pone en duda o se descarta). Tal tipo de fiscalización, cuando no está explícitamente previsto por la Constitución, solamente es comprensible a la luz de un derecho consuetudinario constitucional erigido por la magistratura constitucional que de esta manera amplía sus competencias constitucionales originales, a través de una interpretación mutativa por adición a la Constitución (sobre esto último, véase *infra*, parág. 30 y nota 64).

Las sentencias exhortativas han asumido contornos diversos.

- a) *Sentencia exhortativa “de delegación”*. Declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución. Al decir de Predieri, se asemeja a una ley de delegación legislativa (ley de bases), esta última en favor del Poder Ejecutivo, cuando enuncia las directrices a que debe someterse éste al emitir la ley delegada.⁵⁶ En el caso de la

⁵⁵ Sobre esta problemática, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La justicia constitucional...*, cit., p. 124, con mención de la doctrina de Gustavo Zagrebelsky, quien diferencia entre recomendaciones dadas en virtud de una disposición constitucional, de otras emergentes de oportunidad y conveniencia.

⁵⁶ Cit. por PIZZORUSSO: “El tribunal constitucional italiano”, cit., p. 262, nota 49.

sentencia exhortativa, ella operaría como una especie de “norma de base” de la legislación que tendrá que sancionar el Poder Legislativo.

- b) *Sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple”*. En esta variable, el tribunal constitucional constata que una norma es inconstitucional, pero no la invalida (por los efectos desastrosos que podría producir esa nulificación), pero impone al Poder Legislativo el deber de suprimir la situación de inconstitucionalidad, por lo que deberá modificar el régimen legal vigente para amoldarlo a la Constitución. La ley reputada inconstitucional se continúa aplicando hasta que se apruebe la nueva norma que esté conforme con la Constitución.⁵⁷
- c) *Sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria*. Aquí la jurisdicción constitucional estima que una norma es “todavía” constitucional, pero que puede pronto dejar de serlo; o que no resulta del todo satisfactoriamente constitucional, por lo que insta al legislador a que produzca una nueva regulación plenamente constitucional, para lo cual puede darle también pautas de contenido.⁵⁸ Se trataría de situaciones que denominamos de constitucionalidad endeble o precaria.

En ciertos casos, añade Hernán Olano García, las sentencias exhortativas han producido el llamado “bloqueo de aplicación”, por el cual no se efectivizan en los procesos donde fueron objetadas las normas cuestionables en su constitucionalidad, a la espera de la nueva normativa que regule el tema.⁵⁹

La doctrina de las sentencias exhortativas, apelativas o “con aviso” no siempre ha tenido aprobación. En particular, las hipótesis de la “inconstitucionalidad simple”, y de la que denominamos “constitucionalidad precaria”, provocan críticas por la inseguridad jurídica que implica (cuando no son “bloqueadas”), consentir la aplicación de leyes inconstitucionales, o que lindan con lo inconstitucional, hasta que se pronuncie la nueva norma rotundamente constitucional. Los partidarios de esas subespecies de sentencias exhortativas, no obstante, advierten que

⁵⁷ SCHLAICH, Klaus: “El Tribunal Constitucional Federal”, en *Tribunales constitucionales europeos...* cit. p. 194 y ss.

⁵⁸ Idem, p. 199

⁵⁹ OLANO GARCÍA, “Clases de sentencias constitucionales...”, cit., párrafo 2 d.

se trata de una doctrina prudente, que mide las consecuencias políticas de las decisiones de un tribunal constitucional, y que prefiere evitar desastrosos males mayores antes que efectivizar a rajatabla planteos principistas de inconstitucionalidad.⁶⁰ De este modo se compatibilizaría la revisión jurisdiccional de constitucionalidad con el principio constitucional de funcionalidad del sistema político global, del que la primera es un relevante engranaje, pero no el único.

El tema se conecta, por un lado, con la doctrina de la interpretación previsor de la Constitución, que por cierto mide las consecuencias y verifica los resultados de la interpretación de una cláusula de la Constitución, y si el producto interpretativo es decididamente nocivo (para las partes del proceso o para la sociedad), aconseja regresar a la norma interpretada y reinterpretarla con otro método hasta alcanzar un producto interpretativo aceptable. Esta doctrina maneja la interpretación previsor como una *opción* posible entre varias interpretaciones de una norma constitucional, aconsejando desechar las que no conduzcan a resultados positivos, y hasta como *inaplicación* de una regla constitucional, si los resultados o consecuencias de su efectivización son tan perniciosos y extremos que un verdadero estado de necesidad mostrase la imposibilidad material o la imposibilidad racional de cumplir con la Constitución.⁶¹ El caso de la sentencia exhortativa de “inconstitucionalidad simple” que detallamos precedentemente, bajo la letra *b*), cuando el tribunal constitucional detecta la inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional pero no la nulifica, para evitar graves males mayores, es una muestra tácita de inaplicación de la regla constitucional, al mantener vigente a la norma subconstitucional opuesta a la ley suprema.

Paralelamente, la sentencia exhortativa que hemos denominado por constitucionalidad precaria, padece de una seria debilidad jurídica dado que el tribunal constitucional del caso exhorta al legislador al cambio de una norma partiendo –básicamente- de conjeturas, como que esa norma (a la que el tribunal formalmente no declara inconstitucional) parece inconstitucional, o puede llegar a ser inconstitucional.

Tales presunciones, pronósticos relativos o dudas no configuran un dato jurídico cierto y concluyente de inconstitucionalidad que

⁶⁰ Véase sobre estos problemas SCHLAICH: “El Tribunal Constitucional Federal”, cit., pp. 198 a 202.

⁶¹ SAGÜÉS: *La interpretación judicial...*, cit., pp. 114 y ss.

justifique que el tribunal requiera al legislador, casi por precaución, nada menos que sustituya la norma del caso. La doctrina de la sentencia exhortativa por constitucionalidad precaria poco se compadece, además, con la presunción de constitucionalidad de las normas, y obliga a generar en cuanto éstas una curiosa cuádruple clasificación, respecto de su constitucionalidad, en vez de la binaria clásica (reglas constitucionales – reglas inconstitucionales): 1) normas constitucionales; 2) normas inconstitucionales; 3) normas aparentemente inconstitucionales; 4) normas en vías de ser inconstitucionales. Para las dos últimas estarían las sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria.

Salvo, en síntesis, que un texto constitucional expreso habilite la facultad de un tribunal para actuar de ese modo, no cabe reconocerle tal competencia, que importa en definitiva un juego dialéctico de velada declaración de inconstitucionalidad, pero sin declaración sincera de inconstitucionalidad, que es lo que –en su caso- debería hacerse. De todos modos, por supuesto, si un tribunal constitucional (intérprete final de la Constitución) actúa así reiteradamente, es probable que genere una regla de derecho consuetudinario constitucional permisiva de tal proceder, más allá de lo correcto de la tesis en cuestión.

Cabe destacar, para concluir, que algunas sentencias exhortativas se han dirigido no solamente al legislador ordinario, sino también al constituyente, instándole al cambio de algún artículo constitucional.⁶² Esta modalidad podría tener interesantes proyecciones cuando se trate de homogeneizar la Constitución local con, por ejemplo, normas del derecho internacional de los derechos humanos.

30. *La situación en Argentina. Caso “Verbitsky”*

Este significativo fallo aborda numerosas cuestiones. Trata de un hábeas corpus “correctivo”,⁶³ programado por la Constitución Nacional, después de la reforma de 1994, y antes, por la jurisprudencia y por la ley 23.098. Se trata de un hábeas corpus impropio, que no postula la libertad de los detenidos, sino su digno trato en las prisiones. Por eso, bien podría

⁶² Conf. la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú del 1/12/03, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “Consideraciones sobre las sentencias...”, cit., pp. 98/9.

⁶³ Así lo bautizamos en la primera edición de nuestro *Hábeas corpus: régimen constitucional y procesal en la Nación y provincias*, La Ley, Buenos Aires 1981, p. 86. Sobre el caso “Verbitsky” véase cita 65 en este capítulo.

haber operado como un amparo especializado en la tutela de lo dispuesto por la última parte del art. 18 de la Constitución Nacional, cuando dispone que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los detenidos en ellas, y que toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice. Sin embargo, tanto el legislador como el constituyente lo planificaron como un subtipo de hábeas corpus.

La sentencia incluye una nutrida aplicación de reglas del derecho internacional de los derechos humanos y de jurisprudencia extranjera, con lo que hay un frecuente uso del “intérprete externo” para resolver problemas constitucionales locales, hecho que evidencia una progresiva globalización jurídica probablemente irreversible. En otras palabras, será cada vez más difícil resolver problemas locales con el único uso del derecho doméstico.

Aparte de ello, la Corte Suprema acepta el llamado “hábeas corpus colectivo”, iniciado por una persona jurídica a favor de un número muy amplio de detenidos. Para eso, la Corte proyecta la figura del “amparo colectivo” previsto por el párr. 2º del art. 43 de la Constitución nacional, al hábeas corpus, utilizando el argumento *a potiori* (otros prefieren hablar del argumento *a fortiori*): si el texto constitucional admite que se pueda articular un amparo colectivo para defender derechos de los usuarios y de los consumidores, o relativos a la competencia, por ejemplo, con mayor razón debería admitirse esa clase de proceso para la protección de presos, a fin de que tengan un trato acorde con la condición humana. En definitiva, la Corte ha realizado una interpretación mutativa por adición: ha añadido al contenido del texto constitucional relativo al hábeas corpus, algo que éste en sentido estricto, en su art. 43, no decía.⁶⁴ Y además, ha llamado hábeas corpus “colectivo” a algo que más bien era propio de una pluralidad de derechos individuales homogéneos, como agudamente observa Pedro J. Bertolino.⁶⁵ Pero el

⁶⁴ Sobre la interpretación mutativa, sus variables y legitimidad, nos remitimos a SAGÜÉS: *La interpretación judicial...*, cit., pp. 61 y ss.

⁶⁵ Conf. BERTOLINO, Pedro J.: “Desde un hábeas corpus hacia el proceso penal estatalmente debido”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, agosto de 2005, n° 12, p. 1184 (el fallo “Verbitsky” se reproduce en la misma revista, pp. 1151 y ss.). El autor observa que en cuanto los distintos detenidos, si bien tenían muchos agravios en común, planteaban situaciones diferenciadas (o diferenciables) en cada caso, configurando en rigor de verdad “derechos individuales homogéneos”, que algunas veces son una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de su divisibilidad. La propia actora explica, al respecto, que en cierto tema los comprendidos por la acción son

buen suceso de esta operación mutativa deriva de la intrínseca justicia que hay en la receta ampliatoria adoptada.

31. *El mensaje reformista del fallo*

En cuanto el fondo del hábeas corpus correctivo, la Corte constata, como hecho probado y no discutido en el expediente, *a*) una situación de superpoblación carcelaria que atenta contra el digno trato a los sujetos privados de su libertad; *b*) el 75% de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires son “presos sin condena” (vale decir, por lo común individuos procesados y sin sentencia firme), y *c*) en numerosas comisarías se encuentran privados de su libertad menores y enfermos.

Parte del problema, según la Corte Suprema de Justicia nacional, deriva del régimen de excarcelaciones vigente en la provincia de Buenos Aires, más severo que el aplicado en otras jurisdicciones y distinto del que rige en el orden nacional. En el campo internacional, conforme a documentos como el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay”), rige la tesis de la excepcionalidad de la prisión preventiva. Al respecto apunta lo siguiente, en el consid. 58 del voto mayoritario: “Que... cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria, que *prima facie* parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional que sigue la legislación nacional. Si bien no corresponde un pronunciamiento de esta Corte sobre este tema en la presente causa, tampoco el Tribunal puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y, por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y de excarcelación a los estándares internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación”.

En el consid. 59 de “Verbitsky” se aborda un tema paralelo: la vigencia en el país de la ley nacional 24.660, referente a la ejecución de penas privativas de la libertad, cuyo art. 228 dispuso que las provincias

6.364 alojados, en 340 comisarías. Bertolino remite sobre el tema a GUIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (comps), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código modelo para Iberoamérica*, Porrúa, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, pp. 655 a 662.

debían revisar su legislación y reglamentación penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con la ley nacional aludida. Por ello, el consid. 60 expone que “*prima facie* la ley provincial (de Buenos Aires) parece haberse alejado del estándar internacional y de la legislación nacional, (por lo que) si bien tampoco corresponde pronunciamiento de esta Corte en la presente causa, por iguales razones a las señaladas en el consid. 58, cabe que esta Corte exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación de ejecución penal a los marcos mínimos señalados por los estándares internacionales receptados por la legislación de ejecución penal de la Nación”.

En resumen, la resol. 7 de la Corte dispone “Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales”.

La sentencia que comentamos se inserta, dentro de las exhortativas, apelativas o “con aviso”, dentro de la tercera categoría: por constitucionalidad precaria, en su variable de normas aparentemente inconstitucionales. Ciertas leyes y reglamentaciones de la provincia de Buenos Aires, al decir de la Corte, *prima facie*, “parecen” inconstitucionales, o resultan “eventualmente” alejadas de reglas constitucionales o internacionales que cabe respetar. La Corte no las declara constitucionales, y exhorta a su cambio.

Liminarmente cabe preguntarse por qué no fueron declaradas inconstitucionales, alternativa viable, por aplicación analógica del art. 43 de la Constitución Nacional, párr. 1º (relativo al amparo). Seguramente ello no pasó porque siendo la declaración de inconstitucionalidad la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (conforme a reiteradísima jurisprudencia de la Corte Suprema), y no resultando las normas enjuiciadas claramente inconstitucionales, sino sólo aparentemente inconstitucionales, esa declaración de inconstitucionalidad no hubiera correspondido.

Ya hemos dicho, con referencia al régimen vigente en el derecho comparado (*supra*, parág. 29), que las sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria resultan (a falta de sustento constitucional expreso) muy discutibles, aunque en ciertos países quedan constitucionalizadas por el derecho consuetudinario constitucional elaborado por su tribunal supremo en lo constitucional.

Aún así, en “Verbitsky” el problema se agrava porque la Corte Suprema federal no indica claramente qué reglas precisas de la provincia de Buenos Aires padecen del defecto que les atribuye, y dónde, específica y puntualmente, está la colisión entre las normas del caso con la Constitución Nacional o el derecho internacional de los derechos humanos, a fin, concretamente, de que la Provincia cumpla con la exhortación legisferante que la Corte federal le hace.

Como la Provincia está habilitada para sancionar esa legislación procesal penal, a tenor del art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, lo adecuado hubiese sido, en efecto, marcar sin dudas las reglas viciadas (el consid. 54 de “Verbitsky” se refiere muy genéricamente a reformas legislativas en materia excarcelatoria y penitenciaria habidas en Buenos Aires, causantes del incremento de la población carcelaria, según el consid. 32), y detallar por qué ellas son aparentemente inconstitucionales, para diseñar, finalmente, las pautas definidas de corrección. Señalar que según directrices internacionales la prisión preventiva debe ser excepcional, no parece una guía demasiado nítida para emprender la reforma, y menos si no se la confronta expresamente con los preceptos legales vigentes que, bien individualizados, se opondrían a tales patrones. Lo que la Corte Suprema federal insinúa como criterio referencial para el cambio (la legislación nacional en materia de excarcelaciones y de ejecución de penas), no es tampoco un modelo obligatorio para la provincia de Buenos Aires, que no tiene necesariamente por qué copiarlo para cumplir con la Constitución y los convenios internacionales, salvo que esa imitación fuera para la Corte Suprema nacional la única formulación constitucionalmente válida, en cuyo caso tendría que haberlo claramente así dicho.

En síntesis, tal como está expresada la sentencia exhortativa en el punto 7 de su parte resolutive, los poderes Legislativo y Ejecutivo bonaerenses deberán extremar su capacidad imaginativa para acertar acerca de cuáles son las reglas locales que cabe sustituir, y con qué otro contenido normativo (igual o parecido, y en su caso, en qué medida, y hasta cuánto puede diferenciarse del régimen nacional). Si no tienen esa perspicacia, corren el riesgo de enmendar lo que no debe reformarse, o no reformar lo que debe cambiarse, o de mutarlo pero no en el sentido que después conforme a la Corte Suprema exhortante.

32. *Conclusión*

Las sentencias exhortativas se encuentran instaladas en buena parte de los tribunales constitucionales, y tienden a expandirse también en las cortes supremas con papeles de control de constitucionalidad. Son una muestra más del activismo judicial, que en este caso transforma a un órgano represor (“legislador negativo”, en el caso de los tribunales constitucionales), en un cuasilegislador activo, o al menos impulsor de normas.

Estas sentencias asumen distintas posiciones, algunas de ellas cuestionables, como para los supuestos que proponemos llamar de constitucionalidad precaria de normas (normas aparentemente inconstitucionales, o de constitucionalidad moribunda, próxima finalizar). Resultan mucho más aceptables cuando el tribunal constitucional, o quien haga sus veces, declara francamente la inconstitucionalidad de una norma, la inaplica o invalida, y propone su reemplazo por otra que esté de acuerdo con la Constitución.

En Argentina la sentencia exhortativa ha aterrizado en su opinable variable de constitucionalidad precaria, ante una situación de –al decir de la Corte Suprema– apariencia de norma inconstitucional, pero no declarada inconstitucional por la Corte. No lo ha hecho pues con sus mejores galas, máxime cuando la Corte no indicó con rigurosidad qué preceptos aparentaban ser inconstitucionales, y no precisó con exactitud cómo deberían ser redactados para cumplir con la Constitución y con los instrumentos internacionales.

A favor de la sentencia de la Corte Suprema debe destacarse su carácter humanitario, en particular respecto del maltrato de los detenidos en las cárceles y la ubicación, decididamente impropia también, de enfermos y menores en comisarías. El fallo “Verbitsky”, en muchos aspectos fundacional, será bien recordado sin duda por la afirmación jurisprudencial que hace del hábeas corpus colectivo y por la legitimidad intrínseca de lo resuelto en pro de la dignidad de los presos (cuya condición de personas es olvidada por muchos), aunque resulte técnicamente discutible como sentencia exhortativa. De todos modos, nada impide que en el futuro esta última figura procesal constitucional sea perfeccionada, corregida y pulida por los fallos de nuestro tribunal superior.

Capítulo VI

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA "NORMA IMPORTADA"*

En homenaje a Allan Brewer Carías

33. *Introducción*

Las relaciones entre ciertos temas del derecho internacional privado y del derecho constitucional son por cierto atractivas. La tesis doctoral de Alfredo Mario Soto,⁶⁶ viene a replantearlos, de modo claro y acuciante. Ello estimula detenerse en la cuestión, que por cierto no está abordada con mucha frecuencia por los constitucionalistas.

Uno de esos asuntos es el control de constitucionalidad cuando, en virtud de una regla del derecho internacional privado, se aplica en el foro nacional una norma de derecho extranjero (norma "importada" que también puede rotularse como "convocada" o "reclamada").⁶⁷

Aquí se plantean dos tópicos. El primero es el de la aplicación del derecho extranjero contrario a la Constitución nacional. El segundo, el del control de constitucionalidad de ese derecho extranjero, a la luz de la Constitución del país extranjero.

* Publicado en *LL*, 2003-D, 1327.

⁶⁶ SOTO, Mario A.: *Derecho Internacional Privado. La importación del derecho extranjero*, Universidad del Salvador, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, capítulo 2, "Materias afines", en especial pp. 205 y ss.

⁶⁷ La expresión "norma reclamada" la tomamos de CARBONE, S. "Sul controllo di costituzionalità della norma straniera richiamata", publicado en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1965, pp. 685 y ss., cit. por SOTO: ob. cit., p. 208.

34. *El derecho extranjero opuesto a la Constitución nacional*

Sobre este tema, una fuerte tendencia sostiene que la aplicación de ese derecho extranjero debe realizarse aunque no coincida con la Constitución nacional. Ello derivaría de un "principio constitucional no escrito" que autorizaría una especie de *apertura constitucional* en favor del derecho extranjero.⁶⁸

No obstante, un tope a la efectivización de ese derecho extranjero contrario a la Constitución nacional, es el orden público nacional. Ello obliga a distinguir reglas constitucionales de orden público y normas constitucionales que no hacen al orden público, diferenciación que se sostiene, debe realizarse con cuidado,⁶⁹ y que no siempre es fácil de hacer, sobre todo para quienes "el orden público argentino, expresa o implícitamente, está contenido en la Constitución Nacional".⁷⁰ Además, hay normas de orden público en la legislación infraconstitucional, que a menudo, en esos temas, desarrolla o especifica principios constitucionales.⁷¹ Estos preceptos subconstitucionales de orden público funcionarían también como tope de aplicación del derecho extranjero.

Para cierto relevante sector de la doctrina, en resumen, "aunque el orden público es un conjunto de principios, y si bien la Constitución Nacional es la sede de los principios legislados..., no se debe creer que una ley extranjera que sería inconstitucional si fuese nacional, habría de violar nuestro orden público; por otra parte, para violarlo, no hace falta que fuera inconstitucional".⁷²

⁶⁸ Conf. BARILE, Giuseppe: *Costituzione e rinvio mobile*, Cedam, Padua, 1987, p. 11, cit. por SOTO: ob. cit., p. 206.

⁶⁹ GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 158.

⁷⁰ PERUGINI DE PAZ, Ana M. y RAMAYO, Raúl: "Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público", *LL*, 1978-D, 925.

⁷¹ PERUGINI DE PAZ, Ana M. y RAMAYO, Raúl: "El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable. (Un enfoque normológico)", *LL*, 1988-A, 968.

⁷² GOLDSCHMIDT: ob. y loc. cit. El autor pone como ejemplo el caso de una ley extranjera que concediese al marido la autoridad marital absoluta, y que en la Argentina sería inconstitucional, "pero no habría inconveniente en aplicarla en un caso aislado con elementos extranjeros, en razón de que resulta mucho más justo para una mujer analfabeta ser protegida por el marido que ser colocada en un pie formal de igualdad al que no corresponde la igualdad de hecho". Esta tesis, expuesta antes de la reforma constitucional de 1994, no podría sostenerse hoy, atento lo prescripto por el nuevo art. 75, inc. 23 de la Constitución, que exige enfáticamente, y con connotación de orden público, la igualdad real de oportunidades y de

35. *El derecho extranjero opuesto a la Constitución de ese mismo país extranjero. Distintas hipótesis*

En un tema decididamente polémico, se principia por recordar que el juez nacional ("juez del foro") que debe aplicar una regla de derecho extranjero, está autorizado, por el derecho internacional privado, para fiscalizar la constitucionalidad de aquella regla, comparándola con la Constitución del mismo país de origen de la norma "importada" o "reclamada". Aquí tendría que operar como un juez de ese país de origen. En palabras de Boggiano: "Así, el juez argentino deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo habría el juez foráneo".⁷³

Pueden darse, al respecto, distintas alternativas.

- a) La primera de ellas se produce cuando en el país de origen de la norma aplicable en el país del foro, ella ya ha sido declarada inconstitucional. Henri Batiffol, por ejemplo, escribe que "se trata siempre de determinar la ley que se encuentra efectivamente en vigor en el extranjero. Ninguna dificultad, por consecuencia, ha de admitir que los tribunales franceses descarten la aplicación de una ley norteamericana declarada

trato, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por su parte, Gerardo F. Muñoz ("Derecho Internacional Privado y Constitución Nacional", en *Investigación y Docencia*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1990, n° 15, pp. 39 y ss.), luego de compartir las enseñanzas de Werner Goldschmidt, ejemplifica, recordándolo, que es posible que "una ley extranjera que como nacional resultaría inconstitucional -al conceder títulos de nobleza- no sería atentatoria al orden público internacional 'aplicándola' de acuerdo al derecho internacional privado, a un determinado y específico supuesto de hecho" (p. 43).

⁷³ BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, 4ª. ed., t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 495. El autor aclara que "el derecho de un país extranjero es lo que probablemente sus jueces dirían que es... la remisión al derecho extranjero importa una referencia a la eventual decisión que concreta y efectivamente tomaría el juez extranjero. La imitación de su probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que él tomaría" (ob. cit., pp. 494/5). Recuerda también que según la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada por la ley argentina 22.921, "los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable..." (ob. cit., p. 615). Véase también SOTO: ob. cit., p. 206.

inconstitucional por la jurisprudencia de los Estados Unidos".⁷⁴

La tesis es interesante, pero debe matizarse. En un país donde rijan un control desconcentrado o difuso de inconstitucionalidad, precisamente como los Estados Unidos, que una ley haya sido declarada inconstitucional por un juez no significa que esté derogada, ya que el fallo se aplica, en principio, solamente para el caso concreto, *inter partes*, y nada impide que el mismo juez, u otro, puedan cambiar de criterio en otro caso, calificando como constitucional al precepto que antes fue declarado inconstitucional. La tesis de Batiffol podría tener sustento si se tratara de una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declarase inconstitucional una ley, por la doctrina del respeto al precedente (*stare decisis*) de los fallos de ese máximo tribunal.⁷⁵

En los países con control concentrado y especializado de constitucionalidad, sea por Corte Constitucional o por Sala Constitucional (Alemania, Austria, España, Costa Rica, etc.), el pronunciamiento declarativo de inconstitucionalidad deroga a la regla inconstitucional, y en tal caso, es evidente que el "juez del foro" no podrá aplicar al precepto legal abolido. Por el contrario, si el Tribunal o Sala Constitucional reputó constitucional a la norma en cuestión, el asunto es más complejo. Hay países donde la declaración de una norma como constitucional por la Corte o Sala constitucional tiene efectos *erga omnes*, mientras que en otros la inconstitucionalidad del caso puede replantearse por una nueva parte afectada, sea cuestionando los mismos argumentos empleados por la Sala o Corte Constitucional para el anterior pronunciamiento de constitucionalidad (una norma generosa,

⁷⁴ BATIFFOL, Henri, *Droit international Privé*, Lib. Gral. de Droit et Jurisprudence R Pichon et Durand-Auzias, París, 1970, p. 397.

⁷⁵ Nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 217 y ss. En la Argentina, aunque no rige el régimen del *stare decisis*, la Corte Suprema ha indicado que sus fallos deben ser seguidos por los tribunales inferiores, aunque ellos pueden apartarse dando razones valederas para hacerlo. Conf. SAGÜES, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*, t. 1, Recurso Extraordinario, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, pp. 185 y ss.

al respecto, es el art. 87 de la Ley 7135 de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica), sea solamente aportando argumentos nuevos o distintos.

- b) Una segunda variable se origina cuando la norma en cuestión no ha sido todavía reputada inconstitucional en el país de origen, o lo allí resuelto exclusivamente tiene resultados *inter partes* para el caso concreto, y por ende, el "juez del foro" (juez nacional de aplicación de la regla de origen extranjero) carece de una definición clara del problema en dicho país de origen.⁷⁶ Buena parte de la doctrina justifica en tal caso que si el juez del foro nacional debe aplicar el derecho extranjero, ello significa "que él debe actuar en lugar del juez extranjero y como éste último lo haría".⁷⁷ Esto implica, para Maury y Niboyet, que un juez francés, que no está habilitado en Francia para declarar inconstitucionales a las leyes francesas,⁷⁸ estaría sin embargo potenciado para reputar, por ejemplo, inconstitucional como lesiva a la Constitución argentina, a una ley argentina todavía no declarada inconstitucional en Argentina, pero que debería aplicarse en Francia para resolver un caso, según el derecho internacional privado.⁷⁹

La propuesta de Maury y de Niboyet deja de ser pacífica. Para discutirla, Batiffol apunta que la declaración de inconstitucionalidad de normas es una suerte de iniciativa o actividad "política", que el juez francés difícilmente podría presumir de tener,⁸⁰ porque carece en Francia de tales

⁷⁶ Alerta SOTO (ob. cit., pp. 212/3), que si los precedentes judiciales del país de origen no son vinculantes, de todos modos "tendrán notable influencia sobre la convicción del juez del foro". El autor afirma que el juez del foro difícilmente afirmará por primera vez la inconstitucionalidad de una norma extranjera, pero de haber una confrontación clara entre la ley y la Constitución extranjera, acotamos, no le queda otra alternativa que declararla inconstitucional.

⁷⁷ SOTO: ob. cit., p. 41.

⁷⁸ En Francia, como se sabe, el control de constitucionalidad es normalmente de tipo "preventivo" (antes de que la norma se sancione), y no es practicado por los jueces, sino por el Consejo Constitucional.

⁷⁹ Sobre las opiniones de Maury (*Règles générales des conflits des lois*) y Niboyet, véase BATIFFOL: ob. y loc. cit.

⁸⁰ BATIFFOL: ob. cit., p. 398.

competencias (que en cambio, sí tiene un juez norteamericano o argentino, v. gr.).

No obstante, si se sostiene -para dar un ejemplo- que el juez francés tiene que aplicar el derecho argentino tal como lo haría un juez argentino, o sea, que "debe esforzarse de hacerlo de la misma manera como es aplicado en el territorio donde está en vigor, tal como lo interpreta la jurisprudencia de ese país",⁸¹ estaría obligado a asumir tal control de constitucionalidad, por más que no lo tenga en cuanto el derecho francés.

El problema se complica cuando en el país de origen de la norma importada, el control de constitucionalidad no lo realiza un juez ordinario, sino, por ejemplo, un Tribunal, Corte o Sala Constitucional que monopoliza el control de constitucionalidad. En tal hipótesis, ¿es admisible que el juez nacional del foro evalúe la constitucionalidad del precepto extranjero, cuando el juez extranjero del país de origen no está autorizado para hacerlo?

Muchos pueden responder negativamente.⁸² La corriente admisoría, a su turno, estima que el juez del foro (nacional) no debería suspender el procedimiento y remitir el asunto al Tribunal Constitucional del país extranjero de origen, sino que debe adoptar la decisión que, en última instancia, "se tomaría en el derecho extranjero declarado aplicable" (Franco Mosconi).⁸³ Ello importa, desde luego, una suerte de conjetura jurídica. Para esta posición, en síntesis, las reglas procesales del país de origen que determinan quién está habilitado para reputar la inconstitucionalidad de una ley, no deben impedir que el "juez del foro" determine la validez de la norma extranjera que debe aplicar, según el derecho extranjero del

⁸¹ SOTO, ob. cit., p. 41. El autor agrega que "...el juez (nacional del foro) se ve en la obligación de conjeturar lo que haría el juez extranjero" (p. 209).

⁸² Puede pensarse, y no sin razón, que el "juez del foro" mal podría asumir roles para enjuiciar constitucionalmente una norma extranjera de acuerdo con la Constitución del Estado de origen, si en ese país extranjero el juez ordinario no está potenciado para ello.

⁸³ Conf. MORELLI G.: "Controllo della costituzionalità di norme straniere", en *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Tomasso Perassi*, vol. II, Giuffré, Milán, 1957, pp. 171 y ss., cit. por SOTO: ob. cit., p. 210.

caso (en la especie, de acuerdo con la Constitución de ese país extranjero).⁸⁴

- c) Un tercer asunto surge cuando el "juez del foro" que debe aplicar la ley extranjera presuntamente violatoria de la Constitución de ese país extranjero, no es competente, según el ordenamiento jurídico del país del foro, para declarar inconstitucionales a las leyes, puesto que el órgano autorizado para ello es otro (supóngase el caso de Costa Rica, donde esa competencia es de la Sala Constitucional de la Corte Suprema). En tal hipótesis, la duda es si debiera remitir los autos al órgano competente (la Sala Constitucional, en el supuesto de Costa Rica).

También aquí la respuesta es en pro del "juez del foro",⁸⁵ Es él mismo quien debe efectivizar *todo* el derecho extranjero que le corresponde aplicar, y no la ley aislada del caso. Ese "*todo*" derecho extranjero implicaría tener en cuenta, incluso, la descalificación por inconstitucionalidad que tal derecho extranjero permite, por el órgano que sea. Naturalmente, esto implica ampliar las competencias del "juez del foro" en materia de control de constitucionalidad, claro está, en el caso que tratamos, que de control de constitucionalidad del "derecho importado" en razón de la Constitución de ese mismo país, y no (en el supuesto que visualizamos) de la Constitución nacional del juez del foro.

Esta conclusión puede extenderse al remoto caso en que la constitución del juez del foro reserve la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes locales, al Poder Legislativo ("control parlamentario" al estilo de la antigua URSS o Cuba, v. gr.). Naturalmente, esta última afirmación es de por sí más controvertible que las anteriores.

⁸⁴ SOTO, ob. cit., pp. 210/211.

⁸⁵ Ídem, p. 212.

36. *Conclusiones*

El presente aporte intenta abrir entre los constitucionalistas un debate hasta ahora inexistente o poco desarrollado (quizá porque cuantitativamente no sea en los hechos tan significativo, pese a su relevancia cualitativa), que sin embargo ya había atraído la atención y el estudio de los iusprivatistas.

La temática es a la vez muy interesante y hondamente discutible, ya que no existen principios dogmáticos a aplicar. Obviamente, detrás de todo subyacen los antagonismos entre monistas y dualistas, que repercutirán inexorablemente en las soluciones propuestas. También entran en juego posiciones conservadoras o activistas en torno al protagonismo de los jueces y su rol en materia de control de constitucionalidad. Todo este material controversial incita todavía más la discusión del asunto, por lo común bastante pospuesto, según vimos, en la esfera de los estudiosos del derecho constitucional.

Capítulo VII

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO EN LA CORTE SUPREMA ARGENTINA*

37. *Introducción. El pasado. Derecho comparado y argentino*

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada el 27 de septiembre de 2001, en los autos "Mill de Pereyra Rita y otros c/Provincia de Corrientes",⁸⁶ viene a modificar en Argentina la doctrina tradicional de ese Tribunal en materia de declaración de inconstitucionalidad de oficio, en el ámbito nacional. En concreto, admite ahora esa posibilidad, otrora denegada (aunque con varias excepciones).⁸⁷

La doctrina prohibitoria de la declaración de inconstitucionalidad de oficio fue, en su momento (prácticamente dos siglos atrás, en el derecho estadounidense y a través del emblemático caso "Marbury vs. Madison") un tributo que tuvo que pagar la Corte Suprema de ese país, e inventado por ella misma, para que se admitiese el control judicial de constitucionalidad, que no figuraba en el texto de la Constitución y que por su importancia obviamente era un hueso no fácil de tragar por la Presidencia y por el Congreso, esto es, por los dos principales sujetos políticos afectados por dicho control judicial.

Junto con los efectos circunscriptos al caso concreto (*inter partes*) del pronunciamiento de inconstitucionalidad, y la abstinencia del Poder

* Publicado en *JA*, 2003-I-1363.

⁸⁶ CSJN, 27/09/2001, *LL*, 2001-F-886, con nota de BESTARD, Ana M.: "El caso 'Mill de Pereyra' y la declaración de inconstitucionalidad de oficio".

⁸⁷ Nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*. t.1, Recurso Extraordinario, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 132 y ss.

Judicial para fiscalizar las *political questions* (asuntos reservados al Capitolio y al Presidente, exentos de esa revisión judicial de constitucionalidad), la prohibición de declaración de inconstitucionalidad de oficio implicó un paquete de garantías para que los otros poderes aceptasen, y no siempre con agrado, ese control jurisdiccional de constitucionalidad.

Las bases ideológicas de esa autorestricción (*self restraint*) fueron elaborándose lentamente. Uno de los argumentos fue el temor a un desborde judicial, si es que se admitía el control de constitucionalidad de oficio. El otro, el de la presunción de legitimidad de las leyes. Un tercero, la violación del derecho de defensa en juicio, cosa que se perpetraría si un juez, de la noche a la mañana, definiese sorpresivamente un pleito con una tesis no debatida entre las partes (en la especie, la declaración de inconstitucionalidad de una ley).⁸⁸

Conviene detenerse en las diferentes posibilidades que asumió el tema, a nivel de derecho constitucional.

a) *Derecho comparado*. Encontramos aquí estas alternativas:

- 1) *Silencio constitucional*. Tal ha sido el caso del Uruguay o de Estados Unidos. En tal supuesto, el silencio ha sido cubierto por los operadores del sistema constitucional, v. gr., por los mismos jueces.
- 2) *Prohibición tácita*. Ella se presentaría cuando la Constitución admite el planteo de inconstitucionalidad, v. gr., por “las partes” (así, el art. 266 de la Constitución de Guatemala), redacción que interpretada *a contrario sensu* podría entenderse como no habilitando dicho control, de oficio, por el juez.
- 3) *Autorización constitucional*. En esta variable la Constitución confiere al tribunal la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, o de instar su declaración por un órgano superior, aunque no se lo impone como *deber* de hacerlo de oficio. Por ejemplo, el art. 274 de la Constitución de Ecuador determina que “Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, *podrá* declarar inaplicable, *de oficio o a petición de parte*, un precepto

⁸⁸ CSJN, Caso "Los Lagos", LL, 23-250. Para un análisis completo del tema que tratamos en este capítulo, véase LOZANO, Luis E.: *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Fundación Konrad Adenauer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, *passim*.

jurídico contrario a las normas de la Constitución...”. A su turno, el art. 93 de la Constitución de Chile, según su reciente reforma de 2005, respecto de la articulación de la inconstitucionalidad de leyes, establece que la cuestión “*podrá* ser planteada por cualquiera de las partes *o por el juez* que conoce del asunto”, y que en definitiva decidirá el Tribunal Constitucional.

- 4) *Deber constitucional.* Tal variante, no frecuente, aparece por ejemplo en el art. 334 de la Constitución de Venezuela, cuando dispone que “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, *aun de oficio*, decidir lo conducente”.

b) Derecho argentino. Rigió la doctrina jurisprudencial negativa, ante un texto constitucional que guardaba silencio sobre el tema, bien que con muchas salvedades.⁸⁹ Por ejemplo, si estaba en juego la competencia o la autoridad institucional de la Corte, era factible que ella declarase inconstitucionalidades de oficio. Por lo demás, era posible que las provincias autorizaran normativamente ese tipo de declaración de inconstitucionalidad (algunas lo imponían, incluso, como un deber, sea en su Constitución, sea en normas infraconstitucionales).

Concomitantemente, se produjo en el ámbito sociológico una interesante transformación. El control judicial de constitucionalidad, casi inconstitucional en su origen (en el sentido que no figuraba en la Constitución de los Estados Unidos ni en la Argentina), se afianzó del tal modo que es uno de los pilares del sistema político de los países que lo adoptan. Pensar en borrarlo por medio de una ley dictada por el Congreso, por ejemplo, sería visto como un acto de aberración jurídica, grosera y obviamente inconstitucional. Dicho control, en definitiva, quedó profundamente “constitucionalizado” en la conciencia jurídica de los países que citamos.

Por otro lado, los argumentos negatorios del control de oficio fueron erosionándose, también en el ámbito sociológico. No pareció tan peligroso que los jueces asumieran tal control, y muchos lo comenzaron a ver como aceptable, e incluso deseable. Por lo demás, el principio de la

⁸⁹ SAGÜÉS: *Derecho Procesal Constitucional...*, cit., t. 1, p. 138.

legitimidad de las leyes no era incompatible con dicha facultad: una norma tiene tal presunción, por supuesto, pero es una presunción *iuris tantum*, que bien puede derrumbarse ante un análisis concreto. Finalmente, la posible violación del debido proceso perdió fuerzas cuando se advierte que en cualquier proceso, a raíz del principio *iura novit curia*, un juez puede eventualmente decidirlo en base a una norma no alegada por las partes.

Por último, desde el ángulo de la lógica jurídica, es claro que si una regla es evidentemente inconstitucional, mal puede un juez aplicarla para resolver la litis, ya que si no lo hace, lo que en verdad ocurre es que la norma inferior prevalece sobre la superior, porque se está haciendo regir a la primera y se está traspapelando a la segunda. Además, si la cuestión es un problema de derecho aplicable, y en el caso particular de la Constitución, si se trata de un derecho supremo, no interesa quién alegue o quién no alegue la contradicción entre una norma inferior y la suprema. Lo importante es que triunfe ésta, y no la subordinada.

En 1994, una reforma constitucional dispuso, al tratar la acción de amparo, que el juez “podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva” (art. 43). Sin embargo, el texto no aclaraba (cosa que importaba un defecto del constituyente) si ello era factible solamente a petición de parte, o también de oficio.

38. *El cambio*

No obstante esas mutaciones, el criterio mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación era continuar con la tesis tradicional del caso "Los Lagos", y reputar la declaración de oficio de inconstitucionalidad como una suerte de casual de arbitrariedad en el fallo donde ocurriese. Por ello, el fallo era eventualmente cuestionable por medio del recurso extraordinario federal. Conviene alertar que muchos tribunales inferiores aplicaban, no obstante, la doctrina admisoria de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

"Mill de Pereyra", en el año 2001, marca el comienzo del cambio en la Corte Suprema. Una lectura cuidadosa de la sentencia, sin embargo, alertaba que el tema no estaba en verdad concluido del todo, aunque sí podía encontrarse en vías de conclusión.

En concreto, en "Mill de Pereyra" afloran en verdad tres posturas diferentes:

- a) *Tres* jueces de la Corte Suprema continúan sosteniendo la tesis clásica del Tribunal, en el sentido de que los jueces no están habilitados para declarar la inconstitucionalidad de oficio. Así consta en el voto de los jueces Nazareno y Petracchi, por un lado, y el voto del juez Moliné O'Connor, por el otro.
- b) *Dos* jueces de la Corte Suprema resuelven el recurso extraordinario sin entrar a meritarse el asunto de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Los jueces López y Bossert, en efecto, señalan en un voto conjunto que respecto a la cuestión de la posible violación del derecho de defensa en juicio de unos justiciables, sin haber sido oídos previamente respecto de las normas invalidadas por el *a quo*, sancionadas con ulterioridad a la traba de la litis, "lo cierto es que los litigantes han tenido suficiente oportunidad de ser oídos sobre el punto en el remedio federal y su escrito de contestación", lo que torna inoficioso el pronunciamiento de la Corte, en la medida en que el derecho de defensa se ha satisfecho por tal conducto.
- c) *Cuatro* jueces se pronuncian, sí, por la admisión de la declaración de inconstitucionalidad de oficio.

Está en primer término el voto de los jueces Belluscio y Fayt, quienes ya se habían expedido en el mismo sentido en un conocido pronunciamiento anterior ("Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario").⁹⁰ Este voto advierte 1) que la referida declaración es un acto de suma gravedad jurídica, 2) que opera solamente cuando la confrontación de la cláusula constitucional con la norma legal sea manifiesta e indubitable, y la incompatibilidad inconciliable; 3) exige que la litis no puede resolverse por otro medio que esa declaración de inconstitucionalidad, y 4) que ella tiene efecto solamente para el caso concreto, conforme a la naturaleza "incidental" que dicha revisión judicial tiene en el derecho argentino. Por último, desmonta la tesis inadmisoria de ese control sustancialmente por las razones que señalamos en el primer párrafo de este artículo.

A dicho voto conjunto se suma el del juez Boggiano, que también se remonta al voto, entonces en disidencia, de los jueces Fayt y Belluscio en el referido caso "Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario".

⁹⁰ CSJN, *Fallos*, 306:303.

Por su parte, el juez Vázquez adhiere a la misma conclusión, bien que con argumentaciones propias. Este voto alude, principalmente, a las competencias institucionales de la Corte Suprema, pero algunos párrafos extienden la competencia para pronunciar la declaración de inconstitucionalidad de oficio también a los jueces en general, dentro de las pautas señaladas por el voto de los jueces Fayt y Belluscio, y al precedente voto minoritario de éstos en "Juzgado de Instrucción Militar de Rosario N° 50".

39. *El futuro*

En conclusión, el lector podrá advertir que no hay en verdad en "Mill de Pereyra" un claro voto mayoritario coincidente de cinco jueces sobre nueve, sino uno de cuatro (admisorio de la declaración de oficio), otro de tres (opuesto), y otro de dos (que en el caso, entendió innecesario expedirse sobre ese aspecto de la litis). Esto podría suscitar serias reflexiones en torno a la operatividad, en el caso, de la propia doctrina de la Corte Suprema respecto de la necesidad de que en los tribunales colegiados haya un voto mayoritario sustancialmente uniforme.⁹¹

Por lo demás, así como están planteadas las cosas, cabe preguntarse cuál será la voluntad de la Corte Suprema en futuros procesos donde se repita la cuestión debatida, esto es, la cuestión de la validez de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Si se mantienen las actuales posturas, y mientras dos jueces de la Corte Suprema estimen que la discusión de esa inconstitucionalidad pronunciada de oficio, en el planteo posterior de un recurso extraordinario y en su traslado, satisfacen el derecho de defensa en juicio del perjudicado por aquel veredicto de oficio, es probable que se afiance la solución de "Mill de Pereyra".

No obstante, puesto que el cómputo de votos arriba hecho exhibe un precario sistema de mayorías, no es fácil conjeturar, ante posibles excusaciones o abstenciones, o por el recambio de algún juez de la Corte, cuál será el curso futuro de la doctrina de la Corte Suprema en el tema que enfocamos. Hasta ese momento, pues, el fallo que se comenta no puede presentarse como posición indiscutiblemente consolidada o firme en el seno del Tribunal.

⁹¹ SAGÜES: *Derecho Procesal Constitucional...*, cit., t. 2, p. 337.

Lo cierto es que si la doctrina de "Mill de Pereyra" continúa en vigor, desaparecerá un supuesto de sentencia arbitraria: la que declara de oficio la inconstitucionalidad de una norma.

Pero, además de lo dicho, cabe prevenir que la admisión de la facultad judicial de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas, que por cierto acrecienta las atribuciones jurídicas y políticas del Poder Judicial, debe significar, correlativamente, la asunción de las responsabilidades que ese aumento de poder implica. En particular, ello exigirá una especial cautela de los magistrados para ejercer tan delicada competencia, reservándola para los supuestos especiales y dentro de los marcos que sienta el criterio mayoritario de "Mill de Pereyra".

Añadimos que si una norma no es impugnada como inconstitucional por las partes, ella goza, en verdad, de una doble presunción de constitucionalidad: la general, como cualquier precepto, en base a la presunción de legitimidad de los actos del poder público; y la particular, que se desprende del hecho que los afectados por ella no discuten ante el tribunal su constitucionalidad. Por tanto, el juez tendrá que operar con profunda prudencia y tacto para perforar esa doble presunción. Y en caso de duda, no deberá reputar inconstitucional al precepto meramente dudoso de colisionar con la Constitución.⁹² Para descartarlo por tal motivo, e inaplicarlo, deberá pues mediar total certeza del vicio de inconstitucionalidad.

Se abre así una estimulante etapa de observación y de experimentación acerca de cómo practicarán los magistrados la posibilidad que "Mill de Pereyra" deja abierta. Si ella es ejercitada con sensatez, se ampliará positivamente uno de los capítulos más significativos del control judicial de constitucionalidad. Si su ejercicio es facilista y poco serio, en cambio, no será raro conjeturar una posible vuelta al sistema negatorio anterior. No hay que olvidar que en el orden nacional, a falta de prescripciones constitucionales específicas, nuestro control judicial de constitucionalidad, de origen pretoriano, se ensancha o se restringe al compás de las directrices del intérprete final de la Constitución, que en Argentina es la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Precisamente, en el año 2004, la mayoría (esta vez nítida) de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Banco

⁹² Nos hemos ocupado del asunto en nuestro trabajo "El control de constitucionalidad de oficio. Alternativas normativas en Argentina: prohibición, facultad o deber", *ED*, 181-1092.

Comercial Finanzas S.A.”,⁹³ adhirió sin hesitación a la tesis permisiva de la declaración de inconstitucionalidad de oficio. El voto notoriamente prevaleciente aclaró lo siguiente:

- a) El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho. Por tanto, según el principio *iura novit curia*, el juez debe aplicar la norma correcta para decidir la litis, aunque las partes no la hayan impetrado. De enfrentarse ante una norma inconstitucional, así habrá de declarársela, para aplicar la norma adecuada (la Constitución) por sobre la inferior, inconstitucional.
- b) No hay peligro de desequilibrio de poderes si el Judicial inaplica por sí la norma inconstitucional, porque no se advierte cómo no hay desequilibrio si se realiza a petición de parte, y por qué lo hay si se efectiviza sin esa solicitud.
- c) La presunción de validez de las leyes es *iuris tantum*, y cede cuando el tribunal detecta que ellas son inconstitucionales.
- d) La declaración de inconstitucionalidad de oficio no afecta el derecho de defensa en juicio, del mismo modo que ello no se produce cuando un tribunal aplica un precepto no alegado por algún litigante.

