

CAPÍTULO XXIII

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

"Es muy honda la convicción que anima nuestras pulseadas en la abogacía, por formar (o sin tan sonoras pretensiones, *ayudar a formar*) a un abogado sabedor de las garantías, y de lo que con ellas se potencia la seguridad jurídica"

Augusto Morello

" (...) sé lo que hay de utópico en mis ideas, y la lejanía entre una posibilidad intelectual y una real, pero confío en el tamaño del porvenir y en que no será menos amplio que mi esperanza"

Jorge Luis Borges "Palabrería para versos"

23.1.-Derecho Procesal Constitucional: nacimiento y evolución. Su autonomía. Materias que comprende. Evolución en el ámbito local. Importancia de esta rama del derecho a fin de afirmar la protección efectiva de los derechos humanos. Sus diferencias con el derecho constitucional procesal.

Abordaremos ahora, a modo introductorio del tránsito que recorre a las garantías en el sistema de la constitución, un área del derecho que es consustancial a estas cuestiones, ya que se dirige básicamente a la problemática de la subsistencia del Estado de Derecho. Nos referimos a la problemática que presenta el estudio del Derecho Procesal Constitucional, particularmente en este momento, en que tal rama del derecho ofrece matices de "consenso" y elementos que invitan a nuevos y enriquecedores debates.

Y no consideramos ocioso, a partir de la exposición que aquí se presenta, historiar brevemente acerca de la instalación, entre nosotros, del DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL, como rama jurídica que tiende a una eficaz tutela de los derechos constitucionales del habitante, en general.

Así, quienes asumimos un compromiso con la enseñanza del Derecho Constitucional y la asignatura "Derechos Humanos y Garantías", hemos observado con detenimiento las investigaciones de prestigiosos constitucionalistas y procesalistas, que a partir de la década del '80,

presentaron el tratamiento de esta novel materia desde la perspectiva de los encontrados criterios expuestos por calificados autores españoles y mexicanos

De tal modo, y de cara a la entonces incipiente democracia constitucional argentina, recordábamos la reflexión de Fix Zamudio, quien nos enunciaba, con cita al argentino Bidart Campos, que :

Lo que caracteriza al régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia, y que en el terreno de la vigencia, la acción procesal es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer, la vía para demandar su amparo

Las profundas y vertiginosas transformaciones de la época, meritaban entonces (también hoy) abandonar la pretensión romántica que sostenía (con vertiente en los postulados de la Revolución Francesa) suficiente la sola consagración de derechos de la persona humana en las constituciones políticas, para que tales derechos sena respetados por autoridades y ciudadanos, ya que en los albores del Siglo XXI, la cuestión de los Derechos Humanos pasa *principalmente* , y tal nuestro convencimiento, por el logro de su efectiva protección. Así, los derechos proclamados, y luego positivizados en las Cartas Fundamentales, no implican gran avance - y aún, pueden generar retrocesos institucionales - si no se garantiza en forma efectiva su disfrute, a modo de generar prevención real frente a su posible violación, y otorgar, por otro lado, un andamiaje jurídico idóneo para el habitante que pretende hacer valer sus prerrogativas constitucionales en juicio

Ello nos lleva a propugnar que el Derecho Procesal Constitucional, jerarquiza, por un lado la regla de la supremacía constitucional, y por el otro, la categorización de "derechos humanos", invitando a desechar la conceptualización meramente formal del concepto de "garantía constitucional", y aún el de "jurisdicción" o "proceso" constitucional.

Es aquí donde se hace necesario detenerse en algunas precisiones conceptuales, referidas al ámbito de actuación de nuestra materia.

Hemos estudiado ya que el Derecho Constitucional se ocupa, en grandes trazas, de la organización y funcionamiento del Estado y en ese tránsito, es frecuente observar que eleva *ciertas instituciones procesales* , transformándolas en reglas constitucionales expresas, al considerar que ellas son fundamentales para el desarrollo de la vida social. Hablamos en este caso, de instituciones procesales que terminan siendo constitucionalizadas.

Así, define *Sagües* al *derecho constitucional procesal*, como *aquel sector del Derecho Constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales*

reputadas fundamentales por el constituyente (formal o informal), indicando luego que en el caso argentino, hacen a éste ámbito, ciertas reglas incluidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, debe ser apuntado que el derecho constitucional procesal no ha de ser confundido con la materia de nuestro estudio, que - como se verá - atiende primordialmente a asegurar la supremacía de la Constitución.

Entendemos nosotros que el rol que cumple la materia, *excede lo meramente instrumental* ya que al ser su objetivo la directa e inmediata tutela de la Constitución y su supremacía, la "forma" se torna en el punto "fondo" cuando de lo que se trata es de operativizar el Estado de Derecho y su vigencia

Es que, en cuanto la Teoría Constitucional nos enfrenta a los elementos basales del sistema, la relación de la estructura del Poder y el desarrollo de los Derechos Humanos que le son propios, el Derecho Procesal Constitucional, como *derecho del garantismo constitucional*, apunta a una definición conceptual de su efectiva vigencia, con evidente sustancia propia, quizá ello debido al grave estado de crisis terminal de que padece el modelo institucional argentino y su propia sociedad que le da existencia, con graves puntos de erosión constitucional y desmedro en la fuerza y vigencia de los modelos de control

Y es aquí entonces, que retomamos el cauce que presenta el Derecho Procesal Constitucional, en función del desarrollo de sus temas de consenso y sus puntos de conflicto. Ello a fin de poner de resalto cuan ligada se encuentra esta asignatura con el hecho de la consolidación de la democracia en Argentina, en 1983, ya que partir de entonces , los Derechos Humanos han reclamado su real y efectiva cotización, con proyección a una definitiva vigencia, en un camino que hoy - a fuer de ser realistas - nos encontramos transitando.

Pero es evidente que el Derecho Procesal Constitucional, permitió desde allí, tanto a los constitucionalistas como a los procesalistas , reclamar por una estructura que parece coadyuvar a la tan ansiada *vigencia de los Derechos Humanos* y utilizarla con beneficio, y en beneficio del "habitante" de la república.

Respecto de sus orígenes "remotos" en nuestro ámbito, no he de olvidar al rioplatense COUTURE , quien en el decir de FIX ZAMUDIO , investigó en particular las conexiones entre la constitución y el proceso, aunque sabido es que su florecimiento en el marco indicado comienza a constatarse en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (1981), y luego en el Ciclo de Derecho

Procesal Constitucional (1982, Colegio de Abogados de Río Cuarto).

Aun así, puede considerarse que la materia se instala definitivamente entre nosotros, con motivo de las I JORNADAS CHAQUEÑAS DE DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL (en homenaje al Dr. Augusto Morello) , ya que su Comisión IV, referida al tema "Control de Constitucionalidad", estableció en forma precisa que :

Cabe enfatizar el afianzamiento doctrinario y legislativo del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que se ocupa a) : de la Jurisdicción Constitucional, b): de la Magistratura Constitucional y c): de los Procesos Constitucionales, tuitivos de la Supremacía Constitucional

Luego de tan trascendente hecho, se sucedieron una serie importante de jornadas y eventos que solidificaron la instalación de la materia entre nosotros. Entre ellos podemos citar los siguientes: I Jornadas de Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1987), Encuentro Latinoamericano de Garantías Constitucionales y Tutela Judicial Eficaz (Bariloche, 1987), I Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (U.N.L.Z. 1988), III Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín), II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1992), XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (U.N.L.P. 1994), III Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional (U.B. 1994), Jornada sobre la reforma de la Constitución y el Derecho Procesal Constitucional (U.C.A. 1994), IV Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional (Universidad FASTA) ,Mar del Plata, 1995. V Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional (San Miguel de Tucumán, Noviembre de 1998).

Tales circunstancias y eventos repercutieron asimismo sobre la enseñanza del Derecho, pudiendo citarse, siguiendo aquí a SAGUES, al curso de especialización (post-grado) creado por la Universidad de Belgrano sobre la materia (1982), la primera cátedra de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Notarial Argentina (1986) y curso de Doctorado de la Universidad Nacional de Buenos Aires (1988).

Actualmente la Universidad Nacional de Mar del Plata contempla un seminario de especialización sobre la asignatura, y el Colegio de Abogados departamental, ha admitido la creación, en diciembre de 1998, del Instituto de Derecho Procesal Constitucional, en el que se nos honró con su presidencia.

Ahora bien: debe ser destacado que esta nóbel materia presenta ciertos matices de consenso y disenso en la doctrina. Hemos de ponerlos brevemente

de resalto en los párrafos que siguen:

Tras mas de una década, en la que tanto constitucionalistas como procesalistas se abocaron al estudio de esta materia, que "enancada" entre el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional, hoy tiene pretensiones de *autonomia* , cabe reflexionar sobre los siguientes matices de "consenso"

- La denominación:: si bien se ha intentado denominar a la materia, De diversas maneras, hoy debe ser resaltado que la denominación "*Derecho Procesal Constitucional*" nos refiere, sin ambages o dudas, a la temática que aquí se estudia. Esto significa que hoy cuando hablamos de Derecho Procesal Constitucional, todos sabemos hacia donde vamos. Por otra parte, ha sostenido con acierto Sagués, además, que la presente denominación aparece como atractiva y útil.

Es dable acotar asimismo que, esta denominación liga en forma indubitable, el estudio de esta temática, con la adecuada custodia a la supremacía constitucional, y una debida garantía de los derechos constitucionales del hombre (derechos humanos fundamentales) para, en suma, tornar operativo al Estado de Derecho. Adunaremos asimismo en punto a este tópico, que dados los tiempos que corren, con sistemáticos excesos desde la esfera del Poder en detrimento del ámbito de la libertad, el *Derecho Procesal Constitucional* aparece como un motor idóneo del freno frente al abuso.

- Su importancia como modalidad de protección a los derechos humanos

fundamentales: El Derecho Procesal Constitucional merece consideración especial por parte del jurista, en tanto su finalidad contiene dos aspectos fundamentales, a saber :

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • La protección procesal urgente e insoslayable de los Derechos Humanos • Motivar la correcta dinámica operativa de los Poderes Públicos en el Estado Democrático de Derecho. |
|--|

De ello se deduce que la especial consideración de los Derechos Humanos y la toma de conciencia frente a la necesidad de su plena vigencia, genera *un consenso acerca de su necesaria protección por vías expeditivas que tengan en mira su efectiva y no declamada realización*. Sabido es que ello no se podrá

lograr si el Estado no garantiza, a través de sus órganos, la protección de los Derechos del Hombre. En suma, no es ocioso reiterar aquí que el Derecho Procesal Constitucional, considerado como *derecho del garantismo constitucional* permite asumir que frente a los crecientes grados de erosión en la conciencia constitucional habidos, no solo en Argentina, sino, a manera de patología, en toda Latinoamérica, con arco y reflejo en los solamente "formales" controles institucionalizados en sus leyes y constituciones, esta rama del derecho permite canalizar alternativas que permitan robustecer el sistema participativo para la efectiva vigencia de los Derechos Humanos

- La nómina mínima de materias que ocupa a la disciplina: Mas allá de cualquier debate ulterior, las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil (1987), ofrecieron el marco de "consenso" que los juristas del area poseen - cuanto menos - respecto del contenido "mínimo" de esta novel rama del derecho. Así, dentro de ella, no se discute, cuanto menos, el tratamiento de los siguientes temas :

- JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL
- MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL
- PROCESOS CONSTITUCIONALES

- La especialidad del Derecho Procesal Constitucional: si bien la problemática referida a su autonomía será una de las cuestiones "conflictivas" de la materia, no se puede dudar de su especialidad respecto de las ramas del Derecho que históricamente se han disputado su marco de pertenencia; esto es, el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional. De todas formas, no se puede negar su *pretensión* de autonomía legislativa, a tenor del dictado de las leyes Nro. 16.986 y mas recientemente Nro. 23.098, regulatorias del Amparo y Habeas Corpus, y la nunca descartada propuesta del dictado de un Código de Garantías Constitucionales. Demás esta decir que luego de la reforma de la Constitución Nacional, en 1994, la presencia del D.P.C. ofrece una fuerte consolidación de la materia, al menos desde la génesis de su especialidad. Tal "estatus" debe ser consensuado aquí, imbricado entre las dos materias que le han dado origen.

