

CAPÍTULO XXIV

ANÁLISIS DE CIERTOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN PARTICULAR

"Estamos aquí frente a problemas técnico-jurídicos. Se trata de
saber de qué métodos disponemos para tutelar, con razonable
rapidez y eficacia, los derechos humanos en el marco del derecho
estatal

Genaro Carrió

Sin las garantías, no habría posibilidad de un auténtico Estado de
Derecho, pues las personas quedarían indefensas frente a las
violaciones provenientes del Estado o de los otros particulares"

Daniel Sabsay

24.1.- Tutela sumaria de la libertad: habeas corpus y su ámbito de aplicación. Regulación constitucional y legal.-

Creemos¹ que es necesario rescatar los orígenes históricos del Habeas Corpus a fin de comprender los motivos de la existencia del instituto en sí y de la creación ya sea por vía legislativa o pretoriana de las distintas especies y subespecies que lo animan. Tenemos así que los antecedentes esenciales del habeas Corpus se encuentran en el Derecho Romano, en el derecho Español y luego en el derecho anglosajón.-

Como paradoja, el writ of habeas corpus surge de las facultades del rey para controlar cualquier actividad jurisdiccional que le compete: es por ello que, en sus comienzos, sugiera como prerrogativa del soberano para sustraer a un inculpado de un proceso ante un tribunal inferior, para llevarlo ante otro superior (el del príncipe).- Después se transforma en una garantía individual, para tutelar la libertad física.

Se explica la ratificación constante de este Instituto en innumerables

¹ Aprovechamos la ocasión para agradecer aquí el aporte efectuado por el Dr. Claudio Kishimoto, investigador de la UNMDP y miembro de la cátedra de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de esa Universidad Nacional, con su estudio sobre "habeas corpus" que resultó ser la base del análisis que a continuación haremos de la figura.

veces (y a pesar de haberse dictado un Acta de Habeas Corpus en 1679 con motivo de la Segunda Carta Magna), en que la operatividad no era suficientemente buena y sumado a ello que por diversos factores políticos el acta fue suspendida en varias ocasiones por razones de grave peligro público tenemos que dicho Instituto no resultó un buen fiel dentro desequilibradas relaciones de poder.

En los Estados Unidos de Norteamérica ocurrieron diversas etapas desde la originaria implementación del Habeas Corpus

En principio, la Habeas Corpus Act inglesa de 1679 no había sido programada originalmente para su aplicación en las colonias de América del Norte. Sin embargo, el instituto fue transportado a ellas de manera similar. La Constitución de 1787 lo admitió, al declarar que "el privilegio del auto de HC no será suspendido, a menos que en caso de rebelión o invasión, la seguridad pública lo requiera". A diferencia de Inglaterra, en Estados Unidos el Habeas Corpus nace de la Constitución.- Además en los Estados Unidos es una petición particular y se refiere a un "Auto de derecho" - no una mera cuestión de procedimiento- que no se inicia de oficio.- Su objetivo es la liberación de todo aquel que esté detenido sin causa suficiente, tanto en lo civil como en lo criminal.- De ahí que no tenga por objeto castigar delitos o prisiones ilegales, sino libertar al que estuviere privado de su libertad. Es por ello que el trámite que le imprime la Corte Suprema federal es el de un proceso civil, en el que se defiende el derecho civil a la libertad.

En el derecho norteamericano, el Habeas Corpus requiere que exista un detenido y bajo cierta fuerza física, o sea que la simple presión moral no es suficiente, pero a la vez, el concepto de restricción a la libertad debe entenderse en sentido amplio: por eso, el Habeas Corpus es idóneo para examinar la decisión de autoridades federales que negaron el derecho de acceso de inmigrantes extranjeros a los Estados . La corte norteamericana, por vía del Habeas Corpus ha cuestionado la competencia territorial y material de un juzgado, pero también le ha dado una extensión suficiente como para convertirlo en mecanismo de revisión de causas judiciales (criminales) en sentido amplio. A nivel internacional, éste instituto está contemplado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) art.8, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) art.9° inc.4°; en la Convención Europea para la Salvaguarda de los derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950) art.5° inc.4°; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del H. (1948). Art.25 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) art.7 inc.6°. En este último caso, la Corte

Interamericana en las opiniones consultivas nro.8 y 9 determinó que el Habeas Corpus no se suspendería durante el estado de sitio, ya que se vincula directamente con el derecho a la vida y a la condena de torturas, reputándose como una garantía implícita tutelable en todo momento.