40. *¿Un nuevo subtipo de arbitrariedad?*

Curiosamente, la desaparición de la figura de la sentencia arbitraria por declaración de oficio de inconstitucionalidad de normas, puede generar a su vez otra subespecie de sentencia arbitraria, interrogante que presentamos hace unos años.⁹⁴

Aludimos al caso en que un tribunal *no declare* la inconstitucionalidad de oficio de un precepto legal, pudiendo ahora hacerlo, según la doctrina de "Mill de Pereyra". ¿Podría el afectado en tal hipótesis invocar arbitrariedad por omisión del tribunal?

En rigor de verdad, no es agravio útil para sustentar el recurso extraordinario, aquel que derive de la conducta discrecional o de la negligencia de un justiciable.⁹⁵ Como regla, pues, mal se podría invocar

⁹³ CSJN, *Fallos*, 327: 3117.

⁹⁴ Ob. cit. en nota 92.

⁹⁵ Conf. SAGÜES: *Derecho Procesal Constitucional...*, cit., t.1, pp. 500 a 505.

arbitrariedad respecto de un fallo, porque éste no realizó una declaración de inconstitucionalidad que el propio promotor del recurso extraordinario no requirió en su momento.

La situación podría ser diferente cuando una ley *imponga* al juez la revisión de oficio de la constitucionalidad de una norma,⁹⁶ y el juzgado del caso no hubiere cumplido con ese deber, tratándose desde luego de una inconstitucionalidad evidente e indiscutible.

⁹⁶ No con frecuencia, ciertos artículos constitucionales o legales han establecido en el orden provincial el deber del juez de declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas. Nos remitimos a nuestro estudio cit. en nota 92.

Capítulo VIII

LA "MEDIDA DE SATISFACCIÓN INMEDIATA" (O "MEDIDA AUTOSATISFACTIVA") Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.*

41. *Introducción*

Las llamadas "medidas" *autosatisfactivas*, para otros también denominadas de *satisfacción inmediata*,⁹⁷ no obstante su similitud exterior con las medidas cautelares -en el sentido que requieren, aunque agravados, los recaudos propios de éstas, y su objeto de no innovar o innovativo también las asemeja- se agotan, sin embargo, en su misma producción, y resultan independientes de otro proceso principal, configurándose por ello como "principales" en sí mismas. En homenaje a la verdad, merecen calificarse como *sentencias* dictadas en un proceso de tipo muy urgente.⁹⁸

* Publicado en *ED*, Suplemento de Derecho Constitucional del 19/10/2000.

⁹⁷ Véase ARAZI, Roland y KAMINKER, Mario E.: "Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata", en PEYRANO, Jorge W. (dir.): *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 44.

⁹⁸ Conviene definir, claramente, que en la Argentina las llamadas "medidas autosatisfactivas" *no son* medidas cautelares, ya que no resultan dependientes de un proceso principal, o subordinadas a su resultado, motivo por el cual se perfilan como autónomas. Su efecto, por cierto, es bien diferente al de una "medida precautoria" tradicional, ya que "satisfacen definitivamente el derecho pretendido", y "son definitivas y no instrumentales". Conf. GARROTE, Ángel F.: "La tutela judicial anticipada", en PEYRANO (dir.), ob. cit., pp. 738, 742/3. En el sentido que las llamadas medidas autosatisfactivas no constituyen medidas cautelares, por más que habitualmente algunos así -erróneamente- las califiquen, véase PEYRANO, Jorge W.: "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que

En principio, implican una problemática básicamente procesal, pero en función, claro está, de la atención de derechos de fondo, de raíz múltiple (civil, comercial, laboral, tributaria, etc.).⁹⁹ Ocurre, no obstante, que desde diversos ángulos se vincula a las referidas "medidas" -vale decir, repetimos, sentencias- con la Constitución. La conexión no es desacertada, claro está, porque directa o indirectamente todo tiene que ver con la ley suprema.

En concreto, esa preocupación constitucional de diferentes procesalistas sobre las sentencias-medidas autosatisfactivas gira sustancialmente en torno a dos interrogantes. El primero es si tales sentencias (alias "medidas", o incluso "despachos"), son constitucionales. El segundo, si tienen raíz constitucional, en el sentido de si deben entenderse como encapsuladas en la propia Constitución.

constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en Peyrano (dir.): *Medidas autosatisfactivas*, cit., p. 14.

Esta aclaración semántica es importante, ya que bajo el rótulo de "medida" autosatisfactiva, parecería disimularse la naturaleza y el efecto real de sentencia que posee. Algo parecido ocurre en derecho constitucional, cuando algunos juristas, generalmente de origen administrativista, califican a los decretos de necesidad y urgencia (que son verdaderas leyes, expedidas bajo forma de decreto), con el rótulo anestesiante y edulcorado de "reglamentos" de necesidad y urgencia.

En definitiva, es tan impropio llamar "medida" autosatisfactiva a algo que reviste carácter de sentencia, como rotular "medida ordinaria" a la sentencia dictada en un proceso de tipo común, o "medida ejecutiva" al fallo emitido en el proceso de esa índole.

Históricamente la atribución del nombre de "medida" a la sentencia de satisfacción inmediata puede explicarse porque esta última, para dictarse, tiene de común con las medidas cautelares exigir la verosimilitud del derecho, y el peligro en la demora, cuando no la contracautela o la presencia de un daño irreparable si no se las adopta. En general, los recaudos para dictar la sentencia de satisfacción inmediata son más severos que los exigidos para decretar una medida cautelar, de no innovar o innovativa.

En el sentido de que la resolución judicial sobre un requerimiento de medida autosatisfactiva debe emitirse en forma de sentencia, véase GARDELLA, Luis L.: "Medidas autosatisfactivas: principios constitucionales aplicables. Trámite. Recursos", en Peyrano (dir.), *Medidas autosatisfactivas*, cit., p. 268. Conf. por lo demás RIOL, María I.: "La cosa juzgada en relación a las medidas autosatisfactivas", en PEYRANO (dir.): *Medidas autosatisfactivas*, cit., p. 369, quien se refiere claramente a la "sentencia autosatisfactiva".

⁹⁹ El área de las sentencias-medidas autosatisfactivas es amplio, ya que podrían aplicarse en el derecho administrativo, el ambiental, laboral, civil y comercial, etc. Véase al respecto PEYRANO (dir.): ob. cit., pp. 415 y ss., incluyendo proyecciones a diferentes ramas del mundo jurídico.

42. *Condiciones para la constitucionalidad de la sentencia-medida autosatisfactiva*

El tema ha preocupado, y no sin motivos, doctrinariamente. En resguardo de los derechos del promotor de la medida, se ha apuntado que según las reglas constitucionales del debido proceso y de la tutela efectiva de justicia, es bueno que el lesionado en un derecho tenga, en especial si la naturaleza del problema es urgente, un remedio pronto, conducente, práctico y real para su situación. En el marco de la Constitución argentina, el art. 18 brindaría así soporte a las sentencias-medidas de satisfacción inmediata.

No obstante, el tema no concluye allí, porque de inmediato aparecen los derechos del afectado por la aludida sentencia-medida que, por supuesto, conforme al art. 16 de la Constitución nacional (principio de igualdad) son tan valederos como los del actor. A él también lo ampara la regla del debido proceso y el derecho a defensa en juicio.

En aras de compatibilizar ambos derechos, se han sugerido antídotos preventivos y curas reparadoras. Así, antes de dictarse la sentencia-medida, y según las peculiaridades del conflicto bajo estudio, que el juez realice una sustanciación previa y reducida, y que además, requiera contracautela. O que una vez pronunciada, la sentencia-medida autosatisfactiva sea impugnabile por vía de revocatoria, si fue dictada *in audita parte*, con subsidiaria apelación (bien que con efecto devolutivo); o admitir el recurso de apelación directo; o permitir iniciar un juicio declarativo sumario de oposición contra el fallo del caso; o también, de haber el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable para el dañado por la sentencia-medida, permitirle solicitar la suspensión provisoria de su aplicación, hasta tanto se decida en definitiva el asunto merced a la impugnación interpuesta.¹⁰⁰ Todos estos aportes, desde luego, son muy dignos de tenerse en cuenta.

¹⁰⁰ Conf. PEYRANO, Marcos L.: “La medida autosatisfactiva y el derecho de defensa”, en PEYRANO (dir): *Medidas autosatisfactivas*, cit., pp. 231 y ss., esp. pp. 236/237, quien menciona que ciertas normas que han regulado ya al instituto, prevén la suspensión provisoria de la medida cuando es objetada por el perjudicado por ella. Conf. también GARDELLA: “Medidas autosatisfactivas...”, cit., pp. 261 y ss., quien alerta que deberá en el procedimiento darse vista al Ministerio Público, fiscal o al popular, cuando correspondiere.

Es de interés citar al art. 305 del Código Procesal Civil de la provincia de La Pampa, que entre otras variables permite al afectado por la medida autosatisfactiva, requerir, mientras la

Hay aquí que distinguir diversas situaciones. El derecho de defensa en juicio y al debido proceso impone mínimamente el derecho de acceder a los tribunales, a ser oído, a ofrecer pruebas y a obtener en un tiempo adecuado una sentencia razonable. Tales derechos se cumplen con el promotor de la sentencia-medida autosatisfactiva, o de satisfacción inmediata, cuando ella es aceptada por el tribunal. Pero los mismos derechos, en virtud de una elemental aplicación del postulado constitucional de igualdad, protegen al afectado por la sentencia-medida.

Si este último es perjudicado sin haber sido escuchado y sin darle oportunidad de ofrecer sus pruebas, como a menudo pasa para quienes postulan las referidas medidas-sentencias *in audita parte*, la sentencia dictada en su daño que, como sabemos, es en este caso no meramente cautelar sino principal, huele en principio a inconstitucionalidad. Sin embargo, recuperaría constitucionalidad si dicho afectado pudiese por algún conducto impedir la ejecución de ese fallo, suspendiendo sus efectos, hasta tanto se dilucide, mediante un medio impugnativo útil y en el que pueda plantear idóneamente sus reclamos y probanzas, al tema bajo litigio. En tal hipótesis, en efecto, la resolución no cautelar, sino principal, que le causa agravio no se le aplicaría mientras ese afectado impugna el acierto de la sentencia-medida, con lo que ella no le provocaría un daño de tipo totalmente irreparable, o de tardía o difícil reparación ulterior. Esto debe ser también así, puesto que si la "medida autosatisfactiva" o de "satisfacción inmediata", se "autosatisface" y concluye con su efectivización, el problema litigioso después concluirá a menudo como "cuestión abstracta" (algunos hablan de "sustracción de la materia"), si la "medida" se consuma antes de que el contrariado por ella la haya podido impugnar provechosamente.¹⁰¹

cuestiona, la suspensión de su aplicación, si le causare un gravamen irreparable, y con contracautela. Algo similar dispone el art. 222 bis del Código de Procedimientos Civiles de la provincia del Chaco, según la ley 4659. Véase SPERANZA DE AQUINO, Silvia: "Las medidas autosatisfactivas. Presente y porvenir", en XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, *Ponencias* (San Martín de los Andes, 1999), pp. 191 y ss.

¹⁰¹ Supóngase que a través de una sentencia-medida autosatisfactiva su promotor logra realizar un acto público que la policía le ha prohibido, o participar en un viaje de estudios al que las autoridades de una escuela le niegan acceder. Una vez celebrado el mitin, o terminada la excursión, gracias a la medida autosatisfactiva, ¿cómo podría repararse útilmente el daño ocasionado, si se resuelve en una apelación conferida con efecto meramente devolutivo, que efectivamente había razones valederas para impedir la concentración pública, o que el estudiante no tenía derecho a viajar? Además, por concluir el asunto como cuestión abstracta

En síntesis, hay dos vías posibles que atraen para dar constitucionalidad a la sentencia-medida de satisfacción inmediata: *a)* otorgar una breve pero efectiva y adecuada intervención¹⁰² al sujeto contra quien se articula, o en perjuicio de quien se pide la sentencia-medida, antes de pronunciar ésta; o *b)* si se tramitó *in audita parte*, exigir contracautela a su promotor, y dar la real posibilidad al perjudicado por la sentencia-medida de que no sea efectivizada contra él (en particular si le causa un perjuicio de tardía o insuficiente reparación ulterior), contracautela mediante, mientras pueda discutir el acierto de lo resuelto, mediante un procedimiento idóneo.

Al menos en lo esencial, ambas alternativas han sido sugeridas ya por quienes postulan al dispositivo procesal que comentamos (conf. nota 100 en este capítulo); y es bueno, por cierto, que la ley que instrumente la referida sentencia-medida (si es que el legislador se decide a ello) sea bien clara al respecto, en aras de la seguridad jurídica.

43. *¿Está la sentencia-medida autosatisfactiva en la Constitución?*

La respuesta a esta pregunta es importante: si la sentencia-medida a que aludimos se encuentra incluida expresa o tácitamente en la Constitución, ya como derecho *implícito*, ya como derecho *inferido*

(ejecutada y consumada la medida-sentencia autosatisfactiva), es muy probable que el proceso termine con costas por su orden, con lo que el dañado por la sentencia-medida de satisfacción inmediata, aparte de tener que soportar el acto para él lesivo, tendría que absorber sus propias costas, sin poder rediscutir útilmente la admisibilidad y procedencia de la referida sentencia-medida.

¹⁰² Cabe prevenir, por cierto, contra ciertos traslados o vistas que por lo reducido de su plazo - horas, v. gr.- pueden resultar irrazonables, y por ende inconstitucionales, máxime si se corren aprovechando la ausencia transitoria del sujeto que debe contestarlas, o la existencia de feriados y horas inhábiles en las que oficinas profesionales o públicas están vacías. Un término excesivamente reducido puede además encontrar al citado transitoriamente fuera de su domicilio, en particular en ciertas fechas, o no darle el tiempo necesario para encontrar un abogado que lo defienda prestamente. Estos problemas no son teóricos, y corresponde que los tribunales actúen con sensatez y cautela al respecto, manejándose con reglas de prudencia y sentido común a fin de evitar verdaderas trampas procesales. Es de tener en cuenta, también, que el promotor de la sentencia-medida de satisfacción inmediata puede muchas veces elegir el instante preciso en que articula su pretensión, mientras que el accionado queda a merced del primero, en este punto.

(deducido de uno explícito o implícito),¹⁰³ la conclusión es que el legislador ordinario debería admitirla y reglamentarla, so pena de incurrir en inconstitucionalidad por omisión. Desde luego, no podría válidamente negarla (tal rechazo sería inconstitucional, como si una Constitución provincial o una ley nacional aboliesen el amparo). Finalmente, es probable que los jueces, aun a falta de reglamentación legal, tendrían que aplicarla, motorizando así a la sentencia-medida de rango constitucional (como hicieron, en su momento, con el hábeas corpus y después con el amparo)

Discretamente al comienzo, pero más rotundamente después, algunos trabajos han dicho que las medidas autosatisfactivas, o de satisfacción inmediata, tienen tanto sustento constitucional como el amparo, en virtud de que si el art. 43 de la Constitución federal prevé una acción "expeditiva y rápida" (el amparo) "siempre que no exista otro medio judicial más idóneo", entonces "las circunstancias del caso determinarán si la satisfacción se obtiene por el procedimiento del amparo que regula una ley especial o por el aún más expedito de la medida de efectividad inmediata". A ello se añade el principio de tutela judicial continua y efectiva (enunciado, v. gr., en el art. 15 de la Constitución provincial de Buenos Aires), que demandaría la referida medida-sentencia autosatisfactiva.¹⁰⁴

Recientemente se ha apuntado también que las aludidas medidas autosatisfactivas tienen "raigambre constitucional", con fundamento en el principio a la tutela judicial efectiva, que incluso figura en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), con rango constitucional para la Argentina (art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional), en el sentido que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Idéntica conclusión se desprendería del Pacto de San José de Costa

¹⁰³ Los derechos implícitos son los emergentes del art. 33 de la Constitución Nacional. Los inferidos son los deducidos de algún derecho explícito, como la presunción de inocencia, el de justicia pronta o el derecho a la jurisdicción, que se extraen del derecho de defensa en juicio del art. 18 de la Constitución, generalmente por voluntad de los operadores de ella. Véase SAGÜES, Néstor P.: *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed., t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 299.

¹⁰⁴ ARAZI – KAMINKER: "Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela...", cit., p. 48.

Rica, art. 8 inc. 1°. Desde esta perspectiva, las medidas autosatisfactivas deberían instrumentarse judicialmente, pese a que no haya ley reglamentaria, por la simple operatividad de los principios y preceptos constitucionales citados.¹⁰⁵

Un reexamen de esta tesis obliga a reconocer, desde luego, que la sentencia-medida autosatisfactiva o de satisfacción inmediata no es incompatible con la Constitución (y por ende, es constitucional) siempre, eso sí, que respete las reglas del debido proceso para su promotor y para el afectado, conforme señalamos precedentemente. Salvadas estas condiciones, es una opción legislativa válida, constitucionalmente hablando.

Pero de ahí a concluir que la Constitución programa y estatuye compulsivamente a las sentencias-medidas autosatisfactivas, hay una distancia inaceptable. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Constitución incluía como derecho no enumerado al amparo, en el art. 33, en tanto que los derechos fundamentales enunciados por la Constitución exigen su instrumentación por los jueces, a través de dicho amparo, esté el mismo legislado o no.¹⁰⁶ Después de la reforma de 1994, la "constitucionalización" del amparo pasó a ser de implícita a explícita, en el nuevo art. 43. Pero no pasa lo mismo con la sentencia-medida autosatisfactiva.

A su turno, el principio de tutela judicial efectiva (que, explícito en muchas constituciones provinciales, es un derecho en la Constitución nacional inferido y del derecho de defensa en juicio, art. 18),¹⁰⁷ impone adoptar medios procesales útiles para realizarlo, para lo cual el legislador puede optar por varios conductos. Uno de ellos son las medidas cautelares de no innovar y las innovativas. Si éstas, por ejemplo, existen en la legislación infraconstitucional, no se ve por qué la Constitución imponga inexorablemente que también deban existir las sentencias-medidas de satisfacción inmediata, que básicamente cumplen el papel protector de aquéllas, salvo que ahorran al interesado plantear un juicio

¹⁰⁵ Conf. PARODI, Ana C. y SOMMER, Federico A.: "La medida autosatisfactiva como remedio de raigambre constitucional", en *Doctrina Judicial*, 2000-3-157.

¹⁰⁶ Conf. CSJN, *Fallos*, 241:291 (caso "Kot S.R.L.").

¹⁰⁷ El principio de tutela judicial efectiva se combina con el del derecho a la jurisdicción. Véase SAGÜÉS: *Elementos de derecho constitucional*, cit., t. 2, p. 760; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 2ª. ed., Civitas, Madrid, 1989, pp. 256/258, con especial referencia a la necesidad de medidas cautelares útiles para garantizar aquel principio.

principal posterior. Como hipótesis de trabajo, la medida-sentencia de satisfacción inmediata podrá ser en algunos casos (para su beneficiario) más conveniente que una medida cautelar innovativa, pero eso no autoriza a concluir que por ello, el legislador está constitucionalmente obligado a reconocer y regular a la primera. Tampoco el poder legisferante está constitucionalmente conminado a aceptar y reglamentar a un determinado instituto jurídico, por el hecho de que sea provechoso para una comunidad. Además, el juez de la oportunidad y conveniencia de la instrumentación de dicho instituto, en un país respetuoso de la división de poderes, es el Parlamento, y no el Poder Judicial.

Más todavía: si un código procesal no autorizase las medidas de no innovar y las innovativas, y hubiere en danza algún derecho emergente de la Constitución, de un tratado o de una ley, el sujeto lesionado en su derecho está constitucionalmente habilitado para articular la acción de amparo, tanto contra actos de autoridad como de particulares, ante la falta de otros procedimientos idóneos para su defensa (art. 43 de la Constitución). Y dentro de ese amparo, bien podría argumentar que necesita una medida cautelar de no innovar o innovativa, aunque no estuviese contemplada en la ley reglamentaria del caso, en aras de tornar operativo y eficaz al proceso constitucional del amparo.

En resumen: decir que las sentencias-medidas de satisfacción inmediata, o autosatisfactivas, tienen raigambre constitucional, es cierto en cuanto que no repulsan a la Constitución, e incluso encuentran asidero en ella, pero siempre que respeten las reglas del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, y se sancionen por quien corresponde hacerlo. Bajo estas condiciones son, por ende, una opción constitucional para el legislador, que puede implementarlas (aunque no como discrecionalmente le guste).

Decir, en cambio, que tienen raigambre constitucional y alcanzan jerarquía constitucional debido a que están -sí o sí- en la Constitución, y que ésta las exige, haya o no ley reglamentaria (y que por ende, el juez debe necesariamente aplicarlas por imperativo constitucional, aún ante el silencio o la negativa del Poder Legislativo) importa una tesis incorrecta. Una cosa es un instituto infraconstitucional que coincida o coadyuve (satisfecha una serie de recaudos) con la Constitución, y otra es conferirle a éste alcurnia constitucional.

Capítulo IX

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA PRODUCCIÓN DE NORMAS GENERALES Y LAS VÍAS PARA REMEDIARLA*

44. *Introducción. Distintos tipos de inconstitucionalidad por omisión*

La inconstitucionalidad por omisión parece un tema relativamente nuevo en el derecho constitucional. Sin embargo, y como se ha destacado,¹⁰⁸ el problema está ya en el parto mismo del sistema de control judicial de constitucionalidad. “Marbury vs. Madison”, en efecto, importó un caso de tal tipo, ante la renuencia del entonces Secretario de Estado Marbury, siguiendo instrucciones del Presidente Jefferson, de no comunicar ciertos nombramientos judiciales hechos por el Presidente Adams en los últimos momentos de su gestión.¹⁰⁹

La inconstitucionalidad por omisión asume varias poses. Se presenta cuando algún órgano del Estado, o algún particular, no ejecuta una tarea que la Constitución le asigna.

* El presente artículo se basa parcialmente en uno anterior del autor (aunque reelaborado y con actualizaciones), titulado “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, *ED*, Buenos Aires, 124-950.

¹⁰⁸ Conf. SAGÜÉS, María S.: *Control de la inconstitucionalidad por omisión*, monografía presentada y aprobada en la Universidad de Salamanca, 1999, en el curso de posgrado en Derecho Constitucional, versión actualizada y fotostática.

¹⁰⁹ Sobre “Marbury vs. Madison”, donde en concreto se requirió un *writ of mandamus*, conf. BIDEGAIN, Carlos M.: *Curso de derecho constitucional*, nueva versión, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 126.

Puede adoptar dos modalidades básicas: *inconstitucionalidad por mora* (en la adopción de decisiones, sean individuales o generales, o en la ejecución de decisiones ya tomadas), e *inconstitucionalidad por negación*.

En los párrafos siguientes se considerarán tales posibilidades.

45. *Inconstitucionalidad por mora*

La inconstitucionalidad por mora asume tres variables:

- a) *Inconstitucionalidad por omisión (mora) en la decisión de un hecho o acto de tipo individual*. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el Estado no se pronuncia sobre algo que constitucionalmente debe realizar (v. gr., si no adopta una resolución respecto de un pasaporte que está en condiciones de ser emitido, atentándose así contra la libertad de circulación de una persona; o si no pronuncia un decreto confiriendo a un detenido político por el estado de emergencia o de sitio el derecho a salir del país, cuando la Constitución así lo prevé, o si el Jefe de Estado no designa un ministro, etc.).

Para cuestionar este tipo de omisiones singulares el remedio tradicional ha sido el "amparo por mora" (administrativa), y en su caso, la "acción de cumplimiento" y los *writs* o "mandamientos de ejecución" (*injunction* y de *mandamus*), sin perjuicio de otras acciones más amplias, de tipo ordinario o especial, que pueda haber en el arsenal procedimental de un Estado.¹¹⁰ Esos amparos por mora, o sus variantes, sirven habitualmente también para cuestionar omisiones de la Administración pública violatorias no solamente de la Constitución, sino de una ley, estatuto, decreto o resolución.

- b) *Inconstitucionalidad por omisión (mora) en la producción de normas generales*. El catálogo es por cierto amplio. La hipótesis más frecuente es la no sanción, por el Poder Legislativo, de las normas reglamentarias de las cláusulas constitucionales programáticas. Pero también el Poder Ejecutivo incurre en omisión inconstitucional si no dicta el

¹¹⁰ Conf. sobre el tema, REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ, María C.: *Acción de cumplimiento y derechos humanos*, 2ª ed. Temis, Bogotá, 1998, *passim*.

decreto reglamentario de una ley, o si no ejercita las facultades que le ha delegado el Congreso para sancionar una ley, cuando la Constitución de un país así lo establece.¹¹¹

A su turno, el Poder Judicial, en el caso que constitucionalmente cuente con deberes legisferantes, puede caer en la inconstitucionalidad que tratamos. O el Consejo de la Magistratura, si posee igualmente, por la Constitución, competencias legislativas.¹¹²

El cuestionamiento de la mora legisferante era tradicionalmente invariable, so pretexto de que el tema configuraba una "cuestión política no justiciable" (*political question*). Pero esa conclusión ha sufrido importantes modificaciones. Algunas veces ha sido la propia Constitución la que ha tomado cartas en el asunto y formulado algunas respuestas tendientes a combatir el ocio legislativo. En otros, fue el Poder Judicial quien dio respuestas pretorianas innovadoras, tendientes también a atacar el silencio legislativo al que aludimos. Por uno u otro conducto, se han habilitado reclamos judiciales mediante acciones específicas de inconstitucionalidad por omisión, o a través de procesos ordinarios, o de juicios de amparo.

- c) *Inconstitucionalidad por omisión (mora) en la ejecución.* En este supuesto el jurista se encuentra ante una decisión ya tomada (sea general, sea particular), pero la misma no se cumple. Una vez más cabe reiterar que *Marbury vs. Madison* atendió un caso de esta especie (negativa estatal de comunicar unos nombramientos ya adoptados). El remedio procesal contra este subtipo de inconstitucionalidad por omisión es, como ocurre con el supuesto reseñado bajo la letra a), los mandamientos de ejecución o el *mandamus*.

¹¹¹ Conviene advertir que para algunos autores, la inconstitucionalidad por omisión ocurre también si se produce un vacío normativo, no cubierto, en los casos de derogación de una ley por *referendum*, o cuando es declarada inconstitucional y derogada por un Tribunal Constitucional. Conf. PIZZORUSSO, Alessandro: *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, trad. por Javier Jiménez Campo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 193.

¹¹² Por ejemplo, la Constitución argentina dispone que la Corte Suprema de Justicia dictará su reglamento interior (art. 113), y confiere al Consejo de la Magistratura competencia para "dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia" (art. 114, inc. 6°).

En este trabajo se atenderá, principalmente, al subtema de la inconstitucionalidad por omisión (y en particular, del Poder Legislativo) por mora en la producción de normas generales. El asunto tiene una obvia dimensión normativa, pero también cuenta con algunos aspectos sociológicos que cabe mencionar.

46. *Inconstitucionalidad por negación*

La "inconstitucionalidad por omisión por negación" se produce cuando quien debía tomar una decisión, según la Constitución, la ha adoptado, pero ella desconoce o rechaza algo que la Constitución concede. Por ejemplo, si una Constitución reconoce a "todos" la libertad de expresión y el derecho de publicar las ideas sin censura previa (como lo hace, v. gr., el art. 29 de la costarricense), y una hipotética ley limitara tal derecho a los nacionales, configurándose así una situación denegatoria -para los extranjeros- de un derecho constitucional.

Algunas veces se han denominado a esas inconstitucionalidades por omisión negativa, como "relativas", caracterizadas por lo común por exclusiones arbitrarias o discriminatorias de beneficios.¹¹³

La inconstitucionalidad por omisión por negación se plantea, asimismo, respecto a hechos o casos concretos. V. gr., si el Estado decide (violando a la Constitución) no prestar un servicio social que la ley suprema le impone, o no suministrar una información que debe proporcionar (también en los términos, por ejemplo, del art. 30 de la Constitución de Costa Rica).

Desde luego, la inconstitucionalidad por negación es asimismo atacable, aunque el mecanismo de impugnación puede ser distinto al de la inconstitucionalidad por mora.

¹¹³ Conf. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza económica?" en AA.VV: *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 18/19, con cita de Wessel, quien habría adoptado la doctrina de las omisiones relativas, y Cappelletti, entre otros.

47. *Mora legisferante. Dimensión sociológica*

Ciñéndonos al caso de la inconstitucionalidad por omisión por mora en la producción de normas generales, surge en el orden fáctico un interrogante: ¿Por qué hay ocio legisferante? Las razones de ese silencio pueden ser múltiples, algunas de ellas imputables al sujeto renuente a legislar, pero otras no.

a) Por ejemplo, y con referencia a las normas constitucionales programáticas, "congeladas" ante la inacción del legislador remiso a dictar las leyes de desarrollo constitucional, algunas veces es la propia regla constitucional la que invita a su incumplimiento.

Tal es el caso de las normas constitucionales que pecan de *utopismo*, en su doble variante de *utopismo subconsciente* (cuando el constituyente no ha medido siquiera los costos económicos y políticos que es necesario adoptar para cumplir con la promesa que formula), o *consciente* (si ha hecho tal cálculo, advierte la imposibilidad material de efectivizar la promesa, y sin embargo, aún así, la formula). Otro vicio es el *gatopardismo constitucional*, que so pretexto de un cambio normativo pomposo mantiene la situación anterior (por ejemplo, si se enuncia el derecho de todos a la vivienda, o a la educación, "en la medida que lo disponga la ley", con lo que el derecho en cuestión existirá en cuanto el legislador quiera discrecionalmente establecerlo), o la *demagogia constituyente*, que puede generar un verdadero campeonato de promesas, libertades y derechos entre los redactores de la Constitución, donde ganará el que invente más y mejores garantías, con total independencia de su posible o imposible realización. El *plagio constitucional*, a su turno, genera la incorporación a la Constitución local de los institutos de moda en la vitrina del derecho comparado, de modo irreflexivo y copista, sin evaluar su utilidad en medios ajenos a los que fueron creados, o la dosis de admisión o rechazo en realidades fundamentalmente distintas.¹¹⁴

En definitiva, la inconstitucionalidad por omisión puede ser generada por la propia Constitución, si ella es utopista, gatopardista, demagógica o plagiaria. Una Constitución con esos perfiles, que hemos llamado "Constitución-promesa" (en el sentido de que sus cláusulas, generalmente lanzadas hacia el porvenir, son poco cumplibles y no generan derechos concretos para exigir su efectivización), propia por lo

¹¹⁴ Véase SAGÜÉS, Néstor: *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 107 y ss.

común de países subdesarrollados, se opone a la "Constitución-contrato", más bien parca en la proclamación de derechos, pero exigible mediante recursos jurídicos específicos e idóneos. La "Constitución-contrato" es más frecuente en países con un alto grado de desenvolvimiento económico.¹¹⁵

b) En otros supuestos, la inconstitucionalidad por omisión no es generada por el constituyente, sino por los poderes públicos remisos a obedecerlo. La ausencia de esa "voluntad de Constitución", como la llama Konrad Hesse,¹¹⁶ es frecuente en naciones que padecen del pecado del *antilegalismo*, formadas por pueblos y dirigentes que conceptúan el respeto a la ley como signo casi seguro de imbecilidad, y que al revés, meritan la transgresión y la evasión de aquélla como muestra de habilidad e ingenio. Tales sociedades, facilistas, poco amigas de cumplir con las obligaciones jurídicas, candorosamente irresponsables, alérgicas a controles y fiscalizaciones, indulgentes respecto de infracciones a la norma o de las sanciones a imponer, son terreno fértil para tolerar la desidia del legislador en el trabajo de realizar las cláusulas programáticas de la Constitución. Se arriba entonces a un estado de impunidad legislativa, donde da lo mismo que el congresista cumpla o no con el mensaje constitucional, porque tanto en un caso como en otro el resultado será exactamente el mismo: no le pasará absolutamente nada.

48. *Dimensión normativa. Eficacia de las normas constitucionales programáticas*

La cláusula constitucional "programática" es aquella *no autooperativa*, o *no autoaplicativa* (también se la llama "de efecto diferido"), ya que para actuar y regular comportamientos, requiere el dictado de otra norma (infraconstitucional) que la desarrolle, instrumento o reglamento. Desde el punto de vista técnico han sido definidas como *normas bajo condición suspensiva* (la "condición" es el dictado de dicha

¹¹⁵ Nos remitimos a nuestro trabajo "Las cláusulas programáticas sociales de la Constitución Nacional y su eficacia jurídica", *ED*, 108-948, y *Elementos de derecho constitucional*, cit., t. 1 pp. 103.

¹¹⁶ HESSE, Konrad: *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 80.

norma infraconstitucional, que una vez emitida convierte a la regla constitucional "programática", en "operativa").¹¹⁷

Werner Goldschmidt las reputa incluso *normas incompletas*, que requieren, para entrar en acción, a la ley infraconstitucional común. Apreciadas rigurosamente, explica, las normas incompletas, o imperfectas, están en una situación que "sería prácticamente asimilable a la de un proyecto de ley aceptado por una Cámara, pero aún necesitado de la aceptación de parte de la otra".¹¹⁸

La cotización jurídica de las normas constitucionales programáticas ha provocado un intenso debate en la doctrina constitucional.

- a) *Teoría de la ineficacia*. De vez en cuando se ha sostenido que son *normas impropias*, o meramente formales, que padecen de una debilidad congénita, carentes de vigor como normas constitucionales.¹¹⁹ El Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en la causa "José Cantarini c/Acindar", refiriéndose a ciertas reglas programáticas de la Constitución de 1949, las reputó "meros enunciados verbales", que "no consagran derecho alguno", puesto que "en definitiva, la verdadera efectividad de lo que la Constitución reconoce depende de la actividad del legislador ordinario que reglamenta el derecho, y no de la circunstancia de que, para aquel reconocimiento, el texto fundamental utilice fórmulas innecesariamente enfáticas..."¹²⁰
- b) *Teoría de la eficacia*. En cambio, Rolando E. Pina explica que toda norma constitucional debe poseer su cuota de operatividad. La calificación de una regla constitucional como "programática" es "una estrategia de no vigencia de cláusulas constitucionales", sin fundamento jurídico valedero. Si se aceptase la existencia de reglas constitucionales puramente programáticas, concluye, se estaría dando grado de poder

¹¹⁷ Conf. VANOSSI, Jorge R: *Teoría Constitucional*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 2/3; QUIROGA LAVIE, Humberto: *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, pp. 138/139.

¹¹⁸ GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al derecho*, 4ª. ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 284/285.

¹¹⁹ DANA MONTAÑO, Salvador: "Clasificación de las normas constitucionales. Las cláusulas programáticas", comunicación presentada al *Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional*, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1972, pp. 1/2.

¹²⁰ CSJN, *Fallos*, 239: 273 y ss.

constituyente al Poder Legislativo ordinario, quien así tendría la potestad y criterio soberano de instrumentar o no, a su gusto y paladar, una cláusula constitucional.¹²¹

- c) *Teoría de la eficacia parcial*. Una tercera posición advierte que las normas constitucionales programáticas tienen cierta eficacia, aunque ese vigor no es plenamente comparable al de una norma constitucional operativa. En concreto, la cláusula programática tiene el siguiente peso jurídico:
- es una norma jurídica;
 - actúa como material jurídico inductor del Poder Legislativo, desde el momento en que lo insta a elaborar ciertos preceptos infraconstitucionales, o a evitarlos;
 - impide que un acto normativo u otro tipo de hecho frustre el mensaje programático (en otras palabras, el legislador común no puede válidamente sancionar una ley contraria a la cláusula programática). Esta tesis es compartida por Juan P. Casiello, quien refiriéndose a ciertas cláusulas sociales programáticas, escribió que ellas tenían *algo más* que un mero alcance indicativo para el Congreso. En realidad, dijo, regulaban el comportamiento del legislador y resultaban "condicionadoras de la validez de la legislación vigente, ya que en definitiva, todo el orden jurídico creado o por crearse sólo podría tener vigencia entre nosotros, en función de su ajuste a los principios orientadores de esta declaración constitucional".¹²²
 - asimismo, la cláusula programática sirve como pauta interpretativa de la Constitución (dado el carácter "orgánico" o "sistemático" del código constitucional); y también, naturalmente, de la normatividad infraconstitucional.

Hemos adherido a esta tercera visión respecto de la eficacia de las normas constitucionales programáticas.

¹²¹ PINA, Rolando E.: *Cláusulas constitucionales programáticas*, Astrea, Buenos Aires, 1973, pp. 24 y ss.

¹²² Conf. RUSSOMANO, Rosah: "Clasificação das normas constitutionaes", comunicación presentada al *Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional*, cit., pp. 8 y ss. Véase también QUIROGA LAVIÉ, ob. cit., pp. 142 y ss.; CASIELLO, Juan P.: *Derecho Constitucional Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1954, p. 115.

49. *Respuestas constitucionales a la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas*

Algunas veces el constituyente ha asumido el problema de la inconstitucionalidad por omisión y ha intentado resolverlo de algún modo. Es de interés consultar esas recetas normativas.

a) *La ruta de la denuncia.* En este caso, el órgano de control de la omisión inconstitucional detecta tal falla y la hace saber a otro cuerpo del Estado que puede adoptar alguna medida con relación a la institución que se encuentra en mora.

Un ejemplo relativo de este sistema puede encontrarse en el artículo 377 de la Constitución de 1974 de la antigua Yugoslavia, que establecía lo siguiente: "Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligado a dictarlas, informará de ellos a la Asamblea de la República". El texto aludido no determinaba, sin embargo, qué pasaba si el organismo moroso era la misma Asamblea de la República.

b) *La ruta de la recomendación.* El órgano de control de la constitucionalidad, en esta variable, se limita a recordar al órgano renuente que sancione las normas faltantes.

Una muestra de esta alternativa puede hallarse en el art. 279 del texto constitucional portugués de 1976, rotulado, precisamente, "De la inconstitucionalidad por omisión", el que decía: "Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable".¹²³

¹²³ Un sistema parecido ha adoptado Hungría, por vía legislativa, desarrollando el art. 32-A de la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad por omisión termina en una especie de invitación al órgano renuente para que dicte la norma del caso. La Constitución de Angola concluye también en algo similar, en su art. 156. Sobre el tema, conf. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J.: *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 302/303.

c) *La ruta del llamado de atención.* Después de la reforma constitucional de 1982, el nuevo artículo 283 de la Constitución de Portugal derivó la tarea del control de la constitucionalidad por omisión al Tribunal Constitucional. Éste actúa, en el tema que nos ocupa, a requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia (el *Ombudsman* local), en ciertos casos los Presidentes de las Asambleas regionales; y si constata el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas necesarias para tornar realizables a las normas constitucionales, "lo comunicará al órgano legislativo competente".¹²⁴

d) *La ruta de la intimación.* Está prevista por el art. 103, inciso 2º, de la Constitución del Brasil. Esta norma alude a una acción ante el Supremo Tribunal Federal, el que, si declara la inconstitucionalidad por omisión de una medida para tornar efectiva a una norma constitucional, dará conocimiento al órgano competente para la adopción de las providencias necesarias, y "tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días". Se ha observado, no obstante, que ante la falta de sanciones concretas ante el incumplimiento de tal intimación, la eficacia de dicho precepto puede ser muy relativa.¹²⁵

En sentido relativamente similar, la Constitución del Estado de Tlaxcala (México) contempla en su art. 81 acciones contra la omisión legislativa imputable al Congreso, al Gobernador y a los ayuntamientos o concejos municipales, por falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general que deben pronunciar según la Constitución nacional o la local. Si se verifica tal mora, "se concederá a la responsable un término que no exceda de tres meses para expedir la norma jurídica solicitada. El incumplimiento a esta sentencia, será motivo de responsabilidad". La Constitución del Estado mexicano de Chiapas contempla a su turno "acciones por omisión legislativa" cuando el Congreso local no resuelva una iniciativa de ley o de decreto, si ese silencio afecta el debido cumplimiento de la Constitución estadual, y concluye que la sentencia admisorio de la acción determinará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones del Congreso del Estado, "para que éste resuelva sobre la iniciativa de ley o decreto de que trate la omisión" (art. 110).

¹²⁴ Conf. MIRANDA, Jorge: "A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português", en AA.VV: *La inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 153 y ss.

¹²⁵ Véase sobre el tema FERNÁNDEZ SEGADO: ob. cit., pp. 30/32; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: ob. cit., pp. 285 y ss.

Con mayor ahínco, la nueva Constitución de Venezuela atribuye en su art. 336 inc. 7º competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para “declarar la inconstitucionalidad del Poder Legislativo municipal, estadual o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. Esta última determinación de contenidos legislativos puede no ser ortodoxamente compatible con la doctrina clásica de división de poderes, pero anticipa lo que veremos en el párrafo siguiente.

e) *La ruta de la cobertura.* En esta hipótesis, la Constitución admite que el órgano de control de la constitucionalidad supla de algún modo el vacío normativo existente, en orden a reparar el daño concreto que causa para alguien la omisión inconstitucional.

Así, el derecho brasileño, además de la citada acción de inconstitucionalidad por omisión, programa en el art. 5º, inc. LXXXI de la Constitución el *mandado de injução*, “siempre que la falta de norma reglamentaria torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía”. Esto lleva, como apunta Víctor Bazán, a que el referido *mandado* debe garantizar la satisfacción del derecho enervado por la inexistencia de la norma ausente,¹²⁶ operando como una acción constitutoria de derechos o de condena hacia el ente público accionado.

En sentido similar, pero todavía más claro, el art. 207, inc. 2º d) de la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina), determina que hay una acción que se tramita ante el Tribunal Superior de la Provincia, en los supuestos de incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios. La acción la puede interponer quien se sienta afectado en un derecho individual o colectivo. “El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión” (hasta aquí, opera como una suerte de intimación al órgano moroso). Pero la Constitución agrega que “En el

¹²⁶ BAZÁN, Víctor: “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en AA.VV.: *La inconstitucionalidad por omisión*, cit., pp. 71/72.

supuesto de incumplimiento (de la referida intimación), integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo..."¹²⁷

La Constitución del Estado de Veracruz (México) avanza igualmente al diseñar una acción jurisdiccional por omisión legislativa, cuando "se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución". El asunto es resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia, y el fallo determinará un plazo que comprenda dos períodos ordinarios de sesiones del Congreso, para que expida la norma faltante. "Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto" (art. 64). Ello implica una novedosa y específica actuación de la Sala Constitucional como Poder Legislativo suplente y precario (hasta tanto se pronuncie la Legislatura estadual).

f) *La ruta del resarcimiento.* Prevista como *ultima ratio*, de fracasar la intimación al cuerpo moroso, o ante la imposibilidad de que el juez pueda integrar el orden normativo faltante (piénsese en la hipótesis de que debe instrumentarse una repartición pública, con oficinas y empleados, cosa que el juez no podrá realizar), la Constitución de Río Negro admite en el ya citado artículo 207 que el Superior Tribunal, en la acción aludida, "determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite".

g) *La ruta de la compulsión constitucional.* En esta posición, la Constitución niega (al menos con relación a ciertos derechos) que haya cláusulas programáticas, entendiéndolas a las que proclaman a dichos derechos, como siempre operativas.

Por ejemplo, el art. 18 de la Constitución de Ecuador (actualizada a octubre de 1998), señala: "Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por ante y ante cualquier juez, tribunal o autoridad". La norma agrega en otro párrafo que "No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos

¹²⁷ SAGÜES, Néstor P.: "La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro", en AA.VV.: *La inconstitucionalidad por omisión*, cit., pp. 109 y ss.

hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos". A su vez, el art. 30 de la Constitución del Paraguay señala que "La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía".

En esta hipótesis el texto constitucional obliga a cualquier autoridad pública a cumplir con un derecho o garantía por más que el legislador no haya pronunciado las reglas instrumentativas de aquéllos. Tal misión podrá en muchos casos ser relativamente sencilla, pero en otros no. Indirectamente, la receta constitucional que tratamos conduce a que un juez o un funcionario, si se encuentra ante la laguna legislativa para instrumentar algún derecho, deba (si tal reglamentación instrumentativa fuese indispensable) cubrirla por sí, arrojándose de tal modo a la ruta que señalamos más arriba, bajo la letra e).

50. *La inconstitucionalidad por omisión ante el silencio constitucional. Aclaración preliminar*

¿Qué hacer si el texto constitucional (como ocurre con frecuencia) nada dispone sobre la inconstitucionalidad por omisión? Este interrogante obliga, nos parece, a distinguir distintos tipos de cláusulas programáticas que puede haber en una Constitución.

a) *Normas constitucionales programáticas de cumplimiento discrecional para el legislador.* Una fórmula de cláusula constitucional programática se presenta cuando el constituyente se limita a enunciar una meta o postulado, cuya ejecución deja en forma totalmente libre al arbitrio del legislador. En tal supuesto, la propia Constitución deposita en manos de ese legislador la opción de cumplimentar o no la norma constitucional programática, y la renuencia legislativa a actuar no importa en verdad transgresión de la Constitución ni "inconstitucionalidad por omisión".

Un ejemplo de ese tipo de norma programática puede hallarse en el art. 21, párr. 5º de la Constitución italiana: "La ley *podrá disponer*, por preceptos de carácter general, que se den a conocer los medios de financiación de la prensa periódica". En sentido similar, el art. 57 de la Constitución de Colombia puntualiza: "La ley *podrá establecer* los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas".

b) *Normas constitucionales programáticas de cumplimiento obligatorio para el legislador.* En este caso el constituyente no da al legislador ordinario la opción de efectivizar o no la cláusula programática, sino que explícitamente le asigna una tarea legislativa concreta (aunque para cumplimentar ese deber, el legislador ordinario pueda arbitrar distintas alternativas específicas de ejecución y reglamentación, con mayor o menor libertad de acción jurídica, según los casos).

Así, v. gr., el art. 4° de la Constitución de 1964 de la República Árabe Unida dispuso: "La nacionalidad de la RAU está determinada por la ley", mientras que el art. 75, inc. 12 de la Constitución argentina establece que corresponde al Congreso dictar leyes generales "sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina". En ambos casos la Constitución encomienda imperativamente al legislador elaborar leyes sobre nacionalidad: en el primero, sin pautas al respecto; en el otro, con un criterio constitucional definido (que principia por la adopción del principio del *ius soli*).

c) *Normas constitucionales programáticas intermedias.* De vez en cuando el constituyente dicta la norma programática como deber para el legislador, pero otorgándole una mayor flexibilidad en los tiempos y en el mecanismo de su regulación. Por ejemplo, el art. 64 de la Constitución de Colombia señala: "Es deber del Estado promover *el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa...*". De este precepto se colige que el Estado debe arbitrar algún dispositivo que lleve a los campesinos a ser propietarios, aunque el régimen del caso no tiene por qué programar de inmediato y para todos un derecho de dominio pleno ni total. El mismo puede instrumentarse de diversos modos, etapas y períodos, siempre que ellos fueren razonables y no desvirtuasen a la regla constitucional.

La inconstitucionalidad por omisión se presenta en la hipótesis b) que hemos señalado, y más moderadamente en la alternativa c).

Otro elemento importante en este tema es el factor *tiempo*. En algunas constituciones, el legislador tiene ya prefijado un lapso en el que deberá dictar la norma de desarrollo constitucional. Así, el artículo transitorio 55 de la Constitución de Colombia de 1991, determinó que dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución, el Congreso debía expedir la ley que regulase el derecho de

propiedad colectiva reconocida a las comunidades negras, ocupantes de tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico. En tal caso, la mora legislativa recién comienza a partir del vencimiento de tal término. En otras hipótesis, el constituyente ha dejado al legislador ordinario un margen cronológico de apreciación bastante amplio para instrumentar una regla constitucional programática (v. gr., el art. 118 de la Constitución argentina habla del juicio criminal ordinario a tramitar por medio de jurados, "luego que se establezca en la República esta institución"). En las restantes, cuando la Constitución nada dice sobre el plazo en que tiene que expedirse, el Parlamento para sancionar la ley regulatoria de la norma constitucional programática, cabe pensar en un *término prudencial*, a determinar según las circunstancias del país de que se trate, atendiendo sus particularidades, demanda social, posibilidades y contingencias, a fin de determinar cuándo hay mora culpable del legislador común. Volveremos sobre este tema más adelante.

51. *Doctrina de la inacción judicial*

Frente a un caso concreto de inconstitucionalidad por omisión legislativa, y ante la ausencia de normas constitucionales para repararlo, una primera posibilidad es la de calificar el conflicto como irreparable por la judicatura.