Luego de haber evaluado los matices de consenso que presenta la materia en estudio, cabe ocurrir a los perfiles de conflicto que ella presenta, a saber :

- La autonomía de la materia: Si bien importantes intentos de sistematización, entre ellos la fundamental obra de Néstor P. Sagués¹, entre muchas otras, pretenden allanar el camino del Derecho Procesal Constitucional hacia su autonomía plena, es dable acotar que tanto los procesalistas como los constitucionalistas, intentan diagramar su estudio a partir de las líneas rectoras de su propia perspectiva.

Y ello es lógico, pues no escapa a nuestro criterio que para numerosas figuras jurídicas de primer nivel, antes citadas, es necesario el *aporte conjunto* de constitucionalistas y procesalistas a fin de delimitar en forma final los contornos de la nueva materia, que aún luego de generada su autonomía, no podrá prescindir de las reglas que le legaron las ramas del derecho que le otorgaron su objeto fundacional

Todo lo dicho, nos lleva a intuir, que el tiempo, y los *nuevos usos* determinarán la final e inevitable conclusión de una *nueva realidad*, mas alla de sus afinidades de origen. Nosotros creemos, siguiendo aquí a Gozáini, que la materia posee autonomía científica, atendiendo a la circunstancia de que su problemática llena un lugar preponderante que merece ponderar investigación y enseñanza independientes

- Diversos y novedosos perfiles del concepto de "procesos constitucionales": Ya hemos expresado el concepto de "proceso constitucional", como:

Aquel cuyo centro de acción se encuentra en la materia constitucional, mas específicamente, para *guarecer inmediatamente los Derechos Humanos Fundamentales y el correcto desempeño de la dinámica de los Poderes del Estado Democrático*.

Frente a ello, es dable discutir la posibilidad de inclusión, como proceso constitucional, a la acción de inconstitucionalidad, acción popular o de clase, el juicio político y porque no, el conflicto de Poderes del Estado

Desde esta arista, ya han propuesto algunos autores la profundización de relaciones entre el D.P.C. y el Derecho Parlamentario. También debemos aclarar que la noción de proceso constitucional permite abarcar otros temas que ordinariamente resultan desatendidos, indicando entre ellos al que tiene

¹ SAGÚES, Nestor, "Derecho Procesal Constitucional" Ed ASTREA, 4 Tomos.

que ver con los conflictos de poderes, sin ámbito de tratamiento autónomo en nuestro país en el marco federal, o al juicio político, que sin ser un proceso judicial, lo es constitucional en la medida en que es un mecanismo previsto por la Constitución para ser llevado adelante en tutela a las instituciones de la República.

- La modalidad de actividad de la jurisdicción frente al control de

constitucionalidad de las leyes: No es novedoso sostener que una de las manifestaciones mas importantes del Derecho Procesal Constitucional resulta ser precisamente la actividad del Poder Moderador a fin de proveer al control de la constitucionalidad de las leyes. Así, en punto a lo expuesto, es conveniente perfilar los mecanismos de actuación del Poder Judicial, lo que nos enfrenta al "modo de control constitucional", que será difuso o concentrado en función de los aportes que nuestra materia efectúe al respecto. Luego de operada la reforma a la Constitución Nacional en su artículo 43, el tema el "control de oficio de la constitucionalidad de las leyes" se incluye en un área definida de tratamiento del D.P.C. (procesos constitucionales).

Lo que sin lugar a dudas, hemos de admitir, es que la actualidad de la cuestión es hoy ineludible, y más aún en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, que, como vimos, se entronca directa y necesariamente con la protección de las garantías constitucionales respecto de sus derechos "básicos" o "fundamentales".

- La actuación del derecho procesal transnacional: Es de ser destacada la actitud aun renuente de algunos Estados respecto de la sumisión al sistema transnacional de protección a los Derechos Humanos, sobre todo cuando los remedios internos no son idóneos, a fin de la efectiva protección deseada. Lo expuesto no hace otra cosa que destacar una realidad ya puesta de manifiesto con anterioridad por Mauro Cappelletti, en el sentido de destacar a la justicia transnacional como otra tendencia evolutiva de nuestra época, generada a partir del desarrollo del constitucionalismo moderno

Se trata - en suma - de una modalidad avanzada del sometimiento del Estado al Derecho, cuestión que en algunas ocasiones, es soslayado por los Estados Nacionales, quienes suelen sostener que sus métodos "heterodoxos" implican modos de tutela de los derechos humanos. Por tanto, no creemos inadecuado que los Estados Nacionales se sometan a la "rule of law" a fin de evitar caer en aquello a que tanto teme Vanossi, cuando expresa que "en la

lucha contra los caníbales, está todo permitido, salvo...comerse a los caníbales"

Creemos que el tema debe ser integrado al tratamiento de la asignatura en estudio, ya que la adhesión de los Estados Nacionales a estos sistemas [y entre nosotros, con jerarquía constitucional] compromete la responsabilidad internacional del mismo respecto de los individuos sujetos a su jurisdicción y un comportamiento Estatal contrario a tales cartas, puede ser atacado por estas vías - y de hecho así ha sucedido - si los remedios procesales internos son infructuosos en este sentido.

Ello pues al finalizar la II Guerra Mundial, si bien los Derechos Humanos fueron reivindicados como dignos de tutela dada su condición y calidad, inherente a la del ser humano, bueno es destacar que la contracara de la cuestión, que versaba sobre las garantías que la Comunidad Internacional ofrecía para garantizar tal tutela, no obtuvo el mismo tratamiento. El punto pasa, con la creación de esta rica área del D.P.C. ,por la idea de *universalización de la tutela de los derechos humanos*, que bien se proyecta , y no se diluye al intentar su logro por la vía de la tutela *regional de los derechos humanos*.

En este orden de ideas, es Gozaíni quien distingue tres tipos de manifestaciones que internacionalizan la tutela de los Derechos Fundamentales, a saber: a) El Derecho de las Comunidades, b) La dimensión continental y c) La diemnsión internacional, explicitando luego que el principio esencial que enrostra la jurisdicción transnacional, operativizada primordialmente a través de lo procesos transnacionales, se basa en ese carácter único de intelección que adquieren los derechos humanos, en función de los valores comunes que los fundamentan, y siempre dando por sentado que ellos operarán una vez agotadas las vías nacionales de tutela.

Sin perjuicio de la necesaria discusión que el tema debe merituar, se destacará que esta problemática no implica otra cosa que la objetiva profundización de la regla de la "sumisión del Estado al Derecho". El Derecho Procesal Constitucional mucho tiene por aportar, en nuestro sentir, a esta nueva y rica discusión.

Desde la reforma operada en la Constitución Nacional, a partir de la actuación de la Convención Nacional Constituyente, es necesario rescatar las siguientes aristas, que "enfatan" la presencia de nuestra materia en el texto constitucional.

En primer termino, la inclusión del artículo nuevo, que hoy lleva la denominación del Nro. 43, ratifica la enunciación expresa de significativos procesos constitucionales, como los son el de Habeas Corpus y Amparo (involucrando este ultimo el de Habeas Data). También es procedente rescatar

en este punto, la sustancial ampliación de legitimación activa a fin de accionar por vía de acción de amparo, en procura de la defensa de los denominados "derechos de la tercera generación" incorporados en el texto fundamental. Ello es obvio desde que tal acción se le concede a *toda persona* para ocurrir en procura de sus derechos consagrados por esta constitución, entre los que se encuentran los del art. 41 y 42 (medio ambiente, consumidores).

La expresión habida en el segundo párrafo del art. 43, no debe ser entendida como limitativa de tal expresión, sino mas bien como ampliatoria de la misma, ya que el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que "propendan a esos fines" no son las *exclusivamente habilitadas para accionar* sino , *también habilitadas para hacerlo* .

Nos congratulamos asimismo de que la Constitución Nacional hable aquí de *derechos de incidencia colectiva en general* habiéndose superado la confusa y vetusta terminología que los señalaba como intereses difusos , frente a la que ya habíamos indicado la superadora voz "intereses de pertenencia difusa" a fin de no devaluar el termino en origen. Hoy, en definitiva, los nuevos "derechos" no son intereses. Se debe proveer en consecuencia, a su adecuada protección, frente a los requerimientos del habitante.

Pero no fue solamente en el área de los procesos constitucionales que ha innovado la reforma constitucional. También ha aportado en la materia referida a la "Magistratura Constitucional", al introducir en la constitución textual, la figura del Consejo de la Magistratura (art. 114) dentro del capítulo referido al Poder Judicial, con expresa definición de sus atribuciones, que serán :

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> * Selección de Magistrados * Administración del Poder Judicial |
|---|

Respecto de su integración, la ambigua formulación constitucional, terminó difiriéndola en lo que pareció ser una característica de la labor de ésta Convención Constituyente, a una ley posterior, la que fue ya dictada por el Congreso de la Nación y lleva el N°24.937 (corregida ulteriormente por Ley 24.939).

Finalmente , la problemática del derecho transnacional, también ha sido introducida a la constitución textual, desde la formulación del art. 75 inc. 24.

Así, hoy el Congreso de la Nación se halla constitucionalmente habilitado para aprobar tratados de integración que *deleguen competencias y jurisdicción a organismos supraestatales* según ya lo hemos visto en el Capítulo VII

Para terminar, solo mencionaremos que la breve reseña efectuada, nos indica la importancia que tendrá el análisis técnico derivado de los principios de ésta asignatura, para contribuir al efectivo afianzamiento del "garantismo constitucional", complemento necesario de una democracia realmente afianzada.