El argumento tradicional parte del supuesto de que la inconstitucionalidad por omisión es una cuestión política no justiciable. Vale decir, que si el Poder Legislativo es remiso en dictar la norma reguladora de una cláusula constitucional programática, su responsabilidad sería "política" y no "jurídica". Más todavía: el "juez" de la mora legislativa sería el propio poder legislador, en el sentido de que la Constitución habría depositado en él -y exclusivamente en él- evaluar cuándo tendría que cumplir con la obligación constitucional de sancionar a la ley reglamentaria de la cláusula programática. Si el Poder Judicial entrase en tal cuestión, realizaría una suerte de invasión de competencias, que sería más grave todavía si los jueces cubriesen de algún modo el vacío legislativo para tornar operativa a la norma constitucional programática. En otras palabras, se arrogarían competencias del Parlamento, o en su

caso del Poder Ejecutivo, si la inercia en la producción de normas generales fuera de este último (v. gr., si no reglamenta a una ley).¹²⁸

Recientemente se ha sumado otra observación, en el sentido de que muchas cláusulas constitucionales programáticas (en particular con referencia a derechos de "tercera generación", producto de la última etapa constitucional), pese a estar enunciadas por el Estado, no impondrían necesariamente a éste el deber de cumplir por sí mismo con los beneficios que esas normas prevén. Conforme al principio de subsidiariedad, la atención de esas obligaciones tendría que estar primero a cargo de individuos o sociedades intermedias, y sólo más tarde por el Estado, aunque éste sí debería coordinar, controlar, estimular, etc. la satisfacción de tales derechos.¹²⁹

En este punto, cabe aclarar que algunas veces es el Estado el que asume (sin preverse delegaciones) la satisfacción de algunas cláusulas constitucionales programáticas. Por ejemplo, el art. 8 de la Constitución de la República Dominicana indica: "El Estado... dará asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes, por sus escasos recursos económicos, así lo requieran". En tal supuesto, es evidente que el deudor específico del derecho a satisfacer, es el mismo Estado.

En otras hipótesis, es cierto que el Estado a través de su Constitución reconoce a los habitantes un derecho, en la cláusula programática, sin especificar quién debe en concreto prestarlo. Por ejemplo, el art. 14 bis de la Constitución argentina estatuye que las leyes deben asegurar a los trabajadores "protección contra el despido arbitrario", lo que no implica que sea el Estado quien tenga que pagar las indemnizaciones derivadas de un despido injustificado, sino, por ejemplo, el empleador del caso. Pero el Estado sí tiene al respecto un deber específico: dictar las normas que regulen la mentada protección contra los despidos injustificados. Si no lo hace, hay inconstitucionalidad por omisión. Aún con la versión más exigente de aplicación del principio de subsidiariedad, la tarea de regular legalmente el tema, disponer los montos y formas de pago de la indemnización pertinente, vigilar su cumplimiento, establecer las sanciones ante las infracciones que hubiere, etc., es una

¹²⁸ En tal sentido, reputando que la mora del Poder Ejecutivo en actualizar por decreto los índices remuneratorios de docentes, según una previsión legal, no podía ser salvada por los jueces, conf. CSJN, *Fallos*, 256: 387, y *LL*, 130-216.

¹²⁹ PADILLA, Miguel: "La operatividad de cláusulas constitucionales provinciales", *LL*, 1999-F-1099.

tarea que el Estado no debe soslayar, y que si así no lo hace, incurre en inconstitucionalidad por omisión.

Dicho de otro modo: la inconstitucionalidad por omisión puede derivar no sólo de la no prestación de una satisfacción reconocida por un derecho constitucional incluido en una cláusula programática (lo que importaría, más bien, inconstitucionalidad por negación), sino -y básicamente- de la renuencia del Estado en dictar la norma reguladora e instrumentadora de tal derecho.

52. *Doctrina del control judicial*

En las últimas décadas una importante franja de la doctrina y de la jurisprudencia ha bregado por la revisión judicial de la inconstitucionalidad por omisión del Congreso o de la Presidencia.

Detrás de ese cambio se plantea, por supuesto, la judicialización de un tema otrora no justiciable. Sobre el punto corresponde recordar que el perímetro de las *political questions*, o cuestiones no justiciables, no está por lo común delimitado por el texto constitucional, sino que es producto de las propias autolimitaciones fijadas por el Poder Judicial (*self restraint*), cuyo contenido varía según el tiempo. Un cambio en la conciencia jurídica de un país puede restringir significativamente el área de las cuestiones no justiciables, como ha ocurrido en la inconstitucionalidad por omisión. Desde luego, a esa mutación ha contribuido también el derecho comparado, a través de las reglas constitucionales que tratan el tema, y que estimulan su recepción por obra creativa de los autores y jueces, en los países que carecen de tales normas constitucionales específicas.

La argumentación admisoría¹³⁰ sigue los siguientes pasos:

- a) La Constitución es norma jurídica obligatoria para todos, comenzando por el Poder Judicial.

¹³⁰ Un trabajo vital en este tema es el de BIDART CAMPOS, Germán J.: “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, *ED*, 78-785. Véase también SPOTA, Alberto A.: *Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas*, La Plata, 1983, p. 179. La propuesta del resarcimiento final por el Estado, si no es factible que los jueces cubran el vacío lagunoso, la formulamos en nuestro estudio “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, *ED*, 124-950. Conf. asimismo BAZÁN: ob. cit., SAGÜÉS, María S., ob. cit., p. 33.

- b) Si el Congreso no dicta en un plazo razonable (o, de haber tal término en la Constitución, vencido éste) la ley reglamentaria de una cláusula constitucional programática (de cumplimiento no discrecional, sino imperativa, para el legislador), esa omisión viola a la Constitución. Es, pues, un silencio inconstitucional, que infringe un mandato constitucional específico de legislar. Lo mismo ocurre si el Poder Ejecutivo, v. gr., no dicta el decreto reglamentario de una ley.
- c) La vigencia de la Constitución no puede quedar a merced de la voluntad del Poder Legislativo, ya que aquélla es suprema. Por tanto, el sistema judicial debe dar una respuesta satisfactoria ante el sujeto lesionado en un derecho constitucional suyo, por la mora normativa inconstitucional que le impide disfrutar de tal derecho.
- d) Tal respuesta principia con la declaración judicial de inconstitucionalidad de la mora del caso. Pero ello puede no satisfacer el agravio del sujeto dañado por la omisión. El interés de éste es probable que exija más, en orden a lograr el cumplimiento de la cláusula constitucional que lo favorece. Al *no hacer* lesivo de la Constitución cabe contraponer un exigible *hacer* para que la Constitución se cumpla.
- e) Por ende, el paso siguiente a la declaración de la inconstitucionalidad por omisión es la *intimación judicial* al órgano renuente, para que llene el vacío normativo que constitucionalmente debe cubrir.
- f) De desoirse la intimación, el cumplimiento de la Constitución demanda que el Poder Judicial otorgue al perjudicado por la mora el beneficio que la Constitución le otorga, y que el legislador, por su silencio, le está negando, siempre que ello sea factible por los jueces.¹³¹ Esto importa cubrir el vacío lagunoso, para el caso concreto, por obra judicial.

¹³¹ Por ejemplo, si una Constitución concede a los habitantes los beneficios de la seguridad social, o la protección contra la enfermedad, resulta materialmente imposible que, de haber inconstitucionalidad por omisión, un juez programe los organismos destinados a atender a quien sufra una dolencia o siniestro que esté captado por la regla constitucional pertinente. Pero en tal hipótesis, como se aclara de inmediato en el texto, el interesado sería acreedor a un resarcimiento por los perjuicios causados por la omisión legislativa.

- g) Pero si tal cobertura es imposible para la judicatura, resulta obligado fijarle una indemnización al afectado por la omisión inconstitucional, a fin de resarcirlo del perjuicio que ésta le ha causado. El derecho a la reparación por actos lesivos del Estado puede tener base constitucional expresa, aunque de todos modos es un derecho que se infiere de otras reglas constitucionales, como la tutela de la propiedad, o en su caso, se perfila como derecho no enumerado.¹³²

En el desarrollo del instituto que comentamos, un paso decisivo fue la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, del 29 de enero de 1969, donde se discutió la efectivización del art. 6° inc. 5° de la Ley Fundamental de Bonn, que dispuso lo siguiente: "Para los hijos ilegítimos, la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos legítimos".

El Tribunal Constitucional entendió que el Poder Legislativo viola la Constitución tanto si promulga leyes que no estén de acuerdo con ella, como "si no cumple con el mandato de la misma dentro de un término prudente". El Tribunal pensó que veinte años constituían un plazo que no podría atrasarse más para el cumplimiento de la cláusula constitucional, porque ésta significaba "un mandato al legislador", vale decir, un *encargo constitucional* "cuyo cumplimiento no es cuestión de si es de su agrado o no".

Configurada una situación de tal clase, el Tribunal Constitucional aseveró que se hacía necesaria por parte de la judicatura la realización de la voluntad constitucional "en lo que es posible llevarla a cabo prescindiendo del legislador", y siempre que la norma constitucional "involucre un contenido legal suficientemente positivo y claro para que actúe como cláusula general directa sin que peligre insoportablemente la seguridad legal".¹³³

¹³² En la Argentina, el derecho a la reparación a los daños sufridos ha logrado que la Corte Suprema de Justicia le confiera rango constitucional desprendiéndolo del postulado del Preámbulo de la Constitución de "afianzar la justicia", o en base al art. 19, que declara indirectamente inconstitucionales los comportamientos que perjudican a un tercero, o en el art. 17, que defiende la propiedad. En la causa "PPF c/Ferrocarriles Argentinos" (LL, 1995-E-17), la Corte dedujo del derecho constitucional a la reparación, el principio de la reparación integral. Algunos autores han fundado el derecho constitucional a la reparación dentro del marco de los derechos no enumerados (art. 33 de la Constitución) que emanan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Véase PUCCINELLI, Oscar R.: "¿Derecho constitucional a la reparación?", en *ED*, 167-969.

¹³³ Conf. PINA, Rolando E.: ob. cit., pp. 72 a 108.

En definitiva, según este fallo, los tres requisitos básicos para tornar judicialmente operativo el control de inconstitucionalidad por omisión estriban en lo siguiente: directriz constitucional clara, vencimiento de un plazo razonable para que el legislador haya actuado, y posibilidad para la judicatura de realizar el mensaje constitucional *omissio medio*, vale decir, sin necesidad de la actuación de dicho legislador.

Cabe destacar que en muchos casos los tribunales han hecho funcionar el control judicial en la inconstitucionalidad por omisión sin previamente verificar la intimación al órgano renuente en legislar, para que efectivamente legisle,¹³⁴ y que otras veces lo han hecho recurriendo al derecho internacional.¹³⁵ Como estas soluciones surgen del derecho espontáneo y repentino, que algunas veces se transforma después en derecho consuetudinario, no hay, desde luego, reglas formales que disciplinen el asunto, salvo que el constituyente (o en su caso, el legislador ordinario) regule explícitamente el tema procedimental relativo a la mora normativa.

Interesa apuntar que también en España algunos casos (como el objeción de conciencia y televisión por cable) permitieron al Tribunal Constitucional aceptar aspectos básicos de la figura que tratamos. Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J.: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión", en AA.VV.: *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., pp. 136 y ss.

¹³⁴ Por ejemplo, en el caso "Bonorino Perú" la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso en Argentina actualizar las remuneraciones de magistrados judiciales que estaban devaluadas a raíz del proceso de inflación, y por ende no ajustadas por el Estado a valores reales, tornando operativo el entonces art. 96 de la Constitución Nacional, norma que indicaba que tales compensaciones no podían disminuirse por razón alguna (*JA*, 1986-I-95); y en la causa "Ekmekdjian c/Sofóvich" (*LL*, 1992-C, 543), tornó igualmente operativo el derecho de réplica, pese a que no se había dictado la ley que lo regulara prevista por el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica (hoy con rango constitucional en tal país, según el art. 75, inc. 22 de la Constitución, reformada en 1994).

¹³⁵ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República Dominicana, que en la causa "Productos Avón S.A." (1999), cubrió el vacío constitucional y legal doméstico de no instrumentar la acción de amparo, haciendo uso del instituto previsto por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, también llamado "amparo interamericano". Véase *Judicium et Vitae*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, Costa Rica, diciembre 2000), t. I p. 329, con nota de BREWER CARIAS, Allan: "La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de regulación constitucional o legal, en la República Dominicana".

53. *Los riesgos de la revisión judicial*

El primer temor que provoca un acierto activismo judicial en la materia, es la invasión de roles legislativos por el Poder Judicial. En los sistemas donde la sentencia se aplica al caso concreto, ese recelo es desde luego infundado, dado que la sentencia solamente sería una "norma individual". Si el fallo del tribunal constitucional posee efectos *erga omnes*, cabe reconocer, como sagazmente anticipaba Alberto A. Spota, que esa Corte se convierte en el órgano sucedáneo o suplente de creación de la norma instrumentadora del artículo constitucional programático.¹³⁶

Lo que ocurre es que tal desempeño de legislador "suplente" lo es hasta tanto el legislador constitucional no se decida a sancionar la ley pertinente, es decir, que se perfila más bien como un "legislador transitorio". Muy probablemente, el fallo del tribunal constitucional con resultados *erga omnes* estimulará la actividad legislativa ordinaria, en particular si la sentencia no logra consenso.

El riesgo del Poder Judicial-Legislador que comentamos es cierto (en la hipótesis que tratamos, de sentencias con efectos expansivos), y plantea el dilema de evitar ese peligro, negándole al perjudicado por la mora el derecho que la Constitución le otorga pero que el silencio legislativo aborta, o en cambio hacer operar a la Constitución -tornando operativo al derecho del caso- reconociendo al tribunal el carácter de legislador suplente y precario. Parece que la última alternativa es la preferible, en orden a robustecer el cumplimiento constitucional.

En los países con control judicial difuso de constitucionalidad, cuyas sentencias no tienen -como regla- resultados *erga omnes*, al estilo de la Argentina o de los Estados Unidos, el juez de la causa no se desempeñará en verdad como legislador suplente, sino como aplicador (en el caso concreto que decide) de la Constitución ante la mora legislativa. No va a dictar una norma general en reemplazo de la que debería haber sancionado el Congreso. El riesgo que aquí se corre es que jueces diferentes cubran para casos específicos, pero similares, la inconstitucionalidad por omisión de modo diverso, con lo cual podrían darse respuestas jurídicas incoherentes. Sin embargo, esa incoherencia no

¹³⁶ SPOTA, Alberto A.: ob. y loc. cit. Véase sobre este tema en el derecho alemán y las críticas de Schlaich y Beguin a los roles legislativos del órgano judicial controlador de la inconstitucionalidad por omisión, ROJAS, Magda I.: "Control de constitucionalidad por omisión", en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 2, San José de Costa Rica, 1991, pp. 27 y 15.

es total, ya que a menudo, por diversos recursos, es posible elevar a la Corte Suprema de Justicia tales actuaciones, desempeñando ella entonces una suerte de casación constitucional¹³⁷ que podría disipar el defecto que tratamos.

De todos modos, si quedasen firmes en las instancias inferiores tales respuestas jurídicas no coherentes, siempre es mejor que se haya dado a los afectados alguna respuesta a sus agravios por la inconstitucionalidad por omisión del Estado, en vez de no darles respuesta alguna, so pretexto de tratarse de cuestiones no justiciables. Finalmente, nada impide que el Poder Legislativo termine prontamente (como debería hacerlo) con tal eventual mosaico de sentencias reparadoras de la inconstitucionalidad por omisión terminando con ésta, al sancionar de una vez por todas a la norma reguladora faltante.

54. *Conclusión*

La inconstitucionalidad por omisión es un tema apasionante, tal vez el de mayor interés al finalizar el siglo XX. Es una especie de asignatura pendiente del derecho constitucional, que lo ha tratado expresamente, desde el ángulo normativo, en pocas constituciones, aunque paulatinamente el número de las primeras se ha incrementado.

En el desarrollo de esta figura entran en juego cuestiones vitales, como la responsabilidad del constituyente al enunciar derechos; la responsabilidad del legislador, de instrumentar las normas reglamentarias de los derechos constitucionales; el rol del Poder Judicial, y sus poderes expresos y tácitos para hacer cumplir la Constitución. Por último, se debate en ella la cuestión, profunda y grave, de la vigencia misma de la Constitución.

Probablemente la solución futura del problema principie por un cambio de mentalidad en los constituyentes, en el sentido de prometer únicamente lo sensatamente cumplible, abandonando los vicios del utopismo, del gatopardismo o del plagio constitucionales. El segundo cambio de mentalidad compete al legislador: debe sancionar las leyes necesarias para motorizar a la Constitución; y si no lo hace, cabe dejar

¹³⁷ Por ejemplo, sobre el papel del recurso extraordinario argentino como instrumento de casación constitucional, véase nuestro *Derecho Procesal Constitucional*. t. 1, Recurso Extraordinario, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 319.

bien en claro que incurre en un comportamiento omisivo inconstitucional. El tercer cambio toca al Poder Judicial: le toca advertir que debe reparar de algún modo las infracciones omisivas a la Constitución, dando la satisfacción pertinente a los daños causados por tal silencio. Esto obliga a judicializar aspectos que antes eran no justiciables, y a adoptar poses creativas a la vez que cautas, no por mera conveniencia o activismo, sino para tornar efectivo el mandato constitucional.

En base a esta última idea, la Corte Suprema de los Estados Unidos creó pretorianamente el control judicial de constitucionalidad. El mismo argumento puede extender tal revisión a los supuestos de inconstitucionalidad por omisión en la generación de normas generales, sin perjuicio de que el constituyente incorpore a la carta constitucional mecanismos procesales y de fondo precisos y explícitos para enfrentarla.¹³⁸

¹³⁸ En el sentido de proponer la regulación constitucional de la omisión legisferante, conf. SAGÜÉS, María S.: ob. cit., p. 48.

Capítulo X

UN CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA*

55. *Introducción*

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en los autos "Felicetti, Roberto y otros s/revisión" (anexo al también llamado caso de "La Tablada"),¹³⁹ aborda temas de notoria gravedad institucional.

Desde luego, la dimensión política del tema en discusión puede distorsionar un enfoque jurídico más calmo y objetivo. El caso alude a diversos sujetos condenados en un tribunal de instancia única, con motivo del ataque al cuartel militar situado en La Tablada, provincia de Buenos Aires, que provocó diversas víctimas, varias de ellas fatales. El hecho se perpetró existiendo un régimen constitucional democráticamente electo. No existen -siquiera remotamente- razones que pudiesen haber explicado el ejercicio del derecho de resistencia a la opresión en su contra, y menos por la vía sangrienta con que se actuó.

El veredicto condenatorio fue pronunciado en instancia única por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, provincia de Buenos Aires, el 5 de octubre de 1989. Se aplicó entonces la llamada "Ley de Defensa de la Democracia", 23.077. Pero regía ya en el país el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23.054, del año 1984. Dicho Pacto reconoce a todo condenado el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" (art. 8, inc. 2-h), lo que importa asegurar una

* Publicado en *JA*, 2001-III-1284.

¹³⁹ El caso "Felicetti" se encuentra en CSJN, *Fallos*, 323: 4130.

instancia plural para los convictos. Paradojalmente, mediaba pues una contradicción procesal entre la ley tutora de la democracia, y una convención sobre derechos humanos, ambas con vigencia en la República.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que como se sabe, es un órgano de la jurisdicción supranacional con roles fundamentalmente instructorios, y previos a la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), prevista específicamente por el Pacto de San José de Costa Rica, emitió dos "recomendaciones", la primera de ellas en el informe 55/97, y la segunda mucho más recientemente, el 11 de diciembre de 2000, reclamando la aplicación del aludido art. 8, inc. 2-h del Pacto.

La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín abrió en el año 2000 creativamente (realizando una suerte de interpretación mutativa por adición)¹⁴⁰ y en favor de los condenados, el recurso de revisión previsto por el art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación, que se tramita ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Ésta lo rechazó, sustancialmente por no hallarse legalmente previsto tal recurso para impugnar aquel veredicto condenatorio, ni existir esa Cámara de Casación, cuando se dictó la única sentencia condenatoria.

Los inculpados no articularon recurso extraordinario contra la resolución denegatoria de la Cámara Nacional de Casación Penal, pero sí lo hizo el Poder Ejecutivo, a través de la Procuración General del Tesoro, argumentando el interés propio del Jefe de Estado de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por la República (art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional), así como para evitar posibles sanciones contra el Estado en base al principio de responsabilidad internacional, por el incumplimiento de los deberes que consagra el referido Pacto de San José (su art. 2º impone a cada Estado "adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades que enuncia el Pacto").

La mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Felicetti", negó legitimación al Procurador del Tesoro para articular el recurso extraordinario, y entendió también, sobre el fondo del asunto,

¹⁴⁰ Sobre la interpretación mutativa por adición, que dejando intacto el texto de la norma, le agrega sin embargo contenidos a su mensaje original, nos remitimos a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 51 y ss.

que los inculpados no tenían en el caso el derecho de recurrir su condena ante un tribunal penal, mediante el referido recurso de revisión.

El asunto presenta varias y muy significativas aristas.

56. *La legitimación de la Procuración del Tesoro*

El problema es novedoso. Bueno es aclarar que la actuación del Poder Ejecutivo no fue para requerir la absolución o la condena de los inculpados, ni para plantear un reclamo patrimonial, sino en virtud de un interés singular y concreto, en su carácter constitucional de gestor de las relaciones internacionales y consecuente interlocutor ante los demás estados y organismos supranacionales. En particular, argumentó la necesidad de evitar sanciones para la República derivadas del eventual incumplimiento de sus obligaciones de derecho internacional (en el sentido de no haberse instrumentado el derecho de apelar de la sentencia condenatoria).

En definitiva, la comparecencia del Presidente en este proceso penal asumió aquí características nada comunes, pero esa insólita originalidad no le priva de sustento jurídico. Parece perfectamente razonable, en efecto, reconocer al Presidente interés más que suficiente para requerir en un proceso que se cumpla con un tratado internacional sobre derechos humanos, siendo el titular del Poder Ejecutivo quien representa al Estado en cuestión, y con quien deberá entenderse posteriormente las secuelas del incumplimiento de tal Tratado.

Más todavía: de no existir en la legislación infraconstitucional normas que instrumenten o reglamenten tal actuación, ese vacío no debería impedir que el Poder Ejecutivo demande ante los tribunales la ejecución de un tratado. Bastan, al respecto, las prescripciones genéricas del art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional, y los principios de derecho internacional (en particular, del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*) que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para conferirle tal legitimación. En todo caso, si la normatividad subconstitucional silencia disciplinar ese comportamiento específico y puntual del Poder Ejecutivo, la laguna del caso debería

cubrirse mediante los procedimientos habituales de integración de tal vacío legal.¹⁴¹

Resta observar que el voto mayoritario de la Corte Suprema consigna que el interés manejado por el Poder Ejecutivo fue en la especie meramente futuro o conjetural, ya que todavía no se aplicaron sanciones a la República por no cumplir con el citado principio de la instancia penal plural. No obstante, la existencia de dos recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alerta que el problema no es remoto ni puramente hipotético, y que media un serio riesgo de responsabilizar al Estado por su incumplimiento con el Pacto. Al menos, un interés suficiente para plantear ante un órgano judicial su pretensión.

Por lo demás, si existe una actitud aperturista en nuestra jurisprudencia para ampliar el concepto de "afectado" en las acciones de amparo, o de ampliación legitimatoria activa en la custodia de los derechos de incidencia colectiva, o de no exigencia de inscripciones especiales en materia de las asociaciones habilitadas para interponer también amparos,¹⁴² todo ello dentro del marco del art. 43 de la Constitución Nacional, parecida indulgencia tendría que seguirse cuando en materia de derechos humanos el Poder Ejecutivo intenta judicialmente que se efectivicen medidas tendientes a cumplir con tales instrumentos, en aras de preservar la responsabilidad de la República ante posibles infracciones a ellos.

Cabría preguntarse, por último, si para la tutela del cumplimiento de las obligaciones internacionales no es suficiente la actuación del Ministerio Público. A este órgano extrapoder le compete, por cierto, "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad..." (art. 120 de la Constitución Nacional), con lo que, aparentemente, estaría satisfecho, con su actuación, el cumplimiento de los tratados internacionales, que forman parte, y de manera prominente, de la

¹⁴¹ Las reglas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide* están enunciadas, por ejemplo, en los arts. 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para la Argentina ley 19.865. Sobre los distintos métodos de integración normativa, ante vacíos lagunosos, nos remitimos también a nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 161 y ss.

¹⁴² Véase por ejemplo TORICELLI, Maximiliano: "Los alcances del art. 43, párr. 2º. La consolidación de la buena doctrina", *LL.*, Suplemento de derecho constitucional, 12/3/2001, pp. 12 y ss.

En el sentido que en el caso bajo examen el Poder Ejecutivo tenía un interés con entidad bastante para plantear el recurso extraordinario, véase MORELLO, Augusto M.: "El caso 'Regimiento La Tablada': la Corte Suprema y las garantías jurisdiccionales", *JA*, 2001-I-505.

"legalidad". No obstante, atento la condición de obligado interlocutor y gestor internacional que toca al Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional), no parece sensato impedir a éste que comparezca en juicio y, con el objetivo reseñado, participe en él. En el caso de "La Tablada", el Ministerio Público y el Presidente de la Nación han diferido acerca de cómo debe cumplirse con el Pacto de San José de Costa Rica.

57. *Consecuencias (en general y para el caso concreto)*

De admitirse la legitimación procesal que comentamos, se infieren algunos efectos por cierto importantes.

Uno de ellos sería que en todo proceso judicial donde pudiera estar comprometida la responsabilidad internacional de la República, habría que dar oportunamente intervención a la Procuración del Tesoro, para que ésta (si lo entendiese necesario) compareciese en tiempo y en forma.

Un tema paralelo y preocupante es el de la jurisdicción federal en la materia. De concederse esta legitimación a la Procuración del Tesoro, en principio todos aquellos procesos donde pudiere generarse responsabilidad internacional para el Estado argentino, podrían ir a los tribunales federales (en el caso de "La Tablada" tal cuestión estaba resuelta; por llevarse el expediente ante tribunales federales; pero cabe alertar que también puede existir responsabilidad internacional de la República en procesos tramitados en sede provincial).

En definitiva, se corre el riesgo de "federalizar" una multitud de procesos. Ello puede ser el costo jurídico obligado a pagar en épocas en las que las nociones clásicas pierden vigor ante el surgimiento de nuevas perspectivas, como la referida responsabilidad internacional del Estado federal, si se infringen aquí derechos humanos.¹⁴³

Otra interrogante significativa estriba en lo siguiente: ¿está habilitado el Presidente de la Nación para abrir una instancia procesal penal, si los afectados por la condena no han impulsado idóneamente el procedimiento, y han consentido la denegación del eventual recurso que

¹⁴³ Una posible vía de atenuación de la federalización de causas, sería tal vez entender que si la actuación del Poder Ejecutivo en tutela del cumplimiento de las obligaciones internacionales de la República es *ratione personae*, ella podría entenderse como prorrogable. En cambio, si se juzga que es *ratione materiae*, la prórroga concluiría prácticamente inaceptable.

se tramitaría en dicha instancia? Ésta es, tal vez, la argumentación más fuerte del voto mayoritario (véase consid. 14).

Los inculpados, en efecto, ante el rechazo por la Cámara Nacional de Casación Penal del recurso de revisión concedido por la Cámara Federal de San Martín, no interpusieron el recurso extraordinario federal, con lo que habría quedado para ellos firme tal denegación. En el supuesto de que se reconociese legitimación al Poder Ejecutivo para abrir la instancia de revisión, y su actuación fuese (siempre por vía de hipótesis) exitosa, ¿podrían los detenidos presentar válidamente, después, este último recurso?

La respuesta tendería en principio a ser negativa: si dejaron vencer los plazos de ley para impugnar por medio del recurso extraordinario federal la resolución denegatoria del recurso de revisión, habría mediado preclusión de su derecho, y la posterior apertura del recurso de revisión, merced a una gestión del Poder Ejecutivo, no podría purgar su anterior negligencia impugnatoria.

Marginalmente podría añadirse que si no agotaron los recursos del derecho interno (v. gr., el extraordinario federal del art. 14 de la ley 48), tampoco podrían quejarse más tarde ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 46, inc. 1-a del Pacto de San José de Costa Rica).

Sin embargo, cabe también pensar -siempre en un terreno harto opinable, y reiteramos que por vía de hipótesis- que si a través de la gestión de una parte *sui generis* (la Procuración del Tesoro), distinta a los inculpados, se hubiese abierto por la Corte Suprema una etapa recursiva denegada por la Cámara Nacional de Casación en lo Penal, tal apertura debería beneficiar necesariamente a los condenados que intentaron antes, infructuosamente, recorrer ese camino, todo ello por una suerte de efecto extensivo de la sentencia que se habría dictado en el recurso extraordinario.¹⁴⁴ Juegan aquí -además- algunas consideraciones paralelas, como tal vez el principio *in dubio pro recurso*, o el argumento del absurdo: ¿qué sentido tendría reconocer (debido a la postulación del Poder Ejecutivo, y si ella hubiese tenido buen suceso) que es viable el recurso de revisión, si luego a los convictos no se les permite utilizarlo?

El tema, conforme lo señalado, es por cierto difícil.

¹⁴⁴ Algunas veces, en efecto, lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un recurso extraordinario federal, a instancias de una parte, beneficia aún a quienes no impugnaron mediante tal vía al fallo corregido por la Corte. Conf. SAGÜES: *Derecho Procesal Constitucional*. t. 2, Recurso Extraordinario, cit., p. 562.

58. *El vigor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

Este asunto despierta dos discusiones. Una, sobre el tenor concreto de las recomendaciones vertidas en ocasión del espinoso tema de "La Tablada". Otro, respecto del valor intrínseco de ellas, en general.

Respecto a lo primero, en el fallo que anotamos el voto mayoritario advierte que en autos, inicialmente la Comisión Interamericana no pidió específicamente que se habilitara una segunda instancia para el caso bajo examen, sino que lo hizo como una opinión de futuro, "en lo sucesivo".¹⁴⁵ No obstante, la reiteración de la nota original por parte de la Comisión Interamericana, del 11 de diciembre de 2000, alerta que no se trata (más allá del tenor literal empleado) de un mero consejo para el porvenir, sino de una postulación actual e inmediata. Como bien señala el consid. 13 del voto del Juez Bossert, la reiteración contenida en la nota del 11 de diciembre de 2000, con expresa referencia a los condenados en el proceso de La Tablada, avala incuestionablemente el sentido de formular una pretensión puntual y actual para la causa bajo estudio.

El otro frente de debate refiere a si los jueces argentinos deben cumplir inexorablemente con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El voto mayoritario insiste en que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía a los jueces locales para la interpretación de los tratados de derechos humanos (considerando 6º), y que el Estado tiene, según el principio de buena fe, que realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana. Sin embargo, añade que ello no importa un reexamen de las resoluciones judiciales equiparable al recurso de revisión, ya que ello afectaría la estabilidad de las decisiones judiciales, e indirectamente, un atentado contra la cosa juzgada, que tiene raigambre constitucional.

¹⁴⁵ Con agudeza, Germán J. Bidart Campos: ("La exigencia constitucional e internacional de la alzada en el proceso penal", *LL*, Suplemento de Derecho Constitucional del 12/3/2001, p. 33) advierte que la expresión "en lo sucesivo" que emplea la Comisión Interamericana, bien puede interpretarse en el sentido, por ejemplo, "de aquí en más", con lo que cubre el caso de "La Tablada".

El tema ya lo hemos abordado con anterioridad.¹⁴⁶ La doctrina del "seguimiento nacional" -así la hemos rotulado- es muy positiva cuando por razones de practicidad y de seguridad jurídicas, sumadas a un apreciable acto de humildad jurídica, aconseja que los jueces argentinos interpreten los derechos humanos conforme a los lineamientos de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.¹⁴⁷ Volveremos sobre el asunto en el párrafo 114.

Sin embargo, el grado de seguimiento no es necesariamente el mismo: una cosa es una sentencia de la Corte Interamericana, que es un tribunal que decide en última instancia sobre el Pacto de San José de Costa Rica, y otra una recomendación de la Comisión, que de no ser compartida por el Estado nacional, podría más tarde (de persistir la litis) ser a su vez compartida o no por la Corte Interamericana. De todos modos, naturalmente, el Estado local no puede ignorar los veredictos de la Comisión Interamericana, que como regla, tendrían que seguirse por los tribunales domésticos (incluyendo la Corte Suprema), bien que con posibilidades de apartamiento fundado.

59. *Los límites del seguimiento*

Es necesario distinguir, parece, dos situaciones distintas. Una, cuando en un caso concreto se ha expedido la Corte Interamericana mediante una sentencia suya, o la Comisión Interamericana por vía de "recomendación". Otra, el valor de seguimiento de ambos pronunciamientos para casos distintos a los que motivaron su intervención.

a) *Caso concreto*. Existe el serio y vital interrogante, claro está, de hasta dónde una sentencia de la Corte Interamericana, o una recomendación de la Comisión Interamericana, pueden acatarse. ¿Qué pasa si para el derecho argentino hay sentencia local firme, por ejemplo, y

¹⁴⁶ SAGÜES, Néstor P.: "Nuevamente sobre el valor, por los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos", *JA*, 1999-II-364.

¹⁴⁷ Sobre la doctrina del seguimiento nacional, nos remitimos a nuestro estudio "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional", anticipo de *Anales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año XLII, segunda época, n° 36, Buenos Aires, 1988, p. 17.

la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana reclaman su posible revisión?

Si se trata de la Corte Interamericana, su fallo "será definitivo e inapelable" (art. 67 del Pacto de San José de Costa Rica). Por tanto, habrá que *obedecerlo*, y como hemos sugerido en más de una oportunidad, cabe concluir que dentro del esquema del referido Pacto, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina ya no tienen vigor de cosa juzgada material, sino formal, en el sentido que pueden ser invalidadas en un expediente concreto por la Corte Interamericana. En esas áreas del Pacto, nuestra Corte Suprema no es ya, en verdad, "suprema". Aceptar esa realidad puede no gustar a muchos, ni siempre será fácil de asumir, pero es uno de los costos jurídico-políticos que cabe afrontar en un proceso de integración regional intenso.

Axiológicamente el asunto se legitima por la idea de prevalencia del bien común regional sobre el bien común nacional, otro criterio que tampoco es fácil de digerir para quienes (casi todos) han sido criados en la añeja tesis del bien común nacional como valor supremo, pero de cualquier manera tendrán que actualizar y replantear su escala dikelógica.¹⁴⁸

Con esto cabe concluir que si la Corte Interamericana entendiese que el derecho doméstico no ha respondido procesalmente a una garantía exigida por el Pacto de San José de Costa Rica, y que no ha garantizado las instancias que éste impone, pues habría que habilitar alguna, por más que según la jurisprudencia de la Corte Suprema local, ello fuese inconveniente, e incluso inconstitucional.

Ahora bien: si la misma tesis fuere sostenida por una recomendación de la Comisión Interamericana (que no es un tribunal que emita fallos con vigor de cosa juzgada), el apartamiento fundado de su postulación podría ser factible por los jueces argentinos, aunque la regla es que sigan el parecer de la Comisión.¹⁴⁹ De ahí que aunque hubiese una

¹⁴⁸ Con relación a la noción de bien común universal, conf. DABIN, Jean: *Doctrina general del Estado*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, Jus, México, 1946, pp. 471 y ss. Sobre las relaciones entre el bien común nacional y el internacional, hemos desarrollado el asunto en nuestra tesis doctoral, *Integración y desintegración del concepto de soberanía* (Madrid, 1966), Universidad Complutense, pp. 214 y ss.

¹⁴⁹ Conviene tener presente que para un calificado sector de la doctrina, las recomendaciones de la Comisión Interamericana tienen efecto vinculante para los Estados: conf. BIDART CAMPOS, Germán J. y ALBANESE, Susana: "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *JA*, 1999-II-357, partiendo del criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo",

hipotética colisión entre lo resuelto según el derecho argentino y lo que (a criterio de la Comisión) exige el Pacto, los tribunales locales bien podrían, en virtud de la supremacía del Pacto sobre el derecho local (en razón de los principios internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*), habilitar una respuesta favorable para la Comisión, sin necesidad de una sentencia de la Corte Interamericana, adaptando, ampliando, creando, y hasta quebrando los moldes procesales vigentes en la esfera doméstica, a fin de cumplir con el Pacto.

Existe aquí un obstáculo que emergería del propio Pacto de San José de Costa Rica, cuando éste habla de los deberes de los Estados de adoptar disposiciones "legislativas o de otro carácter", para garantizar la vigencia de los derechos que enuncia aquél, indica que ello debe hacerse "con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención..." (art. 2º).

Parecería, por ende, que un tribunal argentino, o el Poder Legislativo, o el Poder Ejecutivo, cuando tienen que actuar positivamente para hacer cumplir el Pacto, deberían seguir estrictamente los mecanismos constitucionales vigentes, y que si ellos no permitiesen obedecer al Pacto, pues debería incumplirse con éste.

Esta hipótesis merece reestudiarse. En primer lugar, la obediencia de los artículos constitucionales no es incompatible con ciertas tareas creativas de la jurisprudencia, como resolver las ambigüedades normativas, o crear dispositivos constitucionales faltantes (así lo hizo la Corte Suprema de Justicia argentina, al inventar en los casos "Siri" y "Kot" a la acción de amparo, que infringió finalmente del art. 33 de la Constitución Nacional, reputándolo derecho o garantía no enumerado),¹⁵⁰ como es el caso de la cobertura de las lagunas constitucionales, a través de los procedimientos de integración. Por lo demás, el principio de la supremacía constitucional no postula que la judicatura se desentienda de los casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa, aún en la producción de normas generales. De ahí, por ejemplo, que si la ley o la Constitución Nacional no incluyen un mecanismo recursivo que permita

sentencia del 17/9/1997, en el sentido de que los Estados deben realizar los mejores esfuerzos para aplicar esas recomendaciones, y que el apartamiento de tales recomendaciones podría generar responsabilidad internacional para el Estado nacional. No obstante aunque todo ello es cierto, cabe igualmente recordar que de no cumplirse una recomendación, y llevado el asunto a la Corte Interamericana, ésta podría fallar en favor del Estado, y en contra de la Comisión.

¹⁵⁰ CSJN, *Fallos*, 239: 459 y 241: 291.

satisfacer el principio de la instancia penal plural que demanda el art. 8, inc. 2-h del Pacto, no es absurdo que la justicia pueda habilitarlo, supliendo la mora legisferante, precisamente para cumplir con la Convención Americana.¹⁵¹

Veamos sin embargo una situación hipotética de máxima: que un artículo constitucional impida cumplir con algo que ordena el Pacto. En el caso argentino, sería un supuesto de contradicción o incoherencia intraconstitucional, dado el rango constitucional del Pacto (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), circunstancia que debería ser resuelta por la judicatura mediante los procedimientos existentes para resolver las controversias de la propia Constitución.¹⁵² Teniendo en consideración los actuales principios internacionalistas del *ius cogens* en materia de *pacta sunt servanda* y de la *bona fide* en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, es de conjeturar que en definitiva tendría que primar el Pacto.

De todos modos, no conviene exagerar las posibles contradicciones entre la Constitución y el Pacto. Lo primero es procurar una interpretación armonizante o conciliadora entre ambos, por supuesto que con criterio dinámico y evolutivo, partiendo del supuesto de una Constitución que siempre aceptó la existencia del derecho internacional (antiguo art. 102, hoy art. 118), y que puede ser útilmente *aggiornada* especialmente dentro del nuevo contexto axiológico de primacía del bien común internacional. Ello obliga a oxigenar el ambiente jurídico local y pensar, por ejemplo, que la idea de "cosa juzgada" que matiza a las sentencias de la Corte Suprema, o de los tribunales inferiores, pudo haber sido revisada por los operadores de la Constitución para conformarla con los nuevos tiempos del derecho internacional, e incluso por el propio constituyente al dar rango constitucional al Pacto, y que lo que podría haber sido discutido como constitucional (o para algunos, directamente inconstitucional) antes de la reforma de 1994, ahora ha cambiado.

Para otros, entre quienes nos encontramos, el conflicto ya estaba superado incluso antes de la reforma, tanto por la evolución normativa registrada en el derecho internacional, donde no cabe alegar reglas del derecho interno para eximirse del compromiso de obligaciones

¹⁵¹ En cuanto la inconstitucionalidad por omisión, y su atención judicial aun frente a la inexistencia de una norma constitucional que la habilite explícitamente, véase *supra*, parág. 59 en el capítulo anterior.

¹⁵² Sobre los mecanismos para enfrentar las incoherencias y contradicciones constitucionales, véase nuestro libro *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 139 y ss.

externas,¹⁵³ como por las consecuencias jurídicas que cabe extraer, desde el ámbito axiológico, para superar controversias, atento la primacía del bien común internacional sobre el interno.

Ahora bien: cabe insistir en que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no obligan inexorablemente a los Estados, previéndose el disenso al respecto (art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica), y el posible planteamiento posterior del problema ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 61, ídem), quien decidirá al respecto, dando por ejemplo razón a la Comisión o al Estado (art. 63, ídem).

b) *Otros casos.* Hasta el momento, hemos visualizado el problema situándonos en el supuesto de una sentencia de la Corte Interamericana, o una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expedidas en un caso concreto.

Cabe preguntarse también cuál es el vigor de tales pronunciamientos *fuera* de dichos procesos, o sea, cómo pueden impactar en otras situaciones más o menos similares, pero sobre las que (todavía) no se han expedido ni la Corte ni la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La doctrina del *seguimiento nacional* a la que hemos hecho referencia, propone que los jueces nacionales tomen *siempre* como guía la doctrina que en materia de interpretación de derechos humanos adopte la Corte o la Comisión Interamericana, por más que haya sido vertida en casos distintos al específico que se enfoca. Fallos como "Ekmekdjian", "Giroldi" o "Bramajo", en la Corte Suprema argentina, se ubican en tal tesitura.¹⁵⁴ No se trata aquí, eso sí, de *obedecer* a la Corte Interamericana (cosa que sí ocurre cuando debe efectivizarse por las autoridades nacionales un veredicto suyo en el mismo caso donde se emitió), ni de *cumplir* con una recomendación de la Comisión (también en el mismo caso donde ella fue expedida), sino de *tomar como guía* los criterios de la Corte Interamericana o de la Comisión, vertidos en casos anteriores, diferentes al que está bajo examen. Remitimos al lector, asimismo, al parág. 114.

¹⁵³ Cabe reiterar lo dispuesto por los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La excepción que prevé el último de estos artículos es que el tratado se haya elaborado en violación manifiesta a una norma de importancia fundamental del derecho interno de un Estado, en materia de competencia para celebrar al tratado.

¹⁵⁴ Conf. por ejemplo, *LL*, 1992-C, 543; 1995-D, 461 y 1996-E, 409.

La capacidad de maniobra de los jueces locales para apartarse de esa *guía* existe, pero desde luego que con graves motivos valederos, aunque muy difícilmente podría ejercitarse respecto de un anterior pronunciamiento de la Corte Interamericana (dado su prestigio como último tribunal en materia del Pacto de San José de Costa Rica, e intérprete final del mismo).

60. *La cuestión del "juez o tribunal superior" al que recurrir de la condena penal*

El voto mayoritario de "Felicetti" sume también otro asunto de singular gravitación, como es la interpretación del art. 8, inc. 2-h) del Pacto de San José de Costa Rica, que enumera, entre las garantías judiciales del condenado, el "derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

En concreto, el consid. 9º del voto mayoritario considera que esa cláusula "no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta", motivo por el que, si ésta lo hace por juzgamiento directo, no habría infracción al Pacto. La tesis contraria, prosigue el fallo, pondría en pugna el Pacto con el art. 117 de la Constitución argentina, norma que atribuye instancia originaria y exclusiva a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ciertos asuntos (el más célebre, sin duda, ha sido en la última década el atentado a la Embajada de Israel).

Por cierto, la exégesis del Pacto que realiza el voto mayoritario de la Corte Suprema no es -de lejos- la predominante. El derecho a recurrir, conforme fluye de la clara lectura del referido art. 8, inc. 2-h, habla de dos o más órganos tribunales, y no de uno solo. Más todavía: no basta que haya dos órganos judiciales, sino que tanto el primero como el segundo tienen que satisfacer el requisito de ser idóneos e imparciales (doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en "Castillo Petruzzi y otros").¹⁵⁵ Si la ley local estableció un solo juzgado o tribunal para

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, HITTERS, Juan C.: *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 157, quien aclara que el segundo tribunal, en el esquema del Pacto de San José de Costa Rica, puede ser unipersonal o colegiado; EDWARDS, Carlos E.: *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 120, cuando subraya que el art. 8, inc. 2-h del Pacto enuncia claramente un "derecho a recurrir". Véase

conocer en una causa penal, y hay sentencia condenatoria, para cumplir con el Pacto el país del caso debe habilitar otro órgano, desde luego que "superior" al primero. Si no existe ese juez o tribunal superior al único, en resumen, hay infracción al Pacto.

El tema, desde luego, provoca hondas discusiones en torno a si el segundo juez o tribunal debe conocer (para satisfacer el Pacto) la causa a través de un mecanismo recursivo amplio o con algunas limitaciones en su grado cognoscitivo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con buen criterio, ha entendido finalmente que el recurso extraordinario federal no importa una vía suficiente al respecto, y que por ende, la Corte Suprema no es, hasta ahora, y por el remedio federal citado, el "juez o tribunal superior" al que alude el art. 8, inc. 2-h del Pacto.¹⁵⁶

El tema de la competencia originaria y exclusiva de la Corte, a tenor del art. 117 de la Constitución Nacional, es desde luego muy arduo, y la compatibilización de tal norma con el art. 8, inc. 2-h no resulta nada simple, no faltando quienes sostengan que la cláusula constitucional argentina viola a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual habría de todos modos, para cumplir con ésta, que olvidarse de tal artículo 117, entenderlo nulo a tenor del derecho internacional, y derivar pretoriana o legalmente esos casos a tribunales de primera instancia.¹⁵⁷ Desde nuestra perspectiva, puede pensarse que en rigor de verdad el Pacto de San José de Costa Rica tiene, en su art. 8, inc. 2-h un supuesto de laguna normativa; vale decir, que dicho texto no contempló los raros casos de procesos penales tramitados directamente, en instancia única, ante una Corte Suprema estatal. Corrobora esa tesis el hecho que el Pacto demande un juez o tribunal "superior" al cual recurrir.

también ALBANESE, Susana: *Garantías judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 127 y ss., con un amplio desarrollo del tema a la luz del derecho transnacional, y en particular del caso "Castillo Petruzzi y otros", fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No debe olvidarse que en este tema, está en danza la posibilidad de corregir el error judicial que podría haber en un veredicto condenatorio dictado en primera instancia (conf. igualmente ALBANESE, Susana: "La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana", *JA*, 2001-I-509). En definitiva, el Pacto está exigiendo lo que en doctrina se llama el "doble conforme", o sea, la posibilidad del condenado de contar con dos fallos penales, y de no conformarse con uno solo. Por eso, la garantía del art. 8, inc. 2-h del Pacto brinda al acusado la posibilidad de dos tribunales y de dos sentencias.

¹⁵⁶ *LL*, 1995-D-461.

¹⁵⁷ Véase SAGÜES, Néstor P.: "Delegación de funciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causas de competencia originaria de ese tribunal", *LL*, 1997-F-1280. Nos remitimos igualmente a nuestros *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 792.

¿Y si un país -como Argentina- carece de Tribunal o Corte Constitucional diferente a su Corte Suprema de Justicia, a quién podría o tendría que derivarle la causa, una vez que la Corte Suprema emitió su veredicto inculpatorio? En estas hipótesis, resulta materialmente imposible imaginar otra alternativa jurídica de cumplimiento del mentado art. 8, ind. 2-h del Pacto. Pero ello no es el caso de "La Tablada", donde tal posibilidad sí existe, utilizando analógicamente, v. gr., las vías del recurso de revisión, para impugnar lo resuelto en la sentencia de fondo por la Cámara Federal, ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

61. *¿Quién cubre la omisión legislativa?*

El voto mayoritario alerta que el lanzamiento de una instancia revisora de lo decidido por un tribunal penal de instancia única, no es tarea de la Corte, sino del Poder Legislativo (en su caso, también del constituyente). Lo contrario significaría una suerte de violación del orden jurídico interior, y de la vigencia del Estado de derecho (consid. 12).

La evaluación de esta doctrina justifica algunas especificaciones.

Como regla, es cierto que los tribunales no deben inventar procesos ni instancias, tarea propia del Poder Legislativo (art. 75, inc. 12 y art. 117 de la Constitución Nacional). A éste le toca, desde luego, meritar la oportunidad y conveniencia de programar o no acciones y recursos. Un instituto procesal puede, por ejemplo, ser muy bueno, y no por ello necesariamente el Congreso tendrá que aceptarlo y legislarlo (salvo, claro está, que la Constitución lo imponga).