22.2.- Las garantías de los derechos: clasificación y consideraciones introductorias. El "eje sistémico del "derecho a la jurisdicción". -

Sabido es que la Constitución Nacional consagra un régimen de derechos (algunos expresos, otros implícitos), estableciendo para su *salvaguarda* un sistema de garantías que se halla legislado *en principio* en el art. 18 de la Constitución Nacional, al que pueden agregarse los arts. 16, y 19, con un contexto hoy ampliado por la incorporación de ciertos instrumentos internacionales, en materia de Derechos Humanos, a los que la propia Constitución les ha otorgado "su jerarquía"

El concepto de garantía de los derechos posee, sin dudas, origen remoto, y ya es de uso sostener que con vista a las profundas e incesantes transformaciones a que nos tiene acostumbrado el fin del siglo, *una de las fundamentales* ha consistido en el abandono de la pretensión romántica, fruto de la Revolución Francesa, por la que *resultaba suficiente* consagrar los Derechos Humanos en la constitución política, para que ellos sean respetados por autoridades y ciudadanos. Desde la óptica de la dogmática constitucional argentina, podemos decir que el Congreso Constituyente de 1853 aprueba el art. 18 por "unanimidad" y sin discusión, el día 18 de abril de 1853. Luego, ampliando tal marco, la asamblea constituyente de 1949 le agregó lo relativo a la expresa normación constitucional del Habeas Corpus y lo referente al "fuero militar"

Abrogada tal reforma, recién la Convención Constituyente de 1994 avanzó sobre el tema, añadiendo al texto fundamental las garantías ahora *expresas* de Habeas Corpus, Acción de Amparo y Habeas Data, como asimismo, lo ya dicho de la jerarquización constitucional de ciertos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos

Estimamos apropiado, a esta altura del análisis, ofrecer nuestra posición al respecto de la ubicación del concepto de "garantía" en el ámbito de los Derechos Humanos.

Así, cabe recalcar que un derecho fundamental que no implique la posibilidad de asegurar su efectividad *cierta*, no será tal, sino una mera expectativa del habitante.

Expresaremos entonces, luego de lo antes dicho, que - y ello a riesgo de parecer una obviedad - es necesario destacar que en el contexto relatado, todos los poderes de estado deben ceñirse, en el ejercicio de sus funciones, al cumplimiento de lo instituido en la Constitución Nacional .

Así, el Poder Judicial debe comportarse de modo tal que no violenta a partir de su accionar la garantía de la defensa en juicio, o la hoy más amplia del "derecho a la jurisdicción" y los Poderes Legislativo y Ejecutivo no han de alterar por vía de su potestad reglamentaria los derechos sobre los que ejercen su constitucional potestad legislativa

Nos preguntamos ahora: ¿pueden clasificarse las garantías?

Estima Quiroga Lavié que ellas son una "especie" de los Derechos Subjetivos, que tienen como función poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, con el fin de proteger los derechos de los particulares, de los siguientes modos:

- Como acción (Habeas Corpus, Amparo, etc)
- Como excepción (Caso de la declaración de inconstitucionalidad)

También son reconocidas las garantías como límites impuestos al órgano público cuando decide acerca de los derechos de los particulares. Nosotros creemos que concebir la "garantía" solamente como un límite impuesto al Estado, no condice con la evolución lograda a partir del advenimiento del "constitucionalismo social" Partiendo de estas argumentaciones previas, es de destacarse que Rafael Bielsa concibe la existencia de garantías constitucionales contra las leyes, entre las que involucra la pauta de supremacía constitucional, regla de razonabilidad, principio de "separación de Poderes", formula que veda al "abuso del derecho" y la vigencia del Estado de Derecho. Adentrándonos en los tiempos actuales, el jurista español Jiménez de Parga rescata la regla del pluralismo, como garantía esencial de la vigencia del Estado de Derecho, jerarquizando tal pauta como un valor superior del ordenamiento español enfatizando que los Poderes Públicos tienen que promover las condiciones para que la libertad sea *real y efectiva*, removiendo

los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Estructura también Bielsa la garantía de la libertad individual, en la que compromete el análisis del Habeas Corpus, la inviolabilidad del domicilio y también la defensa en juicio, mereciéndole esta última un detenido análisis, que especifica el desarrollo del concepto de " ley anterior al hecho del proceso", " jueces designados por ley, antes del hecho de la causa", " instrucción judicial secreta" dedicando profunda atención al régimen constitucional de la defensa en juicio.

Define Carlos Sanchez Viamonte a la garantía como la "institución creada en favor del individuo, para que, armado con ella, pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen en su conjunto, la libertad civil y política. Se dijo también que " solo merece el nombre de garantía, la institución jurídica que constituye *el amparo máximo de un derecho*" y además que ella significa el amparo o protección jurídica que la sociedad ofrece al individuo, para asegurar la efectividad de algún derecho.

Acentúa con precisión Vanossi que tanto los derechos como las garantías son en esencia, *normas de conducta* , referidas inmediata o directamente a los particulares. Y nada impide, en ese sentido, interpretar a la palabra " garantía" como limitación al Poder Estatal y a la vez como acción o remedio jurisdiccional para llegar a la efectiva protección de los derechos, aún cuando ellos impliquen un definitivo *hacer* por parte de los Poderes Públicos, que se obligan constitucionalmente a ello.

Una modalidad ya *clásica* de delimitar el alcance del concepto de "garantía", la ha ofrecido el prestigioso jurista Juan F. Linares, quien ha encontrado cuatro modalidades principales, a saber:

1. *Garantías en sentido amplísimo*, comprensivo de todas las instituciones liberales, incluyendo la propia constitución textual y la declaración de derechos a ella anexa.
2. *garantías en sentido amplio*, abarcando entre ellas, la división de poderes, renovación y elegibilidad de funcionarios, etc.
3. *Garantías en sentido estricto*, entre las que se encuentran los procesos jurisdiccionales tutelares de los derechos de los habitantes (v. gr. la demanda, y excepción de inconstitucionalidad).
4. *Garantías en sentido estrictísimo*, comprensivos de los procesos constitucionales tuitivos en modo directo de las libertades constitucionales, como lo son por ejemplo, el amparo y el habeas corpus.

Coincidimos con el parecer de VANOSI, en cuanto sostiene que no es adecuada la interpretación del término " garantía" en un modo amplísimo, pues cuando " todo " es garantía, " nada " lo es. Desde otra óptica, no menos relevante, ha indicado Fix Zamudio que los medios de protección, o garantías, pueden clasificarse en :

- a) : **Remedios procesales indirectos:** aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter **ordinario** , pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales (caso del proceso ordinario, o sumario, establecidos en el CPCN).
- b) : **Remedios Procesales complementarios:** Si bien ellos no han sido estructurados para proteger los Derechos del Hombre, se utilizan para sancionar la violación de los mismos, cuando ella ha sido consumada (caso del " juicio político)
- c) : **Remedios procesales específicos:** Son aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de manera directa, y generalmente con efectos reparadores (es este el caso de los " procesos constitucionales"específicamente considerados, como lo son el Habeas Corpus, o la Acción de Amparo)

Al abordar la temática de los contenidos que aportan los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos respecto al punto en análisis (garantías constitucionales), y más particularmente referidos al ámbito de lo "penal" donde el compromiso con las garantías ha de ser mayor, hemos indicado con Marcelo Riquert que existen *mandatos constitucionales inmediatos, o de " nucleo"* que se involucran de modo directo con el problema de la protección de los Derechos Humanos y *mandatos mediatos, o de "periferia"* que si bien aportan al tema de la protección de los Derechos Humanos, tal aporte no es "directo".

Así, una directiva de " nucleo" sería por ejemplo la que prohíbe torturas y penas con trato cruel, inhumano o degradante²

Caso de directivas mediatas, o de periferia, lo sería el de los arts. 7, 8, 21, 22, 25 y 27 de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

Es de aclarar que el propio RIQUERT precisa en su desarrollo, que esta clasificación lo es al solo fin didáctico, ya que en un contexto diverso, también sería propio clasificar según las directivas se relacionen con el Derecho Penal

2 Arts. 3, 5 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (O.N.U. 1948)

sustantivo o con el Derecho Penal adjetivo, en su caso.

- *Algunas consideraciones acerca del derecho a la jurisdicción:* Desde que fue constatada la superación de la auto-defensa, con la organización del Estado Moderno, se estimó que la justa paz de la comunidad es únicamente posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante el mismo, se formulan.

De allí la importancia de una *tutela jurisdiccional*, que significa que todo aquel que crea tener derecho a algo, pueda acudir a un órgano Estatal imparcial que le atienda, verificando su razón, y en su caso, haciendo efectivo el derecho. En este sentido, puede entenderse este derecho, como una sólida y real base para afirmar el concepto de "seguridad jurídica"

Queremos expresar, al hablar del derecho a la tutela jurisdiccional, que el acceso a la justicia es uno de los señalamientos más precisos de la efectiva realización de la paz social, cuando éste se alcanza, y en ello hemos de pensar cuando exigimos a los Magistrados que apliquen en nuestra defensa [se gane o se pierda la contienda] la Constitución. Bien dice al respecto Bidart Campos que "Cada vez que un juez tiene ya disponibles su jurisdicción y su competencia, y debe tramitar y decidir un proceso, le ha de conferir a la Constitución aquella aplicación que haga efectiva su fuerza normativa"

Se ha definido, en consecuencia de ello, el derecho a la "*tutela jurisdiccional*" como:

"El derecho de toda persona a que se le "haga justicia"; a que cuando pretenda algo de otra persona, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas"

Tal conceptualización ha sido hoy receptada en nuestra reciente reforma constitucional nacional, no como un artículo nuevo agregado al texto fundamental, sino por aporte del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dice:

" Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"

También, su artículo 8°, 1° parte, reza en forma expresa³, que :

"Toda persona tiene derecho a ser oída...por un tribunal o juez competente"

Y el art. 7°.6° de la C.A.D.H. indica, complementando a las anteriores normas, que:

"toda persona privada de la libertad tiene derecho a ser llevada sin demora ante un juez o tribunal competente"

Lo apuntado significa en nuestro sentir, que el derecho a la jurisdicción, implica ahora para los Poderes Públicos, una pauta valorativa de contenido obligatorio, ya sea para su interpretación (Poder Judicial) o para su Aplicación y puesta en marcha (restantes Poderes Públicos, y en caso de Omisión, Poder Judicial, luego de arbitrar la pertinente inconstitucionalidad por "omisión").

No dejamos de hacer notar nuestra preferencia por la clausula constitucional que ***expresamente*** ha incorporado a nuestra Constitución provincial, la Convención reformadora de 1994, al aprobar el artículo 15, que indica:

" La provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave"

³ También el art. 14 del Pacto de Naciones Unidas

Siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye misión primordial de la actividad de cualquier Estado y definitiva, lo que se pretende realizar con la consagración de este derecho, es la *posibilidad de acceso a un proceso no desnaturalizado que pueda cumplir con su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen*. Cuando el ciudadano tiene un conflicto de intereses, o cuando tiene una incertidumbre jurídica, debe tener la certeza de que acudiendo al órgano jurisdiccional, logrará que se defina la controversia o la incertidumbre por medio de una sentencia, en un plazo razonable. El demandado, por su parte, ha de tener la certeza de también poder acudir a un juez para plantear sus defensas, ser escuchado, presentar y actuar sus medios probatorios, a fin de ser liberado de la pretensión con que lo contradice el actor.

Finalmente, la inclusión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva entre los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, como de aplicación inmediata, significa que tiene una aptitud *derogatoria* respecto de normas anteriores o posteriores (no constitucionales) que supongan contrariar el principio. En este sentido es el propio *Bidart Campos* quien, destaca que está apelando con frecuencia a la denominación "derecho a la tutela judicial efectiva", recreando el clásico y viejo derecho a la jurisdicción "no porque antes dejáramos de asignarle a éste el contenido amplio que se tiene desde el acceso a la justicia hasta la sentencia última, sino porque se expresa mejor en una fórmula clarísima cuál es el sentido que debemos atribuir a la jurisdicción, a la acción, al proceso en todas sus etapas, a su duración y a la decisión que le pone término

Lo dicho implica rescatar y recrear, sin dejar de lado el hecho cierto de que la jurisprudencia de nuestra alta corte había delineado, ya con anterioridad el concepto del derecho a la jurisdicción, enunciándolo como el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, la que no puede ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho⁴

Afianzando esta interpretación, ya el artículo 24, inc. 7° del Dec./Ley N°1285/58 estableció, en su tiempo, la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia

Un interesante precedente jurisprudencial, reafirmó de alguna manera, antes de la reforma constitucional de 1994, la *vigencia real* de este derecho.

4 CSJN Autos "Ramiro de Peláez c/La Superiora S.A." Fallos, 193:135, 1942 y sus citas.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵ ha sentenciado que:

Las garantías del juez natural, del debido proceso y de la defensa en juicio, exigen tanto que el tribunal se halle establecido por ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que hagan viable la actuación de aquel en las causas en que legalmente se le requiera y le corresponda.

La dilación injustificada de la solución de los litigios, implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación, con grave e injustificado perjuicio de quienes la invocan. La garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión.

La garantía constitucional de la defensa en juicio supone elementalmente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho

La integración definitiva del tribunal de la causa a los efectos de pronunciarse en ella, no puede sufrir postergaciones que impliquen la privación de justicia en la causa.

Se puede observar a lo transcripto, que la Corte *no ha utilizado* la expresión "derecho a la jurisdicción", cuando es obvio que ella es la que aquí se ajusta técnicamente a lo acaecido en el proceso. Aún así, es importante el rescate de la figura, pues es esencial entender que de su existencia, deriva en gran medida, la existencia del Estado de Derecho. Insistimos entonces en que la frustración del "derecho a la jurisdicción" significa en definitiva la frustración del sistema institucional, pues es uno de sus componentes indispensables, y efectivamente, el "sistema" se diluye ante la falta de este derecho sustantivo, que deviene así en nutriente de las garantías constitucionales.

En el ámbito del proceso civil, han tenido también oportunidad nuestros tribunales de explicitar el derecho a la jurisdicción. Para muestra, hemos de relatar el caso jurisprudencial que a continuación se detalla:

En el marco de un proceso de ejecución⁶, el Magistrado por error, luego de declarar la incompetencia del Juzgado, con fundamentos adecuados y suficientes, carga las costas [equivocadamente] a la parte accionada, en una

5 CSJN causa "Rougés, Marcos c/Provincia de Tucumán" setiembre 8-992

6 Autos "Obra Social de Choferes de Camiones c/Empresa de Transportes Rabbione S.A. s/Ejecución Fiscal" Exp. N°6290, de trámite por ante el Juzgado Federal N°2 de Mar del Plata, Secretaría N°5, Registro interno N°4635 y aclaratoria. N/P.

evidente modalidad de error material. A su turno, y ante pedido de parte, se aclara la sentencia, en el sentido de que donde decía accionada, debía haber dicho accionante. Anoticiado el ejecutante de la resolución y su aclaratoria, impetra nulidad por considerar que la aclaratoria modificaba lo sustancial de la decisión que se aclaraba, cambiando la raíz del decisorio primero.

Tal impugnación es rechazada "in límine" por el Juez de 1º Instancia, el que sostiene que :

" Es necesario enfatizar que la resolución de fs. 81 no hace más que aclarar el sentido del texto que originariamente tuvo una disposición oscura desde la merituación del firmante del mismo, a fin de que los contendientes puedan válidamente ejercer su constitucional derecho de defensa en juicio, apelando si es que se disconforman con el resultado del decisorio en cuestión."

"Por ello, y con referencia a la inviolabilidad de la defensa en juicio, esta garantía fundamental significa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes comunes de procedimientos, lo que desemboca en la observancia de las formas sustanciales del juicio (Cfr. CSJN Fallos t116, pag.23, t.119, pag.248, t.121, pag. 285, t.123, pag. 251), y ninguna de esas pautas ha sido violada, aún mínimamente, a partir del dictado de aclaratoria sobre la que se pueda peticionar nulidad"

Dado que se había apelado subsidiariamente, el Juez rechaza la petición de nulidad y concede la apelación por ante la Alzada La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Pata⁷, luego de estudiar el expediente, confirma el rechazo de la nulidad., al indicar que:

"Con respecto a la nulidad planteada sobre la aclaratoria en la cual se modifica la carga de las costas, la recurrente señala que se ha alterado lo sustancial de la decisión, cambiando la raíz del decisorio primero"

En torno de ello, tenemos presente que es condición esencial para decretar una nulidad procesal, que el acto que se estima viciado sea susceptible de causar un perjuicio concreto al impugnante, pues procurar la nulidad por la nulidad misma, constituye un formalismo inadmisibles"

En el sub-exámene, el a-quo mediante la facultad conferida por el art. 166, inc. 2º del ritual, ha corregido un notable error de redacción, no advirtiéndose una alteración en lo sustancial del decisorio pues las costas

7 CFAMDP, "O.S.C.C. c/Empresa..." Reg. TºXII, Fº2508/1996 N/P

resultan ser el epílogo de la fundamentación del pronunciamiento adverso a las pretensiones del actor, como condena accesoria a la incompetencia decretada en el juicio aplicando las costas como principio objetivo de la derrota"

Debe ser apuntado, como corolario del caso expuesto, que aún frente a la evidente sinrazón del nulidicente, pudo -en el caso - hacer uso pleno de su derecho a la jurisdicción, ya que sus planteos fueron atendidos y resueltos, encontrándose en el caso, con la *prerrogativa de poder estar en juicio, argumentando acerca de sus derechos, y obteniendo una respuesta adecuada al planteo, por parte del órgano jurisdiccional.*

Ha dicho también la Corte Suprema, en otro caso sometido a su jurisdicción, que la sentencia que impide al actor acudir a alguna vía judicial para obtener una decisión útil relativa a la situación planteada en Autos, resulta ser arbitraria, guareciendo de este modo, la jerarquía constitucional de este derecho⁸

Debemos rescatar en este punto, una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual composición⁹, reafirma con énfasis su vieja tesis, desde la siguiente situación fáctica : se trataba el caso de una persona de 75 años de edad, litigante en orden a un beneficio de seguridad social, de naturaleza alimentaria, y destinado a cubrir riesgos de subsistencia y ancianidad. El expediente del accionante se hallaba radicado en la instancia judicial desde el 15 de diciembre de 1994, habiéndole la Ley N°24.463, retrogradado todas las etapas procesales cumplidas hasta esa fecha. Al acceder a la queja de parte accionante, la Corte dispuso que:

" Si bien las leyes sobre procedimiento y competencia son de orden público y se aplican a las causas pendientes, tal principio debe limitarse a los supuestos en que no se prive de validez a los actos procesales cumplidos, ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con leyes anteriores. Ello sucedería si se admitiese la conversión del procedimiento dispuesta por el art. 24 de la Ley N°24.463 (Adla, LV-C-2913), para las causas en trámite pendientes de sentencia y radicadas ante la ex-Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social"

⁸ Ver el precedente en cuestión y su comentario , por parte de BIDART CAMPOS, en ED. del 9/11/1980 "Derecho a la jurisdicción, defensa en juicio y posibilidad de obtener una sentencia útil"

⁹ CSJN octubre 10/996 "Hussar, Otto c/ANSES" LL. suplemento de Derecho Constitucional del 13/12/1996, pag.4

Así, la Corte debió recordar en el caso, que existe un derecho adquirido cuando existen actos jurídicos perfectos o cosa juzgada, y en este sentido, hubo de recordar que la ley no puede privar de validez a los actos procesales cumplidos, ni retrotraer los procedimientos. Es inconstitucional, por lo tanto, para la alta corte, la exigencia de iniciar un nuevo juicio mediante una demanda de primera instancia¹⁰

22.3.- Las fases integrativas del derecho a la tutela jurisdiccional: el acceso al juez natural, el debido proceso y la sentencia constitucional.

Nos parece de suma importancia, enfatizar la existencia constitucional de este derecho a la jurisdicción, como correlato de la obligación que el Estado posee de administrar justicia, para lo que este último debe instituir los órganos integrantes del Poder Judicial (Tribunales), asignares jurisdicción y competencia y dictar las pertinentes normas de procedimientos.

El mismo se halla integrado básicamente por tres fases, que son el acceso al juez natural, el debido proceso y la sentencia constitucional. A continuación efectuaremos un breve desarrollo de cada una de ellas

- *El juez natural y la veda de comisiones especiales:* La Constitución indica que el procesado debe ser juzgado por *los jueces designados antes del hecho de la causa*, prohibiendo además a las *comisiones especiales*. Son entonces "jueces naturales" los que han sido creados por las leyes del país y dotados por las mismas, con la jurisdicción respectiva, por lo que el principio que indica que todo habitante de la Nación Argentina tiene derecho a ser oído por el tribunal o juez instituido por ley para conocer de esa litis con anterioridad al hecho que se juzga, constituye la garantía del juez natural. Se trata de un concepto institucional [Tribunal creado por la ley] y no personal.

Son, por su parte, "comisiones especiales" las que las legislaturas o el Poder Ejecutivo designaran para conocer y juzgar en casos determinados, como también aquellas personas que el Poder Ejecutivo nombrara por sí mismo, sin llenar los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes para ejercer la función de administrar justicia al pueblo.

¹⁰ Precedente indicado en nota anterior, considerando 33. Se destaca que se trató de un fallo unánime, o sea, sin disidencias.

Entonces, hemos de sostener que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento diverso a los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualesquiera sea su denominación.

La interpretación jurisprudencial de este principio, presenta algunas aristas de confrontación. Así, en un fallo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en 1956¹¹ se discutió la circunstancia de si las garantías del juez natural y la imposibilidad de juzgamiento por comisiones especiales, se integran en una, o en su caso, son dos, individualmente concebidas. Los hechos se detallan a continuación :

El proceso de GRISOLIA llega al tribunal de apelaciones luego de que el acusador particular apela la decisión del juez de 1ra. instancia, de declararse incompetente para conocer en el asunto. El tema se complica, ya que producida la ley de derogación del Código de Justicia Policial, que instituyera los tribunales que serían competentes, en el criterio del Sr. juez de grado inferior, el fiscal de Cámara recomienda revocar la providencia, ya que de confirmarla la Alzada, *no existiría tribunal competente para entender en la cuestión.*

La Cámara disiente con la apreciación del Fiscal de Cámara, ya que la mentada reforma, producida *con posterioridad* a la presunta comisión del hecho, *no puede alterar las normas de competencia penal, con relación a lo pasado.* Se hace mención al entonces vigente art. 29 de la Constitución Nacional (repetición del art. 18 de la Constitución Nacional de 1853, en lo pertinente) y se indica que dicha cláusula refiere a dos situaciones distintas: que algún habitante de la Nación sea juzgado por comisiones especiales, o que sea sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa , indicando la necesidad de no confundir ambas situaciones.