Pero la inconstitucionalidad por omisión no puede juzgarse desde esa óptica. En sus términos más drásticos, como el de "La Tablada", ella se presenta cuando el Poder Legislativo no ha sancionado una norma instrumentadora de un precepto constitucional, o con nivel constitucional. En ese caso, es el Congreso quien está violando a la Constitución (por su renuencia o mora), y de lo que se trata es de reparar el agravio así causado. La "vía judicial" surge entonces como un camino posible, dado que toca a los jueces (en un sistema institucional como el argentino) actuar como custodios de la Constitución y controlar las inconstitucionalidades (aún las omisivas) del Presidente y del Congreso. Y ello no importa exclusivamente un derecho para los magistrados, sino un deber institucional: en otras palabras, no es una tarea que discrecionalmente pueden o no realizar, sino una función que les compete

satisfacer, cuando ella es idóneamente planteada por quien corresponde (otra de las proyecciones del tema, por cierto cautivante y problemática a la vez, todavía no muy desarrollada en doctrina, es la actuación de oficio en la inconstitucionalidad por omisión).

Sabido es que el radio de cobertura de los magistrados judiciales en materia de inconstitucionalidad por omisión no es ilimitado, y que está lleno de dificultades y condicionamientos. En países con control difuso y cuyos efectos se ciñen al caso concreto (bien que, por vía de derecho consuetudinario, las sentencias de la Corte Suprema cuentan también con efectos vinculantes), no pueden ni deben hacer lo que les venga a gusto. Se trata, eso sí, ante la condenable inercia del legislador, de cubrir el vacío lagunoso, siguiendo los tres recaudos básicos que emanan desde 1969 del Tribunal Constitucional Federal alemán: *a)* siempre que hubiese transcurrido un lapso razonable para que se tipificase la mora legisferante, *b)* que hubiere una directriz constitucional clara en la materia, y *c)* que el vacío fuese posible de ser rellenado por el juzgador.¹⁵⁸ Nos remitimos *supra*, al parág. 52 de este libro.

En el tema bajo examen, el operativo era habilitar una escalera procesal para cumplir con un pacto internacional de urgente satisfacción y clara definición jurídica, y el uso analógico de un recurso preexistente (el de revisión), se vislumbraba como una respuesta jurídica aceptable, dentro de las diferentes alternativas que brinda un proceso de “integración” de la norma legal faltante.¹⁵⁹

Como vimos, el caso argentino de la acción de amparo es paradigmático en este punto. En "Siri" y en "Kot", la Corte Suprema juzgó, con tino, que los derechos constitucionales no podrían quedar merced de la voluntad del Poder Legislativo en sancionar o no sancionar una ley de amparo tuitiva de aquellos derechos; y que si la ley no existía (como de hecho pasaba), eran los jueces quienes tenían que arbitrar un trámite de reemplazo de la norma faltante.¹⁶⁰ Como se sabe, inicialmente se hizo uso del hábeas corpus, hasta que finalmente se sancionó la criticable ley 16.986.

Aunque esto puede herir la susceptibilidad de muchos, lo cierto es que la Corte Suprema, en un caso de sano activismo (hay otros que no merecen tal aprobación), actuó como poder legislativo suplente,

¹⁵⁸ Véase PINA, Rolando E.: *Cláusulas constitucionales programáticas*, Astrea, Buenos Aires, 1973, pp. 72 a 108.

¹⁵⁹ Ob. y loc. cit. en nota 2.

¹⁶⁰ *Fallos*, cit. en nota 12.

cubriendo el vacío normativo entonces existente. Y ello ha merecido un aplauso constante.

El caso del amparo guarda mucha analogía con el de "La Tablada", ya que en ambos hubo inacción del Congreso, y en los dos había que cumplir, por los jueces, con reglas constitucionales (en el último, con normas de rango constitucional emergentes del Pacto que tiene esa alcurnia).

62. Conclusiones

El voto mayoritario de "Felicetti" parte de las siguientes premisas para negar la habilitación judicial del recurso de revisión ante una sentencia dictada por una Cámara Federal que actuó en instancia única: *a)* el Poder Ejecutivo carece de legitimación para requerir la efectivización del art. 8, inc. 2-h del Pacto de San José de Costa Rica; *b)* no hay en concreto, en este caso, infracción al aludido precepto internacional; *c)* medió cosa juzgada firme, que impide revisión posterior de lo actuado; *d)* la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no ha exigido puntualmente la aplicación de la instancia plural; *e)* las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes para los tribunales argentinos; *f)* los jueces no pueden arbitrar recursos no previstos por el legislador.

En las líneas precedentes se ha procurado demostrar que el Poder Ejecutivo cuenta con legitimación bastante para demandar ante los tribunales el cumplimiento legal de una convención que puede generar responsabilidades internacionales para el Estado argentino; que el Pacto de San José de Costa Rica exige ineludiblemente la posibilidad de la instancia penal plural, ante una sentencia condenatoria (quedaría como excepción el supuesto de una sentencia en instancia única de una Corte Suprema nacional); que a través de su insistencia para el caso concreto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reclama hoy la aplicación del referido art. 8, inc. 2-h, en el expediente de "La Tablada", recomendación que en principio cabe seguir por los tribunales; que los jueces deben suplir (cumplidas ciertas condiciones, que se dan en la especie) el vacío lagunoso que deja el legislador, a tenor de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión, para lo cual es un remedio útil la ampliación pretoriana del recurso de revisión.

El argumento más sólido del voto mayoritario es de tipo procesal: la inactividad de los condenados, cuando se notifican de la resolución de

la Cámara Nacional de Casación Penal, para articular el recurso extraordinario federal. Aquí el debate se complica, y solamente mediante el empleo de una triple serie de razones (*in dubio pro recurso*; el argumento del absurdo, y una proyección de la doctrina de los efectos extensivos del recurso extraordinario, conforme hemos consignado en el parág. 57 de este libro), es factible discutir el referido consid. 14.

Capítulo XI

DIVISIÓN DE PODERES Y REVISIÓN JUDICIAL DE LAS SENTENCIAS DESTITUTORIAS DICTADAS EN EL “JUICIO POLÍTICO” (IMPEACHMENT)*

63. *Introducción*

Muchas constituciones, siguiendo el modelo norteamericano, programan como mecanismo destinado a efectivizar el principio de responsabilidad de los gobernantes, el llamado “juicio político” o *impeachment*. En términos generales, este proceso se efectiviza mediante una acusación que plantea la Cámara de Diputados (o de Representantes) contra determinados funcionarios y jueces (resuelta mediante una mayoría calificada, por ejemplo de dos tercios de legisladores), y un fallo pronunciado por la cámara alta, o Senado, igualmente con una mayoría calificada de votos. En lugares donde existe una sola cámara, con frecuencia ella se divide en “Sala acusadora” y “Sala juzgadora”, a esos fines.

El juicio político despierta varias controversias jurídicas y otras políticas. En el primer ámbito, las disputas más frecuentes giran sobre su naturaleza, en el sentido de si es un proceso “judicial”, “político”, o “mixto”, o los derechos de los acusados, a fin de determinar si rigen para ellos los principios de *in dubio pro reo*, y de evaluación de las pruebas según las reglas de la sana crítica; también, si cuentan con el derecho a obtener una sentencia jurídicamente fundada.

Desde el ángulo político, los interrogantes rondan en torno a la legitimidad misma del instituto, muy bastardeado en la práctica por su

* Publicado en *LL*, 5/6/2006.

frecuente manipulación partidista o caudillesca. En el caso argentino, por ejemplo, es significativo que desde que se sancionó la Constitución de 1853 ningún presidente, vicepresidente o ministro fuera siquiera acusado por la Cámara de Diputados (los únicos acusados y destituidos han sido jueces). Esto se explica porque aquellos integrantes del Poder Ejecutivo, habitualmente miembros del partido oficialista o mayoritario en la Presidencia y en el Poder Legislativo, poseen así un blindaje político que les permite impedir que se reúna en la cámara acusadora el número de sufragios necesario para instrumentar al juicio, igualmente de tipo político, contra ellos.¹⁶¹ También se ha discutido sobre las facultades presuntamente discrecionales del Senado para decidir la remoción o la conservación del acusado: hay quienes piensan que la Cámara alta posee una suerte de “cheque en blanco” para decidir “políticamente” (léase: según las conveniencias del partido o coalición gobernante), si el inculpado ha incurrido o no en las causales constitucionales de destitución. Todo ello erosiona profundamente la legitimidad misma del mecanismo que tratamos.

Otro tema controversial, de raíz jurídico-política, es si la sentencia destitutoria pronunciada por el Senado puede ser revisada judicialmente, y en su caso, cómo. La respuesta, hasta un par de décadas atrás, era fuertemente negativa. El argumento usual para descartar una fiscalización de los tribunales respecto del fallo senatorial, era que se trataba de una cuestión política no justiciable (*political question*), exclusiva o reservada por la Constitución a esa Sala del Poder Legislativo, que además se expedía conforme a pautas “políticas” y no “jurídicas”. En definitiva, se entendía incompetente al Poder Judicial para controlar tal comportamiento.¹⁶²

No obstante, en los últimos lustros el panorama ha variado, básicamente como resultado, en general, de la reducción de la superficie de las cuestiones no justiciables. La “judicialización” de áreas otrora no justiciables es realmente muy significativa, y hasta en algún país (Costa

¹⁶¹ Así, en el lenguaje popular, el “juicio político” termina por ser llamado algunas veces “juicio partidista” o, más irónicamente todavía, “círculo político”.

¹⁶² Sobre este tema, y en general el instituto del juicio político, recomendamos BROSSARD DE SOUZA PINTO, Paulo, *O Impeachment*, Ediciones do Globo, Porto Alegre, 1965, pp. 151 y ss.

Rica, v. gr.), se ha proclamado ahora por su magistratura constitucional que no hay más cuestiones políticas no justiciables.¹⁶³

En el caso del juicio político, esa judicialización no es –por lo común– plena. En particular, se la ha aceptado (lo que no es poco), para evaluar la satisfacción de las reglas constitucionales del “debido proceso” durante su trámite.¹⁶⁴ Pero es raro encontrar fallos que avancen sobre el mérito mismo de la cuestión de fondo bajo examen (p. ej., sobre el juicio del Senado en torno a si hubo o no mal desempeño del acusado).

De todos modos, esa “judicialización” del juicio político se plantea tanto a nivel nacional como supranacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en efecto, en el conocido caso del “Tribunal Constitucional del Perú”,¹⁶⁵ abordó este asunto. En concreto, en este trabajo se procurará confrontar las pautas sentadas por la Corte Interamericana con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, a fin de detectar las coincidencias y discrepancias que pueda haber entre ambas, y en particular, si la segunda sigue las directrices de la primera.

64. *Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El 31 de enero de 2001 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte Interamericana”), dictó un importante fallo conectado con la destitución, operada por el Congreso unicameral del Perú mediante el juicio político, de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. Las líneas más importantes de esa sentencia son las siguientes:

- a) *Proyección de las reglas del debido proceso penal, al juicio político.* El consid. 70 destaca que las normas “mínimas” relativas al debido proceso penal, enunciadas por el art. 8, 2 del Pacto de San José de Costa Rica, rigen también “en general” en el ámbito civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, donde se determinen derechos y obligaciones

¹⁶³ Nos remitimos a nuestro libro *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 285 y ss.

¹⁶⁴ Para el caso argentino, SAGÜÉS, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*, t. 1, Recurso Extraordinario, 4^o ed., Astrea, Buenos Aires, pp. 210 y ss.

¹⁶⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: (Coord.): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, pp. 820 y ss.

- (doctrina del caso “Paniagua Morales y otros”, fallo del 8/3/98), y también en el caso de un juicio político.¹⁶⁶
- b) *Todo órgano materialmente jurisdiccional debe respetar tales reglas.* La Corte subraya que si bien la función jurisdiccional compete naturalmente al Poder Judicial, puede haber en el Estado de derecho otros órganos que la desempeñen materialmente (el “órgano competente” mencionado por el art. 8, 2 del Pacto, es posible entonces que no sea el judicial), pero en tal caso ellos también deben obedecer a las normas del Pacto sobre el debido proceso (consid. 71).
- c) *La independencia (imparcialidad) del órgano a cargo del juicio político.* Los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, confirmados por la Asamblea General de tal entidad, consagran para el juez acusado el derecho a que sea juzgado con prontitud e imparcialidad. La autoridad que conduzca el juicio político, debe pues comportarse imparcialmente, y esa imparcialidad es más exigible cuando el inculpado sea a su vez un juez constitucional, “en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento” (consids. 74 y 75).

¹⁶⁶ El art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica indica lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En definitiva, el Congreso como órgano del juicio político *debería* actuar como ente competente, imparcial e independiente, según el procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y decisión del caso (consid. 77). En la decisión bajo examen, la Corte Interamericana concluyó que el Congreso del Perú “no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad” para realizar el juicio político a los magistrados del Tribunal Constitucional (consid. 84).

- d) *Revisión judicial de la sentencia del Congreso.* La Corte Interamericana recuerda que el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica confiere a las personas el derecho a un recurso rápido y sencillo, ante la justicia, contra actos violatorios de los derechos fundamentales reconocidos por el Pacto, la Constitución o la ley.¹⁶⁷ En el caso bajo estudio, los magistrados removidos por el Congreso plantearon un amparo ante el Tribunal Constitucional del Perú, que fue desestimado. El Tribunal Constitucional argumentó que la sentencia destitutoria del Congreso era cuestión política no justiciable, pero que de todos modos debía respetar el principio de razonabilidad y ser motivada. Sin embargo, concluyó que la decisión del Congreso había respetado las reglas del debido proceso (ver consid. 95 de la sentencia de la Corte Interamericana).

Para la Corte Interamericana, los jueces removidos contaban con derecho a su revisión judicial para observar el cumplimiento de las reglas del debido proceso legal, y que “este control no implica valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo” (consid. 94). En conclusión, entendió que el fallo del Tribunal Constitucional del Perú desestimatorio del amparo se fundó “en apreciaciones no estrictamente jurídicas”, y no reunió las condiciones de

¹⁶⁷ El art. 25, primera parte, del Pacto de San José de Costa Rica establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

imparcialidad exigidas por el Pacto de San José de Costa Rica (consid. 96).

65. *Algunas puntualizaciones sobre esta sentencia*

El fallo de la Corte Interamericana importa porque proyecta al trámite del juicio político las reglas “mínimas”, y “en general”, del debido proceso señaladas por el art. 8, 2 del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, no especifica concretamente cuáles son esas normas *mínimas* y que *generalmente* deben observarse. De alguna manera esa imprecisión puede provocar conflictos posteriores de interpretación, por parte de los operadores del juicio político doméstico, acerca de qué es lo “mínimo”, y cuáles son las excepciones a la vigencia “en general” de las directrices que emanan del referido artículo 8, 2. Es posible así que esos operadores locales se vean tentados a reducir lo “mínimo” a extremos demasiado elementales, o a autorizar demasiadas salvedades a la vigencia “en general”, para el juicio político, de los principios del debido proceso que sienta el Pacto.

La Corte Interamericana transporta también al “juicio político” seguido contra jueces, normas de Naciones Unidas sobre la prontitud y la imparcialidad que deben allí respetarse.

La satisfacción en un caso puntual del requisito de la celeridad puede tal vez precisarse y entenderse con cierta cuota de sentido común, pero el cumplimiento de la directriz de imparcialidad, cuando el juicio político está a cargo de diputados o senadores habitualmente vinculados a partidos políticos que exigen a menudo a sus miembros una férrea disciplina partidaria, y que en otros casos, piensan que deben actuar como devotos ejecutores de la voluntad presidencial,¹⁶⁸ puede resultar francamente imposible. Tal vez esto sea la cuestión más difícil de resolver. Si los legisladores se autoconsideran soldados de su partido o

¹⁶⁸ Por ejemplo, en la Argentina, el presidente del bloque mayoritario de diputados declaró recientemente que “el bloque oficialista en la Cámara legislativa tiene el rol fundamental de ser el brazo legislativo del Gobierno. Defiende las políticas del gobierno, trata de obtener las mayorías legislativas necesarias en cada oportunidad para que ello se sanciona y va al debate... No podemos pretender un oficialismo crítico. No concibo ser presidente de un bloque oficialista que tenga dudas o críticas sobre los proyectos del Gobierno”. Véase diario *La Nación*, 29/1/06, Sección Enfoques, p. 6. Conviene aclarar que por “Gobierno”, se entiende en ese texto al Presidente.

del jefe de Estado, o si son obligados a asumir –por las buenas o por las malas- esos roles, no podrían, en verdad, ser entonces jueces “imparciales” del juicio político. En definitiva: ¿Es medianamente posible encontrar en esos congresistas suficientes vestigios de imparcialidad como para asumir genuinamente roles jurisdiccionales en el juicio político? La respuesta parece ser decididamente negativa, salvo que cuando actuaren en el juicio político los congresales realizaran una profunda mutación ética, intelectual y cultural, abandonando su condición de milicia partidaria o presidencial, para transfigurarse así, lealmente, en jueces. Ello implicaría un profundo lavado de cerebro que, por cierto, no muchos están dispuestos a hacer.

Una tercera puntualización estriba en que, conforme al art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, el juez destituido debe contar con un recurso judicial contra la sentencia que lo remueve. Para la Corte Interamericana, esa revisión ante los tribunales judiciales (y genuinamente judiciales, cabe añadir), no implica atentar contra los otros papeles específicamente políticos del Congreso. En conclusión, nos parece, no hay aquí una *political question*, o cuestión política no justiciable, sino, en cambio, una cuestión francamente justiciable. La Corte Interamericana, además, no distingue en esa revisión judicial temas justiciables y temas no justiciables. Las consecuencias de esta no diferenciación pueden ser, para el futuro, muy significativas.

Una observación complementaria va sobre las reflexiones que hace la Corte Interamericana sobre el derecho constitucional local. Teóricamente, la Corte Interamericana solamente se ocupa del Pacto de San José de Costa Rica, y no de la Constitución doméstica.

Sin embargo, el art. 25 del Pacto referido habilita la revisión judicial de lo decidido en el juicio político por el Congreso, aún para la tutela de los derechos fundamentales contenidos no solamente en el Pacto, sino también en la Constitución y en la ley nacional. En el fallo que tratamos, la Corte Interamericana realiza varias reflexiones acerca de cómo el Tribunal Constitucional del Perú evaluó la Constitución peruana, en particular para concluir que en la revisión judicial por medio del amparo, respecto de lo decidido por el Congreso, había que determinar si este último satisfizo el principio de razonabilidad, si fundamentó adecuadamente su veredicto, y si se habían respetado las reglas del Estado democrático de derecho y del debido proceso material en el juicio político seguido a los jueces del Tribunal Constitucional destituidos (como ya dijimos, el Tribunal Constitucional juzgó que el Congreso peruano sí

había respetado esas exigencias, mientras que la Corte Interamericana sostuvo la tesis opuesta: ver consid. 95 de la sentencia de esta última).

En otras palabras, la Corte Interamericana debió incursionar en el derecho constitucional peruano para resolver el litigio sometido a su examen. Ello no es nada impropio, sino una exigencia de la vía impugnativa jurisdiccional programada por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

66. *Proyecciones de la doctrina de la Corte Interamericana al caso argentino*

El 1° de junio de 2004, en el caso “Moliné O’Connor”,¹⁶⁹ la Corte Suprema de Justicia de Argentina, integrada específicamente por “conjuces” y no por sus jueces titulares,¹⁷⁰ pronunció por mayoría de votos (existe un relevante voto en discrepancia), un importante fallo en materia de control judicial de un fallo del Senado vertido en un juicio político, en donde se destituyó a un juez de la Corte Suprema. El asunto llegó a manos de la Corte a través de un “recurso extraordinario”, que ella formalmente admitió, contra la sentencia de la Cámara alta del Poder Legislativo argentino.

Conviene averiguar de qué modo la Corte Suprema argentina aplicó las directrices de la Corte Interamericana expuestas en el caso “Tribunal Constitucional del Perú”, que es expresamente citado por la Corte argentina (consid. 6 del voto mayoritario).

- a) *Equiparación (relativa) del Senado a un Tribunal de Justicia.* La primera e importante consideración que realiza la Corte Suprema de Justicia argentina es la de entender que el Senado, cuando actúa en el juicio político, no es un cuerpo político, sino algo asimilable a un tribunal de justicia (consids. 3 y 4 del fallo), que *materialmente* asume roles equiparables a los judiciales (consid. 10). Para ello la Corte cita varias normas constitucionales que hablan del “fallo” que al respecto debe emitir al Senado, que cuando así actúa “juzga”, y que los senadores deben prestar un juramento particular de

¹⁶⁹ Véase la sentencia en *JA*, 2004-III-496 y ss.

¹⁷⁰ El fallo fue pronunciado por “conjuces” o jueces reemplazantes, ya que los jueces titulares de la Corte Suprema de Justicia se excusaron de intervenir. Tales conjuces eran a su vez jueces de tribunales federales inferiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

“administrar justicia” (arts. 59 de la Constitución Nacional y art. 1° del Reglamento Especial del Senado). Sin embargo, poco más adelante la Corte Suprema señala que el Senado no tiene una “completa asimilación” con un tribunal de justicia (consid. 7). Esta tesis de la equiparación *relativa* permitirá (como constataremos más adelante) a la Corte argentina evadirse, de hecho, del cumplimiento de varias normas indispensables para la actuación de un genuino tribunal judicial.

- b) *Aceptación de las pautas de la Corte Interamericana.* La Corte argentina dice subordinarse a los criterios sentados por la Corte Interamericana en el caso “Tribunal Constitucional del Perú”, y concluye que el Senado realiza aquí, según vimos, “una función equiparada a la judicial” (consid. 6).
- c) *Consecuencias jurídicas de la asimilación relativa.* De la equiparación reducida (“especial” y “limitada”, dice el consid. 7 del fallo) del Senado a un tribunal judicial, la Corte Suprema extrae dos efectos: *i)* la observancia de las reglas que garantizan el derecho de defensa en juicio y del debido proceso, pero “sin las formalidades rigurosas de los tribunales ordinarios” (consids. 7 y 8) ; *ii)* el control judicial del cumplimiento de esas reglas de procedimiento, *pero no de lo resuelto por el Senado “sobre la cuestión de fondo que puede dictar el cuerpo político”,* que para la mayoría de la Corte Suprema argentina, es una de las “cuestiones políticas no justiciables” (consid. 7 *in fine*), donde el Senado opera “como órgano político” (consid. 23). En definitiva, el control de la Corte sobre el Senado va a ser dentro de pautas muy precisas y limitadas (consid. 10).
- d) *Aplicaciones.* Fuera de sostener algunas directrices comunes a procesos penales y civiles (como que, por ejemplo, quien acuse la violación del debido proceso debe acreditar que los actos objetados le han impedido una efectiva defensa en juicio), la Corte Suprema apunta que las recusaciones planteadas contra legisladores por prejujuicio o presunto interés en la destitución del juez acusado no pueden conducir a la desintegración del Senado, ya que no es factible la subrogancia o reemplazo de los legisladores recusados (considerando 17). Y en otro orden de ideas, concerniente a

las razones de fondo que decidieron la destitución del juez por el Senado, la mayoría de la Corte argumenta que es imposible desplazar a un magistrado por el contenido de sus sentencias; pero que en el caso concreto, la resolución senatorial de remover se hizo en base a apreciaciones políticas de los senadores, discrecionalmente evaluadas por ellos, irrevisables por la justicia, que entendieron que hubo allí mal desempeño del referido juez. Añade la Corte: "...no se puede dejar de destacar, asimismo, que para la destitución del recurrente se pronunciaron en función acusatoria las dos terceras partes de la Cámara de Diputados y adoptaron la decisión de destitución las dos terceras partes del Senado de la Nación; desconocer la voluntad de tal abrumadora mayoría implica desconocer la voluntad popular expresada por sus representantes, con menoscabo para las instituciones democráticas" (consid. 22).

- e) *Caso de enjuiciamiento político a un juez de la Corte Suprema de Justicia.* Para la mayoría de la Corte Suprema argentina, la categoría judicial máxima del acusado ante el Senado no altera la naturaleza de la cuestión bajo análisis (consid. 9, c, I).

67. *Evaluación*

Como apreciación general, el fallo de la Corte Suprema argentina, no obstante afirmar su seguimiento al de la Corte Interamericana, a la postre reduce significativamente el vigor de este último.

Ese operativo limitatorio se opera a través de varias rutas. Una de ellas, que podría llamarse del doble discurso, es afirmar primero (por la Corte argentina) que el Senado es asimilable a un organismo judicial, y que cumple materialmente tareas jurisdiccionales en el juicio político, para sostener, simultáneamente, que tal asimilación no es plena sino limitada, y que las reglas del debido proceso no rigen en el juicio político con rigurosidad. Con esta última argumentación, la vigencia "mínima" y "en términos generales" de los postulados de defensa en juicio y del debido proceso que reclama la Corte Interamericana, principiando por la existencia de un órgano imparcial, puede quedar comprimida (o desnaturalizada) a una expresión seriamente devaluada.

Así, por ejemplo, aunque existieren causales ciertas y serias de recusación respecto de los legisladores-jueces, ellas no operan, según la doctrina emergente de la Corte argentina, si se produjese la desintegración del cuerpo. Dicho de otro modo, el órgano imparcial puede dejar de serlo, por necesidades de su propio funcionamiento.

Otra afirmación discutible, y en el fondo evasora de la mayoría de la Corte Suprema argentina, consiste en sostener que las facultades de revisión de la justicia de la sentencia senatorial destitutoria de un magistrado, se encuentran básicamente recortadas. La tesis puede tener algún asidero en cuanto que ciertas apelaciones, de tipo extraordinario, no fiscalizan *todos* los aspectos del fallo apelado. Pero la Corte Suprema argentina es terminante en sostener que no tendría competencia recursiva para atender ninguno de los motivos de fondo esgrimidos por el Senado para remover, por ser cuestión política no justiciable. Para ello, pues, resultaría incompetente.

Tal parecer, en verdad, supera al propio Tribunal Constitucional del Perú, quien pese a reconocer facultades privativas del Congreso para decidir sobre las causales de remoción propias del juicio político, de todos modos advirtió (con criterio mencionado y no discutido por la Corte Interamericana, en el fallo aludido) que esa atribución privativa estaba condicionada al respeto, por parte del Congreso, de criterios de razonabilidad, de su necesidad de motivar adecuadamente el fallo según los marcos propios del Estado democrático de derecho, y de la satisfacción de las pautas del debido proceso *material* (sustantivo), que como se sabe, excede la mera observancia del adecuado cumplimiento de los pasos procesales, para inquirir sobre el mérito mismo de la sentencia senatorial.

Por lo demás, resulta curioso que la Corte Suprema argentina haya admitido pretorianamente en miles de casos que el debido proceso constitucional y la defensa en juicio exigen, además de que el interesado sea oído, pueda ofrecer y producir prueba y discutir la de la contraria, que asimismo tenga al final de ese trámite una sentencia: pero no cualquier sentencia, aun formalmente correcta, sino una en sí misma no arbitraria, vale decir, razonable, lo que importa calificar a los fallos arbitrarios en su contenido como inconstitucionales,¹⁷¹ y que en el caso “Moliné

¹⁷¹ Sobre la doctrina de las sentencias arbitrarias como sentencias inconstitucionales, elaborada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia argentina, véase SAGÜÉS, Néstor P.: *Derecho Procesal Constitucional*. t. 2, Recurso Extraordinario, cit., pp. 105, 145 y ss.

O'Connor” concluya que la cuestión de la razonabilidad intrínseca del veredicto destitutorio vertido en el juicio político no pueda ser objeto de revisión judicial, so pretexto de tratarse de una cuestión no justiciable. Dicho de otro modo: si una sentencia del Senado fuere por su contenido arbitraria, y por ende inconstitucional, ello lesionaría (según la doctrina judicial de la Corte argentina) igualmente al debido proceso y al derecho de defensa en juicio del inculcado, y ese vicio también debería entonces ser atendido y resuelto por la Corte Suprema. En el fallo dictado por la Corte Interamericana en “Tribunal Constitucional del Perú”, quedó claro que la revisión judicial de la sentencia del Congreso, a tenor del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, no implicaba valoración alguna sobre actos de carácter estrictamente político atribuidos por la Constitución al Poder Legislativo (consid. 94).

Al mismo tiempo, la tesis mayoritaria de la Corte Suprema, en el sentido de que por tratarse la decisión senatorial de remover a un juez por mal desempeño, de un juicio de tipo discrecional, y provocado “por razones políticas”, no sería judicialmente fiscalizable, cae en tanto se advierta que aún los actos discrecionales están sometidos a revisión judicial, en el sentido que no pueden jurídicamente ser válidos si resultaren arbitrarios. El concepto de “acto discrecional”, desde luego, no involucra la alternativa de poder por ello adoptarse actos contra derecho, como son los arbitrarios. La discrecionalidad no significa, en resumen, un *bill* de indemnidad para la arbitrariedad.

Resulta igualmente preocupante que la mayoría de la Corte Suprema sostenga que si median dos tercios de votos de la Cámara de Diputados, al acusar, y dos tercios del Senado, al condenar, modificar por vía judicial ese pronunciamiento importaría desconocer la voluntad popular expresada por los representantes de la comunidad, con menoscabo para las instituciones democráticas.

Sobre el punto debe destacarse que si hubiere habido voluntad popular en tal sentido, y si ella resultare de todos modos violatoria de las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y de la Constitución Nacional en materia de debido proceso y de defensa en juicio, a los tribunales no les quedaría otro extremo que invalidarla, por la lógica primacía (en un Estado de derecho) del derecho sobre el voluntarismo social. Pero además, debe subrayarse que la voluntad mayoritaria de los legisladores no significa, en el esquema constitucional argentino, que allí haya

necesariamente voluntad del pueblo nacional.¹⁷² Ningún artículo de la Constitución federal sostiene la conclusión jurídica (*vox Congreso, vox populi*) a que arriba la mayoría de la Corte Suprema. Saber si el pueblo (o la mayoría de éste) avaló o no la acusación de la Cámara baja y la remoción de un juez de la Corte Suprema dispuesta por la Cámara alta, es un dato sociológico que la sentencia no acredita en lo más mínimo, y sobre lo que, por añadidura, no existen informaciones fehacientes.

Por último: la mayoría de la Corte Suprema sostiene un postulado sano, como es, por principio, que los jueces no pueden ser removidos por el contenido de sus sentencias, pero agregar de inmediato que si el Senado lo destituyó por mal desempeño como juez, por razones discrecionales y políticas, ello no estuvo vinculado con el contenido de tales fallos (consid. 22). La tesis, por cierto, es contradictoria, ya que la Cámara alta atendió en algunos aspectos el contenido de esas resoluciones, como detallamos de inmediato. Un voto minoritario, de los jueces Frondizi y Pérez Petit, reitera en cambio que, como regla, los fundamentos esgrimidos por los jueces al resolver no deben dar motivo a su destitución, como garantía de su independencia en el ejercicio de sus funciones; y asimismo, observa que en el decisorio senatorial en cuestión el juez destituido no incurrió en los hechos esgrimidos para removerlo (haber abdicado del control de constitucionalidad y convalidado un proceso administrativo fraudulento), o en delitos o desaciertos extremos que justificarían su remoción, por lo que concluye que el Senado incurrió en un intolerable exceso en el ejercicio de sus competencias, lo que obliga a la Corte a revisar lo decidido.

68. Conclusiones

1. No es fácil conciliar el principio de división de los poderes, que implica independencia funcional y un mínimo de equilibrio entre ellos, con la facultad de un Poder de remover a miembros de otro.

¹⁷² Al revés de otras constituciones, la argentina no declara que la voluntad del Poder Legislativo sea la del pueblo, o que la ley resulte la expresión de la voluntad del pueblo. Sobre la disyunción fáctica entre voluntad del representante y voluntad del representado, entre “voluntad formal” y “voluntad real”, y en general la problemática de la representación de una voluntad global, nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor P.: *Representación política*, Orbir, Rosario, 1973, pp. 80 y ss.

2. La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Tribunal Constitucional del Perú”, en el sentido de viabilizar el control judicial de las sentencias del Congreso destitutorias de jueces, y de afirmar que en el proceso de remoción de éstos rigen las reglas del debido proceso y de defensa en juicio enunciadas en el art. 8, 2 del Pacto de San José de Costa Rica, importa un paso muy significativo para afianzar el sistema de división de poderes y de vigencia del Estado de derecho.

3. Como observación crítica a ese fallo, debe apuntarse que la Corte Interamericana no precisó cuáles eran las reglas “mínimas”, que “en general” deben ser observadas en el juicio político seguido a los magistrados, en cuanto el debido proceso y la defensa en juicio. Esa indeterminación puede provocar que los operadores nacionales del juicio político reduzcan notoriamente la cantidad y la intensidad de las reglas del mentado art. 8, 2, en la esfera del juicio político local.

4. Al exigir la Corte Interamericana que el órgano (aun legislativo) de destitución de jueces sea imparcial, está también reforzando el principio de división de los poderes. Cabe reconocer, no obstante, que esa imparcialidad es muy difícil de encontrar en operadores legislativos sometidos a disciplinas partidarias, liderazgos presidenciales o a fuertes intereses propios de la actividad política de la que son protagonistas. La hipótesis bivalente del legislador-juez no es generalmente conciliable, en términos de realidad existencial. Y en tren de vaticinar el futuro, es posible que alguna vez la Corte Interamericana termine por sostener que un Poder Legislativo no puede ser juez imparcial para la remoción de un juez.

5. La Corte Suprema de Justicia argentina, en el hasta ahora único caso, decidido por ella, de destitución de un juez de Corte Suprema donde proyectó la doctrina de la Corte Interamericana sentada en “Tribunal Constitucional del Perú”, retaceó el vigor de las directrices que emanan de tal veredicto. En concreto: *y*) comprimió la vigencia de los postulados del debido proceso y de defensa en juicio del art. 8, 2 del Pacto de San José de Costa Rica, afirmando que no rigen rigurosamente en el marco del “juicio político”. Por ejemplo, descartó la viabilidad de recusaciones hacia los miembros del Senado, más allá de estar en su caso fundadas, por entender que podrían desintegrar al cuerpo, con lo que a su

vez podría esfumarse su condición de ente imparcial; *ii*) pese a aceptar que el Senado actúa en el juicio político cumpliendo “materialmente una función equiparada a la judicial”, diluyó su condición de “tribunal”, al acentuar más bien su rol de “cuerpo” u “órgano político”, que opera, según dice, discrecionalmente y en base a “razones políticas”; *iii*) atribuyó a la decisión acusatoria de la Cámara de Diputados y a la sentencia destitutoria del Senado expresión de la voluntad popular, sin ninguna norma o principio constitucional que refrende tal tesis, reputando además a tales pronunciamientos, por tal inexistente motivo, como inmunes al control judicial; *iv*) circunscribió la revisión judicial de la sentencia de remoción del Senado, exigida por la Corte Interamericana en virtud del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, a términos restringidos y limitada a aspectos formales del debido proceso, pero declarando a las cuestiones de fondo que sustentan el veredicto de condena, asuntos políticos no justiciables. En otras palabras, no admitió el control de razonabilidad y de debida fundamentación sobre el mérito del fallo senatorial de remoción; *v*) en definitiva, la resolución judicial que anotamos viene a poner en tela de juicio el tema de quién es el intérprete final de la Constitución: si la Corte Suprema de Justicia, cuando emite una sentencia cualquiera, o el Senado, cuando en el fallo que pronuncia en el juicio político descalifica a aquella sentencia de la Corte y remueve por mal desempeño al juez que la ha firmado. Si se entiende que el veredicto senatorial no es revisable judicialmente sobre el fondo de tal razonamiento, por resultar facultad exclusiva de esa Sala del Congreso, la consecuencia es que dicha Cámara pasa en verdad a perfilarse como intérprete supremo de la Constitución, en el caso bajo examen. Una conclusión, por cierto, antisistémica. Así, con la excusa de salvaguardar el principio de división de los poderes, el voto mayoritario a la Corte Suprema de Justicia lo perjudica gravemente.

Capítulo XII

LOS DERECHOS TUTELADOS POR EL AMPARO (UN ENFOQUE COMPARATISTA)

69. ¿Qué protege el amparo?

La acción de amparo no tiene un desarrollo uniforme en el derecho comparado. Cada país le ha impreso un trámite y objetivos particulares. Como herramienta o proceso constitucional, su fin primario es la custodia de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, con frecuencia, en algunos lugares protege *solamente a una parte* de la Constitución. Y en otros países, tutela *algo más*, o (llegado el caso) *mucho más* que a la Constitución.

El radio de cobertura de la acción de amparo está con frecuencia (pero no siempre) descrito por la Constitución. La ley reglamentaria, a su turno, podría teóricamente ampliar la superficie del amparo constitucional, pero no reducirla. La Constitución opera, en estos casos, como un “piso” de protección, y no como un “techo” de garantías. El legislador ordinario, en efecto, si lo desea, está habilitado para ser más generoso, pero no más avaro, que la Constitución.

70. *Las alternativas en el derecho comparado*

Es interesante averiguar qué dicen los textos constitucionales en este tema. Iremos de una versión de mínima a una de máxima, tomando – a título solamente ejemplificativo- un reducido número de países.

a) *Protección de los derechos constitucionales “fundamentales”.*

Esta variable se halla prevista por el art. 86 de la Constitución de Colombia, para la acción de “tutela” (versión local del amparo).

Tal opción constitucional implicaría (salvo que la superficie del amparo fuera ampliada por el legislador común), que el amparo no protegería a todos los derechos constitucionales, sino a un grupo de ellos, los derechos “fundamentales”.

Separar un derecho constitucional “fundamental”, de otro “no fundamental” es, desde su inicio, una discriminación discutible. ¿Cuáles son los derechos esenciales, básicos o fundamentales, y cuáles los secundarios, o menos relevantes? La distinción puede depender, inicialmente, de apreciaciones ideológicas.¹⁷³ Para una postura liberal, por ejemplo, la libertad política, la seguridad y la propiedad asumirían el papel de derechos “fundamentales”. Las corrientes socialistas, en cambio, alentarían más otros valores o derechos: los de igualdad y solidaridad, por ejemplo (al par que destacarían a ciertos deberes, como el de trabajar). Posiciones social cristianas, a su vez, cotizarían con preferencia al derecho a la dignidad humana y a la justicia.

Cuestiones tan decisivas como el derecho a la vida, a la vivienda y a la educación, por ejemplo, tienen valor diferente conforme al terreno ideológico donde se ubique el operador de la Constitución. En la concepción liberal-individualista del constitucionalismo de la primera etapa,¹⁷⁴ difícilmente se entendería que un habitante tuviese derecho a exigirle al Estado que le suministre alimentos, medicamentos, casa habitación y escuela gratuita o con muy bajo costo. Por el contrario, para el constitucionalismo social un reclamo de tal tipo podría tener acogimiento. Ni qué decir con el derecho a trabajar (entendido como el derecho a obtener trabajo).

Aparte del ingrediente ideológico, siempre presente, está el sociológico. Las sociedades nacionales cotizan con frecuencia a algunos derechos más que a otros. Son las “libertades” preferidas, o los “derechos preferidos” (en el caso de Estados Unidos, v. gr., la libertad de circulación, la de expresión de ideas sin censura previa, el derecho a no

¹⁷³ Conf. por ejemplo FERRAJOLI, Luigi y otros: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 25, 29, 287 y ss. Con agudeza, Ferrajoli plantea los interrogantes acerca de “cuáles son” y “cuáles deben ser” esos derechos fundamentales.

¹⁷⁴ Sobre las diferentes etapas del constitucionalismo, nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor P., *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, pp. 7 y ss.

ser discriminado).¹⁷⁵ La calificación de un derecho como “preferido”, o no, puede importar un dato variable en el tiempo. Algo “preferido” ayer puede no serlo hoy, y viceversa.

Algunas veces la misma Constitución ha delimitado qué entiende por derechos fundamentales protegibles por el amparo. Por ejemplo, la provincial de Santa Fe (Argentina, 1962) indicó en su art. 17 que el referido proceso constitucional estaba diseñado para “el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia”. Muchos entendieron, así, que el derecho de propiedad no era alcanzado por la acción de amparo: la Constitución, entendían, cubría únicamente a los derechos “de libertad”.¹⁷⁶

b) Alusión genérica a los derechos constitucionales. El art. 200, inciso 2 de la Constitución del Perú reserva el amparo para atender a “los demás derechos reconocidos por la Constitución”, aparte de los comprendidos por el hábeas corpus (este último se ocupa de “la libertad individual o los derechos constitucionales conexos”, conforme al mismo precepto, inciso 1), o por el hábeas data (art. 200, inciso 3).

Desde este ángulo, todos los derechos constitucionales (excepto por lo común el de la libertad ambulatoria, y ocasionalmente los previstos para el hábeas data) estarían captados por el amparo. Para el operador del derecho procesal constitucional, el asunto es pues relativamente simple: bastará saber si el derecho en juego tiene raigambre constitucional para que allí opere el amparo.

No obstante, el asunto puede complicarse más tarde. La Constitución enuncia o enumera ciertos derechos, de modo explícito, pero igualmente habla de otros derechos “no enumerados” o implícitos, que son, v. gr., en Argentina, los que surgen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (art. 33), o en Perú, además de estos

¹⁷⁵ Conforme al “modelo de los dos planos”, aceptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Massachusetts vs. Murgis”, y “Frontiero vs. Richardson”, una norma restrictiva de una “libertad preferida” huele a inconstitucional, y el Gobierno debe dar pruebas sólidas que justifiquen a la regulación, mientras que si se trata de una libertad no preferida, la reglamentación se presume constitucional. Véase SAGÜÉS, Néstor P.: *Elementos de Derecho Constitucional*, t. 2, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 889.

¹⁷⁶ También remitimos al lector a nuestro *Derecho Procesal Constitucional*. t. 3, Acción de Amparo, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 150 y ss.

dos conceptos, de los que se fundan en la dignidad humana o en el Estado democrático de derecho (art. 3º).

La proclamación de un derecho no enumerado como derecho constitucional corre a cargo, generalmente, de los órganos de la jurisdicción constitucional (jueces del Poder Judicial o del Tribunal, Corte o Sala Constitucional, según los distintos sistemas imperantes). Ellos pueden afirmar que un derecho que otrora solamente tenía rango legal (subconstitucional), ahora cuenta con jerarquía constitucional, o simplemente declarar en determinado momento que un derecho otrora negado como tal, a partir de cierto momento adquiere jerarquía constitucional, si lo califican como “derecho constitucional no enumerado”.¹⁷⁷

Por lo demás, hay derechos constitucionales “inferidos”, o “deducidos” de un derecho constitucional expreso. Serían derechos “consecuenciales”, o sea, derechos extraídos de uno expreso, o como efecto de uno explícito. Así, por ejemplo, del derecho constitucional a la presunción de inocencia se puede inferir, en principio, el derecho a ser excarcelado mientras dure el proceso; del derecho a la libertad de circulación, el derecho a obtener un pasaporte, etc.¹⁷⁸ También estos derechos son tutelables por el amparo, si éste se programa para abarcar a los derechos “constitucionales” en general.

c) *Derechos emergentes de la Constitución y de las leyes.* Esta fórmula expresiva, seguida, v. gr., por el art. 19 de la Constitución de Bolivia y por la Constitución de Guatemala (art. 265), incorpora al amparo la tarea de ocuparse también de derechos de fuente subconstitucional, pero limitando esa captación a los derivados de una ley. El amparo, en este orden de ideas, se comporta como un proceso “constitucional” (en el sentido que nace de la Constitución), pero también “subconstitucional” (en cuanto que tiene metas de tutela de derechos infraconstitucionales, emergentes de una ley). Desde luego, su perímetro

¹⁷⁷ Así ocurrió en la Argentina con la misma acción de amparo. En el orden nacional se la negaba porque no estaba enunciada por la Constitución ni por la ley. Finalmente, la Corte Suprema, en el caso “Kot S.R.L.”, entendió que era un derecho no enumerado subyacente en el art. 33 de la Constitución Nacional (cláusula de los derechos implícitos o no enumerados). Así se creó pretorariamente al amparo federal argentino. Con posterioridad, una ley (16.986) lo instrumentó, y la reforma constitucional de 1994 lo incluyó explícitamente en su art. 43. Conf. SAGÜES: ob. cit. en nota anterior, p. 9 y ss.; CSJN, *Fallos*, 241:291.

¹⁷⁸ Sobre los derechos constitucionales inferidos, como los imputados a la Constitución, nos remitimos a nuestros *Elementos de Derecho Constitucional*, cit., t. 2 pp. 299 a 302.

se ha ampliado sensiblemente, respecto de los amparos diseñados solamente para atender a derechos constitucionales.

Como los tratados internacionales son con frecuencia aprobados por leyes locales, también este amparo podría recepcionar a derechos derivados de esos convenios.

La opción entre dibujar un amparo para proteger solamente a derechos constitucionales, o también derechos constitucionales y legales, tiene importantes costos procesales. Si se elige la primera alternativa, es factible que queden fuera del amparo derechos subconstitucionales muy importantes para la vida cotidiana, emergentes, v. gr., del Código Civil o del Comercial, o de leyes laborales. A su vez, si se admite el amparo para atender a cualquier derecho de fuente meramente legal, la cantidad de amparos podría incrementarse sensiblemente y exigiría programar nuevos juzgados para absorber de modo idóneo tal incremento de trabajo, a fin de no incurrir en privación o retardo de justicia. Un ajustado análisis de la relación costo/beneficio es aquí imprescindible para decidir lo correcto.

d) Derechos provenientes de cualquier fuente jurídica. La variable de aceptar el amparo para conocer en la tutela de cualquier derecho (constitucional) con no ser frecuente, tuvo un curioso despliegue en el caso argentino.

La reforma constitucional nacional argentina de 1994 previó el amparo para atender derechos y garantías “reconocidos por esta Constitución, o un tratado o una ley” (art. 43). En el debate habido en la Convención Constituyente algunos convencionales intentaron reducirlo para derechos emergentes de tratados con jerarquía constitucional (contemplados por el nuevo art. 75 inc. 22 de la Constitución), pero privó la tesis amplia: derechos provenientes de cualquier tratado, tuviese o no rango constitucional. Más todavía: al surgir interrogantes acerca de qué pasaba con derechos que nacieran de un decreto, reglamento, resolución, etc., el miembro informante de la comisión respectiva informó que el amparo cubriría a todos los derechos, independientemente de su fuente jurídica.¹⁷⁹ Esto llevaría a reconocerlo también para tutelar derechos

¹⁷⁹ Véase sobre el tema, Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, versión provisoria, pp. 4252/4253, y *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, t. IV, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1997, p. 5973, con mención de las palabras del convencional Humberto Quiroga Lavié, en nombre de la Comisión, sobre las que se vota el despacho mayoritario.

emergentes, por ejemplo, de un contrato (la misma reforma habilitó el amparo contra actos de particulares).

Naturalmente, una postura tan ampliamente tuitiva de derechos podría haber generado una catarata de amparos. En la práctica ella no se ha producido, aunque no podría descartarse en el futuro.

71. *El “amparo interamericano”*

Es del caso observar que el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), diseña “un recurso sencillo y rápido”, o “cualquier otro recurso efectivo” que “ampare” a toda persona contra actos que violen “*sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención*”, aunque la infracción sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales. Aquel recurso debe presentarse “ante los jueces o tribunales competentes”.

Resulta sugestivo que este dispositivo se programa por el Pacto no exclusivamente para cubrir los derechos “fundamentales” emergentes de él, sino también para tutelar los derechos “fundamentales” declarados en la Constitución y en las leyes. Generalmente, un tratado de derechos humanos solamente atiende a los derechos provenientes de tal instrumento internacional, y no a los locales emergentes de la legislación nacional. El referido art. 25, sin embargo, también comprende a estos últimos, con lo que, indirectamente, el Pacto de San José de Costa Rica se preocupa del cumplimiento de la Constitución y de las leyes domésticas, en lo que a derechos “fundamentales” de las personas se refiere.

En conclusión, este “amparo interamericano” que deben respetar los países signatarios del Pacto de San José de Costa Rica, obliga a los estados a programar un procedimiento de amparo, ante órganos judiciales (o un recurso de similar factura), para sostener a los derechos fundamentales constitucionales y legales, a más de los citados en el Pacto. No hacerlo así haría infractor a dicho Estado. En otras palabras, el amparo que programa cualquier país vinculado con el Pacto de San José de Costa Rica tiene ahora que brindar tal radio de cobertura.