La Cámara actuante descarta en primer lugar, que la justicia del crimen de la Capital pueda ser considerada como " comisión especial", pues se trata de una institución judicial de carácter permanente. Respecto del segundo término de la cláusula constitucional, entiende que la justicia del crimen, la justicia criminal, que tal fuere integra, *no era competente para juzgar el hecho que e ese proceso se ventilaba, al momento de su comisión.* Esa simple argumentación

11 CSJN Fallos 234:482, LL.82-690, JA,1956-III-135 (Grisolia)

bastó a la Alzada para decidir que la derogación de la ley que creó los tribunales policiales, *producida con posterioridad al hecho a juzgar* no puede alterar la solución del asunto en orden a la declaración de incompetencia, formulada por el juez de instrucción.

Ello se derivó de la circunstancia de que la modificación de normas legales relativas a competencia judicial importan esencialmente privar de competencia a un magistrado - con relación a determinados hechos - para atribuirlos a otros, y en consecuencia, *tales normas no pueden tener efecto retroactivo por cuanto lo contrario importaría privar a los habitantes de la República, de la garantía del juez natural, de jerarquía constitucional.*

La gravedad de la decisión radicaba en sus consecuencias, que eran la impunidad eventual del delito, en razón de haber sido suprimido el fuero policial que debió juzgarlo. Pero en el otro plato de la balanza, hizo pesar la circunstancia de que no se pueden dejar desguarnecidos los derechos de la sociedad y de la víctima, ya que no se puede renunciar a la actividad jurisdiccional, ni en su caso, eludir el castigo del culpable. Pero si se dejan de lado esas garantías, no se contribuye a afianzar la justicia ni a la seguridad colectiva.

Llegada la causa a la Corte, se *revoca* el fallo de la Alzada, por considerar que de mantenerlo, se generaría un acto de *privación de justicia*. Funda la Corte su postura en la circunstancia de que la garantía establecida por la Constitución *no resulta afectada* por la intervención de nuevos jueces en juicios pendientes, como consecuencia de reformas en la organización de la justicia, o en la distribución de la competencia, pues la cláusula de referencia *tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para otros casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada.*

Exige la Corte una interpretación coherente de las normas constitucionales de manera que armonicen entre ellas y no traben el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos al Estado para el cumplimiento de sus fines del modo mas beneficioso para la comunidad y los individuos que la forman.

La decisión, en definitiva, revoca el fallo de la Alzada, confirmando la competencia del Juez de instrucción para la continuación de la investigación.

Cabe afirmar entonces, que la declaración de que ningún habitante de la nación puede ser sacado de los jueces designados por ley

antes de los hechos de la causa, presupone que esos jueces siguen conservando la jurisdicción en cuya virtud estaban llamados a conocer en un determinado caso, porque, claro está, la sustracción de un caso particular a la jurisdicción de los jueces que siguen teniendo el poder de juzgar en otros casos similares implica negación de esa justicia imparcial e igual para todos, que la Constitución garantiza

- El "debido proceso": En este punto, el Derecho Constitucional procesal, resalta una serie de principios, sobre los que luego transitan los procesos constitucionales y sobre el que se expide la Magistratura Constitucional, en uso de la jurisdicción constitucional. Ellos pueden ser resumidos en una idea madre : el proceso a cumplir no es aquí un trámite cualquiera, no se trata de un procedimiento establecido bajo una apariencia ordenada y simplista, es un *proceso legal*, es decir, en un sentido más estricto, *el debido proceso*, en un esquema que, como dijimos antes, parte y se nutre del abarcador concepto del *derecho a la jurisdicción*.

El ámbito que hemos de estudiar no se reduce a una serie de pasos ordenados hacia un fin, sino a lograr - a partir de ellos - la concreción del valor justicia, salvaguardando en cada paso, la garantía de la defensa en juicio de las partes (para el caso del Derecho Civil), o del procesado (para el caso del Derecho Penal), a quien se ha de tener por inocente hasta que se dicte en su contra una sentencia de condena.

Sostenemos entonces que el *debido proceso* , está conformado por el conjunto de garantías que aseguran el ejercicio de los derechos en un proceso, los que por ello adquieren rango constitucional.

Tan es ello así, que este *debido proceso*, es algo más que la simple garantía de un proceso. Es, en términos de Couture' la garantía misma del derecho, pues los principios generales que integran y estructuran el debido proceso legal, parten de comprender que la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, lo que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la *adecuada y oportuna* tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle, y que dicho proceso concluya con el dictado de una sentencia fundada.

Referente a la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, esta garantía

fundamental significa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades establecidas por las leyes comunes de procedimientos, lo que desemboca en la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa y prueba, y sentencia dictada por los jueces "naturales" del reo¹²

Así, ha sostenido en este sentido Carlos Nino que la garantía general del debido proceso legal, implica una serie de sub-garantías, como son las del acceso a la jurisdicción, las características tuitivas que debe tener el proceso, y las referidas a las condiciones generales que debe satisfacer un acto de coacción dispuesto como consecuencia del proceso

- El debido proceso "adjetivo y sustantivo": El art. 18 de la Constitución Nacional, menciona al "juicio previo" como exigencia para sancionar. Se trata del "debido proceso", que es adjetivo en tanto exige cumplimentar ciertos recaudos de forma, trámite y procedimiento para llegar a una definición mediante sentencia, y es "sustantivo" en cuanto a implicar que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, razonables (desde esta óptica, estaríamos hablando de una garantía constitucional innominada).

- El derecho a las etapas "mínimas" del proceso: En este sentido, la Corte Suprema ha detectado y exigido la necesidad de observancia de ciertas formas sustanciales, que comprendan el cumplimiento de cuatro tramos esenciales:

ETAPAS MÍNIMAS DEL PROCESO			
Acusación	Defensa	Prueba	Sentencia
Todas ellas realizadas por ante los jueces naturales de la causa			

- La acusación: Tiene que ser clara, describiendo con precisión la conducta imputada para que el acusado pueda ejercer con plenitud su derecho a ser oído. En el ámbito civil, el "debido proceso" involucra el derecho formal a *demandar*, o sea, a plantear ante el órgano tribunalicio una pretensión procesal de tramitación de un pleito. Ello implica que cuando el juez del proceso Civil admite la demanda, corre traslado de la misma al demandado, para que comparezca al proceso.

El traslado de la demanda, debidamente puesto en conocimiento del

12 Cfr. CSJN Fallos t.116, pag.23, t.119, pag.248, t.121, pag.285, t.123, pag.251. Ello implica particularmente, derecho de defensa en cualquier estado del proceso

demandado, constituye en el proceso Civil, la efectivización de la garantía del debido proceso, sustentada en la posibilidad del ejercicio de derecho de defensa en el demandado. De la regla expuesta, orientada hacia el ámbito del Derecho Penal, podemos derivar la no menos importante regla constitucional implícita, de la "presunción de inocencia", derivada de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional¹³, que implica, esencialmente, que es la parte acusadora la que tiene a cargo demostrar que el imputado es culpable, y no a este último, que es inocente, ya que desde esta óptica, es inconstitucional hacer recaer la carga de la prueba de la inocencia sobre el acusado.

En un supuesto¹⁴, la imputada había sido absuelta en 1º instancia respecto de la acusación fiscal del delito de bigamia. Si bien la Alzada revocó la resolución por entender que correspondía a la acusada probar la inexistencia del primer matrimonio, la Corte, citando un precedente suyo¹⁵, *revocó la decisión de la Cámara*, ya que lo decidido invertía el "onus probandi".

- *La defensa*: la garantía constitucional de la defensa en juicio supone, ante todo, la posibilidad de ocurrir ante un tribunal en procura de justicia y que tal posibilidad no sea frustrada por consideraciones procesales insuficientes¹⁶. Ella se otorga independientemente de las consideraciones sustanciales, esto es si ella es fundada o no. El célebre procesalista uruguayo Couture, sostenía en su tiempo al respecto, que conviene reparar desde ya que lo que se dá al demandado en un proceso civil es la eventualidad de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido, podrá ser fundada o infundada, podrá ejercerse o no ejercerse, podrá ser acogida o rechazada en la sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse. Sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere.

Esta prerrogativa constitucional implica en principio, el "derecho a ser oído", que involucra el de elegir abogado defensor. La C.A.D.H. enumera en su art. 8º, cinco garantías básicas referidas a esta regla constitucional, que son las siguientes:

13 Aunque surgente en forma expresa del art. 8º inc. 2º 1º parte de la C.A.D.H. y 14.2 del Pacto de Naciones Unidas en los que se enuncia que "toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad" y "se presume la inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley". Esta regla es también acompañada por el art. 7º de la C.A.D.H. en cuanto fija las condiciones que deben mediar para privar a una persona de su libertad y por el art. 9º al definir el principio de legalidad.

14 CSJN Autos "RAIA" Fallos: 292:561, 1975.

15 CSJN Fallos 275:9, "LL" 137-376 "Destilerías y Viñedos El Globo" Ver, particularmente, y por su importancia, el dictámen del Sr. Procurador General de la Nación en tal caso.

16 CSJN octubre 8-987 "Ponce, Adolfo c/Yappert Surian, Yolanda"

- a) Derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete si no habla o comprende el idioma del tribunal
- b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada
- c) Concesión al inculpado de tiempo y medidas adecuadas para la preparación de su defensa
- d) Derecho de la defensa interrogar a los testigos o presentes en el Tribunal
- e) Derecho a obtener la comparecencia, en el carácter de testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos

• *El tema de la " efectiva defensa técnica ":* se ha dicho que "no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso, que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester que aquel haya recibido una *efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor*"¹⁷

En el caso en comentario, se sostuvo que :

"frente a la expresa manifestación del recluso de recurrir a la vía extraordinaria local y federal, encontrándose en término para hacerlo, ante la negativa del defensor oficial de cumplir su cometido, por no contar con tiempo material, le corresponde al tribunal reemplazar al letrado y **brindar la posibilidad real de apelación**, pues de lo contrario se viola el derecho de defensa en juicio"

Este supuesto involucró, por un lado, el derecho del condenado a recurrir de un pronunciamiento judicial que le afecta, y por el otro, la forma en que se encausa correctamente la impugnación. En definitiva, la decisión del reo debe primar siempre por sobre la del defensor, porque la omisión en presentar la pieza recursiva daría lugar a un estado probable de indefensión. El sentido perseguido aquí por la Corte es que la asistencia técnica sea *precisa y fundada* y no el mero cumplimiento de una etapa requerida, que se agota en la misma formulación, y pese a sus deficiencias.