A mayor abundamiento, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 8/87, destacó que el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica “recoge la institución procesal del amparo”.

Bueno es recordar que otros documentos de fuente internacional son precedentes del referido amparo, como el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el art. 2°, fracción tercera, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de la Organización de las Naciones Unidas.

La expresión “amparo interamericano” es empleada por Carlos Ayala Corao, al referirse a las denuncias o quejas que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida, pueden plantear ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por violaciones de los Estados a los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica, según su art. 44.¹⁸⁰

Por lo demás, derivamos al lector a *infra*, parágs. 74 y 75.

72. *El caso del Perú*

El art. 200, inc. 2° de la Constitución de 1993 describió la superficie del amparo peruano de la siguiente manera: cubre “los demás derechos reconocidos por la Constitución”, con excepción de: *a*) la libertad individual o derechos constitucionales conexos a ella (protegidos por el hábeas corpus: art. 200, inc. 1° de la Constitución); y *b*) los comprendidos por la acción de hábeas data (art. 200, inc. 3° de la Constitución: que atiende a los derechos emergentes de los incisos 5° y 6° del art. 2° de la Constitución.

Por su parte, el art. 24 de la ley reglamentaria del hábeas corpus y del amparo 23.506 enumeró una serie de derechos defendidos por la acción de amparo, concluyendo en su inc. 22, que también cubriría “a los demás derechos *fundamentales* que consagra la Constitución”.

Una somera evaluación de esta ley lleva a concluir que en verdad restringió la cobertura del amparo contemplada por el art. 200 inciso 2° de la Constitución, ya que éste, cuando refiere al amparo, no ciñe la tutela a los derechos “fundamentales” de la Constitución, puesto que habla de

¹⁸⁰ Conf. AYALA CORAO, Carlos M.: “Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos”, en AA.VV.: *Liber amicorum Héctor Fix Zamudio*, t. I, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, p. 341; obra publicada también con el mismo título por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Editorial Jurídica Venezolana en 1998, en Caracas/San José. Recomendamos la lectura de este trabajo, que abre rumbos en la temática que abordamos.

“los demás derechos reconocidos por la Constitución”, sin distinguir entre fundamentales y no fundamentales.

Precisamente, el nuevo Código Procesal Constitucional del Perú (ley 28.237), después de incluir una nómina actualizada de derechos tutelables por el amparo, agregó en su art. 37, inc. 25, a “los demás que la Constitución reconozca”, sin diferenciar entre fundamentales o no fundamentales.

Por lo demás, tanto la ley 23.506 como el actual Código Procesal Constitucional no cumplieron estrictamente con el Pacto de San José de Costa Rica (art. 25), ya que no tutela los derechos de mera fuente “legal”.

En definitiva, sería bueno adaptar al actual Código, en el tema que nos ocupa, al art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Hasta que ello ocurra, de todos modos, los jueces operadores del amparo podrían efectivizarlo conforme a las reglas del Pacto, porque los principios del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, emergentes del derecho internacional público (arts. 27 y 46, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), demandan que el Estado local ejecute las obligaciones asumidas en un instrumento internacional al que libremente se ha obligado, sin poder (en principio) alegar normas de derecho interno para eximirse de tal deber.

73. *Evaluación. La situación en Argentina*

No existen reglas sagradas que indiquen cuáles deben ser los derechos tutelados por la acción de amparo. Hay, desde luego, un mínimo: los derechos constitucionales fundamentales. En el otro lado del péndulo, alguna Constitución (como la argentina) postula la protección de todo derecho por la vía que indicamos.

La elección entre una tutela reducida o muy amplia de derechos por medio del amparo es una opción para el constituyente de cada país. Al hacerla, deberá tener en cuenta las posibilidades concretas de esa nación para asumir jurisdiccionalmente un amparo más o menos extenso en su radio de derechos protegidos, la conveniencia de multiplicar o reducir los amparos, las costumbres locales en materia de respeto o desnaturalización de esta acción, etcétera.

Del mismo modo, hay estados donde el amparo cubre un tramo de la tutela de los derechos fundamentales, mientras que los otros son

asumidos por el *habeas corpus* o el *habeas data*. Ello es igualmente factible.

Pero también tendrán que respetarse las directrices del Pacto de San José de Costa Rica. Los derechos allí contemplados (como los provenientes de la Constitución y de la ley de un país) que sean fundamentales, deben genuinamente *ampararse* por los estados. Pero al respecto, esta Convención no exige inexorablemente que haya en cada nación específicamente una “acción de amparo” (así llamada) para la tutela de los derechos que enumera. Es muy bueno, por cierto, que exista el “amparo” tradicional, pero puede reemplazarlo “cualquier otro recurso efectivo” para el cuidado de aquellos derechos (con independencia de su nombre, y sea o no paralelo, o excluyente, del clásico amparo), conforme sugiere el art. 25 del Pacto.

Con referencia a Argentina, puede advertirse que en materia de derechos tutelados, la amplísima versión de ellos que emana de las actas de la Convención Constituyente de 1994 (en el sentido de que comprende los derivados de cualquier fuente jurídica), hace que, en este punto, el art. 43 de la Constitución Nacional sea más abarcador que el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica (que únicamente demanda la tutela de derechos *fundamentales*). Por lo demás, el referido art. 43 programa el amparo tanto contra actos de autoridad como contra los de particulares, con lo que satisface los requerimientos del Pacto, en materia de legitimación pasiva.

El problema es que el art. 43 de la Constitución Nacional habilita al amparo para discutir actos u omisiones que padezcan de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta”, mientras que el art. 25 del Pacto no distingue, entre los comportamientos atacables por el amparo, los manifiesta o no manifiestamente arbitrarios o ilegales.

Esta aparente discrepancia puede resolverse del siguiente modo: si el amparo es un procedimiento comprimido (“sencillo y rápido”, dice el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica), no es absurdo, de acuerdo con la doctrina del margen de apreciación nacional,¹⁸¹ que la Argentina haya regulado el amparo solamente para discutir actos lesivos

¹⁸¹ Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional, admitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 4/84, nos remitimos a nuestro trabajo “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en *Anticipo de Anales*, Año XLII, segunda época, n° 36, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998, pp. 19 y ss.

notoriamente irregulares, prontamente evaluables en aquel trámite corto y sucinto.

Por su parte, también es razonable que los actos u omisiones discutibles, complejos, o cuando su correcta evaluación demande mayor debate o prueba, sean estudiados en procesos más ordinarios, (dado que no es racionalmente exigible que un asunto complicado que requiera mayor debate y prueba sea siempre resuelto en un trámite “sencillo” y comprimido como el amparo), siempre que éstos sean o impliquen el “otro recurso efectivo”, según lo exige el art. 25 del Pacto, para proteger derechos fundamentales emanados de él, de la Constitución o de la ley. Esto obliga a instrumentar legalmente, llegado el caso, y en tales trámites, por ejemplo, útiles medidas cautelares o de otro tipo que consagren una tutela judicial cierta (concreta y real) a las partes, precisamente para garantizar a los pleitos referidos la condición de “recursos efectivos” que exige el Pacto.

Por lo expuesto, la subsidiariedad del amparo nacional, patrocinada por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986, no es incompatible con el Pacto de San José de Costa Rica, en tanto y en cuanto haya procedimientos útiles para atender la lesión a un derecho.¹⁸²

¹⁸² En contra, GORDILLO, Agustín: “Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”, *JL*, 1995-E-988. Conviene tener presente que en el reciente caso “Provincia de San Luis”, del 5 de marzo de 2003, consid. 12, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado la condición de excepcionalidad y subsidiariedad de la acción de amparo.

Capítulo XIII

EL AMPARO INTERNACIONAL

74. *Introducción. Textos aplicables*

La reforma constitucional argentina de 1994 dio rango constitucional (art. 75, inc. 22), a una serie de instrumentos internacionales, alguno de los cuales contemplan un mecanismo procesal que parte de la doctrina llama "amparo internacional", o en el caso del Pacto de San José de Costa Rica, "amparo interamericano".¹⁸³

Así, el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, puntualiza lo siguiente: *Toda persona puede ocurrir ante los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo, a alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su art. 8º: *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.*

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, 1966), explicita algo similar en su

¹⁸³ Conf. AYALA CORAO, Carlos M.: *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1998, p. 19 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERI, José: *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid 1994, pp. 237 y ss.

art. 2º fracción tercera: *a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial; c) las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

El Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos), prevé en su art. 25 estas disposiciones: *Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".*

Las normas del Pacto de San José de Costa Rica tienen para la Argentina una relevancia especial, por cuanto la desobediencia a tales preceptos puede provocar que el asunto sea llevado ante órganos específicos de la jurisdicción supranacional, como la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, los pronunciamientos de estas entidades deben servir de guía para los jueces locales,¹⁸⁴ y además, los veredictos de la Corte Interamericana bien pueden reputar que una autoridad argentina (incluyendo, v. gr., una sentencia de nuestra Corte Suprema), ha violado el Pacto (art. 63), lo que

¹⁸⁴ Por ejemplo, casos "Giroldi", CSJN, 7/4/1995, JA, 1995-III-571; "Bramajo", LL, 1996-E-409, entre otros.

equivale a invalidar tal decisorio, y aun establecer reparaciones en favor del perjudicado.

Sobre este “amparo interamericano” nos remitimos también a lo indicado *supra*, párrafo 71, tanto respecto de su naturaleza jurídica como en cuanto la cantidad de derechos que protege.

75. *Impacto del "amparo internacional" en el derecho argentino*

De las normas citadas se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) Conforme al principio *pro homine*, que rige en materia de interpretación de tratados de derechos humanos, debe aplicarse en favor de la persona la norma que más lo favorezca.¹⁸⁵ En síntesis, si las reglas del art. 43 de la Constitución Nacional son mejores para el individuo (o las de la ley 16.986, si se tratare de amparo contra actos de autoridad pública; o del Código Procesal Civil y Comercial, de tratarse de amparos contra particulares), ellas prevalecerán sobre el Pacto. Caso contrario, predominará éste.
- b) *Prima facie*, hay armonía entre el art. 43 de la Constitución Nacional, y las cláusulas internacionales mencionadas, en particular, respecto del Pacto de San José de Costa Rica, quizá el más amplio en el tema. Esa coincidencia existe en cuanto la acción expedita y rápida que programa el referido art. 43, la autoridad judicial que debe tramitarlo, el radio de derechos por él cubierto, que abarca tanto los emergentes del Pacto como de la Constitución o la ley, y los sujetos contra los cuales puede articularse (oficiales o particulares). Es de destacar que el Pacto de San José de Costa Rica menciona la tutela de "derechos fundamentales", mientras que el art. 43 de la Constitución Nacional protege más genéricamente a los "derechos y garantías", sin ceñirse a los "fundamentales".

¹⁸⁵ Nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor P.: “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, en PALOMINO MANCHEGO, José y REMOTTI CARBONELL, José Carlos: *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica* (libro homenaje a Germán J. Bidart Campos), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2001, pp. 33 y ss.

- c) La naturaleza subsidiaria o supletoria del amparo nacional argentino¹⁸⁶ no es incompatible con el "recurso sencillo y rápido" que establece el Pacto de San José de Costa Rica, que da la opción al legislador local para implementar el amparo propiamente dicho o "cualquier otro recurso efectivo" a los fines previstos por el art. 25 de la Convención. Dicho de otro modo: según el régimen nacional argentino, cuando el afectado dispone de algún remedio legal apto para la tutela de su derecho, debe ir primero a él, antes que al amparo. Si ese procedimiento es efectivo para atacar el acto lesivo, se está cumpliendo con el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Caso contrario, ante la inexistencia de un medio útil, en la Argentina, y siempre en el orden nacional, el interesado podrá ir al amparo, en cuyo caso también cumple la República con lo establecido en el Pacto.
- d) Interesa mucho lo dispuesto en el inciso 2 del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, en el sentido que los Estados se comprometen a garantizar un servicio efectivo de tutela de los derechos de las personas, a garantizar el cumplimiento de sus decisiones y "a desarrollar las posibilidades del recurso judicial", directriz que auspicia una interpretación dinámica y evolutiva del instituto del amparo (o de los otros recursos efectivos que haya en el país, que custodien los derechos humanos fundamentales, constitucionales y legales).
- e) Según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el amparo a que alude el art. 25 del Pacto no se suspende durante el estado de sitio o institutos análogos.¹⁸⁷
- f) Además, conforme la misma Corte Interamericana, debe este amparo ser *realmente idóneo*. No cumplen con el Pacto, por ende, los *recursos ilusorios... cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus*

¹⁸⁶ Ver *supra*, cap. XII, nota 182.

¹⁸⁷ OC 8/87. Conf. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, pp. 1008 y ss.

*decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.*¹⁸⁸

¹⁸⁸ OC 9/87. Conf. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: ob. cit., pp. 1019 y ss.

Capítulo XIV

DIMENSIONES NORMATIVA Y SOCIOLOGICA EN EL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES*

76. *Introducción*

La voz "amparo" (o sus equivalentes "mandado de segurança", "recurso de protección" o "tutela") es multívoca, y de hecho quiere decir cosas muy distintas. Su tratamiento en el derecho comparado es decididamente disímil.

En una primera aproximación, alude a un rápido proceso de tipo constitucional -destinado entonces a afianzar la supremacía de la Constitución- que puede asumir fisonomía de "recurso" (cuando sirve, sustancialmente, para cuestionar actos u omisiones de autoridad pública, incluyendo ocasionalmente a sentencias), de acción de condena (si su cobertura es más amplia, atacando igualmente actos u omisiones de particulares), o de acción puramente declarativa (si tiene por fin un mero pronunciamiento de inconstitucionalidad de normas).¹⁸⁹ Para el caso de que se le imprima un trámite bilateral, es frecuente llamarlo también "juicio" de amparo.

Algunos autores, como Carlos Ayala Corao, detectan asimismo un "amparo" de fuente transnacional. Por ejemplo, en el art. 25 del Pacto de

* Publicado en AA.VV.: *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo Piza Escalante*, IIDH, San José, 2003, Sala Constitucional de Costa Rica, CIDH, t. II pp. 817 y ss.

¹⁸⁹ Por ejemplo, la Constitución de Honduras diseña dos tipos de amparo. El primero apunta a mantener o restituir a alguien en el goce de un derecho. El segundo, a "que se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable..." (art. 183, inc. 2).

San José de Costa Rica, cuando se lee (numeral 1º): "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, *que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*"¹⁹⁰. Nos remitimos a lo puntualizado en el capítulo XIII.

El lector debe asumir que no existe una fórmula dogmática de amparo, y que el éxito de uno u otro diseño depende más que del cumplimiento de principios teóricos, de su eficacia práctica para resolver problemas concretos de infracción a derechos personales. El tipo de amparo instrumentado específicamente en un país podrá no ser el mejor académicamente hablando ni el más ortodoxo, pero si es idóneo para asegurar de manera efectiva los derechos en juego, ganará su legitimidad. Al revés, un amparo conceptualmente perfecto y de última generación jurídica, pero poco operante en los hechos, perderá cotización social.

77. *Posibilidades normativas*

Existen varias alternativas. Una de ellas es la del silencio constitucional, cuando no alude explícitamente a la vía del amparo para cuestionar los actos judiciales. En este caso la ley suprema parece dejar en manos del legislador instrumentar o no, prudencialmente, tal instituto.¹⁹¹

Pero esta conclusión puede y merece aclararse. Si el texto constitucional habilita la acción de amparo en términos muy amplios (p. ej., contra "contra todo acto u omisión de autoridades públicas y de particulares", como lo hace el art. 43 de la Constitución argentina), no resultaría fácilmente constitucional que el legislador impida plantearla

¹⁹⁰ La última parte del citado art. 25 de la CADH ha permitido concluir que la norma involucra también, al no formular distinciones, el amparo contra decisiones de jueces. Conf. BREWER CARÍAS, Allan R.: "La admisión jurisprudencial de la acción de amparo en ausencia de reglamentación constitucional o legal, en la República Dominicana", en *Judicium et Vita*, t I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2000, p. 337.

¹⁹¹ La Constitución de España, v. gr., indica que el amparo se presenta ante el Tribunal Constitucional (art. 53-2), "en los casos y formas que la ley establezca" (art. 161-b). La de Nicaragua habilita el recurso de amparo "según el caso y de acuerdo con la ley..." (art. 45). La de Venezuela no señala en su art. 27 contra quién se articula el amparo.

contra decisiones del Poder Judicial.¹⁹² Para algunos publicistas, sin embargo, la alternativa de prohibir la acción de amparo contra los pronunciamientos judiciales es una opción válida para el Poder Legislativo, salvo que la Constitución explícitamente contemple tal subtipo de amparo.¹⁹³

En otros supuestos la Constitución permite el amparo contra actos judiciales, o lo hace la legislación subconstitucional, admitiéndolo en todas las hipótesis, o solamente en algunas (ejemplo de esto último es la programación del amparo nada más que contra decisiones judiciales de tipo administrativo, excluyéndolo de los pronunciamientos jurisdiccionales propiamente dichos).¹⁹⁴

Finalmente, hay supuestos de negación de ese tipo de amparo, sea por la Constitución o por la ley infraconstitucional.¹⁹⁵

¹⁹² Por ejemplo, la Constitución de Bolivia (art. 19) programa también al amparo en sentido amplio, al referirse a "actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares". La de Brasil (art. V, numeral LXIX) alude, asimismo, a "autoridad pública o agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones de poder público". La de Colombia autoriza la tutela "por la acción u omisión de cualquier autoridad pública" (art. 88, mientras que la de Guatemala declara que "no hay ámbito que no sea susceptible de amparo", diseñándolo para atacar "actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad..." (art. 265). La de Panamá establece el amparo contra órdenes de "cualquier servidor público" (art. 50).

¹⁹³ En esta postura se encuentra Germán J. Bidart Campos. Por nuestra parte, hemos opinado que si el texto constitucional emplea una fórmula amplia de amparo, v. gr. contra cualquier acto de autoridad pública, la ley reglamentaria no podría válidamente (como intenta hacerlo en la Argentina la ley 16.986), excluir totalmente el amparo contra jueces, aunque sí podría instrumentarlo de forma más restrictiva. Nos remitimos en este debate a SAGÜÉS: *Derecho Procesal Constitucional*. t. 3, Acción de Amparo, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 209 y ss.

¹⁹⁴ La Constitución de Costa Rica impide el amparo contra "los actos jurisdiccionales del Poder Judicial" (art. 10), y la de Ecuador, respecto de "las decisiones judiciales adoptadas en un proceso" (art. 95). La de Panamá señala que no se admite el amparo contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o de sus salas (art. 204), con lo que parece autorizarlo respecto de otros tribunales. Por su parte, la de Paraguay no autoriza a promover el amparo "en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales..." (art. 134).

La Constitución del Perú adopta una fórmula sibilina, al rechazar los amparos "contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular" (art. 200, inc. 2), con lo que estaría permitiéndolo si se impugnara la validez de un trámite seguido ante tribunales. Naturalmente, todo litigante argumentará que en su proceso el trámite no fue regular, con lo que el amparo tendrá que diligenciarse de todos modos, aunque en definitiva sea rechazado por estimarse que no hubo irregularidades.

Por su parte, la Constitución de México (art. 107, III), regula con detalle en qué casos procede el amparo contra actos de tribunales judiciales, administrativos y del trabajo.

¹⁹⁵ Así, de modo tajante en su texto, el art. 2, inc. b) de la ley nacional argentina 16.986, aunque en la práctica se tiende a moderar su aplicación. Conf. SAGÜÉS: ob. cit., en nota 193, p. 212.

El menú de opciones es, pues, variado. Incluso en un mismo Estado, si es federal, pueden darse respuestas diversas (permisivas o prohibitivas) en la Nación y en cada una de las provincias o Estados miembros.¹⁹⁶

78. *Visualización sociológica*

El examen del amparo contra pronunciamientos judiciales puede realizarse desde distintos ángulos.

Hay una *dimensión sociológica* en el asunto. Si en un país el número de decisiones judiciales reputadas como injustas es alto, es probable que exista una intensa demanda forense de programación del amparo contra tales resoluciones.

Por el contrario, si los veredictos judiciales son generalmente visualizados como aceptables, no habrá mayores reclamos para lanzar el amparo que tratamos. No hay que descartar, igualmente, que exista un clima de rechazo respecto de éste. Por ejemplo, en la Provincia argentina de Santa Fe, y en ocasión de tratarse la actual Ley de Amparo 10.456, el proyecto original, elaborado por el entonces Instituto de Derecho Público y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina, regulaba específicamente amparos contra decisiones judiciales. No obstante, en el curso del trámite parlamentario esa figura fue explícitamente abandonada. En definitiva, no hubo demanda forense ni política -para hablar en términos de mercado-, a pesar de la postulación académica de este amparo.

El tema se vincula también con la idoneidad de los recursos impugnativos ordinarios o extraordinarios ya aplicados en una jurisdicción. Cuando éstos son razonablemente rápidos y eficientes, ¿para qué diseñar un amparo cuestionante de las sentencias o resoluciones de los jueces?

Siempre en la dimensión sociológica, otro dato a tener en cuenta es la vocación pleitista que pueda tener una comunidad. Hay estados donde la pasión por los juicios es tan acendrada, que siempre existe una fuerte demanda de nuevos procesos y recursos. Tal tendencia, que en términos psicológicos podría denominarse sado-masoquista, apura por

¹⁹⁶ Así, en la Argentina. Como regla, en las provincias no prospera el amparo contra actos judiciales, pero hay excepciones. Véase SAGÜES: ob. cit. en nota 193, pp. 223/5.

complicar el panorama tribunalicio con una intrincada red de procedimientos alambicados y sibilinos, muchas veces interferentes entre sí. De no haber en tal país amparo contra decisiones judiciales, es probable que la idea de instrumentarlo prospere por el mero placer de tornar las cosas más atravesadas y difíciles que hasta ahora.

Otro dato de interés sociológico es la actitud de jueces y funcionarios judiciales frente al amparo contra resoluciones suyas. En algunas sociedades sus jueces miran a este amparo como un instrumento lesivo de su dignidad y prestigio, mientras que en otras, en cambio, sus magistrados lo aceptan como algo normal y nada desdoroso. Incluso algunos pueden contemplarlo como muy positivo, en el sentido que si cometen un error que no sea reparable por las vías comunes, estarán más tranquilos si la cuestión puede remediarse por vía del amparo.

79. *Diseño jurídico*

La planificación que se haga del amparo contra decisiones judiciales es un dato significativo para aceptar o no al instituto. Hablemos sobre lo que podrían llamarse "las bases normativas de gobernabilidad del amparo contra decisiones judiciales".

En primer término, un amparo para cuestionar veredictos judiciales puede ser concebido como un instrumento *subsidiario* o *supletorio*, en el sentido que únicamente debe ser admisible si el interesado no dispone de otros recursos idóneos para tutelar el derecho en juego. Esto lo reservaría como un medio excepcional o heroico, destinado a operar si el recorrido de las instancias y trámites recursivos existentes ocasiona, atendiendo las peculiaridades del caso concreto, un agravio irreparable.

Ésta es una alternativa. La otra, si se lo programa como recurso directo, no subsidiario ni supletorio, tendrá que advertirse que su uso implica la renuncia al planteo de otros medios de impugnación. De lo contrario, el amparo que tratamos importaría una invitación al empleo inflacionado de recursos contra la misma resolución.

Paralelamente, una cuestión a tener muy en cuenta, a fin de evitar el caos judicial, es permitir (si se lo acepta) al amparo contra actos judiciales, solamente ante el superior en grado del juez contra quien se recurre. Nada sería más anárquico que autorizar ese amparo ante cualquier par de ese juez, lo que implicaría autorizar una maraña de

mutuas interferencias o perturbaciones, la sustracción a las partes de su juez natural y un enredo en los trámites forenses del que serían víctimas, sin duda, no solamente los jueces interferidos, sino también las partes de cada proceso. Un amparo contra decisiones judiciales que pudiera plantearse sin ton ni son ante cualquier juez es altamente peligroso, y a la postre pondría en riesgo el derecho constitucional al debido proceso de cualquier litigante.

Cabe aquí formular otra advertencia, por cierto nada simpática, y que implica una suerte de retorno a la dimensión sociológica del problema. Cuando el grado de honestidad judicial es apreciado en una comunidad como bueno, la admisión del amparo contra pronunciamientos judiciales ante cualquier juez puede tener solamente en su pasivo el temor de la interferencia, y de ahí, la amenaza del desbarajuste en el curso de los procesos. Pero si la cotización axiológica de la judicatura en un país es mala, se suma a lo dicho el albur del soborno o del cohecho. Vale decir, y con todo lo doloroso que significa abordar la temática, que corresponde alertar sobre la posibilidad de que litigantes sin escrúpulo intenten torpedear las decisiones de un juez correcto, yendo a otro no tan honesto para lograr, de este último, decisiones que destruyan la gestión del primero.

La situación se agrava cuando el amparo puede procesalmente presentarse ante un juez inferior al que dictó la resolución impugnada. Aquí, aparte del desorden tribunalicio, se daña la jerarquía del juez superior, inexplicablemente revisado en su comportamiento por el juez de menor rango. Aunque esta hipótesis pueda parecer descabellada e imposible de ocurrir en los hechos, sin embargo ocurre, felizmente con poca frecuencia.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Tal es el caso de Bolivia. Conforme a una interpretación generosa del art. 19 de la Constitución, que permite el amparo contra actos u omisiones indebidas "de los funcionarios", se ha entendido que también las sentencias de la Corte Suprema podrían cuestionarse por tal vía; y como el mismo art. 19 asigna competencia en el recurso de amparo a "las Cortes Superiores (tribunales de segunda instancia) en las capitales de Departamento...", ocurre que ante una Corte superior (que en otros países se llaman cámaras de apelaciones) se tramitan amparos contra pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia (órgano, por lo común, de tercera instancia). Ello importa un grave ataque al prestigio institucional de la Corte Suprema.

80. *El amparo contra sentencias*

En algunos países el amparo contra sentencias asume una característica particular. Opera como una suerte de recurso procesal para impugnar fallos violatorios de la Constitución, sea porque se han violado las reglas del debido proceso,¹⁹⁸ sea porque apliquen leyes reputadas como inconstitucionales.

En tales hipótesis, ese amparo puede asimilarse a lo que en otros países es un recurso extraordinario de apelación destinado a tutelar la supremacía de la Constitución. En la Argentina, v. gr., el "recurso extraordinario federal", creado por ley, sirve para atacar sentencias llamadas "arbitrarias", lesivas del debido proceso, que incluye en ese país el derecho a obtener un fallo que sea una derivación razonable del derecho vigente; o que han declarado constitucional o inconstitucional alguna norma, esto es, cuando entra en juego la interpretación de alguna regla de la Constitución.

Como no hay en este tema principios indiscutibles o dogmáticos, no es por cierto condenable que un Estado llame "amparo" al recurso que mencionamos. Naturalmente, habrá que distinguir este amparo del amparo más corriente, estructurado por lo común para proteger de modo expeditivo a los particulares de actos u omisiones de autoridades públicas (casi siempre administrativas), y también de particulares, según los casos, que sean lesivos de la Constitución.

81. *El "amparo internacional" sobre decisiones judiciales*

Como se anticipó en el parág. 76, calificada doctrina habla ya de un "amparo internacional" emergente, entre otros, del art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica (véase cap. XIII).

En rigor de verdad, no emerge claramente del texto de dicha norma que necesariamente deba haber un juicio o acción específico de "amparo" en cada país, para tutelar los derechos que tenga un individuo según el Pacto, la Constitución y la ley. La norma en cuestión señala que toda persona "tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier

¹⁹⁸ En tal sentido, el art. 107 inc. III a) de la Constitución de México habilita el amparo "contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario".

otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales". Lo importante, por ende, es que haya un *recurso* "sencillo y rápido", o "efectivo", que *ampare*, aunque no se lo llame amparo ni responda exactamente a la fisonomía clásica de éste.

De todos modos, es cierto que entre el recurso propuesto por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, y el amparo habitual en Latinoamérica, hay muchas coincidencias básicas.

También debe subrayarse que el citado "amparo internacional", o en su caso, "interamericano", tutela no solamente derechos fundamentales provenientes del Pacto de San José de Costa Rica, sino también los derivados de la Constitución o de la ley del país del caso.

Ahora bien: se ha observado, no sin agudeza, que si el recurso contemplado por el referido art. 25 del Pacto existe para discutir también actos de funcionarios oficiales, ello impone programar el amparo contra decisiones del Poder Judicial, no exceptuadas por tal art. 25, de su radio de cobertura (véase *supra*, nota 190). Pero debe alertarse que si el ordenamiento procesal vigente en un país contempla otros mecanismos impugnativos de esos pronunciamientos, útiles para los habitantes, no es indispensable pensar en un amparo sobre las resoluciones de los jueces, ya que tales dispositivos satisfarían los recaudos demandados por el art. 25.

82. *Evaluación*

Las reflexiones que anteceden intentan demostrar que el amparo contra decisiones judiciales no debe planificarse ni por *hobby* ni por mero diletantismo legislativo, ni tampoco por la manía de importar institutos sin ponderar sus bondades y defectos. No se trata aquí de innovar por la innovación misma, ni presumir que todo cambio es bueno por el mero hecho de ser cambio, o que lo nuevo vale por la sola circunstancia de ser distinto a lo ya existente. Además, el plagio jurídico puede ser una enfermedad tan perniciosa como la ausencia legal de un instituto determinado.

Primero habrá de tenerse en cuenta si en el mercado forense de un país concreto hay o no una demanda real y apreciable del amparo

contra resoluciones judiciales, y de haberla, si es fundada o no. En caso de ser positiva la respuesta, deberá instrumentarse legislativamente con sumo cuidado a la figura que comentamos, procurando regularla como medio supletorio, o al menos, como posibilidad excluyente de otras impugnaciones. También será prudente habilitarla nada más que ante el superior en grado del juez autor de la resolución cuestionada.

Si se trata de establecer amparos contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia, a tramitar ante un Tribunal o Corte Constitucional, obviamente en países que cuentan con este tipo de jurisdicción constitucional especializada, el legislador deberá ser cauto a fin de no deslucir la posición institucional de la primera. Una sugerencia puede consistir en atribuir al Tribunal o Corte Constitucional un papel revisor más bien de tipo extraordinario, para supuestos especiales y graves de arbitrariedad -esto es, de maxierroses- en lo resuelto por la Corte Suprema.¹⁹⁹

Finalmente, después de la admisión por parte de un Estado del Pacto de San José de Costa Rica, aumenta la necesidad de programar algún tipo de amparo contra decisiones judiciales, a raíz de los amplios términos que en materia de legitimación pasiva utiliza el art. 25 de la referida Convención. No obstante, la interpretación de dicho texto no se satisface con una mera lectura literal. Si en un país determinado existen ya mecanismos procedimentales eficientes y realmente operativos para impugnar las resoluciones judiciales que pudieran lesionar derechos humanos, ello cumple la necesidad de instrumentar el recurso "sencillo y rápido" o "efectivo" que demanda el mentado art. 25, en cuyo caso resultaría redundante crear específicamente el amparo contra veredictos judiciales.

En todo caso, parece aconsejable la adopción de reglas procesales específicas para regular al amparo contra decisiones de jueces, diferentes

¹⁹⁹ El tema de interponer amparos ante una Corte o Sala Constitucional (cuando ella existe), respecto de decisiones de órganos de la jurisdicción constitucional ordinaria, y en particular, de la Corte Suprema de ésta, es siempre conflictivo. A título meramente de ejemplo, véase CANOSA USERA, Raúl: "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta", en *Ius et praxis*, Año 4, n° 1, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Talca, 1998, pp. 24 y ss.; CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo: "Tutela contra sentencias (el caso colombiano)", ídem, pp. 153 y ss. Algunas veces la Constitución local contempla una "revisión" por parte de la Sala o Corte Constitucional de las sentencias de amparo pronunciadas por la jurisdicción ordinaria, que si bien no es técnicamente un "amparo" contra tales pronunciamientos, de hecho habilita un control (que puede ser profundo) sobre ellos.

en parte a las del amparo común, por las particularidades que aquél a menudo presenta.

Capítulo XV

EL AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES*

83. *Introducción. Tesis negatoria*

No todas las legislaciones admiten la acción de amparo contra particulares, y las que lo aceptan, tampoco lo hacen del mismo modo.

La doctrina negatoria utiliza tres razones principales:

- a) *Argumento fáctico*. Éste puntualiza que los sujetos privados carecen del poder real con que cuenta el Estado. Por ejemplo, los particulares no tienen en sus manos a la fuerza pública; su voluntad no posee *imperium*; sus hechos o actos, “por más prepotencia dramática que exhiban, no pueden ser jamás actos del poder público”. A diferencia del Estado, que está en condiciones de imponerse unilateralmente, los habitantes comunes precisan del auxilio oficial para consumir sus decisiones.²⁰⁰
- b) *Argumento jurídico*. Desde esta perspectiva, los derechos constitucionales, concebidos como derechos públicos subjetivos, importarían derechos de los particulares frente al Estado, más que derechos de esos particulares frente a otros particulares. Siguiendo a Balladore Pallieri, por ejemplo, la minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en el célebre caso “Kot S.R.L.” sostuvo que “jurídicamente

* Publicado inicialmente en ARAZI, Rolano (Coord.): *El derecho procesal en las vísperas del siglo XXI. En memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 407 y ss.

²⁰⁰ FIORINI, Bartolomé A.: “El recurso de amparo”, *LL*, 93-950.

hablando, todo derecho del hombre muestra una configuración que podría llamarse bifronte: uno de sus lados mira hacia el Estado y presenta el derecho revestido de la calidad de garantía constitucional; el otro lado, en cambio, mira hacia los terceros particulares y, desde él, el derecho es específicamente privado”. Para la tutela del derecho público subjetivo, operaría la garantía del amparo. Para la protección del derecho frente a agresiones de particulares, el resto de los dispositivos contemplados por el ordenamiento jurídico.²⁰¹

Coadyuvando con lo dicho, Rafael Bielsa ha señalado que la acción de amparo se programa habitualmente contra actos arbitrarios, “y el particular no puede cometer jurídicamente arbitrariedad, porque no tiene autoridad jurídica formal, no aplica disposiciones, no dicta sentencias, no ordena detenciones, no clausura locales de asociaciones”.²⁰²

Finalmente, se ha indicado también que el amparo existe para resolver el conflicto entre la *autoridad* y la *libertad*, esto es, entre un acto lesivo emanado del Estado y un derecho perjudicado, del que es propietario un particular. En cambio, el amparo contra particulares procuraría atender una cosa distinta: el conflicto entre *dos libertades* (la de un sujeto privado y la de otro), temario que, en principio, parecería ajeno al instituto de la acción de amparo.²⁰³

- c) *Argumento de la suficiencia*. El mismo indica que los hechos de particulares que dañen derechos constitucionales de otros particulares, hallan respuesta adecuada en las previsiones procesales ordinarias. Por ende, el amparo resultaría superfluo.

Así, cuando el acto lesivo del particular tipifique un delito, deberá radicarse la denuncia penal pertinente (y en el supuesto de que, por ejemplo, la policía no actúe, corresponderá un amparo por mora o inacción de la autoridad pública). A su turno, si el hecho en cuestión no importa una conducta reprimida penalmente, el afectado tendrá a su disposición el conjunto de medidas cautelares

²⁰¹ JA, 1958-IV-216.

²⁰² BIELSA, Rafael: *El recurso de amparo*, Depalma, Buenos Aires, 1965, p. 216.

²⁰³ CARRIÓ, Genaro: *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pp. 113 y 153.

(v.gr., de no innovar, innovativas) y de procesos (ordinarios o sumarios, sumarísimos, ejecutivos, etc.) para la tutela de su derecho constitucional en juego, vigentes en el ámbito civil, comercial, laboral, agrario, etc.²⁰⁴

84. *Evaluación*

La tesis negatoria tiene su cuota de verdad, pero a la postre no es siempre convincente.

El *argumento fáctico* es valedero en cuanto que, por lo común, un particular tiene menos poder material que las reparticiones públicas; pero otras veces no es así. En el citado caso “Kot S.R.L.”, la Corte Suprema argentina advirtió que en las últimas décadas, “...además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales”.²⁰⁵ La Corte concluye que si en presencia de tales condiciones los jueces tuviesen que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a esas organizaciones colectivas, ello importaría la frustración de la Constitución.

En los hechos, en efecto, particulares o grupos de particulares pueden contar con una cantidad de poder material similar al del Estado (y en ciertas situaciones, aún superior a él). La ocupación de una empresa, la adopción de medidas de fuerza al estilo de huelgas o paros, el corte de rutas, calles y puentes, la expulsión de miembros de ciertas asociaciones o de alumnos de establecimientos educativos, muestra por cierto el enorme poder fáctico que manejan sujetos privados.

El *argumento jurídico* es asimismo endeble. “Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos –porque son derechos

²⁰⁴ En tal sentido, Fiorini (ob. y loc. cit.) explica que para los actos privados que sean ilícitos, “la actividad policial basta y sobra”.

²⁰⁵ JA, 1958-IV-216.

esenciales del hombre-, esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de autoridad.” Esta afirmación, expuesta asimismo por la Corte Suprema argentina en “Kot S.R.L.”, pone las cosas en claro. Como bien dijo la Corte Suprema de Iowa en “Hunter v. Colfax”, la Constitución protege al pueblo de los excesos del Gobierno, pero también al pueblo de los excesos del propio pueblo.²⁰⁶

Del mismo modo, resulta dogmático afirmar que un sujeto privado no puede jurídicamente cometer arbitrariedad. Si por ésta se entiende un comportamiento *irrazonable* o *ilegítimo*, es evidente que esos vicios pueden presentarse tanto respecto a actos estatales como de particulares. Las conductas abusivas, injustas, discriminatorias, caprichosas o ilegales (como también las inconstitucionales) son perpetrables por los sujetos privados como por los agentes públicos. En definitiva, lo que define como inconstitucional a un suceso o evento, es su oposición a la Constitución y no la calidad del sujeto que lo realiza.

Lo dicho sirve, por último, para derrumbar el subargumento de que el amparo está para dirimir la oposición entre “autoridad y libertad”, y no entre “dos libertades”. El amparo, efectivamente, está para garantizar derechos, sea que esos derechos resulten lesionados a raíz de un conflicto de una u otra clase. Por ejemplo, la libertad de industria y de comercio está tan dañada cuando la autoridad pública clausura ilegítimamente una fábrica como cuando un grupo de obreros la ocupa.

Un caso típico de conflictos constitucionales entre dos libertades lo registra, por ejemplo, la oposición entre libertad de prensa y derecho al honor, o derecho a la intimidad, en cuyo caso ha tocado a la judicatura definir el ejercicio razonable e irrazonable de la libertad de expresión por particulares, frente a los derechos de otros particulares a su honra y privacidad.²⁰⁷

Resta evaluar el peso del *argumento de la suficiencia*. Para los Estados que asignan al amparo un rol subsidiario o supletorio, esta acción solamente opera si los otros procedimientos (judiciales o administrativos) no son idóneos para afrontar el acto lesivo.

Pues bien: es verdad que, normalmente, los agravios constitucionales motivados por hechos u omisiones de los particulares

²⁰⁶ Conf. SCHWARTZ, Bernard: *Los poderes del Gobierno*, t. I, trad. por José J. Olloqui Labastida, UNAM, México, 1966, p. 25.

²⁰⁷ Conf. por ejemplo el caso “Aponte v. Lugo” y sus citas, en SANTA PINTER, J. J.: *Interpretación de los derechos civiles en Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, Río Piedra, 1980, p. 75 y ss.

encuentran solución en la batería de medidas cautelares y de acciones, demandas, interdictos, juicios, procesos, medidas precautorias, recursos y otros mecanismos en vigor. En tal hipótesis, el amparo contra actos de particulares pierde en buena medida su razón de ser, tornándose admisible. La jurisprudencia ha indicado, por ejemplo, que si una medida de no innovar, o innovativa, logra que el curso regular de un proceso no produzca un agravio irreparable al perjudicado en un derecho constitucional, el amparo no es viable.²⁰⁸

El problema se presenta cuando el arsenal procesal que citamos no brinda una respuesta satisfactoria. Supónganse el caso de un alumno expulsado de un establecimiento educativo privado; de la fábrica ocupada por obreros, si el hecho no es delito; o la situación de una persona gravemente enferma a la que la empresa médica a la que está asociada le niega la prestación de servicios. Es evidente que entonces la acción de amparo recobra su sentido y aparece como indispensable.

En resumen, el argumento de la suficiencia parte de una afirmación dogmática de derecho: que *siempre* el derecho procesal brinda soluciones eficaces a los agravios inferidos por particulares a otros particulares, en los derechos constitucionales de estos últimos. Tal presunto axioma es en ciertos países verdaderos y en otros falso. Cuando no es cierto, la vía del amparo contra actos de particulares tiene que prosperar, so pena de tornar inoperante, en tales casos, a la Constitución.

85. *Proyección normativa*

La tesis negatoria tiende a replegarse en el derecho comparado, aunque mantenga firmeza en ciertos países, como México. En Alemania, no obstante la negativa inicial, ha contado con una interesante apertura jurisprudencial.²⁰⁹

²⁰⁸ Véase CSJN, *Fallos*, 246: 380; 257: 125. Hemos desarrollado el tema en SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*. t. 3, Acción de amparo, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, pp. 9, 563 y ss.

²⁰⁹ Conf. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén: *La tutela de los derechos fundamentales*, Juricentro, San José de Costa Rica, 1990, pp. 110/112; BREWER- CARIAS, Allan R. y AYALA CORAÑO, Carlos M.: *Ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, p. 137, nota 43.

86. *Tesis admisoría. El particular en ejercicio de funciones públicas*

La primera posición –moderada- permisiva del amparo contra actos u omisiones de sujetos privados, la consiente cuando éstos desempeñan funciones públicas. En tal caso el amparo se otorga porque el particular está cumpliendo tareas en verdad estatales, por delegación o concesión del propio Estado, y casi siempre con facultades o poderes que son típicos del Estado.

En esta situación se ubican, por ejemplo, Brasil (en su Constitución de 1988, art. 5, LXIX), que programa el amparo contra personas jurídicas “en ejercicio de atribuciones del poder público”; Costa Rica (art. 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional 7135), que lo prevé contra sujetos de derecho privado “cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas”, o Colombia (el decreto 2591/91 art. 42, inc. 8), habla del “particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas”.²¹⁰

87. *El amparo contra prestatarios de servicios públicos*

Una aplicación de la tesis de la procedencia del amparo respecto de sujetos privados que cumplimenten tareas públicas ha sido el caso de los particulares que operan como concesionarios o prestadores de servicios públicos.

Caben aquí dos posibilidades. Una entiende que si la Constitución o la ley contempla el amparo contra sujetos privados que ejercen en general funciones públicas, todo concesionario de un servicio público es eventualmente sujeto pasivo del juicio de amparo, por ejemplo si se niega a prestar aquél.²¹¹

²¹⁰ Véase, por ejemplo, OTHON SIDOU, J. M.: *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular*, 3ª ed., Forense, Río de Janeiro, 1989, pp. 207/209, 309.

²¹¹ En el derecho argentino, ha sido frecuente que los amparos dirigidos contra concesionarios de servicios públicos se hayan seguido mediante la ley de amparo contra actos de autoridad pública 16.986: Véase CNFed. Cont. Adm., sala IV, *LL*, 1985-E-352; sala I, *ED*, 117-438. En contra, véase RIVAS, Adolfo A., *El amparo*, 2ª ed., La Rocca, Buenos Aires, 1990, pp. 113 y 115.

En Colombia, el decreto 2591/91 prefirió restringir el amparo contra los prestatarios de *ciertos* servicios públicos, y no de otros. Así, su art. 42, inc. 1, reservó la acción que tratamos primero para los encargados de la prestación del *servicio público de educación*, para proteger los derechos consagrados en los arts. 13 (libertad e igualdad), 15 (intimidad y buen nombre), 16 (libre desarrollo de su personalidad), 18 (libertad de conciencia), 19 (libertad e igualdad de cultos), 20 (libertad de expresión y de recibir información, derecho de réplica), 23 (de petición), 27 (libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra), 29 (debido proceso), 37 (derecho de reunión y manifestación) y 38 (libre asociación) de la Constitución. Como apunta Arenas Zalazar, si están en juego otros derechos constitucionales, el amparo –en este caso de servicio de educación– no procedería.²¹²

También es viable el amparo en Colombia contra prestadores del *servicio público de salud* para proteger los derechos a la vida, intimidad, igualdad y autonomía (art. 42, inc. 3), o contra el encargado de la prestación de *servicios públicos domiciliarios* (art. 42, inc. 3, decreto citado).

88. *Amparo contra particulares en posición de poder*

Esta variable del amparo contra sujetos privados lo planifica con relación a quienes se hallan en “una situación de poder”. Interpretando el art. 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, Rubén Hernández Valle menciona el caso de un padre que en ejercicio de la patria potestad sobre un menor, le niega permiso a éste, arbitrariamente, para salir del país a fin de concurrir a una competición deportiva; o la hipótesis de una fuerte empresa que, en un régimen oligopólico, rebaja sus precios por debajo del costo para tratar de concluir con una competidora.²¹³

A su turno, el decreto 2591/91 de Colombia mencionó dos posibilidades al respecto. El inc. 4 del art. 42 admitió el amparo contra particulares “cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real

²¹² Conf. ARENAS ZALAZAR, Jorge: *La tutela. Una acción humanitaria*, Doctrina y Ley, Bogotá, 1992, pp. 165/167.

²¹³ HERNÁNDEZ VALLE: ob. cit., pp. 114/115.

de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o de indefensión con tal organización”; y el inc. 5 “cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

Esta ampliación del amparo contra particulares lo hace posible en circunstancias donde el autor del acto lesivo tiene una cierta similitud con la autoridad pública en el sentido que se halla en un grado de superioridad respecto del sujeto perjudicado por su conducta activa u omisiva. Dicho de otro modo, el amparo “entre iguales” no sería aquí viable, pero sí el amparo “entre desiguales”.

La *situación de poder* que autoriza este amparo puede presentarse *de derecho* o *de hecho*,²¹⁴ con lo que se abre, en la segunda alternativa, un debate fáctico sobre el grado de intensidad de la superioridad del sujeto demandable. Es de suponer que no cualquier caso de “subordinación o indefensión” puede autorizar el amparo, y que deberá tratarse de uno *relevante*, o apreciable. La determinación de esa cuota o dosis de inferioridad del actor (y de correlativa superioridad del demandado) provocará a menudo incidentes judiciales que pueden complicar el éxito del amparo en cuestión.

89. *Amparo contra particulares, en función del derecho involucrado*

Algunas veces el derecho procesal constitucional habilita la acción de amparo contra sujetos privados para la protección específica de ciertos derechos.

En tal orientación, el art. 42, inc. 5 del decreto 2591/91 de Colombia establece el amparo contra particulares “cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el art. 17 de la Constitución”, vale decir, la norma constitucional que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y trata de seres humanos en todas sus formas.

El inciso 6 del mismo decreto contempla otro amparo contra cualquier “entidad privada”, en ejercicio del hábeas data tratado por el art. 15 de la Constitución. Esta subespecie de amparo tiene por fin tutelar el

²¹⁴ Ídem, p. 114.

derecho de toda persona a “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

El hábeas data, originado por la Constitución brasileña de 1988, ha sido regulado ocasionalmente como un amparo especializado, aunque algunas veces fue restringido para cuestionar actos de autoridad pública (v. gr., ley 4.444 de la provincia de Jujuy, Argentina).²¹⁵

Por último, el inciso 7 del citado art. 42 del decreto 2591/91 de Colombia planifica la acción de tutela (amparo) en cuanto particulares, a fin de efectivizar el derecho de “réplica”, o de rectificación de informaciones erróneas o inexactas. En este caso, puntualiza el citado inciso, el peticionante del amparo deberá anexar a su solicitud la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada, en condiciones que aseguren su eficacia.

Al igual que Colombia, la provincia de Río Negro (Argentina) ha instrumentado por ley 2384 el “amparo informativo”, a fin de concretar el uso del aludido derecho de réplica, también contra actos de particulares.²¹⁶ Con anterioridad, la Ley de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica 7135, organizó el amparo en garantía del derecho de rectificación o respuesta, contra el “dueño o director del órgano de comunicación” que difundió la información inexacta o agravante (art. 69 inc. a). Es otra variante, pues, del amparo contra actos de particulares, si el medio de difusión no pertenece al Estado.

Cuando el derecho positivo autoriza la acción de amparo contra particulares en protección de algunos derechos constitucionales (cosa que puede implicar no admitirlo en tutela de otros), da a entender que aquellos derechos son reputados esenciales o fundamentales, o que requieren una garantía rápida, sólo realizable a través del trámite comprimido del amparo.

²¹⁵ Conf. SAGÜÉS, Néstor P.: “El amparo informativo”, *LL*, 1991-D, 1034; *Derecho Procesal Constitucional...* cit, pp. 652 y ss.

²¹⁶ Conf. SAGÜÉS: *Derecho Procesal Constitucional...* cit, pp. 657 y ss. En la Argentina, la Corte Suprema aceptó el amparo para la réplica (“Ekmedjian”: *LL*, 1992-C-543).

90. *Admisión amplia*

En algunas naciones el amparo respecto de actos u omisiones de sujetos privados es programado de manera abierta, sin restricciones derivadas de la materia o derechos en juego.

La Argentina, por ejemplo, reconoció jurisprudencialmente la existencia de este amparo en el caso “Kot S.R.L.”, aunque después la ley 16.986 lo negó. Sin embargo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al año siguiente, volvió a admitirlo y lo reguló en los arts. 321 y 498, instrumentándolo a través del juicio sumarísimo, “cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por ninguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes” La reforma constitucional de 1994 adoptó, más tarde, expresamente al amparo contra actos de particulares (art. 43).

Chile también ha reglamentado el “recurso de protección” (amparo) con relación a actos lesivos provenientes “de cualquiera autoridad u otro particular” o de “personas que no son autoridad” (Evans, Silva Bascañán).²¹⁷ En el ámbito jurisprudencial de este país, recuerda Soto Kloss, hubo alguna jurisprudencia inicial restrictiva, pero posteriormente se abrió paso a la corriente admisoria.

Paraguay se suma a esta orientación, incluso por imperativo constitucional, variable que Enrique A. Sosa comenta elogiosamente, ya que –indica- lo relevante en el amparo es reparar la lesión a un derecho constitucional, y lo accesorio es preguntarse quién produjo ese atentado.²¹⁸ El art. 134 de la nueva Constitución (año 1992) contempla igualmente el amparo contra hechos manifiestamente ilegítimos “de una autoridad o de un particular”.

Otro caso de interés es Venezuela, donde a la postre la acción de amparo es viable con relación a personas naturales (autoridades o particulares) y personas jurídicas, y en este caso, tanto de derecho público

²¹⁷ SOTO KLOSS, Eduardo: *El recurso de protección*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1982, pp. 312 y ss.

²¹⁸ SOSA, Enrique A.: *La Acción de amparo. Derecho paraguayo y comparado*, La Ley Paraguaya, Asunción, 1988, p. 86.

como de derecho privado; es decir, entes estatales o no estatales. Así, por ejemplo, colegios profesionales, o el Consejo de Honor de la Federación de Tiro de Venezuela.²¹⁹ La ley orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales del año 1988 diseñó en definitiva el amparo también “contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas, que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta ley” (art. 2), derechos que en definitiva son todos los emanados de la Constitución y aún los fundamentales de la persona que no figuren expresamente en ella (art. 1).

91. *Problemas propios del amparo contra particulares. El trámite*

Uno de los interrogantes más comunes, cuando se admite el amparo en cuanto hechos de sujetos privados, es el tipo de proceso que debe regirlo.

Algunas legislaciones –la argentina, v. gr.- programan al respecto un procedimiento diferente al del amparo contra actos de autoridad pública. La ley 7135 de Costa Rica, por su parte, también diferenció el curso “del amparo contra órganos o servidores públicos” (Título III, Cap. I), “del amparo contra sujetos de derecho privado” (Cap. II), aunque supletoriamente rigen para el segundo las reglas del primero. (art. 65 ley citada).

En rigor de verdad, no parecen existir razones de peso que justifiquen un trámite distinto para uno u otro amparo, aunque sí pueden explicarse algunos dispositivos particulares para cada uno de ellos (v. gr., respecto de quién debe notificarse la demanda cuando ella se plantea contra grupos no organizados jurídicamente).

Uno de los temas más preocupantes en el área procedimental es el concerniente, precisamente, a la notificación del requerimiento de amparo cuando el sujeto autor del acto lesivo es plural e indeterminado (supóngase el caso de decenas de empleados que están ocupando un establecimiento fabril, o de estudiantes que han ocupado una casa de estudios).

²¹⁹ BREWER-CARIAS-AYALA CORAO: ob. cit., p. 138.

Cierta jurisprudencia²²⁰ ha señalado que el amparo contra particulares no puede dilucidarse *in audita parte*, y que por tanto cabe identificar a los autores del acto lesivo. En los ejemplos que hemos dado, esa exigencia tornaría prácticamente inviable el amparo. La ley 16.986 de la Argentina, respecto del amparo contra actos de autoridad pública, exige la individualización *en lo posible* del autor del acto u omisión impugnados (art. 6, inc. b), y tal pauta debe regir, analógicamente, para el amparo contra particulares. En los supuestos de actos de ocupación que hemos descrito, bastaría por tanto dirigir la cédula o requerimiento, de modo genérico, a los “ocupantes” del inmueble respectivo, sin necesidad de proceder, previamente, a su identificación uno por uno.

Debe recordarse, en este punto, que el objeto del amparo no es descubrir ni castigar a los autores de actos inconstitucionales, sino proteger a los derechos conculcados: de ahí que la ignorancia del responsable del acto no debe, en principio, obstaculizar el éxito de la acción (Lazzarini).²²¹

92. *Proliferación de amparos. Extinción de amparos*

Una de las consecuencias más discutibles de la admisibilidad generosa del instituto del amparo contra actos de particulares, es que una significativa cantidad de procesos que se tramitan habitualmente por otras rutas procesales (juicios sumarios, ejecutivos, especiales, etc.), se diligencien por medio del amparo, provocando así una inflación de éste, situación que, a su turno, no es raro que determine una correlativa devaluación sociológica del mismo.

El problema se agrava cuando el ordenamiento jurídico del caso sigue el criterio del amparo como *vía alternativa*, en el sentido que el afectado por un acto lesivo a un derecho constitucional, puede optar entre plantear su reclamo por un procedimiento corriente, o por medio del amparo. En tal supuesto, es factible que prefiera el amparo, dada la “magia” procesal y el halo de respeto que tradicionalmente envuelve a éste último, opción que acarrea una multiplicación irrefrenable de los expedientes de amparo. Con el tiempo, la proliferación de los amparos

²²⁰ CNCiv., sala A, *ED*, 28-29, en “Curtiembre General Paz S.A.”.

²²¹ LAZZARINI, José L.: *El juicio de amparo*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 389. Es la doctrina prevaleciente, sostenida también por Germán J. Bidart Campos (*Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1969, pp. 385/387).

deslucen el prestigio procesal del instituto, que termina por convertirse en un procedimiento más.

Por el contrario, cuando la norma regulatoria del amparo contra particulares lo reserva como *trámite supletorio, residual o heroico* (al estilo de la Argentina, v. gr.), puede darse la situación inversa: la contracción de este amparo a supuestos raros y solitarios, ya que, por lo común, los reclamos contra particulares encuentran remedio en los otros procesos vigentes. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia argentina ha manifestado en algunas oportunidades que el amparo “no puede ser utilizado cada vez que los contratantes discuten el alcance de un contrato”,²²² y que no es admisible para el reconocimiento de derechos patrimoniales.²²³

Dentro del esquema del amparo como camino supletorio o residual (es decir, que actúa sólo cuando no hay otros trámites eficaces para atender la lesión al derecho constitucional) hay, no obstante, respuestas inteligentes para evitar la extinción de tal figura. Por un lado, cabe reconocer con sinceridad que en ciertas hipótesis el amparo es “el único medio de tutela jurisdiccional con que contaría un particular frente al agravio de otro particular”.²²⁴ Tal es el supuesto, por ejemplo, de alumnos expulsados de colegios privados, que de ir a los trámites ordinarios, perderían seguramente el curso lectivo.

Otra vía interesante de apertura del amparo es respecto de pleitos laborales o previsionales, donde en función de características particulares (como la edad del actor, la necesidad de proveerse urgentemente de medicamentos o atención médica, etc.) es razonable pensar en aquel proceso y no en los pleitos ordinarios de la justicia del trabajo o del fuero previsional, cuando éste existe. Incluso es posible (siempre en casos especiales) habilitar al amparo para la percepción de cifras dinerarias, en

²²² Así, por ejemplo, se ha rechazado el amparo para discutir en él si un contrato era de locación o de hospedaje; la ruptura intempestiva de una relación de trabajo; la posesión de unos terrenos, según un contrato entre un particular y la Administración pública; la pretensión de dejar sin efecto un acuerdo de voluntades; véase *LL*, 135-875, y SAGÜÉS: *Derecho Procesal Constitucional...* cit., p. 153.

²²³ P. ej., CSJN, *Fallos*, 265:325; “Neuquén c/YPF” (*ED* 138-588). Pero en “Peralta”, la Corte ha tratado el amparo en materia de derechos patrimoniales (*ED*, 144-271). Hoy ya no se discute que el amparo nacional proteja a todos los derechos.

²²⁴ SOTO KLOSS: ob. cit., p. 314.

función de las condiciones personales del demandante, o de la relación jurídica concreta que une a las partes.²²⁵

En última instancia, toca a la judicatura apreciar con prudencia cuándo hay y cuándo no una vía paralela o previa al amparo que resulte apta o eficaz para atender razonablemente a la lesión de un derecho constitucional. En la tesis del amparo como remedio supletorio, cabe reiterar que éste no es una vía ordinaria, sino reservada para casos que no hallan respuesta adecuada en otras alternativas procesales.

93. *La intervención de particulares en los amparos contra autoridades públicas*

Una cuestión inquietante es la participación de sujetos privados en un amparo interpuesto contra actos de autoridad, cuando el acto lesivo que se atribuye a ésta beneficia a los primeros. En tal hipótesis, resulta razonable prever algún modo de actuación de esos terceros en el amparo, ya que, al fin de cuentas, tanto derecho tiene un particular para impugnar por vía de amparo un comportamiento estatal que lo perjudica, como otro particular a defender ese mismo comportamiento, si lo beneficia.

El tema ha determinado, por ejemplo, que se conceda al tercero que tenga algún derecho subjetivo derivado del acto impugnado, a ser conceptualizado como *parte* del amparo; o que si únicamente tiene un interés legítimo en el resultado del recurso, sea tenido como *coadyuvante* (art. 34, ley 7135 de Costa Rica).

Estas admisiones pueden generar, no obstante, complicaciones y demoras en la rápida tramitación del amparo. En esta materia, aunque la doctrina excluye casi siempre la figura de la intervención *excluyente* de terceros en el amparo, sí contempla la intervención *adhesiva litisconsorcial* (caso de cotitularidad del derecho en juego, por más de un actor; o de colegitimación pasiva, si los responsables del acto lesivo son dos o más particulares), la intervención *coadyuvante* (si un particular tiene un interés jurídico coincidente con el derecho de alguna de las partes originarias del amparo) y hasta la intervención *coactiva*, producto de la citación del colegitimado.²²⁶

²²⁵ Nos hemos referido al tema en “El amparo como cobro de pesos”, *Doctrina Judicial*, 1992-1-1137.

²²⁶ Conf. SAGÜES: *Derecho Procesal Constitucional...cit.*, pp. 384 y ss., donde tratamos con mayor detalle el problema.

Por supuesto, la cuestión que comentamos puede presentarse también cuando terceros son convocados o quieren intervenir en un amparo contra actos de particulares.

Como regla genérica, la intervención de terceros en los amparos debe interpretarse restrictivamente, para no entorpecer la marcha de un proceso que debe ser necesariamente rápido. También aquí deberá confiarse necesariamente en la prudencia de la judicatura en instrumentar soluciones sensatas, en función de las particularidades de cada proceso.

94. *Recapitulación*

El amparo contra actos de particulares ha sido un personaje conflictivo. Negado primero, aceptado después para ciertos supuestos y determinados derechos, termina algunas veces por ser un habitante más del mundo jurídico. En determinadas regiones se ha multiplicado desmesuradamente, mientras que en otras es una especie en vías de desaparición.

Desde una perspectiva global, el instituto merece ser mantenido, reforzado y al mismo tiempo encuadrado razonablemente. Como regla, todo habitante debe ser tutelado en sus derechos constitucionales por una vía expeditiva y eficaz, como el amparo, con prescindencia de la naturaleza estatal o no estatal de quien ha atacado esos derechos. Al mismo tiempo, no cualquier litis merece ser diligenciada según el trámite específico del amparo: de lo contrario, éste se licuará procesalmente, transformándose en un trámite ordinario sin pena ni gloria.

En la difícil tarea de conservar, robustecer y no inflacionar el amparo contra actos u omisiones de sujetos privados, es obvio que subyace un problema de cultura jurídica, de percepción de valores constitucionales y de sensatez en la instrumentación de la acción que tratamos. Bueno es, al respecto, consolidar en los currículums universitarios y en las escuelas judiciales los cursos teórico-prácticos de derecho procesal constitucional, tanto para *entender* como para *aplicar* el sentido que tiene el amparo como instrumento garantizador de la supremacía constitucional.

Capítulo XVI

LOS EFECTOS EXPANSIVOS DE LA COSA JUZGADA EN LA ACCIÓN DE AMPARO*

95. *Introducción. El amparo y la reforma constitucional argentina de 1994*

El nuevo art. 43 de la Constitución Nacional replantea viejos temas y dudas de la acción de amparo. Hemos señalado que la redacción del artículo constitucional no fue la mejor. Algunos de sus párrafos plantean la oposición entre la letra de la cláusula y la intención del constituyente (como, p. ej., respecto al rol subsidiario del amparo, o la extensión de la prohibición de averiguar las fuentes de información periodística, en el hábeas data).²²⁷ En otros casos el constituyente fue avaro en definir ciertas incógnitas clave (así, indicó que el juez podía declarar en el amparo la inconstitucionalidad de las normas en las que se basa el acto lesivo, pero no dijo si ello era factible de oficio, un punto harto polemizado entonces en la doctrina y jurisprudencia nacionales, y que bien merecía aclararse). También tuvo imprecisiones lamentables, cuando señaló, v. gr., que el amparo tutelaba derechos emergentes de la Constitución, de una ley o de un tratado, pero no habló de los derechos nacidos de un decreto o de una resolución ministerial. O al decir que el hábeas data opera en casos de falsedad y discriminación, sin referirse a la

* Publicado en BIDART CAMPOS, Germán J. y otros: *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 19 y ss.

²²⁷ Conf. nuestros trabajos *Derecho Procesal Constitucional*. t. 3, Acción de Amparo, 4ª edición, Astrea, 2002, p. 666, y “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo. A propósito de la intención del constituyente”, *LL*, 1995-D, 1517.

tutela del honor y de la intimidad, otro de los objetivos naturales de este proceso constitucional. El tema lo abordamos también en el Capítulo XVII de este libro.

Demasiados defectos, por cierto, en tan poco espacio.

Este trabajo enfoca un tema complementario: los efectos expansivos (es decir, hacia terceros que no han intervenido en la causa), respecto de los amparos promovidos a raíz del párr. 2º del mencionado art. 43, que dice: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". Para ello, no obstante, parece conveniente puntualizar algunos datos básicos acerca de la legitimación activa que esta misma cláusula regula.

96. *Ampliación de la legitimación activa*

La primera cuestión que debe ponerse bien en claro es que la Convención Constituyente de 1994 *no quiso instrumentar la acción popular en el amparo del art. 43 de la constitución*. Una interpretación puramente literal del aludido artículo podría sostener lo contrario, ya que la norma comienza en su párr. 1º diciendo: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo...", mientras que el párr. 2º puntualiza: "Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones...". Una lectura gramaticalista podría concluir, entonces, que la acción de amparo puede ejercitarse por "toda persona", como regla (párr. 1º), es decir, por *cualquier persona*, para los supuestos del referido párr. 1º, mientras que a los fines del segundo (tutela contra la discriminación, defensa del ambiente, de la competencia, del usuario y consumidor, derechos de incidencia colectiva), estarían habilitados nada más que el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones.

Tal exégesis literal es, en primer término, absurda. Si "toda persona", vale decir, cualquiera, pudiese articular el amparo para la protección de derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, ¿qué sentido tendría decir después, en el párr. 2º, que el

afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones, tienen legitimación para promover amparos en pro del ambiente, del consumidor, de los derechos de incidencia colectiva, etc.¿ La hermenéutica gramaticalista llevaría al absurdo de concluir que para amparar cualquier derecho, cualquiera podría hacerlo (aunque fuese el derecho de otro), mientras que para proteger los derechos de incidencia colectiva, del usuario y consumidor, etc., se restringiría (en lugar de ampliarse) la legitimación, ciñéndola al afectado, el Defensor del Pueblo y ciertas asociaciones.

El auténtico sentido del constituyente, en cambio, fue limitar la legitimación en los amparos comunes a los afectados, sin permitir la acción popular, y abrir la legitimación en favor tanto del afectado, como del Defensor del Pueblo y de determinadas asociaciones, para las hipótesis de discriminación, tutela de los usuarios, de los consumidores, de la competencia, del ambiente y de los derechos de incidencia colectiva. La enérgica negación de la acción popular, en el despacho mayoritario, quedó bien claro en la comisión de redacción como en el plenario habido en el recinto de la Convención Constituyente.²²⁸

De todos modos, es importante señalar una mutación habida en el texto del art. 43 de la Constitución Nacional, en cuanto (siempre con referencia a la gama de derechos conectados con la discriminación, el usuario, la competencia, el ambiente y los derechos de incidencia colectiva) las asociaciones legitimadas para hacerlo. El art. 43 refiere a las que "propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". Alude, pues, a

²²⁸ Ante la propuesta del Frente Grande de incluir la palabra "También", antes del inicio del párrafo 2º del futuro art. 43 de la Constitución Nacional, medió la oposición del constituyente Cullen, quien advirtió que si ello se hacía, podía entenderse que en el amparo había acción popular, dado que el primer párrafo comenzaba con "Toda persona", y el segundo diría que *también* podían promoverlo el Defensor del Pueblo y las asociaciones. A fin de aventar la hipótesis de la acción popular, no se aceptó entonces la inclusión de la palabra "también", y en cambio se insertó en el párrafo 2º al "afectado", por entender que en asunto de derechos colectivos o difusos, si había alguien particularmente afectado, él también podía presentar un amparo. Conf. *Convención Nacional Constituyente. Diario de Sesiones*, 1994, pp. 4259/60. En síntesis, "se suprimió del párr. 2º (del hoy art. 43) la acción popular de los derechos colectivos": *Diario de Sesiones*, p. 4115. Véase también TORICELLI, Maximiliano: "La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución nacional", en BIDART CAMPOS y otros, *El amparo constitucional*, cit., p. 33 y ss., con un exhaustivo desarrollo del problema. En su consecuencia, no nos parece compartible la doctrina que tiende a conferirle al amparo, en virtud del párrafo 1º del art. 43 de la Constitución, índole de acción cuasi popular. En pro de esto último, véase PEYRANO, Guillermo F.: "La posibilidad del amparo en favor de terceros en el marco del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional", *JA*, 1995-IV-916.

una norma futura que legislará el punto. Hasta que esa norma se dictase, por ende, no había asociaciones "registradas conforme a la ley", para articular tales amparos. Sin embargo, una jurisprudencia generosa, realizó una interpretación mutativa por sustracción, y admite tales amparos pese a que la ley no se dictó, y respecto a asociaciones que estén regularmente formadas según la ley vigente al momento de plantear el amparo, aunque no fuese aquella ley específica que demanda el mentado art. 43. Tal corriente jurisprudencial ha sido convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²²⁹

97. *Los derechos "de incidencia colectiva"*

Puntualizar cuándo hay un problema de discriminación, o referido al ambiente, al usuario, a la competencia, o a los consumidores, resulta una tarea relativamente sencilla. No es tan fácil, en cambio, determinar qué es un derecho "de incidencia colectiva", "en general", dentro del esquema del art. 43 de la Constitución Nacional.

Veamos las hipótesis de mínima y de máxima. Si un empleado público es cesanteado arbitrariamente, v. gr. por haber llegado tarde a su trabajo una sola vez, estamos frente a un derecho individual lesionado, y el interesado tendría abierta, como *afectado*, la vía del amparo. Al mismo tiempo, si se estableciera para todos los habitantes un deber religioso (v. gr., ir a misa obligatoriamente), es evidente también que se trataría de un incuestionable "derecho de incidencia colectiva", clamar contra la imposición de un acto que viola la libertad de cultos, que incluye el de no practicarlos, o de practicarlos como a uno le venga bien. En tal sentido, una versión del concepto de derechos de incidencia colectiva en sentido estricto, fue dada por el convencional Quiroga Lavié, cuando los identificó con "los derechos públicos de la sociedad", los que "tenía la sociedad como ente moral o colectivo",²³⁰ con lo que se haría referencia a derechos que corresponden a la globalidad de los habitantes.

El problema son las situaciones intermedias, donde el número de los involucrados por un acto lesivo no abarca a la totalidad de las

²²⁹ Conf. el caso "Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina", fallado por la CSJN el 22/4/1997 (LL, 1997-C, 322), y su comentario por TORICELLI, Maximiliano: "Los alcances del artículo 43 párr. 2º: ¿Una doctrina consolidada?", LL, 1997-D-85.

²³⁰ *Diario de Sesiones*, ob. cit., p. 4122.

personas. Supóngase que un decreto establece una reducción en las jubilaciones de los que perciben, por ejemplo, más de \$ 5.000, limitándolas a \$4.500, so pretexto del estado difícil de las cajas respectivas. Nadie discute que cada afectado podría promover su amparo, con éxito o no, pero siempre con legitimación para hacerlo. La incógnita es si el Defensor del Pueblo, o, v. gr., una hipotética "Asociación pro defensa de la clase pasiva", está legitimada para plantear una acción de amparo en pro de *todos* los jubilados a los que se les redujo sus haberes. Entre éstos, puede haber quienes rechazan el descuento, pero también otros, conformes con la baja de sus haberes, convencidos, por ejemplo, de que ello sería un acto de solidaridad social. Éstos últimos, de ser aceptado el amparo, gozarían de una sentencia que los favorecería, pero que aún así no querrían gozar, por motivos, como se dijo, de solidaridad.

La jurisprudencia transita por ese mar de dudas. Por ejemplo, en "Confederación General del Trabajo c/Poder Ejecutivo Nacional", la Cámara Nacional del Trabajo, Sala de FERIA, señaló en el voto mayoritario que el interés colectivo, o derecho de incidencia colectiva, "no equivale a la suma de los intereses individuales de los integrantes del grupo; antes bien, los engloba y trasciende, en cuanto implican necesidades o aspiraciones que sólo pueden hallar satisfacción a través del grupo". De todas maneras, el mismo fallo admite que un acto lesivo puede perjudicar a un grupo, globalmente considerado, y a uno de sus integrantes en particular (el "afectado" directo), y que ambos tienen legitimación para promover el amparo.²³¹ Pero a su turno, la Cámara Nacional Federal de Seguridad Social, Sala I, en "Mesa Coordinadora Nacional de Organizaciones de Jubilados y Pensionados", con referencia a la suspensión del cobro de retroactividades jubilatorias, puntualizó que el derecho al cobro de esas retroactividades "en modo alguno participa de la naturaleza de un interés difuso, sino muy por el contrario, es un derecho concreto, individual y que afectaría en principio a cada uno de los jubilados en modo particular, razón por la cual resulta perfectamente individualizable".²³²

Probablemente la ruta distintoria pase por lo siguiente: si un acto lesivo se especifica en una serie determinada y concreta de sujetos (p. ej., si se niega la percepción de un aumento a jubilados que tienen -o que no

²³¹ *Doctrina Judicial*, 1997-2-1125.

²³² *Derecho del Trabajo*, 1997-B-2146, con nota de CARNOTTA, Walter F.: "El amparo colectivo previsional", autor que entiende que en la especie había en juego un derecho de incidencia colectiva.

tienen- ciertas condiciones, como los menores de setenta años), el derecho afectado está básicamente personalizado,²³³ y el amparo únicamente podría plantearse por los singularmente afectados, y no por el Defensor del Pueblo y las asociaciones (salvo que entren en danza derechos antidiscriminatorios, del usuario, del ambiente, de la competencia y del consumidor, en donde tales sujetos tendrían legitimación, pero por una explícita habilitación constitucional del mismo art. 43, y no por la vía de "derechos de incidencia colectiva"). En cambio, si el acto lesivo perjudica a una serie indeterminada o difusa de personas, que incluso pueden cambiar cotidianamente (v. gr., la venta ilegal o arbitraria por el Estado de un parque de uso público, con lo que se priva de recreación a todo aquel que pueda pasear por él), el derecho afectado es de "incidencia colectiva", y por ende, defendible por el Defensor del Pueblo y las asociaciones. Ello no impide, en el último caso, que existan asimismo afectados concretos, que también podrían articular el amparo a título de afectados inmediatos.

En definitiva, la calificación de "derecho de incidencia colectiva" no parece depender del número de individuos perjudicados por un acto lesivo, sino de su determinación o indeterminación (vale decir, de su carácter "difuso"). De no aceptarse esta tesis, cualquier acto lesivo que dañase a dos o más personas produciría un "derecho de incidencia colectiva", con la posibilidad de que las asociaciones del caso o el Defensor del Pueblo planteen un amparo, les guste o no a aquellos perjudicados. Por ello, cabe diferenciar los derechos de incidencia colectiva de los derechos homogéneos que abarquen una pluralidad de personas determinadas.

Finalmente, cabe alertar contra lo que podría llamarse la *deificación* de la legitimación procesal amplia para custodiar los aludidos derechos colectivos, difusos o de incidencia colectiva. La mayor parte de la doctrina especializada ha cantado loas en pro de esa apertura, y en buena medida hemos adherido a ella.²³⁴

No obstante, deben prevenirse varias cosas. Una, es que por esa ruta indulgente se arribe a la acción popular, cosa que implicaría un

²³³ También se ha indicado que el carácter de derecho colectivo deriva de dos factores: una serie indeterminada de sujetos comprendidos por tal derecho, y de tratarse de bienes indivisibles. Véase sobre el tema PEYRANO, Guillermo F.: "La acción de amparo como medio de tutela de los intereses colectivos o difusos en el nuevo esquema constitucional argentino", *JA*, 1996-IV-937.

²³⁴ Conf. nuestro *Derecho Procesal Constitucional...* cit., t. 3, pp. 357 y ss.

verdadero contrabando ideológico y normativo en la interpretación de la Constitución, y en definitiva se arribaría a una conclusión que no quiso el constituyente. Otra, que la apertura legitimatoria tiene también sus costos y sus bemoles. Uno de ellos es que el miembro de un grupo plantee acciones que otros miembros del grupo no querrían promover, o incluso que las estimen totalmente contrarias a su punto de vista.

Veamos algunas hipótesis. En "Ekmekdjian c/Sofovich", por ejemplo, un prestigioso profesor de derecho constitucional, invocando su condición de católico, ejerció por vía de amparo el ejercicio del derecho de réplica, ante unos agravios que cierto escritor habría inferido, en un programa televisivo, a la Virgen María.²³⁵ Sin embargo, muchos católicos pensaron (y pensamos) que no era conveniente ni prudente aquella postulación, dado que en realidad las posibles ofensas carecían de entidad suficiente como para mancillar la imagen de la Virgen, y que el *estrepitus fori*, en vez de resguardar su honor, resultaría contraproducente. En síntesis, distintos católicos juzgaban el mismo hecho de modo diferente, pero el amparo (exitoso al fin) fue interpuesto por uno de ellos, en defensa de la religión católica.

Prosigamos. Si se admite que la moral pública es un derecho de incidencia colectiva,²³⁶ una asociación destinada a la tutela de la ética social podría requerir, v. gr., la censura de un film que reputa pornográfico, siempre a tenor del art. 43 de la Constitución Nacional. Si triunfa en su amparo, esa censura beneficiaría a quienes coinciden con la descalificación ética de la película cinematográfica, pero castigaría a los que, en cambio, la reputasen aceptable, o incluso recomendable. Y a este último grupo no se le dará normalmente participación en el amparo, razón por la que resultan dañados *in audita parte*.

El tema ha tenido actualidad con un par de sonados casos. En la censura del film *La última tentación de Cristo*, del director Martín Scorsese, una minúscula asociación de estudiantes católicos obtuvo la prohibición de proyección del film por un canal por cable de televisión. Lo curioso fue que el arzobispado de Buenos Aires había dejado en

²³⁵ LL, 1992-C, 543.

²³⁶ Antes de la reforma constitucional de 1994, se puntualizó que la moral pública era un ingrediente del bien común, y que éste importa un interés colectivo o difuso, sobre el que tienen legitimación activa los particulares en general, dado que las víctimas del caso, si aquélla es atacada, son "el conjunto de los habitantes, de una manera personal y directa". Conf. CNCivil, sala I, en "Bosch", JA, 1994-I-523, con nota de SAGÜES, Néstor P.: "Acción de amparo, intereses difusos y acción popular".

definitiva a criterio de cada católico el ver o no a la película. No obstante, la referida asociación obtuvo lo que muchos católicos no querían (la censura), se impuso de hecho al criterio del arzobispado, y logró, claro está, la censura también en cuanto los no católicos.²³⁷

Con relación a un publicitado y discutido rebalanceo de tarifas telefónicas, que por cierto perjudicaban a muchos y beneficiaban también a otros muchos, hubo amparos absolutamente contradictorios por parte de quienes reclamaban la no aplicación del rebalanceo, y de quienes lo requerían. Esa anarquía de legitimaciones procesales activas motivó también resoluciones opuestas de diferentes jueces a cargo de los contrapuestos amparos, de modo tal que en ciertos casos las autoridades conminadas debían, en hipótesis, realizar dos actos contradictorios al mismo tiempo: por ejemplo, no aplicar y aplicar las nuevas tarifas.

98. *Los efectos de la cosa juzgada*

En resumen, debe observarse que a raíz de la reforma constitucional de 1994 es posible que la sentencia admisorio dictada en un amparo promovido por alguien habilitado (el afectado, una asociación, el Defensor del Pueblo) en tutela de un derecho de incidencia colectiva, del consumidor, del usuario, de la competencia, etc., abarque a sujetos que no han tenido participación en el aludido proceso, ya sea beneficiándolos, ya perjudicándolos. El tema no es necesariamente novedoso, pero sí toma auge a raíz de la aludida enmienda constitucional, ya que estos amparos tienen una estrecha familiaridad con las "acciones de clase" del derecho anglosajón (Bidart Campos). El amparo tendría así ciertos efectos *erga omnes*.²³⁸

También es del caso prevenir que si la sentencia es desestimatoria del amparo, ella no va a comprender a los sujetos extraños al expediente. Esto fue observado en el recinto de la Convención Constituyente por el convencional Juan C. Hitters, quien aseguró que si en un amparo interpuesto, por ejemplo, por un vecino contra actos contaminantes de un río, mediaba una sentencia de rechazo, ello no impedía que otro

²³⁷ *La Nación*, septiembre 3, 8, 15 y 18 y 19 de 1996.

²³⁸ BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. VI, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 319. Con esta tesis coincide DAMBROSSI, Jorge R.: "El artículo 42 de la Constitución Nacional y los usuarios de los servicios públicos", *JA*, 1996-III-761.

vecino promoviese otra acción similar. Contra el último, no tenía efectos de cosa juzgada la resolución pronunciada en el primero.²³⁹

De lo que se trata es de cómo prevenir, y en su caso, resolver tales conflictos. Por un lado, en efecto, deben salvaguardarse los derechos constitucionales, legales y de fuente internacional, que tutela el art. 43 de la Constitución Nacional. Del otro, y con idéntico cuidado, tiene que protegerse el principio del debido proceso, el que exige que nadie sea condenado sin previamente haber sido oído.

99. *Alternativas posibles de corrección*

Abordaremos aquí algunos conductos procesales destinados a atender el problema.

a) *Encuadramiento de la legitimación activa.* Con referencia, por ejemplo, al derecho de rectificación o respuesta (réplica), la Ley 7135 de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica dispone que si el agravio fuese inferido a un grupo o colectividad organizados, tendrá legitimación activa sus representantes, y por una única vez. Eso impediría, por ejemplo, que el amparo fuese articulado por cualquier católico, ya que sólo el obispo del lugar estaría habilitado para articularlo.

Ahora bien: si el grupo no estuviera organizado, "el derecho lo tendrá la persona o grupo de personas cuya rectificación o respuesta proteja más claramente la honra o reputación de todos los ofendidos y, en condiciones semejantes, la que se haya presentado antes..." (art. 67, ley cit.).

b) *Citación de los terceros involucrados.* Otro mecanismo es el de citar a los sujetos comprometidos con la acción instaurada, ya sea por cédula, si se los conociere (v. gr., si un postulante a un cargo impugna el concurso que perdió, correspondería convocar a los otros participantes en el mismo, gananciosos y perdidosos), ya por edictos, de ser desconocidos. Algo parecido a esto contiene también el art. 81 de la Ley de Jurisdicción Constitucional costarricense, en cuanto la acción de inconstitucionalidad.

²³⁹ *Diario de Sesiones*, cit., p. 4260. Sobre otras opiniones coincidentes, y en cuanto la expansión de la cosa juzgada en acciones en favor de los usuarios y consumidores, véase las exposiciones de los convencionales Pizzurno y De Vedia, en *Diario de Sesiones*, cit., pp. 4181 y 4416.

Ese dispositivo puede ser engorroso,²⁴⁰ pero evita posteriores impugnaciones y nulidades lógicamente articulables por quienes, sin haber sido llamados a los autos, son perjudicados por la sentencia dictada en favor del amparista. Repetimos que tan digno de protección es el derecho del actor en el amparo, como el de los sujetos a los que se va a aplicar la sentencia estimatoria del caso, que son -generalmente- personas beneficiadas por el acto lesivo impugnado mediante el amparo.

Un caso paradigmático frecuente han sido los amparos donde se ha petitionado censura previa respecto a libros, *films* o *tapes* televisivos. Generalmente se ha entendido que las partes en tales amparos eran dos: el censurante promotor del amparo, y el sujeto directamente censurado (autor del libro, sala cinematográfica, canal de televisión, etc.). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han entendido, con razón, que la libertad de expresión es un derecho que tiene tanto el que quiere expresarse, como el público (indefinido), que desea informarse.²⁴¹ Por ende, no ha sido raro que en esos amparos comparezcan eventuales lectores, o espectadores o teleauditentes, reclamando participación procesal en virtud de su derecho de leer el libro o ver la obra cinematográfica, o la nota de televisión, seriamente comprometidos si el amparo prospera. Su derecho constitucional es tan atendible, aclaramos, como el del censurante.

Es de tener presente que si el trámite del amparo puede complicarse demasiado a raíz de estas citaciones, el promotor del mismo podría de todos modos plantear medidas cautelares de no innovar, o "innovativas", mientras se sustancia la causa, para evitar el daño irreparable que eventualmente causarían aquellas convocatorias.

c) *La acción de revisión*. Este remedio fue sugerido en el proyecto de regulación de la acción de amparo aprobado por el Senado argentino, después de la reforma constitucional de 1994, iniciativa ahora desactivada. En concreto, si alguien resultaba perjudicado por la sentencia admisoria

²⁴⁰ Sobre los distintos tipos de intervención (excluyente, voluntaria, adhesiva litisconsorcial, coadyuvante y coactiva) de terceros en el emparo, conf. nuestro *Derecho Procesal Constitucional...* cit., pp. 384 y ss.

²⁴¹ En cuanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase su OC 5/85 en VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel: *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios*, Civitas e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, 1989, pp. 335/360. En cuanto el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conf. *LL*, 1996-D, 1687.

dictada en aquel proceso, y no había tenido intervención en los autos, estaba habilitado para iniciar contra ella una acción de revisión, de tipo ordinaria.

La receta no era del todo mala, en el sentido de que el fallo pronunciado en el amparo tenía solamente vigor de cosa juzgada formal en cuanto los sujetos que no habían sido citados en los autos. Además, programaba un mecanismo concreto de reexamen de la sentencia de amparo. Sin embargo, incurría en el pecado de la desigualdad, dado que el amparista había logrado su objetivo mediante un trámite rápido y comprimido, mientras que el tercero no citado, pero dañado por la sentencia de amparo, debía cuestionarlo por una ruta procesal mucho más larga.

d) Recurso extraordinario federal. Una jurisprudencia tradicional, en materia de recurso extraordinario, otorga legitimación para articularlo al tercero que no ha tenido rol de parte en un juicio, cuando la sentencia dictada en éste sin su intervención lesiona sus legítimos intereses.²⁴² La excepción a esta regla sería si ese tercero puede, en el ordenamiento procesal del caso, obtener satisfacción a su reclamo por otras vías procesales.

En estos supuestos, y de ser exitoso el remedio del art. 14 de la ley 48, la sentencia de la Corte Suprema probablemente sólo provocaría la nulidad del fallo dictado sin intervención del afectado promotor del recurso extraordinario, disponiéndose en su consecuencia que se le dé el papel pertinente en el pleito del caso.

100. *Reexamen*

La generosa apertura en materia de legitimación activa en el amparo, y la proyección de éste en sentencias concernientes a derechos colectivos, difusos o de incidencia colectiva, acarrea problemas jurídicos que no siempre han imaginado los propulsores de tales novedades. Tales fallos, en efecto, pueden provocar efectos expansivos que se proyectan hacia terceros que no han intervenido en el amparo, con lo que dichas resoluciones admisorias del amparo pueden indirectamente afectar

²⁴² Conf. CSJN, *Fallos*, 242: 396; 251: 521, 306: 1719; SAGÜÉS: *Derecho Procesal constitucional...* cit., t. 2 p. 311.

derechos constitucionales de esos terceros, generalmente beneficiados por el acto lesivo discutido en el amparo.

El sistema judicial de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad en que se basa el derecho argentino parte del efecto de las sentencias sólo *inter partes*, y no *erga omnes*. Por ende, como regla, un fallo pronunciado en un amparo no debería aplicarse a quienes no fueron citados a los autos, en tanto y en cuanto, desde luego, el veredicto les cause agravio.

Las resoluciones dictadas en amparos con legitimación activa amplia, y en asuntos concernientes a derechos con incidencia colectiva que muchas veces tienen consecuencias expansivas plantean pues un desafío procesal y constitucional que no debe soslayarse. Buena parte de la doctrina se ha despreocupado de este tema, con la tal vez subconsciente idea de que el promotor de un amparo tiene en principio razón, y que es preferible proteger urgentemente su derecho que retrasar esa tutela en resguardo de terceros eventualmente afectados por la sentencia de amparo.

Sin embargo, cabe constatar que no siempre el amparista plantea reclamos aceptables; y que hay muchos amparos inmotivados, espurios, improcedentes y aventurados. También hay que advertir que los derechos de un tercero al que se proyecta una sentencia admisorio de un amparo donde no ha intervenido, tienen -valga la redundancia- derecho a una tutela constitucional tan significativa como los derechos del promotor del amparo.

Parece oportuno pues programar soluciones serias al conflicto que comentamos. Las vías ensayadas transitan por encuadrar la legitimación activa dentro de supuestos más racionales y precisos, citar a los terceros beneficiados por el acto lesivo impugnado en el amparo, o planear una acción especial de revisión, o la interposición por ese tercero afectado de un recurso extraordinario, contra la sentencia de amparo que le perjudica y en donde no se le ha permitido actuar o dado intervención. En definitiva, la ley reglamentaria del amparo deberá asumir y resolver estos conflictos procesales y constitucionales.²⁴³

²⁴³ En el sentido de que la ley reglamentaria del amparo puede regular los efectos expansivos, colectivamente o *erga omnes* de la sentencia dictada en este tipo de acciones, véase BIDART CAMPOS: *Tratado elemental...*, cit., p. 320. Pero, entendemos, respetando los derechos constitucionales de los no intervinientes en el proceso de amparo.

Capítulo XVII

EL AMPARO CONSTITUCIONAL A DIEZ AÑOS DE LA REFORMA DE 1994*

101. *Introducción*

Con acierto, el art. 3° de la ley de convocatoria a reforma constitucional argentina 24.309, habilitó a la asamblea constituyente de 1994 a tratar la “consagración *expresa* (el destacado es nuestro) del hábeas corpus y del amparo”, mediante la “incorporación de un artículo nuevo en el Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Constitución Nacional”. Con relación al amparo, ya en “Kot S.R.L.”, treinta y cinco años antes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había indicado que tenía *status* constitucional, como derecho no enumerado, o implícito, deducido por el operador judicial supremo del art. 33 de la Constitución Nacional.²⁴⁴

En definitiva, conviene destacarlo, la Convención reformadora de 1994 no fue novedosa en reconocerle a la acción de amparo alcurnia constitucional; pero sí lo ratificó en tal condición, y le dio rango constitucional explícito, insertándolo en un artículo constitucional nuevo (el 43), con el siguiente texto, en sus dos párrafos iniciales: *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, amenace, con arbitrariedad o ilegalidad*

* Publicado en *JA*, 2004-III-981.

²⁴⁴ CSJN, *Fallos*, 241: 291.

manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esa acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Cabe preguntarse si ese operativo constituyente, tal como se lo plasmó, fue exitoso o no. La respuesta, obviamente opinable e intrínsecamente polémica, puede no ser tan definitiva como algunos suponen. Aquí se evaluarán los aciertos y los defectos de los dos primeros párrafos del nuevo art. 43 de la Constitución, para lo cual la experiencia habida en la última década es, naturalmente, muy provechosa. Se intentará probar que la regla constitucional es, simultánea y paradójicamente, en parte positiva, pero en otros aspectos infiel, imperfecta y desvirtuada.

102. Observaciones críticas. Norma provechosa

El nuevo art. 43 fue muy atinado en varios de sus tramos.

- a) Por un lado, el constituyente definió a la acción de amparo como “expedita y rápida”, cuestiones que hacen por cierto a su naturaleza, y que imponen cargas procesales fuertes a los operadores del sistema (jueces, Ministerio Público, letrados de las partes). No siempre se respeta esta directriz constitucional (p. ej., cuando después de interpuesta una demanda de amparo, se la desactiva, en tanto se haya obtenido una medida cautelar beneficiosa para su promotor).
- b) También la Convención habilitó el amparo contra actos de particulares, provechosa opción que se explica por la nutrida violación que éstos realizan de los derechos de otros particulares (recuérdese el *leading case* “Samuel Kot S.R.L.”), y además, porque así se superaban las vallas que algunas provincias tenían respecto de esta subespecie del amparo.
- c) La reforma resultó buena al mantener el amparo contra actos u omisiones, daños o amenazas, lesiones o meras

perturbaciones a los derechos, y al exigir que estas conductas padezcan de arbitrariedad o ilegalidad *manifiesta*, una de las pautas básicas para diferenciar el amparo de un proceso común. En la práctica, la sabia indicación constitucional no siempre es respetada si se plantean amparos intrincados, complejos, articulados en materias y conflictos decididamente opinables, donde su promotor no tiene un derecho cierto y nítido.

- d) La asamblea permitió que el juez declarase la inconstitucionalidad de la norma que hubiere sustentado al acto lesivo, ultimando así la absurda prohibición del art. 2º, inc. d) de la ley 16.986, decididamente incomprensible en un proceso constitucional destinado, valga la redundancia, a sostener la supremacía de la Constitución.
- e) También amplió la legitimación activa, v. gr. en cuanto el Defensor del Pueblo, en la custodia de ciertos derechos de raíz constitucional.

103. *Norma infiel*

Conviene ahora detenerse en algunos desaciertos del art. 43, explicables en alguna medida, probablemente, por la carrera contra reloj que emprendió la Convención al tratar el amparo, en los últimos días hábiles que tenía para sesionar, y próximo ya a vencer el plazo previsto por el art. 12 de la ley 24.309.

Werner Goldschmidt denominó “norma infiel” a aquella que no traduce gramaticalmente, de modo correcto, la voluntad de su autor.²⁴⁵ Ésa es la acepción que empleamos en este trabajo. El problema de la norma infiel es que luego provoca, para el operador, el dilema de seguir al texto de la norma, o a la intención de quien la hizo, debate por cierto inacabado e inacabable en el ámbito de la teoría general del derecho, y que se proyecta, desde luego, a todas las disciplinas jurídicas.

En el caso del art. 43 de la Constitución Nacional, la infidelidad normativa no es un caso aislado, sino múltiple.

²⁴⁵ GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al derecho*, 4ª. ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 324.

Ya en el inicio del artículo, el mismo pregona que el amparo puede ser interpuesto por “toda persona”. La exégesis literal puede conducir a entender que cualquiera, a favor de sí mismo, o de un tercero,²⁴⁶ o de todos, cuenta con legitimación activa para articularlo. Incluso da pie a conjeturar que el amparo es en Argentina una acción popular, al estilo del hábeas corpus, precisamente como diseña a este último el párrafo final del art. 43 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, y como apuntamos en el capítulo precedente, quedó bien claro en el seno de la Convención Constituyente que el amparo del art. 43 de la Constitución *no es una acción popular*. Ello se desprende tanto de los debates habidos en el recinto, como en los trabajos de las comisiones,²⁴⁷ y se infiere además de la propia redacción global del art. 43 (¿qué sentido, en efecto, tendría programar al amparo como acción popular, si después, en el párr. 2º, respecto del amparo en tutela de derechos colectivos, cuya legitimación activa es más generosa que la del amparo común, se habilitara al Defensor del Pueblo, al afectado, y a ciertas asociaciones, para promoverlo?)

Lo dicho no impide, pensamos, que por ley se pueda erigir al amparo como acción popular, cosa que no postulamos, y que exige una cautelosa ponderación de las ventajas y de los inconvenientes que acarrearía tal decisión, pero que de todos modos quedaría dentro del campo de opciones del legislador, quien puede ampliar, pero no restringir, a favor de las personas, aquello que la Constitución les otorga para la tutela de sus derechos. En tal sentido, cuando el reciente art. 30 *in fine* de la ley 25.675 diseña un amparo específico con visos de acción popular, para hacer cesar las actividades generadoras del daño ambiental, puede visualizarse como una alternativa posible para el Congreso.²⁴⁸

Otra preocupante infidelidad del art. 43, párr. 1º de la Constitución, gira sobre el papel subsidiario (supletorio) o, en cambio,

²⁴⁶ En tal sentido, PEYRANO, Guillermo F.: “La admisibilidad del amparo a favor de terceros en el marco del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional”, en *JA*, 1995-IV-916.

²⁴⁷ Conf. *Diario de Sesiones*, Convención Nacional Constituyente de 1994, versión provisoria, p. 4115, donde se lee claramente que “se suprimió del segundo párrafo (del hoy art. 43) la acción popular de los derechos colectivos”, y pp. 4259/4260. Conf. también SAGÜES, Néstor P.: “Los efectos expansivos de la cosa juzgada en la acción de amparo”, en BIDART CAMPOS, Germán J. y otros: *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 21; *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1997, pp. 5976 y ss., 5891 y ss.

²⁴⁸ Conf. SAGÜES, Néstor P.: “El amparo ambiental (ley 25.675)”, *LL*, 2004-D-1194.

directo o principal, de la acción de amparo. Ella es viable, en efecto, según el texto, “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”. Una rápida lectura, puramente pedestre del precepto, haría concluir al consultor incauto de la norma que el amparo prospera aunque hubiese para atender al acto lesivo que lo motiva procedimientos administrativos o judiciales útiles, idóneos y efectivos para atacarlo. Una hermenéutica puramente gramatical concluiría, igualmente, que sólo para la hipótesis de que mediere un proceso *judicial* mejor (para el interesado) que el amparo, éste podría ser inadmisibile.

No obstante, la exposición del miembro informante en la Asamblea Constituyente, al fundar el despacho mayoritario sobre el que votó el grueso de los convencionales, destacó que el amparo continuaba como proceso excepcional, no viable si existieren procedimientos judiciales o *administrativos* eficaces para atender el acto lesivo.²⁴⁹ Pero curiosamente, el texto aprobado por la Asamblea, por la mayoría, parece seguir el criterio de la minoría perdidosa (que entendía al amparo como acción principal, directa o *via regia*, según gráficamente se dijo por este sector). Se trata de un interesante caso de esquizofrenia constituyente, hasta ahora no resuelto: ha despertado controversias doctrinarias y jurisprudenciales de nunca acabar, e incluso posturas contradictorias de la propia Corte Suprema, que al soplar de los vientos ha sostenido una y otra postura, para conformar a tiritos y troyanos, que siempre tienen ahora algún veredicto sobre el que apoyarse.²⁵⁰

104. *Norma imperfecta*

El nuevo art. 43 tampoco es un dechado de acabado final. Así, en materia del ámbito de los derechos amparados, alude a los “derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

²⁴⁹ Nos hemos referido con más detalle al tema en nuestro trabajo “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)”, en *LL*, 1995-D, 1517.