En otro caso, un tribunal de Alzada¹⁸ insistió en que :

"debe autorizarse a que un letrado no vidente designado para actuar en juicio pueda valerse de una persona de su confianza, para

17 CSJN Diciembre 22-992 O.G.J.M. y otro s/Robo calificado"Causa Nro.29.123 (0.61XXIV-RH)

18 CNCrim.Correcc. Sala I, agosto 25-1992 "Caparrós, Carlos s/Medida Procesal"(Causa Nro.41006)

concurrir ambos a una audiencia donde se recibe una declaración indagatoria, a fin de lograr el mejor ejercicio del cometido de su defensa y para un acto esencial a ese fin, pues no existe disposición legal impeditiva a ese respecto"

La Corte Suprema, expresó también en un importante precedente¹⁹, que:

" carece de valor la confesión prestada sin intérprete por quien no sabe expresarse correctamente en idioma español"

Debemos rescatar, para el final, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un viejo, aunque siempre vigente fallo²⁰ cuando expresó que :

"A Rojas Molina, que se encontraba detenido en la cárcel, sólo se le ha notificado la designación de defensor, ha ignorado la negligencia de éste y recién se le notifica la sentencia condenatoria dictada sin defensa, casi dos años después de producida la acusación"

La Corte nulificó todo lo actuado, girando las actuaciones para proceder a una nueva y correcta defensa, lo que realza la importancia de contar con una efectiva defensa técnica, y patentiza que en este sentido, no es suficiente que se llene la fórmula de defensa con un patrocinio de oficio, aún cuando fuera inteligente, diligente y recto, si este no produce defensa ni aporta prueba,, no concurre al "informe in voce" previo al llamado de Autos, ni apela de la sentencia condenatoria.

Existe también un interesante pronunciamiento del Juzgado Federal N°2 de Mar del Plata²¹ en el que se conjugó la garantización al ejecutado, tanto de su derecho a la jurisdicción, como el de detentar una efectiva defensa técnica.

En el supuesto, se trató de una presentación de excepciones sobre la que se proveyó el desglose, al entender que era extemporánea. Debe enfatizarse aquí que existió un grueso y evidente error en el proveído mencionado, ya que la mentada presentación había sido efectuada *dentro del plazo de ley*.

19 Cfr. CSJN Autos "Colman, Francisco y otro s/Homicidio" Fallos 181:181, año 1938

20 CSJN Fallos 189:34, LL.21-556, 7/2/1941 (Rojas Molina)

21 Nos referimos a los obrados "OSPER y HRA. c/CONSORCIO propietarios Edificio "Castelar" s/EJECUCION" Expediente N°6943, Juzgado Federal N°2, Secretaría Laboral N°5, en resolución dictada con fecha 11/12/96, Reg. interno de la Secretaría actuante N°5633 (N/P).

La consecuencia de tal obrar fue *la lisa y llana indefensión del ejecutado*, ya que se dictó sentencia de condena en su contra sin atender a las eventuales defensas que había interpuesto. A ello debemos sumar que el demandado, a su tiempo, no articuló impugnación de la providencia de rechazo en tiempo útil, respecto del interés de su cliente, enfatizando su pedido a posteriori, al plantear apelación en contra de la sentencia que mandó llevar adelante la ejecución. Aún así, el Juzgado, receptando un criterio de la Alzada en este punto, desestima la apelación en razón del monto del proceso.

Obsérvese que - de legitimar el curso del proceso en esas condiciones - el ejecutado, víctima de una grosera, aunque inadvertida equivocación judicial, y descuido posterior del abogado al impugnar fuera del término que la ley procesal estipula para denunciar nulidades procesales, se encontraría privado de su derecho a la jurisdicción, cuanto a la efectiva defensa técnica. Y en esos términos interpretó la situación el Magistrado actuante, al expresar en su sentencia, que :

"(...)aquí el ejecutado ve lesionado - a partir del acto impugnado - su derecho a la jurisdicción, constitucionalmente preservado (Art. 18 C.N., arts. 1º y 8º C.A.D.H. por disposición del art. 75 inc. 22 C.N.) y concebido como la "posibilidad de acceso a un proceso no desnaturalizado que pueda cumplir con su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen (Cfr. CROSS& HARRIS "Precedent in English Law" Ed. Clarendon Law Series, 4th. Ed. Oxford Press, 1991), o en otros términos " Posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho"(Cfr. CSJN, causa "Rougés, Marcos c/Provincia de Tucumán" setiembre 8-992) y - aún en perspectiva, para el caso de no atenderse al reclamo de nulidad - el derecho a poseer una efectiva y sustancial asistencia técnica por parte del abogado defensor(Cfr. CSJN Dic. 22-992 "O.G.J.M." Causa N°29.123 [0.61 XXIV-RH]

que no debe ser frustrada por efectiva y sustancial defensa técnica por parte del abogado defensor (Cfr. CSJN dic. 22/982 "O.G.J.M." Causa N°29.123 [0.61 XXIV-RH]/) "

"Siendo que el acto jurídico impugnado viola la garantía constitucional del derecho a la jurisdicción y al debido proceso del ejecutado, ambas constitucionalmente garantizadas, cabe declarar su nulidad sin más trámite"

- *La garantía de la duración razonable del proceso:* El denominado "debido proceso constitucional" no debe ser objeto de demoras indebidas. Así, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto, que²²

"Si bien la sola dilación o complejidad de un proceso en razón de la gran cantidad de intervinientes no es por sí, frustratoria de la garantía de la defensa en juicio, en el caso no puede ignorarse en que se ha obligado al actor a integrar la "litis" con doscientos treinta y tres sujetos con los que niega tener alguna vinculación jurídica, ni puede pasarse por alto la enorme demora que provocará la citación personal de cada uno de ellos individualmente y que la causa alcanzará un grado de complejidad y confusión muy elevado que hará muy difícil su manejo"

- *La regla de la defensa en juicio y ciertas circunstancias vedadas:* Nadie puede ser obligado a declarar en su contra, con el corolario de la existencia del derecho a no declarar, prohibiendo la constitución, todo modo de tormento y azotes. Asiste también al imputado el derecho a no prestar juramento, ya que el acusado debe ser tenido *como sujeto, y no como objeto de prueba*. En este sentido, el inculcado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Esta garantía, sin recepción constitucional expresa, deviene como pauta de interpretación obligatoria para los Poderes Públicos, al haber sido consagrada en art. 8° de la C.A.D.H.²³

Respecto de la auto-incriminación en un proceso civil, si bien la regla general es semejante, allí no rige la *presunción de inocencia*, siendo viable la denominada "confesión ficta" aunque ella debe ser valorada y concordada en el contexto de las restantes pruebas

- *Las pruebas "inválidas":* La doctrina de la "exclusión", fue enunciada ya hace mas de 100 años por nuestra Corte Suprema²⁴ indicando que los medios probatorios obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley, son inadmisibles para fundar una condena, por más que hayan sido logrados con

22 CSJN mayo 14-987 "Fernandez Propato, Enrique c/La Fraternidad Soc. de Personal Ferroviario de Locomotores"

23 Cabe aquí resaltar el conocido y famoso precedente norteamericano "Miranda c/Arizona" : 384 U.S. 436 (1966) (Fuente, COHEN-VARAT "Constitutional Law" The Foundation Press, 1993, New York, pag.1189) en el que la suprema corte de ese país estableció que cuando el imputado hace conocer su intención de entrevistarse con un abogado antes de declarar, el interrogatorio debe suspenderse hasta la llegada de ese abogado.

24 CSJN Fallos 46:36 (Charles Hnos). En el caso, la Corte argumentó palmariamente que *en ningún caso* las medidas de oficio que está autorizada a tomar la administración pueden extenderse a la apropiación de papeles en el domicilio particular de las personas que puedan comprometer el secreto de la correspondencia y de los negocios privados.

el propósito de descubrir y perseguir un delito. En un supuesto²⁵, la Corte Suprema revocó una condena fundada en hechos probados mediante una investigación basada en la confesión extrajudicial del reo, obtenida por apremios ilegales. En tal caso, los Magistrados actuantes coincidieron en que la aplicación de la tortura había sido decisiva para la solución de la causa y por ello, el alto tribunal puso de manifiesto, que :

"El acatamiento por parte de los jueces del mandato constitucional contrario a la aplicación de tormentos no puede reducirse en su caso a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito"

Las doctrinas de la "exclusión" y del "fruto del árbol venenoso", si bien han sido aplicadas por nuestra Corte Suprema con distinta intensidad, ello no ha obstado para que se sentara el principio de que²⁶ si en el proceso penal hay un único camino de investigación, y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia *contamina de nulidad* todas las pruebas que se hubiesen originado a partir de aquel."²⁷

- *Reglas en materia de acreditación de culpabilidad: presunción de inocencia y principio de "in dubio pro reo":* Es regla constitucional, como se lo explicó antes, que nadie puede ser penado sin la existencia de un juicio previo en que se lo encuentre culpable de un hecho delictuoso. Sobre esta base, resulta inconstitucional exigir al acusado *que pruebe no ser autor o no ser culpable del delito que se le atribuye*. En consecuencia, la Corte le ha reconocido rango constitucional a la "presunción de inocencia" desde que solo cabe reprimir a quien resulte culpable²⁸. Es dable aquí volver sobre lo antes expresado, en el sentido de que el Pacto de San José de Costa Rica, hoy con *jerarquía constitucional* por imperio de lo dispuesto en el art. 75 inc.22 C.N. indica esta regla en su art. 8vo. sub 2do. Teniendo en cuenta lo indicado, la interpretación de la Corte en este punto, no podrá ser de aquí en más, diversa del mandato que la propia constitución le ha indicado, al otorgarle a ese

25 CSJN Fallos 303:1938 (Montenegro)

26 CSJN Fallos 310:19 (Francomano)

27 En el caso, se trataba de un allanamiento practicado a raíz de una declaración viciada de nulidad

28 CSJN Fallos 311:2045 (Gordon)

instrumento *jerarquía constitucional*. Ha manifestado además la Corte²⁹, que:

"si se considera la introducción de estupefacientes una acción de tráfico, es el representante del Ministerio Fiscal a quien incumbe acreditar esa finalidad, sin que quepa transferir al acusado la carga de probar una distinta, máxime si se tiene en cuenta que, como en el caso ocurre, aquella no puede ser inferida razonablemente de la cantidad incautada ni de los dichos del procesado. En tales condiciones, esa exigencia del fallo es violatoria de la garantía de la defensa en juicio"

- *La "inviolabilidad del domicilio"*: La Constitución Nacional garantiza que el domicilio de la persona es inviolable. De allí deriva la circunstancia de que los allanamientos de domicilio, deben ser efectuado con estricto respeto a las formas legales, so pena de invalidarse los procedimientos efectuados en violación a tal regla. Así, la eminente jerarquía de la inviolabilidad del domicilio debe ser concertada, al igual que el similar derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados, con el interés social en la averiguación de los delitos y el ejercicio adecuado del Poder de Policía. Es la propia Constitución la que así lo prevé, cuando autoriza en la misma cláusula, la reglamentación de tal derecho mediante ley que determine en que casos y con que justificativos podrá procederse a su allanamiento u ocupación. Es evidente en este sentido, que la íntima conexión entre la inviolabilidad del domicilio (particularmente, de la "morada") con la dignidad de la persona, obliga a extremar recaudos al reglamentar tal cláusula. En definitiva, la regla para el allanamiento, será la existencia de *orden escrita, emanada de juez competente*.