²⁵⁰ Sobre el caso “Berkeley”, donde la Corte parece inclinarse a favor de la tesis del amparo como acción directa o principal, conf. CSJN, *Fallos*, 323: 3770. Poco después, sin embargo, en “Provincia de San Luis” (consid. 12) vuelve a su tesis clásica del amparo como medio subsidiario o supletorio, aun ante la presencia de procedimientos administrativos (*LL*, 2003-B-537). En “Sindicato de Docentes” (sentencia del 4/7/2003), retorna a “Berkeley”.

Dejando de lado el debate de si toda “garantía” es custodiable por el amparo (que a su turno, es también una garantía), lo cierto es que el debate de la Convención determinó en definitiva, por ejemplo, que todos los derechos emergentes de un tratado eran protegibles por el amparo, tuviese o no ese tratado rango constitucional.²⁵¹ Esa aclaración fue oportuna.

Lo que resulta extraño es por qué la Constituyente circunscribió – en el texto constitucional- el radio de cobertura del amparo a los derechos provenientes de la Constitución, de un tratado o de una ley. ¿Quiere esto significar, por el argumento *a contrario sensu*, que los derivados de un decreto, de una resolución ministerial o universitaria, de una ordenanza municipal, no están incluidos en el amparo? ¿Debido a qué la Constituyente mencionó exclusivamente a *tres* fuentes jurídicas formales de derechos?

El debate habido en la Convención, y las expresiones específicas del miembro informante, conducen a una solución interpretativa muy distinta a la derivada de la interpretación literal: *todos los derechos*, con independencia de su fuente, son amparables.²⁵² En rigor de verdad, ese cambio de rumbo debió haberse hecho constar en el texto aprobado.

Lo cierto es que en la práctica actual el amparo sirve para custodiar todo tipo de derechos. Una solución ingeniosa, para los litigantes, consiste en hacer remontar cualquier derecho, aunque tenga origen subconstitucional, a la Constitución. Así, v. gr., el derecho a salir del trabajo quince minutos antes de la jornada habitual, conferido a un empleado por el permiso de un superior, podría cubrirse en la protección al trabajo autorizada por el art. 14 *bis* de la Constitución; o el de un alumno, de presentarse a examen en un segundo turno por disposición de una resolución de una universidad, en el derecho a aprender fijado por el art. 14 de la ley suprema.

De todos modos, la redacción constitucional no es la mejor.

Una desprolijidad paralela es el reconocimiento de la facultad del juez del amparo de declarar en esta acción la inconstitucionalidad de la

²⁵¹ Hubo en efecto en la Convención de 1994 propuestas para ceñir los derechos amparables a los inscriptos en los tratados con rango constitucional, pero no tuvieron éxito. Conf. las exposiciones de los convencionales Natale y Cullen, en *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, cit., pp. 5912 y 5972.

²⁵² Sobre la aclaración oficial del convencional Quiroga Lavié, en el sentido amplísimo de tutela de los derechos en el amparo, véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, cit., p. 5973.

norma en la que se basa el acto u omisión lesiva, decisión que contaba con el apoyo doctrinario mayoritario, frente a la tesis prohibitoria del art. 2º, inc. d) de la ley 16.986. Sin embargo, el constituyente no definió si ello podía hacerse de oficio, como plantearon algunos convencionales, o necesitaba ineludiblemente petición de parte, un tema harto conflictivo en aquel momento.

El párr. 2º del art. 43 diseñó el amparo colectivo, y amplió –como vimos– la legitimación para articularlo. Autorizó a demandarlo al Defensor del Pueblo, sin aclarar si podía hacerlo también contra actos u omisiones de autoridades provinciales, pero no habló del rol del Ministerio Público, que según el art. 120 de la Constitución también debe operar ante la justicia “en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad”, involucrados a menudo, por supuesto, en la defensa de los derechos colectivos. ¿Esto implica que según el art. 43, el Ministerio Público puede o no plantear demandas de amparo a favor de aquellos derechos? ¿Cómo interpretar en tal interrogante el silencio constitucional en la regla específica de tal amparo? ¿Prevalece la directriz general del art. 120, o la concreta del art. 43? El punto persiste polémico, aunque personalmente nos inclinamos por autorizar la posibilidad de tal promoción de amparo por el Ministerio Público, procurando realizar una interpretación armónica o sistemática de la Constitución que la Asamblea no realizó completamente.

105. *Norma desvirtuada*

En otros casos, la suerte del art. 43 ha quedado en entredicho no por defectos del constituyente, sino por alteraciones introducidas por los operadores del sistema constitucional.

Así, la referida norma diseña el amparo colectivo para atender supuestos de discriminación, y la protección del ambiente, la competencia, el usuario y consumidor, “así como a los derechos de incidencia colectiva en general”. La Constitución habla de “derechos”, y no de meros “intereses”. En verdad, no todo interés configura un “derecho”, ya que para ello, aquél debe tratarse de un *interés jurídicamente protegido*, como bien recordaba Ihering.

Sin embargo, en la práctica, muchos meros “intereses”, sin una tutela constitucional o subconstitucional definida que los categorice como “derechos”, y más o menos colectivos (o mejor, de un grupo o sector

social, vale decir, no genuinos ingredientes del bien común público general, sino exponentes de las apetencias de un sector particular de la comunidad) son presentados ante los tribunales –erróneamente- como “derechos” de incidencia colectiva “en general”, y en base a ello se reclaman prestaciones concretas por el Estado. Eso ocurriría si por medio del amparo o acción similar, se plantease la aspiración de los afectos a cierto deporte (supóngase el tenis o el básquet) o *hobby* (coleccionistas de todo tipo, v.gr.) a que éste sea obligatoriamente enseñado en las escuelas, o a que se le dé cabida, también compulsiva, en los medios oficiales de difusión; o a que se instalen por el Estado cementerios de mascotas, para atender los vínculos sentimentales de los propietarios con relación a sus felinos, aves o canes difuntos; o a que no se televisé un programa que, si se lo divulga, podría presuntamente restar algo de trabajo a, v. gr., prestidigitadores, si se revelasen, por ejemplo, las técnicas que ellos emplean para realizar su oficio, con lo que éste perdería su encanto y mercado.

Es del caso mencionar también que cierto sector de la doctrina, más allá del altruismo que en muchos casos lo inspira, entiende que en el amparo en pro de ciertos intereses de incidencia colectiva (como la supremacía constitucional, o la buena marcha de las instituciones) cualquiera podría plantearlo, con lo que, indirectamente, se autorizaría la acción popular en el amparo, alternativa que según vimos, fue explícitamente rechazada en la Convención de 1994. Pero esta posibilidad ha sido descartada, entendemos que con acierto, por la Corte Suprema.²⁵³

Por lo demás, el texto del art. 43 de la Constitución es nítido cuando habilita la legitimación procesal de “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Tanto la redacción de la norma como el *animus* del constituyente son claros en cuanto que debía haber una ley puntual que regulara el tema de tales asociaciones, y sus requisitos para inscribirse y poder plantear útilmente al amparo colectivo.²⁵⁴

No obstante, una jurisprudencia hartamente indulgente, avalada por la Corte Suprema, permitió la legitimación de las asociaciones sin que se dictara la ley programada por la Constitución, y desde luego sin que

²⁵³ Conf., CSJN, *Fallos*, 321:1301. “Prodelco”.

²⁵⁴ Conf. sobre el tema TORICELLI, Maximiliano: “La legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional”, en BIDART CAMPOS, Germán J. y otros: *El amparo constitucional*, cit., p. 70 y ss.

aquellas entidades se inscribieran en el registro todavía no creado.²⁵⁵ En conclusión, tal apertura provocó (según anticipamos en el Capítulo XVI, parág. 96), una verdadera interpretación mutativa por sustracción del texto constitucional, que borró del artículo 43 un recaudo impuesto por el mismo.²⁵⁶ Actualmente, sin ley y sin inscripción, cualquier asociación tiene aptitud para promover el amparo colectivo, siempre que sus fines tuvieran que ver con la materia discutida en la acción que inicie.

106. *El amparo puesto a prueba: vicisitudes del “corralito” financiero*

A pocos años de la reforma de 1994, el amparo argentino tuvo que afrontar un desafío singular, por cierto único en el mundo. Ante la precipitada y convulsiva sanción de un rosario de normas (leyes, decretos de necesidad y urgencia, decretos comunes) restrictivas del reintegro del dinero depositado por centenares de miles de personas en el sistema bancario, los perjudicados articularon a su turno también centenares de miles de procesos de amparos, mediante los cuales se reintegraron por los tribunales miles de millones de dólares, con frecuencia a través de medidas cautelares.

Esto provocó una gimnasia procesal-constitucional realmente asombrosa. En ciertos casos, estaba todavía fresca la tinta del Boletín Oficial de la República donde se publicaban los preceptos (de alguna forma hay que llamarlos) aludidos, cuando los tribunales, muchas veces en medidas cautelares e *in audita parte*, declaraban su inconstitucionalidad. El Poder Ejecutivo llegó (art. 12, decreto 214/02) a la inusitada y asombrosa decisión de impedir la articulación de los amparos (en franca violación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que más de una vez ha dicho que el amparo no se suspende ni aún durante el estado de sitio),²⁵⁷ que fue

²⁵⁵ Véase CSJN, caso “Asociación Grandes Usuarios”, *Fallos* 320:690; “Asociación Benghalensis”, *Fallos*, 323: 1339.

²⁵⁶ Conf., por ejemplo, LYNCH, Horacio M.: “La justicia ante la emergencia”, *LL*, 18/4/2002; MEROI, Andrea A.: “La emergencia y el derecho procesal (el derecho procesal de la anarquía)” en *JA*, 2003-IV-1118.

²⁵⁷ Conf. OC 8/87, Corte Interamericana de Derechos Humanos, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, p. 1018.

inmediatamente declarada por numerosos tribunales, claro está, como inconstitucional, por impedir el acceso a la jurisdicción y al debido proceso.

La experiencia habida fue apasionante por varios motivos. Desde el punto de vista cuantitativo, el sistema judicial, en buena medida, colapsó: ninguna organización podía absorber tal catarata de acciones de amparo. Por supuesto, hubo dilaciones increíbles, congestión forense, retraso en la atención de otros procesos, alteración en las variables mínimas de funcionalidad del aparato forense.

Al mismo tiempo, las prevenciones clásicas en torno a las medidas cautelares en los amparos (en el sentido que difícilmente podían autorizar la puesta en práctica de decisiones que hacían al fondo del asunto y que implicaban una suerte de anticipo de la sentencia de fondo), fueron también superadas. En tales medidas precautorias se entregaba al peticionante la mayor parte del dinero que reclamaba en el mismo amparo.

Sistémicamente y desde el punto de vista de la gobernabilidad el costo de todo este problema fue muy caro. Desde altos niveles del gobierno se acusó a los jueces y a la Corte Suprema de perjudicar al sistema financiero, dictar sentencias sin medir las consecuencias y resultados de los fallos (que presuntamente ordenarían devolver billetes que no existían físicamente en cantidad suficiente para todos los reintegros), impedir acuerdos con el Fondo Monetario Internacional e incluso de manipular políticamente las sentencias del alto tribunal. No faltaron también imputaciones de parcialidad en la expedición de ciertas medidas cautelares, sospechadas en algunos casos de ser demasiado facilistas y permisivas, cuando no olvidadizas de los límites de cada jurisdicción. Ocasionalmente, empleados bancarios, so pretexto de tutelar sus fuentes de trabajo, se resistían a cumplir las órdenes judiciales extractivas de fondos. Pero al mismo tiempo, miles de depositantes veían a los tribunales como única alternativa viable para el respeto a su vapuleado derecho a la propiedad, pomposamente cubierto por una incumplida ley de “intangibilidad” de los depósitos. Coros de protesta y otros tantos de adhesión social envolvieron a ese dispar despliegue del amparo, que no tenía un desarrollo uniforme y coherente, sino heterogéneo y múltiple, variante de juzgado a juzgado, de cámara a cámara de apelaciones.

107. *La difícil cohabitación del amparo constitucional (art. 43) con el amparo legal (ley 16.986)*

El amparo general, contra actos de autoridad pública, está regulado en el orden nacional por la ley 16.986, facturada durante un régimen *de facto* (1966), no precisamente modélico en lo que hacía al respecto de los derechos constitucionales.

Ya antes de la reforma constitucional de 1994, muchos juristas (nos sumamos a ellos),²⁵⁸ habían discutido la constitucionalidad de varias cláusulas de la ley 16.986, llamada –no sin ingenio y negro humor– “ley de desamparo”, por su colección de cláusulas castrativas del instituto.

Por cierto, después de la reforma de 1994 la confrontación aumentó. En muchos puntos la ley 16.986 colisiona francamente con el art. 43 de la Constitución Nacional (piénsese en materia de derechos tutelados, ya que son muchos más los atendidos por la nueva norma de la Constitución; en la facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de normas en el amparo; en los sujetos con legitimación activa para promoverlo).

Por parte de ciertos sectores de la doctrina especializada, por supuesto bien intencionados, se pregonó aún la invalidez total o casi total de la ley 16.986, frente a la reforma constitucional. Tal tesis, sin embargo, era exagerada. El constituyente no había ultimado a la ley 16.986, maguer sus profundos defectos. Más todavía: fue expresamente mencionada por el miembro informante del despacho mayoritario, como un antecedente en vigor, bien que advirtiendo que provenía de un gobierno *de facto*.²⁵⁹

Lo positivo es que durante una década, la jurisprudencia ha hecho una provechosa gestión de zurcidos, arreglos, mutaciones y demás parches adaptativos de la difícil ley 16.986 con la Constitución. Sin necesidad de declarar inconstitucionales a muchos de sus preceptos, los ha tornado tácitamente derogados (como la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de las normas que fundan un acto lesivo), abrió las fronteras de los derechos tutelados (incluyendo los provenientes de cualquier fuente jurídica), y en casos extremos, reputó inconstitucionales reglas que atentan contra un proceso rápido y expeditivo, tal como lo manda el nuevo art. 43 de la Constitución (v. gr., respecto de la concesión de la apelación con efecto suspensivo, como lo estableció el art. 15 de la

²⁵⁸ Remitimos al lector a nuestro *Derecho Procesal Constitucional...* cit., t. 3, pp. 545 y ss.

²⁵⁹ *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, cit., t. VI, p. 5857.

ley 16.986, de las medidas cautelares concedidas por el juez de primera instancia).²⁶⁰

Esta provechosa gestión judicial muestra una vez más que preceptos anómalos pueden conservar utilidad -mientras el legislador no los corrija-, si jueces inteligentes y prudentemente activistas (no exaltados legisladores encubiertos ni constituyentes *amateurs*), los conforman a la nueva norma constitucional. Al mismo tiempo, se mantuvieron en vigor reglas de la ley 16.986 que en nada colisionan con el flamante art. 43 de la Constitución. Por ejemplo, la existencia de un lógico plazo legal de caducidad para el ejercicio de la acción de amparo (art. 2º, inc. d), ley 16.986).²⁶¹

Pero nada impide pensar, obviamente, en una nueva ley reglamentaria del amparo. No de una ley apartada del espíritu mayoritario que inspiró genuinamente al art. 43 de la Constitución, ni de otra que, pensándolo como panacea universal, o curalotodo tribunalicio, lo inflacione caóticamente; ni de una regla que sin responsabilidad alguna dibuje un amparo cuasi místico, mágico, estratosférico o quizás delirante, sino de un amparo realista, operativo, sensato, útil, proporcionado a las posibilidades ciertas del sistema judicial, y auténtico proceso eficiente, reservado para lo que constitucionalmente debe ser y no para decidir cualquier litigio o fomentar caprichos o travesuras forenses.

108. *Balance*

Un reexamen del instituto del amparo durante los últimos diez años evidencia, por un lado, que el art. 43 de la Constitución aprobado en 1994 no es una norma clara ni perfecta, aunque tiene flancos muy encomiables.

Consolidó ciertos temas valiosos para el amparo e incorporó otros, pero en algunos segmentos el texto concluyó poco fiel al mensaje del constituyente mayoritario, y además, en otros, fue desprolijo. En los años posteriores, ciertos operadores del sistema incluso lo han parcialmente desvirtuado, o también modificado mutativamente a la

²⁶⁰ Derivamos a nuestro trabajo “La inconstitucionalidad de la concesión con efectos suspensivos de la resolución admisorias de una medida cautelar en el amparo”, *ED*, 188-584.

²⁶¹ CNCiv. y Com. Fed. en pleno, *JA*, 2000-II-57, con nota nuestra: “El plazo de caducidad de la ley de amparo ante la reforma constitucional”.

preceptiva constitucional, o intentado alterarlo con pretensiones ajenas al radio de cobertura de la acción.

También en esta década el amparo se ha visto sacudido por un fenómeno insólito en el derecho comparado (el “corralito”), que importó un serio desafío a la funcionalidad de este proceso constitucional. Al mismo tiempo, el amparo constitucional ha tenido una conflictiva relación con el amparo subconstitucional (ley 16.986).

De resultas de todo ello el amparo no ha contado con un desenvolvimiento cierto, uniforme, consensuado. Persisten hondas controversias, en particular sobre su papel subsidiario o directo, la legitimación activa, la identificación o el deslinde entre “intereses” y “derechos” de incidencia colectiva, o la fuerza expansiva de la sentencia que allí se dicte. Sin ser dramáticos, puede hablarse de una profunda crisis de identidad en el amparo argentino, cuya culpa concurrente puede atribuirse en algo tanto a la Convención de 1994 como al comportamiento posterior de algunos protagonistas de este proceso judicial. El sistema vigente en materia de control de constitucionalidad, difuso o desconcentrado, rico y a la vez dispar, fomenta soluciones poco homogéneas en el mercado forense, máxime si la Corte Suprema no guarda posturas coherentes.

A lo expuesto cabe agregar que curiosamente, la Argentina, en el orden federal, es probablemente el país del mundo que cobija más subtipos legales de amparo: amparo general de la ley 16.986, amparo contra actos de particulares, amparo por mora administrativa general, amparo por mora de la DGI, amparo por mora de la Dirección General de Aduanas, amparo electoral, amparo sindical y últimamente, amparo ambiental, sin olvidarnos del hábeas data, que es otro amparo específico según el art. 43 de la Constitución Nacional. Este ramillete de amparos será muy florido y quizá gratamente perfumado, pero cabe preguntarse si tal proliferación normativa de variables es realmente sensata.

Aún en ese poco ordenado escenario, el amparo importa un juicio muchas veces útil, en el que la comunidad deposita no sin frecuencia sus últimas esperanzas. Su éxito dependerá del manejo correcto que de él hagan los litigantes, de la voluntad de la Corte Suprema para definir adecuadamente las ambigüedades que hoy padece, y de la perspicacia de las cátedras y de los tribunales para encuadrarlo no como un proceso con trampas imposibles de superar, pero tampoco como otro, deforme, impreciso o desnaturalizado.

Capítulo XVIII

LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LOS TRIBUNALES NACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*

109. *Introducción. Derecho procesal constitucional y derecho procesal transnacional*

Casi dos décadas de vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) permiten realizar un interesante balance acerca del grado de sometimiento y de evasión de los tribunales nacionales, respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, se tomarán dos países testigo: Argentina y Perú. La temática es compleja, y abarca asuntos sociológicos y normativos, retratados en distintas doctrinas referidas a la cuestión.

De hecho, nos encontramos en la frontera entre el derecho procesal constitucional (ocupado de afirmar la supremacía constitucional nacional), y el derecho procesal transnacional, que atiende entre otros menesteres los procesos que se diligencian ante la magistratura transnacional, incluyendo el de su ejecución en los ámbitos estatales domésticos. Ambas disciplinas pueden y deben trabajar armónicamente, aunque ese esfuerzo conjunto no siempre se logra.

* Publicado inicialmente en *Ius et Praxis*, Año 9, n° 1, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Talca (Chile), Talca 2003, pp. 205 y ss.

Capítulo XVIII

LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LOS TRIBUNALES NACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*

109. *Introducción. Derecho procesal constitucional y derecho procesal transnacional*

Casi dos décadas de vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) permiten realizar un interesante balance acerca del grado de sometimiento y de evasión de los tribunales nacionales, respecto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, se tomarán dos países testigo: Argentina y Perú. La temática es compleja, y abarca asuntos sociológicos y normativos, retratados en distintas doctrinas referidas a la cuestión.

De hecho, nos encontramos en la frontera entre el derecho procesal constitucional (ocupado de afirmar la supremacía constitucional nacional), y el derecho procesal transnacional, que atiende entre otros menesteres los procesos que se diligencian ante la magistratura transnacional, incluyendo el de su ejecución en los ámbitos estatales domésticos. Ambas disciplinas pueden y deben trabajar armónicamente, aunque ese esfuerzo conjunto no siempre se logra.

* Publicado inicialmente en *Ius et Praxis*, Año 9, n° 1, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de Talca (Chile), Talca 2003, pp. 205 y ss.

110. *Problemas sociológicos de compatibilización. Los tribunales nacionales*

Si se acepta que el mundo jurídico no solamente se compone de normas, sino también de realidades y de valores,²⁶² el jurista debe tener muy en cuenta que la armonización interpretativa entre los tribunales locales y los supranacionales sobre los derechos humanos que ambos deben aplicar, es un hueso duro de roer. También lo es la aceptación de la primacía de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre los órganos jurisdiccionales domésticos, incluyendo las tradicionalmente denominadas cortes supremas, o los tribunales y salas constitucionales que operan como intérpretes finales de las constituciones estatales.

En el ámbito de los tribunales nacionales, pueden anticiparse tres tipos clave de dificultades: *desinformación, rechazo y desnaturalización*.

a) *Desinformación*. Hay a menudo un problema gnoseológico, vale decir de conocimiento, tanto respecto de los derechos humanos de fuente internacional, como de los criterios interpretativos adoptados por los órganos de la jurisdicción supranacional.

En Latinoamérica, por ejemplo, la mayoría de los actuales jueces no recibió en su momento *formación* ni *información* universitaria adecuada y suficiente acerca del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, del derecho comunitario ni de los procesos de regionalización. Incluso en países que han conferido rango constitucional a ciertos convenios sobre derechos humanos, tal desinformación es algunas veces aguda, y naturalmente preocupante, ya que muchos tribunales locales pueden sentenciar ignorando u omitiendo la aplicación de reglas internacionales con idéntico valor que la Constitución local. A ello se agrega que las sentencias, opiniones consultivas o dictámenes de los órganos de la jurisdicción supranacional tampoco cuentan, en los países involucrados por tales pronunciamientos, con una difusión conveniente y actualizada.

b) *Rechazo*. A la información deficiente se suma, de vez en cuando, casos de negación -consciente o subconsciente- del derecho

²⁶² Véase p. ej., GOLDSCHMIDT, Werner: *Introducción filosófica al derecho*, 4ª. ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 8 y ss.

internacional sobre derechos humanos, y de los veredictos de los órganos de la jurisdicción supranacional.

Los motivos de esa exclusión son varios. Por un lado, un fácil hedonismo lleva a muchos jueces locales, por inercia, a seguir decidiendo los casos conforme a las reglas nacionales preexistentes, sin tomarse el trabajo de asimilar todo el aparato normativo nuevo, de fuente internacional. Este último, a su turno, comparte responsabilidades: con frecuencia es muy extenso y farragoso, con normas poco sintéticas, textos demasiado vagos, ocasionalmente redundantes, y proclamaciones muy genéricas que dificultan su aprehensión. Aunque hay excepciones (varias cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica merecen felizmente situarse entre ellas), sus reglas adoptan a menudo un aire entre solemne y programático, poco operativo o autoaplicativo, y se redactan, además, con un estilo diplomático que difiere en mucho de las normas nacionales comunes, generalmente más simples y precisas. En definitiva, muchos preceptos sobre derechos humanos de origen internacional parecen normas que dicen mucho y nada a la vez, dirigidas a reglar elegante y cautamente relaciones jurídicas de Estado a Estado, y no a disciplinar el comportamiento real, cotidiano y efectivo de seres concretos.

El desaire local hacia el derecho internacional de los derechos humanos y las interpretaciones que de él hacen los órganos de la jurisdicción supranacional tiene en otros casos razones más profundas, vale decir culturales. Aludimos a los conflictos de legitimidad intrínseca que algunos de los derechos de raíz internacional pueden provocar en el ámbito local.

Determinados sectores de una sociedad nacional, por ejemplo, pueden considerar que ciertos derechos enunciados en un convenio internacional no son necesariamente "buenos" para el ámbito local,²⁶³ o que ciertas interpretaciones que de ellos hagan los órganos de la jurisdicción supranacional, no resultan axiológicamente aceptables en esa comunidad local. Un ejemplo de ello puede ser el tema de la censura

²⁶³ Resulta llamativo, por ejemplo, que algunos países, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, hicieran reserva a "todas las disposiciones de la Convención que son incompatibles con la ley islámica o *Sharia* y los reglamentos locales vigentes", o el caso de Jibuti, que aceptó adherirse a la misma Convención "salvo que no se considerará obligado por ninguna disposición ni artículo que sea incompatible con su religión o sus valores tradicionales". Véase CERNA, Christina M.: "La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socio-culturales", en AA.VV.: *Estudios básicos de derechos humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, p. 389.

judicial previa, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han entendido, por lo común, como casi radicalmente incompatible con el Pacto de San José de Costa Rica, en tanto que varios tribunales nacionales han implementado dicha censura en aras de tutelar, por ejemplo, la intimidad o el honor de las personas.²⁶⁴ En tales situaciones, es probable que los tribunales locales se sometan a regañadientes -ya que no les cabe otro remedio- a lo que resuelva el tribunal supranacional en un caso concreto, pero que más tarde, en otros procesos similares, rehúsen adoptar una política judicial de seguimiento a los criterios interpretativos sentados por el referido órgano supranacional.

A lo expuesto cabe añadir el ingrediente narcisista que (al menos ocasionalmente) puede anidar en algunos tribunales locales -especialmente en los supremos-, suficiente para provocar una crisis de obediencia a los criterios interpretativos que fije un órgano de la jurisdicción supranacional.²⁶⁵

En efecto, no siempre es fácil de digerir, para juristas nacidos y criados bajo el techo ideológico de las doctrinas del dualismo y de la soberanía nacional, que ahora el tema de los derechos humanos es también materia del bien común internacional, que para tales derechos existe una jurisdicción supranacional por encima de la doméstica, y que, en definitiva, las "cortes supremas" de los estados locales han dejado de ser, en sentido estricto, y en esos temas, "supremas", ya que sus decisiones pueden ser invalidadas por esa jurisdicción supranacional. Aparte de que muchos jueces de viejo cuño (y también abogados, cuando no estudiantes) pueden reputar criticable y hasta ilegítimo -por "antipatriota"- el nuevo estado de cosas, es comprensible (aunque no aceptable) que ellos intenten todavía visualizar los derechos humanos solamente a la luz de la Constitución Nacional, y de acuerdo a las pautas que marquen los tribunales nacionales y su emblemática "Corte Suprema" local, al par que consideren a los órganos de la jurisdicción supranacional

²⁶⁴ Es paradigmático ese enfrentamiento entre los criterios de la Corte Suprema de Chile y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto al caso "Luksic Craig", también llamado "Martorell". Conf. DULITZKY, Ariel: "La censura previa en la Convención Americana de Derechos Humanos", *LL*, 1996-D-1687.

²⁶⁵ De someterse una Corte Suprema nacional a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien pueden algunos de sus miembros sentirse "devaluados" a la condición de, por ejemplo, jueces de una cámara o corte de apelaciones. Es necesario, desde luego, un gesto de madurez y grandeza (que no siempre se encuentra), para admitir el nuevo orden y reconocer la primacía de la jurisdicción supranacional.

como una suerte de tribunales "extranjeros" cuyas doctrinas apenas tendrían, para los jueces locales, un mero valor informativo, a lo más a título de derecho comparado.

c) *Desnaturalización*. Otro riesgo que corre el derecho internacional de los derechos humanos cuando es operado por los tribunales de un Estado, consiste en su desfiguración.

Esa alteración puede explicarse también por varias causas. Una de ellas es la *incomprensión* del texto internacional por los jueces domésticos, no siempre dispuestos a abreviar en esas fuentes supra, trans o inter nacionales, a realizar una interpretación orgánica o sistemática de esos documentos, o a impregnarse de la filosofía y del techo ideológico que los anima. No puede ignorarse, en este punto, que juristas moldeados bajo ideas como la autosuficiencia del Estado, un dualismo intransigente en cuanto las relaciones entre el derecho internacional y el local, una versión santificada e intolerante a la vez de la idea de soberanía nacional y del techo ideológico tradicional de la Constitución lugareña (que ubicaba a ésta en la cúspide del ordenamiento jurídico), no siempre estarán bien animados para recepcionar los nuevos vientos que animan a una concepción internacionalista, y en el fondo monista, de los derechos humanos de origen extra o supra nacional.

Pueden suscitarse así fenómenos de *domesticación*, o de *aclimatación* de los derechos humanos de origen internacional, a las pautas ideológicas y al medio jurídico local, con lo cual es posible que aquéllos terminen, en buena proporción, anestesiados o diluidos. Más todavía: no cabe excluir supuestos de *devaluación* de aquellos derechos, y hasta de su *alteración*, a través de una interpretación localista desfiguradora del documento internacional donde son enunciados.²⁶⁶ Tal mutación, provocada algunas veces por vicios metodológicos del intérprete y en otras por intereses políticos locales, o por ambos factores, importa un serio obstáculo a la vigencia del derecho humano en cuestión, y solamente puede ser corregida -años después, si ocurre la enmienda- por el órgano de la jurisdicción supranacional que tenga competencias para revisar la decisión del tribunal local.

²⁶⁶ Por ejemplo, en algunos votos de la Corte Suprema de Justicia argentina se consideró que la censura judicial no era censura en sentido estricto, o que la tutela del honor, sentada por el Pacto, justificaba la censura previa negada por el art. 13 del mismo. Conf. el caso "Servini de Cubría", en CSJN, *Fallos*, 315:1943.

111. *Los órganos supranacionales*

A su vez, los tribunales internacionales pueden padecer de distintos defectos, como practicar un autismo jurídico que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente "desde" tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo y axiológico del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos.

También aquí pueden repetirse actitudes hedonistas y narcisistas de pésimos resultados, como creer que por tratarse de un ente jurisdiccional supremo, cuyos veredictos son irrecurribles, es posible resolver ligera, mayestática y soberanamente los casos, sin medir con responsabilidad y tino las consecuencias previsibles del pronunciamiento, la factibilidad de su ejecución, o el impacto probable en situaciones futuras dentro y fuera del país involucrado por la sentencia.

En otro sentido, un tribunal internacional, animado con las mejores intenciones, puede emitir sentencias por cierto bien intencionadas, pero cuyas secuelas quizás no se han medido con la cautela del caso.²⁶⁷

Tampoco cabe descartar que, sobre todo por razones ideológicas, un tribunal internacional actúe incorrectamente con el texto que debe interpretar, minimizando al derecho en juego, hipertrofiándolo o falseándolo. Nadie tiene aquí el dogma de la infalibilidad, ni es posible asegurar tampoco la eterna fidelidad del operador del tratado al espíritu de éste.

Cabe tomar conciencia, eso sí, que el éxito de un tribunal supranacional y su aptitud de convicción y de seguimiento de sus sentencias por los órganos jurisdiccionales locales dependerá *-ab initio-* de la ejemplaridad de ellas. A mayor legitimidad de tales fallos, mayor posibilidad de acompañamiento.

²⁶⁷ Por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso "Tribunal Constitucional del Perú" (conf. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, (Coord.): *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México, 2001, p. 838) proyecta las garantías del debido proceso penal, enunciadas en el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica, a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional", con lo que, v. gr. el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo podría extenderse a la prohibición de someterlo a la prueba de confesión o de absolución de posiciones, en el ámbito civil, comercial y laboral.

112. *El discurso jurídico. Un escenario conflictivo: la “declaración de inejecutabilidad”*

En el ámbito académico y tribunalicio los entredichos y las armonías entre los tribunales nacionales y la jurisdicción internacional han tenido distintas manifestaciones. Una de ellas, como alternativa de solución traumática, es la “declaración de inejecutabilidad” del pronunciamiento de un órgano internacional, por parte de los jueces locales.

Como muestra de la negación de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar del Perú, del 11 de junio de 1999, en el caso “Castillo Petruzzi y otros”,²⁶⁸ importa hasta el presente el documento tal vez más significativo.

En tal decisorio, el tribunal peruano acusa a la Corte Interamericana de los siguientes defectos:

- a) Tipificar “en forma indebida” a determinados delitos.
- b) Incurrir “en un exceso de su competencia funcional”, ya que la Corte Interamericana solamente podría definir la compatibilidad del derecho interno con el internacional, por vía de consulta u opinión.
- c) Extralimitación en sus atribuciones, al pronunciarse sobre el control de legalidad y de constitucionalidad del derecho interno.
- d) Exceso en su competencia, por indicarle a los legisladores locales cómo deben votar las leyes.
- e) Invocar falsamente preceptos que el Pacto de San José de Costa Rica no contiene.
- f) “Clamoroso desconocimiento” de la legislación penal y militar peruana.
- g) Desconocimiento, también, de la Constitución del Perú, e intento de someterla al Pacto de San José de Costa Rica, en la tarea de interpretación y aplicación del derecho por los jueces peruanos.
- h) Violación de la cosa juzgada.

²⁶⁸ Conf. *El Peruano*, Lima, 12/6/1999, p. 174138.

sectores de la sociedad peruana (al igual que su inadmisión por otros). Existió, como no podía ser menos, un trasfondo sociológico que no puede omitirse, hondamente polémico, y donde se entremezclaban asuntos tan relevantes y vivenciales como el orgullo nacional, la lucha contra la subversión (ambos expedientes se involucraban con ella), y el presunto prestigio de las autoridades locales, incluidas las judiciales.

113. *Posición de cuestionamiento*

Otra situación conflictiva se presenta cuando una Corte Suprema local se niega a ejecutar una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, primero por razones formales, pero también por discutir el fondo de lo decidido en la jurisdicción supranacional.

Por ejemplo, en “Cantos”²⁷⁰ la Corte Suprema argentina tuvo que atender la presentación del Procurador del Tesoro de la Nación, quien requirió ante ella el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana el 28 de septiembre de 2002, en el referido expediente “Cantos”. En concreto, la resolución de esta última obligaba al Estado argentino a abstenerse de cobrar a Cantos una tasa de justicia y una multa; a fijar en un monto razonable los honorarios regulados a letrados en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina; a asumir el pago de ciertos honorarios, y a levantar determinados embargos e inhibiciones.

La mayoría de la Corte Suprema de Justicia argentina advirtió que tal organismo no era competente en la especie, y que además debía instrumentarse la solicitud en una causa judicial. Mencionó igualmente otros argumentos, básicamente de vertiente procesal. Pero también juzgó que la petición del Procurador del Tesoro “no puede ser atendida por este Tribunal, so riesgo de infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos cuya titularidad corresponde a determinados profesionales que han intervenido en la causa”. Ello implicaría, prosigue la Corte, que ella actuase “con patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional”. Añadió que la reducción de los honorarios profesionales sin dar la posibilidad de resistir por los afectados a tal requerimiento,

²⁷⁰ CSJN, *Fallos*, 326:2968.

“vulneraría elementales garantías constitucionales” de los así perjudicados, “ello, por cuanto los profesionales beneficiarios de esos derechos no han sido parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional”. En definitiva, si la Corte Suprema accediese a lo impetrado por el Procurador del Tesoro, se produciría –manifestó– la violación de garantías judiciales y del derecho de propiedad, expresamente tutelados por la Constitución Nacional y el Pacto de San José de Costa Rica; y surgiría la paradoja de que, con la excusa de cumplir una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (el aludido Pacto, y la sentencia de la Corte Interamericana), el Estado argentino incurriría al mismo tiempo en responsabilidad internacional por afectar aquellos derechos y garantías de los profesionales aludidos.

Interesa apuntar aquí que, no sin ciertas razones de peso, la Corte Suprema argentina entró a evaluar el mérito del decisorio de la Corte Interamericana, en cuanto que ésta dispuso reducir los honorarios profesionales de quienes no fueron escuchados en la jurisdicción supranacional. Por ende, ¿el veredicto de la jurisdicción supranacional no podría ejecutarse, sin más, en el ámbito doméstico? ¿Es factible, entonces, que una Corte Suprema nacional pueda formalmente revisar el acierto de lo resuelto por la Corte Interamericana, más allá de lo equitativo y fundado de esa fiscalización?

En el caso que comentamos, en definitiva, el Poder Ejecutivo nacional (representado por el Procurador del Tesoro) quiso cumplir con el fallo de la Corte Interamericana, pero la Corte Suprema, igualmente nacional, dio argumentos, formales y de fondo, con apreciable poder de convicción, para no hacerlo por sí misma. Todo esto alienta la sanción de leyes locales que regulen claramente la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana, en el orden doméstico, en particular sobre el órgano competente para cumplir tal función.

114. *Doctrina del seguimiento nacional*

Una de las vías prácticas para resolver la cuestión de interpretaciones disímiles de los mismos derechos humanos por parte de la jurisdicción supranacional y la nacional, estriba en que los tribunales locales se sometan a los criterios interpretativos vertidos por los órganos jurisdiccionales supranacionales en tales temas.

a) La doctrina ha sido expuesta, por ejemplo, por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en "Ekmekdjian c/Sofóvich",²⁷¹ y en "Girolodi",²⁷² al puntualizar que la interpretación que haga de los derechos humanos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "debe servir de guía" a los tribunales argentinos. En "Bramajo"²⁷³ extendió esa directriz a la interpretación que realice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, postura por cierto encomiable desde el punto de vista de la adaptación de los tribunales argentinos a organismos supranacionales, pero discutible en virtud de que la referida Comisión no es un Tribunal, ni sus decisiones obligan a la Corte Interamericana, que bien puede diferir de las conclusiones de la Comisión.

Los fundamentos de esta postura (creada mediante una interesante y novedosa construcción jurisprudencial) parten, indirectamente, del reconocimiento de una posible mayor calidad, jerarquía e imparcialidad de los criterios de la jurisdicción supranacional sobre la nacional, en cuanto la interpretación de los derechos humanos, y tal vez -también- de motivos de economía procesal, ya que puede conjeturarse que si un tribunal nacional se aparta del entendimiento dado en un caso anterior por la Corte Interamericana a un derecho enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica, el afectado podría provocar, subiendo la escalera procesal del caso, la invalidez del fallo local. Se trata pues de una postura humilde y práctica a la vez.

Conviene alertar que la doctrina del seguimiento ha tenido en la Argentina importantes repliegues, no obstante su difusión inicial. En "Acosta",²⁷⁴ la mayoría de la Corte Suprema dio a entender que el seguimiento de los jueces nacionales a la jurisprudencia de los organismos de la jurisdicción internacional emergentes del Pacto de San José de Costa Rica no era inexorable, en el sentido que no había un deber jurídico vinculante en tal sentido, y menos que obligase a modificar sentencias firmes (consid. 13). En "Felicetti" (consid. 6), reiteró tal postura, sosteniendo que los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tampoco obligaban irremediablemente a la Corte

²⁷¹ *LL*, 1992-C, 543.

²⁷² *LL*, 1995-D, 461.

²⁷³ *LL*, 1996-E, 409.

²⁷⁴ Véase CSJN, *Fallos*, 321: 3555; *JA*, 1999-II-364, con nota de SAGÜES, Néstor P.: "Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos."

Suprema, máxime si alteraban el principio de la cosa juzgada, aunque de todos modos el Estado debía realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión.²⁷⁵

En “Alonso”,²⁷⁶ una sentencia del 19 de septiembre de 2002, la Corte vuelve a ratificar la doctrina de “Acosta”, pero un voto del juez Boggiano insiste en que el hecho de que los jueces argentinos deban tener en cuenta los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no impide que “esa racional indagación conlleve la posibilidad de apartarse del contenido de los informes y recomendaciones cuando resulten incompatibles con los derechos reconocidos por la Convención”. El mismo juez concluyó que el informe 2/97 de la Comisión Interamericana careció de una ponderación razonada de los elementos del caso, con arreglo a las puntuales circunstancias del mismo (consid. 14).

Posteriormente, en “Simón”, la Corte Suprema argentina ha adoptado una versión intensa y dura de la doctrina del seguimiento nacional, al alertar (consid. 17) que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.²⁷⁷

Una evaluación de la doctrina del seguimiento nacional obliga a formular ciertas distinciones:

- En un caso concreto, el Estado nacional está obligado, si se trata de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cumplirla lealmente, atento lo previsto por los arts. 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica. Ello sería así aunque la Constitución Nacional fuese, y aludimos a casos extremos, incompatible con el Pacto, a tenor de los principios del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide* en el cumplimiento de los compromisos internacionales, retratados por ejemplo en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en los términos de ésta (arts. 27 y 46), cuando impide a un Estado alegar reglas de derecho interno para

²⁷⁵ Conf. CSJN, *Fallos*, 323: 4130, y *JA*, 2001-I-484, y 2001-III-1284, con nota de SAGÜÉS, Néstor P.: “Un caso de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, también véase *supra*, capítulo X.

²⁷⁶ CSJN, *Fallos*, 325: 322.

²⁷⁷ CSJN, sentencia del 14/6/2005, *JA*, 2005-IV-377.

eximirse del cumplimiento de esos tratados. De todos modos, toca a los tribunales domésticos realizar siempre, y hasta agotar todas las instancias, una interpretación armonizante o adaptadora entre las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución Nacional, incluso llegando a esfuerzos hercúleos con el fin de “compatibilizar lo incompatible”, según la feliz expresión acuñada en la doctrina judicial estadounidense.

También para un caso concreto, el Estado nacional (y sus tribunales) tienen que realizar los mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y atender a las mismas, conforme a la directriz que sienta la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Loayza Tamayo”, fallo del 17 de septiembre de 1997, puntos 80 y 81. Sin embargo, cabe advertir que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no tienen vigor de cosa juzgada, y que incluso pueden no ser compartidas después por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La intérprete final del Pacto es la Corte, y no la Comisión.

- Para otros casos, distintos a aquel donde la Corte Interamericana o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos vertieron su opinión consultiva, sentencia o recomendación, de todos modos el criterio de tales organismos es, primero, relevante; en segundo término, no puede ser ignorado por los jueces nacionales; y en tercer lugar, que en principio debe seguirse por éstos. Esa relevancia es notoriamente superior respecto de las directrices que haya fijado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es un tribunal que dicta sentencias definitivas. Como salvedad final, los tribunales locales estarían habilitados, sin embargo, dando muy fundadas razones, a apartarse de dichos criterios; pero, cabe insistir, ante raras, muy especiales, graves y extraordinarias circunstancias que justificasen tal excepcionalidad de no seguimiento.

Desde luego, una situación distinta se produce si un tribunal nacional constata que la directriz de la Corte Interamericana o de la Comisión Interamericana, expuesta en otro caso, no es aplicable al actual, en virtud de situaciones de hecho o de

derecho diferentes al caso inicial. En este caso, no habría seguimiento, no por apartamiento, sino por no corresponder la aplicación de la directriz de la Corte o de la Comisión Interamericana al problema bajo estudio.

b) Otra vía de seguimiento -por voluntad del constituyente- es la postulada por el art. 10, párr. 2º, de la Constitución española (inspirado probablemente en el art. 16, párr. 2º, de la portuguesa de 1976), en el sentido de que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Esta cláusula es provechosa, aunque no figura en muchas constituciones.²⁷⁸ En principio, ella postula el seguimiento interpretativo del tribunal nacional al tratado, antes que al derecho local, y no, necesariamente, el seguimiento de dicho tribunal doméstico al órgano jurisdiccional supranacional creado por el tratado. Sin embargo, si el tratado declara que dicho órgano supranacional es simultáneamente el intérprete final del tratado sobre derechos humanos, el tribunal local deberá obedecer -como regla- los criterios interpretativos del órgano supranacional.

115. *Doctrina del "margen de apreciación nacional". Variables*

Al revés, otra vía de compatibilización consiste en que los órganos de la jurisdicción internacional, cuando interpretan un derecho humano declarado en un tratado o convenio, no lo hagan con criterios puramente generales o abstractos, sino teniendo en cuenta las particularidades (normativas y fácticas) del país donde se presenta el problema, y respetando asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales locales.²⁷⁹

²⁷⁸ Véase sobre el tema DULITZKY, Ariel: "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", en AA.VV.: *Estudios especializados de derechos humanos*, t. I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1996, p. 141, con mención de las constituciones de Colombia (de 1991) y del Perú (de 1993).

²⁷⁹ Por ejemplo, la "Declaración y programa de acción de Viena", producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, después de sentar el principio de universalidad, añadió que "Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y

En Europa, la doctrina del "margen de apreciación nacional" tuvo fundamentalmente un origen jurisprudencial, en concreto a través de la Comisión Europea de Derechos del Hombre.²⁸⁰ La legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional.²⁸¹

Conforme al Tribunal de Estrasburgo, el "margen de apreciación nacional" varía según las circunstancias, las materias y el contexto.²⁸² Los

regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fuesen sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en la opinión consultiva 4/84, con referencia al cumplimiento del principio de igualdad en la regulación de las condiciones para adquirir la ciudadanía en un país, que "el Estado que la concede (es) el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense". En concreto, señaló también la Corte en un párrafo anterior, "se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que *dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso*" (el destacado es nuestro. Conf. VENTURA, Manuel E. y ZOVATTO, Daniel: *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 306/307).

²⁸⁰ Conf. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J.: "Le caractère 'autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme", en AA.VV.: *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, Franz Matscher - Herbert Petzold, Berlín, 1988, p. 207; YOUROW, Howard Charles: "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", *Luwer Law International*, La Haya, Boston y Londres, 1996, p. 196, quien destaca que la doctrina del margen nacional no surge necesariamente de textos normativos.

²⁸¹ Conf. PETTTI, Louis E.; DECAUX, Emmanuel e IMBERT, Pierre H.: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Economica, París, 1995, p. 51; KASTANAS, Elías: *Unité et diversité: Notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Emile Bruyant, Bruselas, 1996, pp. 439/440.

²⁸² Véase GANSHOF VAN DER MEERSCH: ob. cit., pp. 219/10; KASTANAS: ob. cit., p. 440.

factores de hecho, así como la naturaleza del derecho garantizado por una convención o tratado (hay, p. ej., derechos más preferidos, o "rígidos"),²⁸³ son elementos que amplían o reducen la abertura o estrechez del "margen de apreciación nacional". Otro ingrediente significativo para graduarlo es la existencia, o no, de un "denominador común", o de "estándares comunes" en los sistemas jurídicos de los países comprendidos por el tratado o convención que enuncia derechos humanos de fuente internacional.²⁸⁴ Si hay un entendimiento compartido sobre la naturaleza, detalles y dimensiones de un derecho por parte de tales sistemas jurídicos nacionales, resulta obvio que un Estado específico dispone de menor "margen de apreciación" para interpretar, moldear o adaptar a dicho derecho.

Como técnica de interpretación,²⁸⁵ la doctrina del margen de apreciación nacional opera fundamentalmente para *limitar* derechos (v. gr., restricciones por razones de utilidad pública, moral pública, interés público), e incluso para *suspender* derechos (así, los casos de conmoción interior, de peligro público, seguridad nacional, etc.).²⁸⁶ También puede funcionar como *mecanismo de implementación de derechos*, como por ejemplo para instrumentar los preceptos genéricos de un tratado relativos a crear, por los estados nacionales, procedimientos judiciales expeditivos para la garantía de los derechos de fondo.²⁸⁷ Pero también puede actuar como *modo de entendimiento de derechos*, vale decir, como dispositivo para entenderlos, aplicarlos, y correlacionar un derecho con otro.

Desde luego, la amplitud de dicho "margen de apreciación" como el acierto de su ejercicio por las autoridades o tribunales de un país, puede y debe estar sometido al control de la autoridad supranacional (cuando ella exista). Esto es una suerte de *necesidad jurídica*,²⁸⁸ ya que de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su "margen de apreciación nacional".

La aplicación irrestricta de la doctrina del margen de apreciación nacional podría provocar que un mismo derecho humano no tenga la

²⁸³ Véase YOUROW: ob. cit. pp.188 y ss., con referencia a derechos "preferidos", "especialmente protegidos" y derechos "prioritarios".

²⁸⁴ Véase YOUROW: ob. cit. p. 193; GANSHOF VAN DER MEERSCH: ob. cit., p. 214.

²⁸⁵ Sobre la doctrina del margen nacional de apreciación como técnica de interpretación, véase YOUROW: ob. cit., p. 196.

²⁸⁶ GANSHOF VAN DER MEERSCH: ob. cit., pp. 209, 211.

²⁸⁷ YOUROW: ob. cit., pp. 176/177.

²⁸⁸ PETITTI-DECAUX-IMBERT: ob. cit., p. 51; GANSHOF VAN DER MEERSCH: ob. cit., p. 220.

misma profundidad o extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias de él.

Aunque eso sea en buena medida cierto, también lo es que un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan. Existen condicionamientos materiales y sociales cuyo desconocimiento quitaría realidad o vigencia, y hasta razonabilidad, a un régimen de derechos humanos. También hay serios conflictos de legitimidad entre lo que una sociedad nacional considera como justo o injusto, y lo que otros Estados, o un organismo de la jurisdicción supranacional, pueden pensar sobre el mismo punto.

La doctrina del margen nacional postula la adaptación de una normatividad general sobre derechos humanos, al ambiente adonde ella debe aplicarse. Pero tal armonización tiene, desde luego, sus topos. Si en un Estado se padecen cegueras axiológicas colectivas decididamente intolerables a la luz del desarrollo actual de la conciencia ética global (piénsese, v. gr., en casos de semiesclavitud todavía imperantes en ciertas regiones de la Tierra, o en la infracondición femenina que algunos países -especialmente musulmanes- practican en materia de vestimenta, negación de educación y de acceso a ciertos empleos, movilidad física o derechos sobre los hijos), mal podría argumentarse la doctrina del "margen nacional" para consentir tales violaciones.²⁸⁹

En resumen, hay un "margen nacional" aceptable y uno inaceptable, siendo el juez de esa admisibilidad el órgano de la jurisdicción supranacional encargado de velar por la aplicación del derecho humano que el país del caso se obligó a respetar, y que aceptó aquella jurisdicción.

116. *Conclusiones*

Las conexiones entre los tribunales internacionales y los nacionales, en materia de derechos humanos, no son nada simples. Hay factores sociológicos y gnoseológicos de desinformación, rechazo,

²⁸⁹ Sobre las degeneraciones de ciertos "particularismos" incompatibles con el principio de universalidad, conf. el excelente estudio de VILLÁN DURÁN, Carlos: "Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena", en AA.VV.: *Estudios básicos de Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, pp. 339 y ss.

inadaptación, desnaturalización, hedonismo y narcicismo, a más de los ideológico-políticos, que obstaculizan a menudo el acatamiento de la justicia doméstica a la internacional. A su turno, ésta puede padecer de potenciales defectos de comprensión de las realidades locales, cuando no de intereses también ideológicos o de complejos de superioridad. No hay que descartar en ella, paralelamente, fallos altruistas –pero imprevisores– que no midan con cuidado los efectos expansivos que puedan tener en el mundo jurídico.

En la experiencia latinoamericana se han dado ya situaciones traumáticas de negación o de rechazo de la jurisdicción supranacional, mediante la doctrina de la “inejecutabilidad” de sus resoluciones; y en menor medida, por posiciones de cuestionamiento. Tales antecedentes, por más que no hayan sido frecuentes y que en buena medida resultaron infructuosos, resultan preocupantes. Por el contrario, teorías como la del “seguimiento nacional”, o la del “margen de apreciación nacional”, procuran compatibilizar ambas jurisdicciones. Hay que continuar trabajando en el mejor desarrollo de ambas, en aras de lograr un sistema interamericano de derechos humanos realmente operativo y armónico. Para ello, la prudencia y la habilidad de los jueces de los tribunales locales e internacionales importa un dato de la realidad casi indispensable para que la empresa sea exitosa, así como la programación de leyes nacionales que instrumenten la aplicación doméstica de los veredictos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero los aportes de las universidades, de las escuelas judiciales y de los colegios profesionales de jueces y de abogados son igualmente provechosos, cuando no necesarios, para crear esa nueva cultura jurídica de la internacionalización de los derechos humanos: una hazaña que lleva necesariamente tiempo, aunque avanza sin pausa.

Capítulo XIX

LA EFICACIA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN LOS EEUU Y LA ARGENTINA

117. *El caso norteamericano. Introducción*

Un tema interesante para el derecho procesal constitucional es averiguar cómo las sentencias de su tribunal supremo, especialmente en temas de control de constitucionalidad, pueden adquirir efectos expansivos (esto es, que deben ser seguidas por los tribunales inferiores en otros expedientes distintos adonde se sentó la doctrina judicial), no obstante que la Constitución nada disponga al respecto.

En los Estados Unidos de América la Constitución de 1787 no confió a ningún órgano específico de gobierno el control de constitucionalidad. La Corte Suprema, en el famoso *leading case* “Marbury vs. Madison”, diecisiete años después del lanzamiento de la Constitución, creó pretorianamente la revisión judicial de constitucionalidad, receta que aunque muy exitosa después, inicialmente no podía menos que discutirse. Hoy, refrendada por un granítico derecho constitucional consuetudinario, parece una fórmula imbatible y pétreo.

En 1958, la misma Corte, en “Cooper vs. Aaron”, enseñó que la interpretación que ella hace de la Constitución es “la ley suprema de la tierra”, a la que deben conformarse tanto los órganos judiciales como los del Poder Ejecutivo y del Legislativo. La vinculatoriedad de la doctrina judicial establecida por la Corte cuenta así con un enunciado explícito y rotundo. Puede pensarse, por ello, que “Cooper vs. Aaron” importa una suerte de “segundo Marbury vs. Madison”; por su trascendencia institucional; y que de algún modo significativo altera las bases del sistema

histórico inicial difuso de control de constitucionalidad, dado que, cuando la Corte define algún tema constitucional, los tribunales inferiores tienen recortada su capacidad de juzgamiento sobre tal punto, al tener que conformarse y aplicar en todos los casos que tengan que decidir, lo dicho por la Corte. De ello pueden extraerse importantes consecuencias.²⁹⁰

A continuación se resumirán los rasgos esenciales del sistema del precedente (*stare decisis*) en Estados Unidos, soporte de la doctrina de la vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte, para retornar después a los rasgos específicos que esa doctrina tiene para ella.

118. *El sistema del “stare decisis et non quita movere”*

Este sistema del régimen anglosajón del *common law* puede traducirse como “respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos”.²⁹¹ Sintéticamente se lo conoce como el “sistema del precedente”. Tal doctrina constituye el basamento histórico de la actual fuerza vinculante de los fallos de la Corte Suprema norteamericana.

La doctrina, conviene advertirlo, se aplica a todo el sistema judicial. Parte del supuesto de que una sentencia cumple dos papeles: resolver una litis concreta, y además, repercutir en los casos futuros que

²⁹⁰ Véase el desarrollo de SAGÜES, María S.: “Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial”, en *Proceso y Constitución*, n° 2, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, 2004, p. 225, con sugestivas reflexiones sobre el actual carácter, menos difuso, y en ciertos aspectos concentrado, del sistema estadounidense.

Una aplicación estricta de “Cooper vs. Aaron” obliga a advertir que en el mejor de los casos el régimen judicial de control de constitucionalidad norteamericano, insuflado de *stare decisis*, podrá ser básicamente “difuso” (cualquier juez practica la revisión de constitucionalidad), pero resulta simultáneamente “jerarquizado”, esto es, con distintas jerarquías en función del tribunal del caso; y que de cierta manera, pasaría a ser parcialmente “concentrado” en la Corte Suprema, cuando ella define una cuestión constitucional, ante la imperatividad de la doctrina que sienta en sus veredictos, cosa que limita la competencia en materia de razonamiento y de decisión en esos temas, para los tribunales inferiores. Dicho de otro modo: “todos” los jueces pueden controlar, pero “no todo” (lo ya controlado por la Corte Suprema).

Remitimos también al lector a TRIBBE, Laurence H.: *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1978, p. 18.

²⁹¹ FARNSWORTH, E. Allan: *Introducción al sistema legal de los Estados Unidos*, trad. de Horacio Abeledo, Zavalía, Buenos Aires, 1990, p. 74. Seguimos a este autor, cuya lectura recomendamos, en la descripción y razones del régimen del precedente o *stare decisis*.

atiendan problemas análogos. En definitiva, “proveer a la sociedad de reglas jurídicas”.²⁹²

- a) *Fundamentos*. Para abonar esa argumentación, explica Farnsworth, se esgrimen cuatro razones: *igualdad* (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), *previsibilidad* (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), *economía* (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y energía para resolverlos), y *respeto* (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata, fundamentalmente, de una solución pragmática.
- b) *Variables*. No todo lo dicho en una sentencia tiene el mismo vigor vinculante, ni todas las sentencias valen lo mismo. Con referencia a la aplicación del *stare decisis*, el autor que citamos explica que “es más arte que ciencia”. En tal sentido, cabe mencionar primero la que llama *jurisprudencia persuasiva* (*persuasive precedents*), no necesariamente vinculante, que es la proveniente de tribunales de otras jurisdicciones o de un nivel igual al que debe decidir un proceso, y la que tiene divergencias (jurisprudencia contradictoria: en este caso, se habla de “regla mayoritaria” o “minoritaria”). La *jurisprudencia imperativa* (*binding precedents*), que sí es vinculante, es la que emana de un tribunal superior al que conoce el caso, o a la de éste mismo. Pero dentro de las sentencias de este último tipo, cabe a su turno diferenciar el *holding*, o *ratio decidendi* (esta última expresión es usual en Inglaterra), que es lo necesariamente sostenido por un tribunal para dirimir el litigio, del *obiter*, u *obiter dictum*, que es lo no indispensable a ese fin. Normalmente el *obiter dictum* no es jurisprudencia imperativa, aunque pueda tener algunas veces especial respeto, en función de la calidad jurídica del juez que lo expuso.

²⁹² MAGALONI KERPEL, Ana L.: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Mc. Graw Hill, Madrid, 2001, p. 31, quien destaca que en función de la norma aplicada en la sentencia que enuncia el precedente, puede hablarse del “precedente constitucional” (si se trató de efectivizar a la ley suprema), del “precedente legal” (*statutory precedent*), si se acudió al derecho legislado, o del “precedente de *common law*”, si el fallo se basó en tal fuente jurídica.

La distinción entre el *holding* y el *dictum* fue explicada por el mismo John Marshall dieciocho años después de “Marbury vs. Madison”, en “Cohens vs. Virginia”.²⁹³ Tiene, pues, rancio abolengo. Sin embargo, no siempre es sencillo deslindar nítidamente, en el cuerpo de una sentencia, esas dos partes. Y siempre es posible una interpretación manipulativa del texto en cuestión.

Por lo demás, cabe diferenciar el *stare decisis* “vertical” (doctrina sentada por un tribunal superior, sobre sus tribunales inferiores), del *stare decisis* “horizontal”, o vinculación de un tribunal con sus propios precedentes, fundado esto en los principios de autocongruencia y consistencia.²⁹⁴

- c) *Vías de evasión*. En el mundo jurídico norteamericano, un rechazo frontal a la doctrina del precedente o del *stare decisis* es hoy prácticamente impensable.²⁹⁵ Históricamente, no obstante, ha tenido algunas veces sus cuestionamientos. Generalmente se recuerda en este punto el discurso de asunción presidencial de Abraham Lincoln, cuando sostuvo que “Si la política del Gobierno acerca de cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, ha de ser irrevocablemente fijada por las sentencias de la Suprema Corte, en el instante de dictarse las mismas en juicios ordinarios entre partes dirimiendo acciones personales, el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, habiendo renunciado prácticamente en

²⁹³ “Es una máxima que no debe ser desconocida que las expresiones generales de una opinión pueden entenderse en conexión con el caso en que ellas son usadas. Si se refieren a cuestiones extrañas al caso, pueden ser respetadas, pero no deben ser obligatorias para un caso posterior en que el punto preciso deba ser resuelto. El fundamento de esta máxima es evidente. Las cuestiones del caso que están a consideración son investigadas con cuidado y analizadas en todos sus aspectos. Otros principios que puedan servir para ilustrar se consideran en relación al caso, pero su posible incidencia sobre cualquier otro caso, difícilmente será investigado a fondo”. Conf. FARNSWORTH: ob. cit., pp. 78/79.

²⁹⁴ MAGALONI KERPEL: ob. cit., p. 38.

²⁹⁵ Sin embargo, cuenta Farnsworth, de vez en cuando se cita el caso del Juez James Robinson, de la Corte Suprema de North Dakota, quien alcanzó fama como opuesto a la doctrina del precedente, y que sólo citaba excepcionalmente jurisprudencia para fundar sus veredictos. Asimismo, hay ocasiones en que un tribunal ignora un precedente “embarazoso”, lo que para el autor que citamos implica una técnica criticable que deja en dudas la subsistencia del precedente para el futuro (ob. cit., p. 74, nota 10, y p. 82, nota 23).

esa extensión a su gobierno, a favor de ese eminente Tribunal”.²⁹⁶

Fuera de estas críticas, lo cierto es que en determinadas ocasiones es factible ampliar o restringir el radio de cobertura de un precedente, por ejemplo considerando que los hechos del caso número dos son muy distintos a los del caso número uno; o que la doctrina sentada en el caso número uno es francamente arcaica, por modificación del contexto de vida; o incluso que daría, aplicada al caso número dos, una solución decididamente injusta. Otro medio de evasión es (por parte del tribunal número dos) “achicar” el espacio del *holding* del caso número uno, ampliando en cambio el del su *dictum*, que –cabe recordarlo– no es imperativo, sino persuasivo.²⁹⁷

En el fondo, coexisten aquí *dos* doctrinas del precedente: la *minimalista*, cuando postula que dicho precedente sea establecido en forma concreta y profundamente condicionado por los hechos (material fáctico) del caso donde se formuló, y la *maximalista*, que intenta que el precedente establezca reglas generales y abstractas comprensiva de una serie de situaciones. Naturalmente, la posición minimalista permite a un tribunal moderar bastante el rigor del precedente, mientras que la maximalista lo acentúa. Sin embargo, aún esta última autoriza practicar “distinciones” (Schauer), por ejemplo ante supuestos de extrema injusticia, que significan excepciones a la regla de la obediencia al precedente.²⁹⁸

²⁹⁶ CORWIN, Edward S.: *La Constitución norteamericana y su significado actual*, trad. de Rafael Demaría, Kraft, Buenos Aires, 1942, pp. 140/141. En este caso, cabe aclararlo, Lincoln parece estar refiriéndose al tema de las cuestiones políticas no justiciables (*political questions*).

²⁹⁷ FARNSWORTH: ob. cit., pp. 80 y ss. El mismo autor recuerda que ocasionalmente un tribunal inferior puede apartarse de la regla sentada por su superior, si prevé que este último cambiará su jurisprudencia anterior, de haber apelación (ob. cit., p. 77).

²⁹⁸ Véase el excelente análisis de MAGALONI KERPEL: ob. cit., p. 93 y ss.

119. *La doctrina del precedente en y para la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU*

Ya hemos citado en el parág. 117 los lineamientos de la importante fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La tesis de que su doctrina judicial debe servir como guía y ser seguida por los demás tribunales del país (expresión máxima del *stare decisis* “vertical”) ha sido abonada por motivos de certeza, estabilidad y coherencia de la jurisprudencia, y por provenir del máximo tribunal, intérprete final de la Constitución.²⁹⁹ Pero la aplicación de la doctrina presupone una decisión adoptada por la mayoría del Tribunal; si ella proviene de un tribunal dividido en partes iguales no confiere autoridad al caso para la determinación de otros, aún proviniendo el fallo de la Corte Suprema.³⁰⁰

El vigor de un precedente no disminuye por haberse omitido en éste los fundamentos de la decisión.³⁰¹

Rige por lo demás, la distinción entre el *holding* y el *obiter dictum*. “Indudablemente la doctrina del *stare decisis* es saludable, y se debe adherir a ella en todas las ocasiones adecuadas, pero solamente respecto de decisiones directamente (vinculadas) sobre los puntos en cuestión”... “Las expresiones generales contenidas en una opinión deben ser tomadas en conexión con el caso en el cual esas expresiones fueron empleadas. Si ellas van más allá del caso, deben ser respetadas, pero no deben gobernar el juicio en un caso subsiguiente cuando el punto verdadero es sometido a decisión”³⁰²

En el caso “Grutter”, fallado en 2003, referido a la Universidad de Michigan, la Corte Suprema ha asumido un giro fundamental en materia de valor del precedente. Se trataba del voto del Juez Powell pronunciado en “Regents of the University of California vs. Bakke”, que no había logrado en su momento el acuerdo de los demás jueces de la Corte. No obstante, aparentemente se le dio valor (ahora) de precedente, en

²⁹⁹ “The Madrid” (1889); “Calhoun Gold Mining Co. vs. Ajax Mining Co” (1889), en AA.VV.: *La Constitución de los Estados Unidos de América anotada con la jurisprudencia*, trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, t. I, Kraft, Buenos Aires, 1949, p. 75.

³⁰⁰ “Hertz vs. Woodman” (1910), en AA. VV.: *La Constitución...* cit., p. 76.

³⁰¹ “Fidelity & Deposit Co. Vs. United Status” (1902), en AA.VV.: *La Constitución...* ob. cit., p. 76.

³⁰² Aparte de “Cohens vs. Virginia” (1821), véase “Carroll vs. Carrol” (1851), “Florida Cent vs. Schutte” (1881), en AA.VV.: *La Constitución...* cit., p. 76.

particular según la explicitación del voto de la jueza O'Connor, por haber logrado consenso social y haberse incorporado a las prácticas de la comunidad (en este caso, la doctrina de Powell había sido seguida por la mayoría de las universidades públicas y privadas, en materia de las “cuotas benignas” de admisión de estudiantes a tales casas de estudio). Esto ha permitido concluir que “en consecuencia, en el voto mayoritario de “Grutter” se perfila la idea de que un criterio jurisdiccional aceptado y respetado por la sociedad, e incorporado a sus prácticas, reviste vinculatoriedad, independiente de si era o no precedente con autoridad conforme al *stare decisis* clásico”.³⁰³

Ya puntualizamos que en “Cooper vs. Aaron” (ver parág. 117) la Corte Suprema entiende que todos (tribunales inferiores, agencias gubernativas, el Congreso) deben seguir sus estándares y pautas jurisprudenciales. Pero cabe interrogarse de qué modo ella se sigue a sí misma.

Una posición, por cierto sarcástica, advierte que la Corte Suprema no está gobernada por sus precedentes, pues se considera libre para modificarlos, y “se considera aun más libre para establecer distinciones que ninguna persona sensata pensaría hacer sino con el motivo de evitar la confesión de que se deja de lado un precedente”.³⁰⁴ En “Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.”, un voto disidente del Juez Brandeis, por cierto muy citado, advirtió que la doctrina del *stare decisis* no es, como la regla *res iudicata*, algo “con autoridad universal, inexorable”.³⁰⁵ En síntesis, no obliga a que la Corte siga una doctrina equivocada. Según escribió en 1849 el presidente de la Corte, Taney, “debe estimarse en lo futuro, como ley de esta Corte, que su opinión sobre la interpretación de la Constitución está siempre abierta a la decisión cuando se supone que ha sido fundada en el error, y que su autoridad judicial dependerá siempre en lo futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya”.³⁰⁶

Además de las sentencias cuyas que la Corte reputa después de haberlas pronunciado como erróneas, están los casos de inoperatividad

³⁰³ SAGÜÉS, María S.: *Las acciones afirmativas...* cit., pp. 226 y ss.

³⁰⁴ Conf. la opinión de Powell (*Columbia Law Review*, 32, p. 768), cit. por CORWIN: *La Constitución...* cit., pp. 222/223.

³⁰⁵ “Burnet vs. Coronado Oil & Gas Co.”, 1932, en AA.VV.: *La Constitución...* cit., p. 77.

³⁰⁶ “Smith vs. Turner (Passenger cases)”, en AA.VV.: *La Constitución...* cit., p. 77.

(*unworkability*) de un precedente para seguir funcionando exitosamente en casos subsiguientes.³⁰⁷

De todos modos, los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, sin ser inusuales, no son tan frecuentes. Blaustein y Field apuntan que durante el período 1810-1957, la Corte mutó de criterio en noventa temas.³⁰⁸ Una de las transformaciones más llamativas en los últimos tiempos (2003) fue el caso “Lawrence vs. Texas”, donde abandonó —con un gran debate en el seno del tribunal— la doctrina sentada en “Bowers vs. Hardwick” (1986), en torno a la constitucionalidad del castigo penal a relaciones homosexuales libremente consentidas por adultos y practicadas en la privacidad (la Corte, en “Lawrence vs. Texas”, se pronunció en definitiva por la inconstitucionalidad de tal punición. En este caso, la mayoría del tribunal realiza una larga exposición para justificar el rechazo de la anterior doctrina sentada en “Bowers”, a la que califica francamente como errónea).³⁰⁹

120. *Argentina. Introducción general*

La Constitución argentina es muy similar a la estadounidense en lo que hace a control de constitucionalidad y estructuración del Poder Judicial. La *judicial review* no figuraba en la Constitución de 1853. De hecho, se admitía, como una suerte de herencia cultural proveniente del derecho norteamericano, y con los rasgos parecidos a los de éste.

Pero al no existir en Argentina las bases históricas propias del *common law*, no surgió en el país (de modo expreso) la doctrina del

³⁰⁷ Sobre el problema de la inoperatividad de los precedentes en “García” y en “League of Cities”, véase STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; SUNSTEIN, Cass R. y TUSHNET, Mark V.: *Constitutional Law*, 2ª. ed. (Boston, Toronto, London, 1991), Little, Brown and Co., p. 224.

³⁰⁸ BLAUSTEIN-FIELD: “Overruling Opinions in the Supreme Court”, 57 *Michigan Law Review* (1958), p. 151, cit. por FARNSWORTH: ob. cit., p. 74 nota 10.

³⁰⁹ Sobre este caso, y la fundamentación del cambio en la doctrina judicial, véase SAGÜES. María S: “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de ‘Lawrence vs. Texas’”, en *Proceso y Constitución*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, 2004, n° 1, Porrúa, pp. 199 y ss.; SAGÜES, Néstor P.: “Nuevas fronteras de la igualdad. El recurso al dato sociológico y al intérprete externo en la interpretación constitucional”, en *Revista de Derecho*, n° VIII, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2005, pp. 229 y ss.

“precedente”, o del *stare decisis*. De hecho, un tribunal inferior, como regla, no está obligado a seguir las pautas de otro superior o similar en grado (menos, la de un inferior). Por tanto, la jurisprudencia es con frecuencia muy diversa y contrapuesta. Incluso leyes nacionales de “derecho común”, como los códigos Civil, Mercantil o Penal, v. gr., son aplicados de distinto modo y con interpretaciones a menudo disímiles.

Sin embargo, en el siglo XX se producen algunas transformaciones al sistema, por vía de ley: según normas emergentes por lo común de códigos procesales (que son distintos en el orden nacional y en cada provincia, atento la estructura federal del país), ciertos tribunales colegiados pueden sentar a través de sentencias o acuerdos llamados, según los casos, por ejemplo, “plenos” o “plenarios”, doctrina obligatoria para esos cuerpos colegiados y los tribunales inferiores a ellos.³¹⁰ Aunque se ha discutido seriamente la constitucionalidad de estos dispositivos, cuyos impugnadores entienden que confían facultades legisferantes a órganos jurisdiccionales, lo cierto es que rigen en la práctica. También ha ocurrido que en el ámbito provincial reglas locales han asignado alguna vez carácter vinculante a la doctrina sentada por sus cortes supremas o tribunales superiores,³¹¹ o que de hecho algunos de ellos, sin norma habilitante, procuran asumir tales papeles.

121. *El caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Punto de partida*

La doctrina tradicional, importada de los Estados Unidos, era que los efectos de una sentencia de la Corte Suprema, en particular en lo que hacía al control de constitucionalidad, resultaban *inter partes*, vale decir,

³¹⁰ Remitimos al lector a nuestros *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 661. La CSJN ha puntualizado algunos topes a las competencias de los acuerdos *plenos* o *plenarios*.

³¹¹ Así, art. 143 de la Constitución de la Provincia de La Rioja: “La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores. La ley establecerá la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia”. En otros casos, han sido leyes comunes las que han erigido tal eficacia expansiva de las sentencias de una corte suprema local, circunstancia que provoca discusiones sobre la constitucionalidad de tal solución legislativa, que podría restringir las facultades normales y constitucionales de los jueces inferiores para entender y aplicar, con independencia de criterio, el derecho.

ceñidos al caso concreto. En realidad, en ese esquema, la “declaración de inconstitucionalidad” equivalía a “inaplicación” (en el expediente donde se pronunciara) del precepto reputado inconstitucional. La norma en cuestión seguía perfectamente en vigencia.³¹² Cada interesado debería discutirla en el proceso donde fuera parte: si no lo hacía, la regla, pese a su vicio de inconstitucionalidad, se le aplicaba. Las inconstitucionalidades, por lo demás, no se pronunciaban de oficio, sino a requerimiento de parte afectada. Además, la Corte, como cualquier tribunal, podría variar de criterio de un expediente a otro, y entender hoy como inconstitucional lo declarado ayer como constitucional, o viceversa.

Este régimen puede desde luego discutirse, pero es muy útil para procesar los casos de inconstitucionalidades *relativas* (que acaecen cuando la misma norma resulta constitucional en una litis, e inconstitucional en otra, en función de las circunstancias fácticas de cada una de ellas), y de las inconstitucionalidades *evolutivas* (en función del factor tiempo, y de las variaciones del contexto de vida, una regla puede conformarse a la Constitución en determinado momento pero dejar de serlo en el futuro, por ejemplo).³¹³

122. *Mutaciones y contradicciones*

El panorama descrito registró varios cambios jurisprudenciales que en última instancia llevan a producir un efecto vinculante, aunque condicionado, de los fallos de la Corte, generando significativas reglas de derecho procesal constitucional consuetudinario.

- a) *Doctrina del sometimiento simple*. En los autos “Magdalena Rivera c/Vicente García Aguilera”, (1870) un juez federal de primera instancia sostuvo que los juzgados federales “deben ajustar su procedimientos y resoluciones, a las decisiones de la Suprema Corte que en casos análogos dicte, haciendo jurisprudencia”. La Corte confirmó esa sentencia “por sus fundamentos”.³¹⁴ De hecho, esta tesis importaba lisa y

³¹² Conf. CSJN, *Fallos*, 139: 65, 183: 76, 247: 700, *JA*, 1991-I-273, etc. Derivamos igualmente al lector a SAGÜES: *Derecho Procesal Constitucional...*cit., t. 1, pp. 182 y ss., donde tratamos el tema con mayor detenimiento.

³¹³ Respecto de inconstitucionalidades relativas y evolutivas, SAGÜES: *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., pp. 227 y ss.

³¹⁴ CSJN, *Fallos*, 9:53.

llanamente aceptar en Argentina el sistema anglosajón del *stare decisis*. Sin embargo, este fallo no ha tenido mayor seguimiento posterior.

- b) *Doctrina del seguimiento condicionado, como deber moral*. Años más tarde, en la causa “Bernardo Pastorino”, la Corte puntualizó que sus veredictos deciden solamente el caso concreto “y no obligan legalmente sino en él”, pero añadió que “hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos a los fallos de aquel alto tribunal”. Fundó su conclusión “principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen, y tiene por objeto evitar recursos inútiles, sin que esto quite a los jueces la facultad de apreciar con su criterio propio esas resoluciones y apartarse de ellas cuando a su juicio no sean conformes a los preceptos claros del derecho”.³¹⁵ Aquí se diseña, también con factura jurisprudencial, una versión más moderada del *stare decisis*: la doctrina del precedente rige como deber *moral*, y es factible apartarse de ese precedente si el juez inferior entiende claramente que no es jurídicamente correcto. Las bases de esta construcción son dos: el *argumento aristocrático* (los fallos de la Corte son mejores que los provenientes de otros tribunales) y el *argumento de la economía procesal* (evitar el desgaste que significaría apartarse del criterio de la Corte, para suscitar así recursos que a la postre revocarían a la resolución rebelde).
- c) *Doctrina del seguimiento condicionado como deber institucional*. En el caso “Santín, Jacinto I.”, la Corte dio otra vuelta de tuerca para afirmar su superioridad. Después de sostener que “es incuestionable” que los jueces tienen libertad de juicio para pronunciar sus veredictos, alertó que esa facultad debía compatibilizarse con el carácter definitivo de los fallos de la Corte Suprema, y “ello impone ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia –susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales- el

³¹⁵ CSJN, *Fallos*, 25:368.

reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida”. El Tribunal concluyó que apartarse de la jurisprudencia de la Corte, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos, significa desconocimiento deliberado de aquella autoridad, y apercibió a los jueces que así habían actuado.³¹⁶

- d) *Situación actual.* En *Cerámica San Lorenzo*,³¹⁷ por ejemplo, se consolida la línea de “Santín, Jacinto I.”. Los jueces inferiores deben aplicar las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Suprema, y carecen de fundamento las sentencias que se apartan de ellas, “sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete de supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia”.

En “P.L.B.” se aclara que la doctrina predicha se funda en la “autoridad del tribunal”, y lo es sin perjuicio del juez inferior de no seguir los lineamientos de la Corte, pero “fundándose en razones no examinadas o no resueltas” por ella. Dicho de otro modo, el juez podrá apartarse, pero no “sin justificación expresa” (“Petrovic”), y con “nuevos” fundamentos (“Adriazola”), distintos a los ya evaluados por la Corte.³¹⁸ Y ello ocurre tanto respecto de la doctrina sentada por la Corte en temas de derecho federal, como de derecho común (civil, penal, laboral, etc.).³¹⁹ Si la sentencia del juez inferior desconoce la doctrina judicial de la Corte sin dar motivos valederos para no seguirla, padece del vicio de arbitrariedad y podrá impugnarse, a su turno, por el recurso extraordinario federal (en tal sentido, ver el dictamen del Procurador General en “Ferreira”, sentencia del 21/3/2006). Es muy frecuente que la Corte, cuando enuncia su superioridad, no diferencia las áreas del derecho adonde prevalece.

Cabe advertir al lector que ocasionalmente, la Corte ha sido autocontradictoria, por ejemplo cuando ha dicho que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si

³¹⁶ CSJN, *Fallos*, 212: 59.

³¹⁷ CSJN, *LL*, 1986-A-178.

³¹⁸ CSJN, “P.L.B.”, *ED*, 136-453; “Petrovic”, *Fallos*, 325: 1227; “Adriazola”, *Fallos*, 324: 3764.

³¹⁹ CSJN, “Encinas”, *Fallos*, 321: 2294.

la jurisprudencia violenta sus propias convicciones”,³²⁰ tesis que obligaría a olvidar la eficacia vinculante de los fallos de la Corte. Algo similar ocurre cuando la propia Corte restringe su jurisprudencia obligatoria, al señalar que sus precedentes carecen de fuerza legalmente vinculante para los tribunales locales, en materia de derecho público local, o cuando señala que la tacha de arbitrariedad no se configura por la circunstancia de haberse apartado el tribunal *a quo* de la doctrina establecida por la Corte Suprema en otros casos y por vía distinta a la intentada.³²¹

En definitiva, después de una larga y no siempre uniforme ni clara trayectoria, puede reputarse vigente hoy, y mas allá de su acierto o error, una regla de derecho consuetudinario constitucional elaborada por la propia Corte Suprema, que impone a los tribunales inferiores a ella el deber *jurídico* de seguir sus criterios, más allá de los casos donde fueron expuestos, y en todo los escenarios (derecho federal o común o local). Puede hablarse entonces de una jurisprudencia vinculante u obligatoria de la Corte, pero condicionada: el tribunal inferior está habilitado para apartarse de ella, siempre que dé fundamentos que sean *a)* valederos; y *b)* diferentes a los ya examinados por la Corte.

De hecho, esta regla importa una interpretación mutativa por adición al texto constitucional, que suma a las competencias de la Corte Suprema enunciadas inicialmente en la Constitución, la que aquí se consigna, cuya legitimidad, hoy día, se fundamenta en razones parecidas al *stare decisis* estadounidense, según mencionamos en el parág. 118: igualdad, previsibilidad y economía. Son éstos, valores muy prácticos que la sociedad contemporánea cotiza significativamente, y que consolidan al peculiar *stare decisis* argentino, que como su par norteamericano, aunque no de modo idéntico, recorta las facultades de juzgamiento de los jueces y el mismo control difuso de constitucionalidad, al imponerles límites acerca de cómo deben resolver.

123. *La Corte Suprema y sus propios precedentes*

¿Y qué decir del seguimiento de la Corte respecto de sus propios antecedentes? En “Provincia de San Luis c/Cía. de electricidad de los Andes”, ella señaló que “si bien es cierto que la autoridad de los

³²⁰ CSJN, “Ferrocarril del Sud”, *Fallos*, 131: 109, 263: 255.

³²¹ CSJN, *Fallos*, 304: 1459. Véase también *Fallos*, 306: 1452.

precedentes judiciales no es siempre decisiva, también lo es que si las circunstancias del caso no revelan claramente el error o la inconveniencia de las decisiones anteriores, haciendo ineludible un cambio de criterio respecto de la cuestión jurídica decidida, corresponde aplicar la doctrina de los mencionados antecedentes”.³²² En “Sieburger c/INTA”, agregará que si la sentencia impugnada se sustenta en los precedentes análogos decididos por la Corte, tiene que confirmarse el fallo, salvo que se aporten nuevos fundamentos que desvirtúen los que se adujeron en aquellas causas.³²³ El *stare decisis* “criollo” parece pues obligar también a la misma Corte, salvo que el cambio fuera “ineludible”.

Sin embargo, la Corte, cuando varía de criterio, no siempre explica debidamente el por qué del cambio. En “Sejean”, por ejemplo,³²⁴ dio un audaz paso en adelante al reputar inconstitucional una regla de la ley de matrimonio civil que impedía a los divorciados contraer nuevo matrimonio. La Corte hizo una larga serie de explicaciones a favor de su postura, y de una interpretación dinámica (y quizá mutativa) de la Constitución, aludió a otros cambios operados por el Tribunal (p. ej., en materia de indexación), pero no se detuvo detenidamente en precedentes que, como “Firpo”,³²⁵ avalaban la constitucionalidad de la prohibición que ahora se removía.

En honor del Tribunal cabe reconocer que en otras sentencias asumió expresamente la actitud de cambio, mencionó los precedentes que se abandonaban y la tesis que se reimplantaba o afirmaba como nueva. Así, por ejemplo, en “Montalvo”,³²⁶ donde vuelve a declarar constitucional el castigo penal por la mera tenencia de estupefacientes, dejando de lado la doctrina de “Bazterrica” y “Capalbo”.³²⁷

En otros supuestos, cuando es abandonado un criterio adoptado en su momento por un voto mayoritario y contradicho por otro minoritario, la Corte explica algunas veces la mutación remitiéndose a los fundamentos del anterior voto minoritario (ahora mayoritario, en el nuevo pronunciamiento). Tal fue el caso “Bustos”,³²⁸ donde la Corte

³²² CSJN, *Fallos*, 183: 409, 192: 414, 212: 327.

³²³ CSJN, *LL*, 151: 239, *ED*, 65-159.

³²⁴ CSJN, *Fallos*, 308: 2268.

³²⁵ CSJN, *Fallos*, 306: 928.

³²⁶ CSJN, *Fallos*, 313: 1333. La Corte vuelve aquí a retomar la tesis de COLAVINI: *Fallos*, 300: 254.

³²⁷ CSJN, *Fallos*, 308: 1392.

³²⁸ CSJN, *JA*, 2004-IV-257.

sustituye la doctrina precedente de “Provincia de San Luis”,³²⁹ aunque parte de los jueces de la Corte no dudan de calificar como “funesto” otro fallo que se abandona.³³⁰ El muy importante tema en danza estribaba en la pesificación de depósitos originariamente pactados en dólares, que en definitiva quedó (en “Bustos”) convalidado por la Corte.

En 2006, en el caso “B., A. D. c/Provincia de Buenos Aires”, la corte ha hecho un reexamen de la situación. Como regla, advirtió, es bueno que ella siga sus anteriores precedentes, “a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía para la conducta de los individuos”, y cita al respecto el caso registrado en *Fallos*, 248:115. Pero alerta que tal directriz no es absoluta ni rígida, y que no impide mutar de criterio, “pues los tribunales no son omniscientes”, y deben aprovechar de la experiencia y del error, del ensayo y de la reflexión. Para producir el cambio, continúa el Tribunal, deben darse alguno de estos supuestos: a) “causas suficientemente graves” que provoquen ineludiblemente la transformación de su jurisprudencia; b) o que “medien razones de justicia”, entre las que se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo del precedente, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o de los cambios históricos, cuando éstos aconsejan abandonar el criterio establecido.³³¹ Como puede apreciarse, es todo un vademécum de pautas para justificar el abandono de sus precedentes, cuya autoobservancia no resulta entonces sagrada ni mucho menos.

124. Vías de sometimiento y de evasión por los tribunales inferiores

Es interesante destacar que los tribunales inferiores a la Corte han adoptado actitudes muy distintas frente a las directrices (no siempre iguales) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, hay tribunales que han pregonado un sometimiento simple e incondicionado a los criterios de la Corte Suprema, mientras que otros limitaron el seguimiento a los casos en que la Corte actuó por medio del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48), vale decir, para definir por vía de apelación extraordinaria temas de derecho federal (constitucional o

³²⁹ CSJN, *Fallos*, 326: 417.

³³⁰ La sentencia –precedente al fin– calificada como “funesta” por los jueces Belluscio y Maqueda en “Bustos”, es “Smith” (CSJN, *Fallos*, 325: 28).

³³¹ CSJN, *JA*, 2006-II, fascículo 4, p. 192.

subconstitucional). Algunas veces han destacado que el sometimiento era moral, y no legal, otras que era institucional, mientras que una familia de casos entiende que solamente existe en pleitos donde se debatieren cuestiones federales (por lo que no habría obligación de seguir a la Corte en asuntos de derecho “común”: civil, comercial, penal, laboral, ni en lo concerniente a problemas de derecho “local”: provincial o municipal).

No han faltado tribunales inferiores que han exigido, para seguirla, que la jurisprudencia de la Corte Suprema sea repetida en varios fallos, o que sea unánime (si no lo es, disminuiría esa obligación de sometimiento), para desembocar en otros que niegan frontalmente, ante base normativa que la refrende, ese deber. Alguna Corte Suprema provincial ha dicho que cabe seguir las directivas de la Corte Suprema nacional en la medida en que coincidan con las del máximo tribunal local.³³²

El panorama, tan vasto como heterogéneo, vertido en distintas épocas, cede ante el criterio sentado en los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema federal. Aún así, pueden registrarse estos datos emergentes del plano sociológico: *a*) en algunas hipótesis, el seguimiento de los tribunales inferiores no ha sido entusiasta sino quejoso, y con (algunas veces) múltiples argumentos para la elusión del precedente. Tal fue en su momento, v. gr., el caso de la despenalización (por inconstitucionalidad) del castigo por tenencia de estupefacientes, y ahora con el llamado “corralito financiero”: las directrices (bien que no siempre nítidas ni completas) de la Corte Suprema en el caso “Bustos” (*supra*, parágrafo 122), no han provocado un acompañamiento masivo por los tribunales inferiores a la Corte; *b*) no obstante, ya por hedonismo, ya por presión de la Corte Suprema, en términos generales y en tanto el precedente de la Corte resulte con una dosis suficiente de legitimidad, hay mayor predisposición forense de seguimiento.

³³² Sobre ese abundante material tribunalicio nos remitimos a SAGÜES: *Derecho Procesal Constitucional...cit.*, t. 1, pp. 192 a 196.

125. *Evaluación*

La “historia oficial” propia del sistema difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad, en el sentido que lo resuelto por un tribunal tiene solamente efectos *inter partes*, hoy ya es una mentira.

En los Estados Unidos, la doctrina del precedente, o del *stare decisis*, propia del *common law*, concluyó dando efectos vinculantes a las sentencias de muchos tribunales, y de modo especial, a los fallos de la Corte Suprema de Justicia federal, en particular después de “Cooper vs. Aaron”. No será fácil a un tribunal inferior evadirse de la doctrina judicial de la Corte Suprema. Ese derecho consuetudinario constitucional es por cierto muy sólido, y de cierta manera erosiona el carácter inicialmente “difuso” del control de constitucionalidad, al limitar la capacidad de análisis constitucional de los jueces inferiores al alto tribunal. A su turno, cuando la Corte Suprema cambia de criterio, se toma generalmente el trabajo de justificarlo.

En la Argentina, un país ajeno al *common law*, su Corte Suprema nacional también creó una especie de *stare decisis* criollo, respecto de los fallos de ésta. No tan fuerte como el estadounidense, permite apartarse de su eficacia vinculante quizá con mayores excusas y posibilidades de éxito, en tanto que el tribunal del caso proporcione nuevos y relevantes argumentos para eludir la directriz de la Corte. Actualmente, muchos tribunales supremos provinciales, con o sin norma habilitante, están intentando lo mismo respecto de su jurisprudencia. En ciertos casos se trata de un derecho consuetudinario en gestación.

Sociológicamente, hay razones de seguridad, de igualdad y de economía que avalan hoy día la doctrina de la eficacia vinculante de los pronunciamientos de un tribunal supremo, que tanto en el ejemplo norteamericano como en el argentino, importa una mutación constitucional aditiva.

ÍNDICE TEMÁTICO*

Acción popular, *cap. XVI, 96.*

Amparo:

- contra actos de particulares, *cap. XV, 83 y ss.*
- contra resoluciones judiciales, *cap. XIV, 76 y ss.*
- contra sentencias, *cap. XIV, 80.*
- cosa juzgada contra terceros, *cap. XVI, 95 y ss., 98.*
- en la reforma constitucional argentina de 1994, *cap. XVII, 102 y ss.*
- derechos tutelados, *cap. XII, 69 y ss.*
- incompatibilidades de la ley 16.986 con la Constitución argentina, *cap. XVII, 107.*
- “interamericano”, *cap. XII, 71.*
- “internacional”, *cap. XIII, 74 y ss.; cap. XIV, 81.*
- legitimación activa, *cap. XVI, 96.*
- supletorio, *cap. XV, 92; cap. XVII, 103.*
- vía directa, *cap. XV, 92.*

Autismo, *cap. XVIII, 110, 111.*

Carta Magna, cap. I, 1.

Codificación del derecho procesal constitucional, *cap. III, 10 y ss.*

Código Procesal Constitucional de Tucumán, *cap. IV, 16 y ss.*

Códigos de derecho procesal constitucional, *cap. I, 1; cap. III, 10 y ss.*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *cap. X, 58.*

“Consolidación” en la codificación procesal constitucional, *cap. III, 11.*

Constitución austríaca de 1920, *cap. I, 1.*

Constitucionalidad de las “medidas autosatisfactivas”, *cap. VIII, 42.*

Control de constitucionalidad de la “norma importada”, *cap. VI, 33 y ss.*

Control de constitucionalidad de la sentencia dictada en el “juicio político”, *cap. XI, 63 y ss.*

* La remisión numérica se corresponde con la de los parágrafos.

Control de constitucionalidad de oficio, *cap. VII, 37 y ss.*
 “Corralito” financiero, *cap. XVII, 106.*
 Corte Suprema de los Estados Unidos, *cap. XIX, 119.*
 Cortes constitucionales, *cap. II, 7.*
 Cosa juzgada en el amparo, *cap. XVI, 95 y ss.*
 Criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del “Tribunal Constitucional del Perú”, *cap. XI, 64.*
 Cuestionamiento de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *cap. XVIII, 113.*
 Cuestiones políticas no justiciables, *cap. II, 7; cap. XI, 67.*
 Cumpleaños del derecho procesal constitucional, *cap. I, 1.*
 Declaración de inconstitucionalidad de oficio, *cap. VII, 37 y ss.*
 Declaración de inejecutabilidad de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *cap. XVIII, 112.*
 Derecho constitucional procesal, *cap. I, 2.*
 Derecho extranjero opuesto a la Constitución local, *cap. VI, 34.*
 Derecho procesal transnacional, *cap. XVIII, 109.*
 Derechos constitucionales fundamentales, *cap. XII, 70.*
 Derechos de incidencia colectiva, *cap. X, 55, 56; cap. XV, 95, 96 y 97.*
 Desafíos del derecho procesal constitucional:
 - espacial, *cap. I, 2.*
 - ideológico, *cap. I, 4.*
 - metodológico, *cap. I, 3.*
 Desinformación normativa, *cap. XVIII, 110.*
 Desnaturalización del derecho internacional de los derechos humanos, *cap. XVIII, 110.*
 Dimensiones del derecho procesal constitucional:
 - axiológica, *cap. I, 3, 4.*
 - fáctica, *cap. I, 3.*
 - normativa, *cap. I, 3.*
 Doble instancia para la condena penal, *cap. X, 60.*
 Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina sobre el precedente vinculante, *cap. XIX, 121, 122 y 123.*
 Efectos expansivos de las sentencias de la Corte Suprema, *cap. XIX, 117 y ss.*
 Éxitos del derecho procesal constitucional, *cap. II, 7.*
 Experiencias negativas del derecho procesal constitucional, *cap. I, 3.*
 Función servicial del derecho procesal constitucional, *cap. I, 4.*
Hábeas Corpus Act, *cap. I, 1.*

Habeas corpus colectivo, *cap. V, 30*.
 Hedonismo jurídico, *cap. XVIII, 110; cap. XIX, 124*.
 Holding, *cap. XIX, 118*.
 Ideología, *cap. I, 4*.
Impeachment, *cap. XI, 63*.
 Inconstitucionalidad por mora, *cap. IX, 45*.
 Inconstitucionalidad por negación, *cap. IX, 46*.
 Inconstitucionalidad por omisión, *cap. IX, 44 y ss*.
 Independencia de la magistratura constitucional, *cap. II, 8*.
 Instancia penal plural, *cap. X, 55 y ss*.
 “Juicio político”, *cap. XI, 63 y ss*.
 Jurisprudencia imperativa, *cap. XIX, 118*.
 Jurisprudencia persuasiva, *cap. XIX, 118*.
 Legitimación activa en el amparo, *cap. XVI, 96*.
 Magistratura constitucional, *cap. II, 8*.
 Margen de apreciación nacional, *cap. XVIII, 115*.
 Maximalismo en la formulación del precedente, *cap. XIX, 118*.
 Medidas “autosatisfactivas”, *cap. VIII, 41 y ss*.
 Minimalismo en la formulación del precedente, *cap. XIX, 118*.
 Mora legisferante, *cap. IX, 47*.
 “Motorización” de la Constitución, *cap. II, 7*.
 “Norma importada”, *cap. VI, 33*.
 Normas programáticas, *cap. IX, 48*.
 Narcisismo jurídico, *cap. XVIII, 110*.
 Omisiones legislativas, *cap. IX, 44 y ss.; cap. X, 61*.
 Particulares en ejercicio de funciones públicas, *cap. XV, 86*.
 Particulares en posición de poder, *cap. XV, 88*.
 Particulares prestatarios de servicios públicos, *cap. XV, 87*.
 Procesos constitucionales, *cap. II, 8*.
 Procuración del Tesoro, *cap. X, 56*.
 Reforma constitucional argentina de 1994, *cap. XVI, 95, cap. XVII, 101 y ss*.
 Remedios frente a la inconstitucionalidad por omisión, *cap. IX, 49, 51 y ss*.
 Restauración de la democracia, *cap. II, 7*.
 Riesgos de la revisión judicial, *cap. IX, 53*.
 Salas constitucionales, *cap. II, 7*.
 “Seguimiento nacional”, *cap. X, 58, 59; cap. XVIII, 114*.
 Senado argentino, *cap. XI, 66*.
 Senado peruano, *cap. XI, 65*.
 Sentencias:

- atípicas, *cap. V, 28.*
- autosatisfactivas, *cap. VIII, 41 y ss.*
- exhortativas, *cap. V, 27 y ss.*
- interpretativas, *cap. V, 27.*
- manipulativas, *cap. V, 29.*
- modulatorias, *cap. V, 27.*

Stare decisis, *cap. XIX, 118 y ss.*

Stare decisis criollo, *cap. XIX, 122, 125*

Superficie del derecho procesal constitucional, *cap. I, 2.*

Tribunales inferiores a la Corte Suprema, *cap. XIX, 124.*

Este libro, se terminó de imprimir, por encargo del
Tribunal Constitucional del Perú, en el mes de diciembre de 2008,
en los talleres de **Editorial Gráfica CARVIL S.A.C.**,
Teléfonos: 351-6235 / 351-1258 / 351-5078 / 383-0906
carvilsac@hotmail.com