La Corte Suprema de Justicia de la nación, ha tenido oportunidad de ratificar plenamente la regla de inviolabilidad del domicilio, en un precedente que es del caso citar³⁰. El Sr. Diego Fiorentino fue detenido por una comisión policial, el 24 de noviembre de 1981 cuando ingresaba con su novia en el hall del edificio de departamentos de la calle Junín 1276 de Capital Federal, y al ser interrogado, reconoció espontáneamente ser poseedor de marihuana, que guardaba para consumo propio en la unidad. Así, se asciende al domicilio del detenido y se secuestra cierta cantidad de estupefacientes.

Luego, durante el juicio, la defensa impugna el procedimiento, por haberse tratado de un allanamiento ilegítimo. Así lo enfatiza la testigo del caso, al no indicar la existencia de autorización para entrar en el

29 CSJN Fallos 311:617 (Silva Saldívar). Se trataba de un detenido en la frontera, a quien se le incautan tres cigarrillos de marihuana

30 CSJN Fallos 306:1752, LL.1985-A-159 (Fiorentino)

departamento, para la policía.

La Corte señala a este respecto, que :

"Aún de haber autorizado Fiorentino el ingreso, como se señala en los testimonios de.... y hasta dejando de lado las declaraciones vertidas en el plenario por...., el permiso que podría haber otorgado ***carecería de efectos por las circunstancias en que se prestó, al haber sido Fiorentino aprehendido e interrogado sorpresivamente*** por una comisión de cuatro hombres en momentos en que ingresaba con su novia en el hall del edificio donde habitaba, quedando detenido"

"El a quo deduce la existencia de tal consentimiento justificante de la falta de resistencia verbal del imputado, cuando ya se hallaba detenido, a la entrada de los agentes policiales, y especialmente de la falta de oposición expresa de sus padres cuando los agentes ya se hallaban en el interior de la morada, cuyo ingreso no les había sido franqueado por los progenitores del aprehendido, a quienes no se les permitió presenciar el registro practicado en la habitación de aquel. O sea que solo la activa protesta frente al hecho consumado excluiría la posibilidad de entender que ha mediado un consentimiento tácito que, además, tendría el efecto de excusar a posteriori la entrada no consentida de los agentes policiales"

Con tal inteligencia, hija de otras épocas y otra inspiración, el a quo establece, en realidad, una presunción de renuncia a un derecho fundamental basada en la omisión de una protesta expresa que, en la situación concreta y en el contexto social y cultural de nuestro país, aparece como una exigencia desmedida e inmune a la razón, desdice el entendimiento común, el del ámbito de la doxa que, al fin y al cabo, es el de la imaginación"

"Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda"

- La sentencia: Como hemos dicho, el derecho a la jurisdicción, se satisface en último término con la sentencia. La "utilidad" o "eficacia" de la sentencia, que habitualmente pregonan la Corte, que supone al menos la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes³¹. La sentencia constitucional debe implicar una derivación razonada del derecho vigente,

31 Cfr. CSJN mayo 14-987 "Fernandez Propato, Enrique c/La Fraternidad Soc. de Personal Ferroviario de locomotoras"

relativa a los hechos ventilados en la causa³², es decir, que los jueces deben motivar, por escrito, sus resoluciones en todas las instancias, con expresión de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Lo expuesto significa para Bidart Campos, al menos:

- Que ella debe resolver todas las pretensiones propuestas a debate
- Que las debe resolver en "tiempo oportuno", generando una duración razonable del proceso

Indica con certeza además BIDART CAMPOS, que la sentencia clausura el ciclo del "derecho a la jurisdicción", debiendo ella guardar, cuando menos, el principio de "congruencia", debiendo ser ella, en suma imparcial, justa, fundada y oportuna.

• La cuestión de la garantía de la doble instancia: Sabido es que desde la reforma constitucional de 1994, tal garantía ha sido incluída en nuestro ordenamiento, ya que la propia C.A.D.H. así lo instituye, en el modo que antes hemos señalado: Así, el art. 8º.2º. inc. hº de tal normativa internacional establece como garantía del proceso penal, el derecho de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal Superior³³.

Ya en su anterior composición, y antes de que esta regla obtuviese jerarquía constitucional la Alta Corte Nacional había sostenido al respecto³⁴, que:

"El requisito previsto en el art. 8º ap. 2º, inc. hº de la C.A.D.H., que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito, de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, solo debe ser considerada en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa y en casos como el *sub exámine* aquella exigencia *se halla satisfecha por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte*"

32 Cfr. CSJN Fallos 256:101, 261:263, 268:266, 269:343 y 348

33 A lo que debemos agregar que el Pacto de Naciones Unidas, con mayor precisión, y también de jerarquía constitucional, expresa que (art. 14.5) "toda persona declarada culpable de un delito, tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley".

34 CSJN marzo 15-988 "Jáuregui, Luciano" LL. 1988-E, pag.156.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido con anterioridad, ante un caso en que ni siquiera se garantizaba una mínima instancia judicial, que³⁵

"Si bien la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional no requiere multiplicidad de instancias, debe entenderse con el alcance de exigir, al menos, una instancia judicial siempre que estén en juego derechos como los comprometidos en la aplicación de una multa por la A.N.A., los que de ningún modo pueden ser totalmente sustraídos al conocimiento de los jueces ordinarios sin agravio constitucional reparable por la vía del art. 14 de la Ley N°48"

Concordamos aquí, con lo sostenido al respecto de la cuestión por la doctrina mayoritaria³⁶, enfatizando que luego de la reforma constitucional, y aún antes de operarse ella, la solución de nuestra jurisprudencia es insuficiente y hoy, inconstitucional, pues es sabido que la revisión en recurso extraordinario por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, supone un debate limitado, y no la revisión en modo pleno, propugnado por la C.A.D.H.

- **La cosa juzgada como garantía contra el doble juzgamiento:** Esta garantía [especificada también por la C.A.D.H., en su art. 8°.4°] implica que un inculpado, que fue absuelto por una sentencia firme, pasada en autoridad de "cosa juzgada", no puede ser sometido a nuevo juzgamiento, con fundamento en tales hechos. Distinto sería el caso de condena, en el que el Pacto de San José de Costa Rica (a diferencia del Pacto Internacional) abre el garantista supuesto de una revisión, para caso de beneficio del reo. En definitiva esta garantía veda la aplicación al reo de una nueva pena por igual hecho que aquel por el que ya ha sido juzgado, e impide que vuelva a ser sometido a proceso dos veces por el mismo hecho³⁷. En el ámbito Civil, el objeto de esta garantía es la preservación de la seguridad jurídica y la estabilidad en las resoluciones

35 CSJN octubre 27-987, "R.H. "Casa Enrique Schuster S.A. c/A.N.A.

36 Ver, por caso, COLAUTTI, Op. Cit. pag.107 y BIDART CAMPOS, Germán "La doble instancia en el proceso penal" ED. 118-877

37 Este punto ha sido expresamente resuelto por la V° enmienda de la constitución norteamericana que prohíbe el "double jeopardy" lo que puede ser conceptualizado como la doble exposición a ser sometido a pena por un hecho ya juzgado. En suma, es una protección al absuelto, contra un segundo juicio (Cfr. Brantley vs. Georgia, 217 U.S. 284 [1910] y United States vs. Oppenheimer, 242 U.S.85 [1916]//)

judiciales³⁸

22.4.- Algunas consideraciones acerca de las garantías carcelarias.-

Una vez concluido el proceso, con sentencia condenatoria, la propia Constitución Nacional se hace cargo de señalar que las condiciones de detención no deben exceder de aquella mortificación propia de la pena impuesta y a ser cumplida. Ello, dado que la sanción penal tiene un cúmulo de principios, de origen y raíz constitucional, en particular, luego de operada la reforma constitucional de 1994, indicativos de los lineamientos que los Poderes Públicos nacionales deben seguir frente a esta cuestión Debemos apuntar aquí que las garantías para aquellos que han sido privados de su libertad, se concretan en el contexto, y a partir de la formula constitucional que según el artículo 18 reza :

"...las cárceles son para seguridad y no para castigo de los reos..."

Sabido es que el fin de la readaptación social del reo, está implícito en el contexto de esta norma. Ello, además, posee una explícita ratificación en lo surgente de los arts.6° de la C.A.D.H.³⁹ , la que enuncia que:

"las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial , la reforma y readaptación social de los condenados"

Es bueno recalcar aquí que tanto el artículo 18 C.N. si bien instituyen como fin de la pena, el de la readaptación social, *no excluyen otros fines de ella, aunque interdictan al régimen carcelario como modalidad de castigo* También el artículo 43 de la Constitución Nacional al regular el proceso constitucional de Habeas Corpus, instituye una modalidad de esa figura, que ya había sido legislada en la Ley N°23.098., adentrándose en nuestro tema. Dice el texto fundamental, que:

38 CSJN octubre 29-991 "Ferrer c/Minetti y Cia. S.A." LL. 1992-B, pag.37.

39 También, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, posee una cláusula semejante a la expuesta, que - desde un mejor modo de técnica legislativa, enfatiza que "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*" indicando además que "*todo individuo privado de su libertad será tratado humanamente*"

"...cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención (...) la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del Estado de Sitio"

Si bien es clara la inidoneidad del "nomen iuris" de la figura, ya que se trata de una modalidad de acción de amparo, que intenta tutelar una forma de libertad con base en la dignidad debida al procesado o condenado, en las cárceles, bajo el presupuesto de una detención originariamente legal, y apoyo expreso en el artículo 18 de la Constitución Nacional, cabe dejar el tecnicismo de lado, y afrontar el tratamiento de la figura como una garantizadora forma de tutela de la libertad, sea cual fuere la denominación que el legislador o el constituyente le ha ofrecido.

Con ello, deseamos enfatizar que en esta etapa final del debido proceso, también existen garantías del encartado, que son tuteladas constitucionalmente.

Así, ha dicho respecto del punto Carlos Colautti que la dignidad, además de significar en ciertas circunstancias un derecho autónomo, constituye, junto con la libertad, una característica esencial del sistema. Queremos acentuar con lo expuesto, que el ejercicio de los derechos tiene por objeto básico respetar la dignidad inherente al ser humano.

Acompañando esta regulación de la Constitución Nacional, la C.A.D.H. desarrolla esta regla, en su artículo 5º, en concordancia con lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto expresa que *"toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"* Sin perjuicio de lo dicho, es dable señalar algunos conceptos de lo que implica la realidad carcelaria en nuestro país, contextuado en la América Latina del subdesarrollo. En principio, debemos enfatizar la *nefasta situación* propia de nuestro mundo penitenciario, en particular respecto de aquellos internos que padecen enfermedades incurables o infecto-contagiosas.

En un marco desgarrador se suceden tratamientos inidóneos de reclusos, en conjunto con un modo de inadecuada profesionalidad, o más aún, ignorancia, por parte de quienes tienen el compromiso institucional de llevar adelante estas estructuras carcelarias, que en la mayoría de los casos son

desde inadecuadas, hasta deprimentes. Todo ello armoniza en una suerte de desgraciada realidad, sobre la que muchas veces, no es remedio suficiente para su superación, escribir ciertas garantías en las Constituciones, en resguardo de quienes son procesados o condenados, pues ellos se encuentran sometidos en casi todos los casos, y pese al texto garantista de la Constitución, a una suerte de condena adicional por la sola circunstancia de encontrarse presos.

Refiriéndose a los procesados o condenados, en prisión, ha dicho Jorge Kent⁴⁰ que "aún son seres humanos merecedores de la mayor de las reverencias por conducto de los funcionarios que se precien de ser dignos exponentes de la comunidad y estén dispuestos a observar sus compromisos con apego a la contracción, la inteligencia y el amor que aprehende toda obra inobjetable de sacerdocio". Frente a tan candorosa admonición, se sucede como una bofetada, la dura realidad que nos informa de la existencia de 174 motines en cárceles de nuestro país entre el 1° de enero de 1986 y el 23 de diciembre de 1993, categorizando, en esa cuantificación, 98 rebeliones, 40 disturbios y 36 huelgas de hambre⁴¹

En este sentido, no nos cabe duda de que de persistir la situación señalada - y es que hoy se ha agravado, con seguridad - la cárcel en Argentina puede llegar a convertirse en simple contexto de segregación mortificante, prohibida por la Convención sobre Tratos Crueles y Degradantes, que entre nosotros tiene, por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, jerarquía constitucional, en el que será ilusorio pretender que el recluso pueda algún día integrarse sin problemas al contexto social del cual ha sido segregado por imperio de la ley.

En definitiva, debe promoverse en esta etapa, más que en ninguna otra, la actuación de las garantías constitucionales antes señaladas, aunque desde una perspectiva social más acentuada, y por supuesto, más realista.

Ha de saber el lector, el hecho cierto de que en las Universidades parecen enseñarse solamente las bases teóricas sobre las cuales debe edificarse las reglas de la convivencia futura. No es que se descarte esta metodología, pero bueno es recalcar en este sentido que tal *teorización sobre la futuridad* no debe desentenderse de una realidad actual absolutamente discordante con los principios pretendidos.

No queremos generar una enseñanza del derecho que sacralice una modalidad de vivencia social pautada sobre matrices teóricas que no se plasman en nuestras realidades, pues ello puede llevarnos a formar parlamentarios que

40 Kent, Jorge "Cárceles sanas y limpias" LL. del 24 de agosto de 1994, pag. 1 y ss.

41 Fuente: informe del Centro de Estudios para la Nueva Mayoría, reseñado por Jorge Kent en el artículo citado "supra"

articulen nuevas leyes, propias realidades inexistentes, y que - en palabras de Elías Neuman - parezcan complejos de culpa del legislador y solamente sirvan para cumplir una función falseante de la realidad carcelaria en Congresos, Jornadas y Coloquios.

Debemos entender que la aproximación al ámbito de la sociedad carcelaria, es un abordaje al mundo de la marginalidad social. La política penitenciaria habrá entonces de fincar sus nuevas bases en la valoración a ultranza de la dignidad humana del preso, en el convencimiento de que a diario ella se ve violada. Así, y con la previa aclaración de no apartarnos del sentido realista antes expuesto, es dable afirmar las pautas que las Convenciones internacionales de jerarquía constitucional, ofrecen hoy a los Poderes Públicos, a modo de directiva valorativa obligatoria, a fin del tratamiento a los procesados:

Como regla básica y general el art. 4° de la C.A.D.H. expresa que *los procesados deben estar separados de los condenados salvo circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas*. Debemos correlacionar esta norma con la expresión fundamental ya analizada antes, de la presunción de inocencia de que goza toda persona no condenada. De allí su importancia. También regula, el art. 4° de la CADH en su 2° párrafo las garantías carcelarias de los menores exigiendo *su separación de los adultos y concurrencia a Tribunales especializados, con la mayor celeridad posible*. A ello agrega la propia Convención sobre los derechos del Niño [también con jerarquía constitucional] en su art. 37 inc. "c", que el niño privado de su libertad, además de ser separado de los adultos [salvo que ello se estime contrario a su interés superior], tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas, salvo en circunstancias excepcionales

Siguiendo ahora el tratamiento dado a la cuestión por el maestro Bidart Campos, cabe aquí enfatizar - a modo de resumen - una guía de las garantías esenciales y mínimas de que toda persona posee, frente a la actuación de un proceso en su contra:

- a) *No hay delito ni pena sin ley previa*
- b) *Toda condena requiere juicio previo y sentencia fundada en ley*
- c) *Las formas sustanciales del juicio penal son: acusación, defensa, prueba y sentencia.*
- d) *El proceso debe sustanciarse con la mayor rapidez*

razonable y posible

- e) No puede sustanciarse el proceso penal en rebeldía del imputado*
- f) No puede exigirse declaración contra sí mismo*
- g) Los principios de aplicación de la ley penal mas benigna y de "in dubio pro reo", como así también la regla del "non bis in idem", tienen hoy jerarquía constitucional*
- h) Sin perjuicio de la jerarquía constitucional del derecho a recurrir, por vía de lo normado en el Pacto de San José de Costa Rica, nuestra Corte Suprema ha señalado que tal garantía se cumplimenta con la posibilidad de impetrar Recurso Extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia de La Nación⁴²*
- i) La Corte sostiene que el prófugo no está legitimado para invocar la protección de garantías que, con su conducta discrecional ha desconocido*
- j) Las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo del reo*

Como corolario de todo lo expuesto, deseamos retornar a la regla de la tutela judicial efectiva. Enfatizamos que este derecho ofrece cobertura para todo el itinerario del ciudadano en proceso, y aún luego de dictado de sentencia, continúa en el periplo eventual de su condena. En él subyacen, como dijimos, principios de claridad meridiana como lo son el debido proceso, la defensa en juicio y el deber de afianzar la justicia. Enseñar estos conceptos es indicar sin ambages ni subterfugios, cual es el rol esencial del abogado : la tutela de la libertad .

Que quede claro que la persona humana nació para ser libre, y desde que existe una imputación en su contra, por parte del Estado o de otro particular, se debe ser muy cuidadoso en el tránsito que, comenzando en una acusación o demanda, puede culminar con la privación de la libertad del ciudadano, o con merma en sus derechos fundamentales.

22.5.- Preguntas, notas y concordancias.-

⁴² En solución que, como ya se dijo antes, estimo inconstitucional, y que deberá ser revisada.

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en ello radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

1. **¿Considera Ud. Que el derecho procesal constitucional es una rama autónoma del derecho? Fundamente su respuesta**
2. **¿Como vincularía Ud. la garantía que representa el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, con el concepto de la vigencia plena de los Derechos Humanos?**
3. **¿Qué opina de la clasificación de remedios procesales que efectúa Fix Zamudio?**
4. **¿Añadiría Ud. alguna fase más a las expuestas como integrativas del debido proceso legal?**
5. **¿Qué opinión le merece el acápite referido a las garantías carcelarias?**

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Carrió, Alejandro: *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
2. De autores varios (Eduardo Jiménez, coordinador): *Garantías constitucionales*. Edit. Suárez, Mar del Plata, 1997.
3. Figueruelo Burrieza, Angela: *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Edit. Tecnos, Madrid, 1990.
4. Gozáni, Osvaldo: *Introducción al nuevo derecho procesal*. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1988.
5. Jiménez, Eduardo: *Los derechos humanos de la tercera generación*. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997.
6. Morello, Augusto: *Constitución y proceso*. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
7. Rodríguez Domínguez, Elvito: *Derecho Procesal Constitucional*. Edit.

Grijley, Lima, 1997.

8. Rosatti, Horacio: El derecho a la jurisdicción antes del proceso. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1984.
9. Sagués, Néstor: Derecho Procesal Constitucional. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1989 (4 tomos).
10. Serra, María Mercedes: Procesos y recursos constitucionales. Edit. Depalma, 1992.

EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN Y LAS GARANTÍAS EN EL PROCESO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.

En el siguiente cuadro señalamos cuáles son las normas tuitivas del derecho a la jurisdicción y a las mínimas garantías procesales en los Tratados Internacionales jerarquizados constitucionalmente :

EL DERECHO A LA JURISDICCIÓN Y LAS GARANTÍAS EN EL PROCESO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.

	<i>DERECHO A LA JURISDICCIÓN.</i>	<i>DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO.</i>	<i>PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.</i>	<i>DERECHO A UN PROCESO REGULAR.</i>	<i>GARANTÍA DE JUEZ NATURAL.</i>	<i>GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA</i>	<i>DERECHO A LA DEFENSA.</i>
<i>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.</i>	Art. 18	Art. 18.	Art. 26.	Art. 26	Art. 26		Art. 2
<i>Declaración Universal de Derechos Humanos.</i>	Art. 10		Art. 11..1	Art. 11.1			Art. 1
<i>Convención Americana sobre Derechos Humanos.</i>	Art. 8.1 Art. 7.5 Art. 7.6 Art. 25	Art. 8.1 Art. 7.5 Art. 25	Art. 8.2	Art. 8.1	Art. 8.1 Art. 25	Art. 8.2 h)	Art. 8
<i>Pacto Int. de Dchos. Civiles y Políticos.</i>	Art. 14.1 Art. 2.3 a) Art. 9.3 Art. 9.4	Art. 9.3	Art. 14.2	Art. 14.1	Art. 14.1 Art. 2.3 b)	Art. 14.5	Art. d).
<i>Conv. p/ la Prev. y la Sanción del Delito de</i>					Art. 6		

Genocidio.							
Conv. Int. s/ la Eliminación de Todas las Formas de Disc. Racial.	Art. 6						
Conv. sobre la Eliminación de todas las Formas de Disc. c/ al Mujer.	Art. 2, c)						
Conv. c/ la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.	Art. 13	Art. 13			Art. 13		
Convención sobre los Derechos del Niño.	Art. 12.2 Art. 37 d)	Art. 40.2 b) iii)	Art. 40.2 b) i).	Art. 40.2 b) iii)	Art. 37 d). Art. 40.2 b) iii)	Art. 40.2 b) v)	Art. 4
Convención Latinoamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.	Art. 11.				Art. 9.		

23.6. Autoevaluación. -

1. Enumere y desarrolle brevemente cuáles son las cuestiones que generan "consenso" y cuales las que generan "conflicto" en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional:

.....

.....

.....

.....

.....

2. Desarrolle algunas de las clasificaciones usuales de las garantías de los derechos:

.....

.....

.....

.....

.....

3. ¿En qué consiste el derecho a la tutela jurisdiccional? desarrolle la idea:

.....
.....
.....
.....
.....

4. Describa y desarrolle las fases o etapas que integran la garantía del debido proceso:

.....
.....
.....
.....
.....

5. Desarrolle el concepto de las garantías carcelarias desde las indicaciones ofrecidas por nuestro sistema constitucional:

.....
.....
.....
.....
.....