Abordando ahora el tratamiento constitucional de la figura, diremos que para Néstor Sagues, si bien el HABEAS CORPUS no está directamente mencionado en la Constitución de 1853, ni aparece en las actas de la Constituyente, se encuentra sobreentendido en nuestro texto constitucional dado que es el propio Alberdi quien toma la suspensión del Habeas Corpus norteamericano para generar los arts.18 y 23 de su proyecto. De todas maneras, la doctrina constitucionalista argentina es conteste en admitir que la figura se deriva del precepto constitucional que veda el arresto sin orden de autoridad competente (art. 18 C.N.).

El tránsito de nuestra historia constitucional indica que la figura fue incorporada expresamente en la malograda reforma constitucional de 1949 (art. 29). En 1957, el tema se hallaba incluido en los diferentes proyectos, aunque no obtuvo recepción expresa por parte de la constituyente

- Regulación legal de la figura: En el orden federal, el Habeas Corpus estuvo regulado por el art.20 de la ley 48, mientras que en el ámbito de la Capital Federal y los territorios nacionales lo estuvo por las disposiciones correspondientes a la ley nro.2.372. Todas estas disposiciones fueron derogadas por la ley 23.098 que posteriormente comentaremos.

Actualmente se concibe genéricamente al Habeas Corpus como la garantía relativa a la libertad física, siendo el objetivo de la acción, resguardar la libertad física de los ataques ilegítimos, actuales o inminentes contra ella. Y específicamente como una garantía constitucional destinada a brindar la protección judicial para toda persona que es privada de su libertad física o su libertad ambulatoria, o bien las encuentra restringidas, agravadas o amenazadas ilegalmente.

El latinazgo significa traer personalmente a un individuo ante un juez para que éste se pronuncie sobre la legalidad del acto restrictivo de su libertad física

Es constituida como garantía fundante, dado que a través del logro de la libertad ambulatoria, se permite la práctica de las restantes libertades. La

importancia de esta cuestión incide en la implementación del proceso mediante el trámite sumarísimo acordado. Con una amplísima legitimación procesal, este instituto puede ser implementado por cualquier persona en favor de aquel que vivencia o padece la restricción del derecho.-

Previo a la última reforma constitucional se encontraba vigente a nivel nacional la ley 23.098, cuya propuesta es la de tutelar la libertad ambulatoria, concepto comprensivo del ius movendi et ambulandi.- Concordamos que no se trata solamente de la libertad física sino además, de la ambulatoria. Como ley especial, no se haya incluida en el Código Procesal Penal de la Nación. Consta de sólo 28 artículos y uno de forma, divididos en tres capítulos.

El principio general es que esta ley tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, salvo que la aplicación de las constituciones provinciales o de leyes dictadas en su consecuencia tengan una más eficiente protección de los derechos.-

Asimismo, esta ley distingue entre:

1. HABEAS CORPUS REPARADOR (H.C.CLASICO) programado para terminar con detenciones violatorias de la cláusula constitucional del art.18 (arrestos practicados sin orden escrita de autoridad competente o resuelta por autoridad incompetente) e implementado en esta ley en el art.3º.- Se comprende el término "arresto" como lo establece la Constitución en un sentido amplio, o sea como detención, prisión o reclusión (preventiva o no) y en cualquier establecimiento, ya sea en una cárcel o en un instituto de internación.-

2. HABEAS CORPUS PREVENTIVA: Ante amenazas de prisión.- Pero para que proceda se deben cumplimentar ciertos requisitos: a) un atentado a la libertad decidido y en inmediata "vía de ejecución" y b) la amenaza a la libertad tiene que ser cierta, no presuntiva.- Este planteo es especial dado que puede operar tanto respecto al habeas corpus principal (ej.amenaza de una detención), como del restringido (ej. Seguimiento realizado por los agentes de prevención sin orden de autoridad o sin el conocimiento de ésta) y del correctivo (si se intenta evitar un vejamen a realizar a un detenido).-

3. HABEAS CORPUS RESTRINGIDO, SECUNDARIO O ACCESORIO: Protege al habitante contra las perturbaciones menores al derecho a la libertad física, que restringe la libertad ambulatoria.- (ejemplos de ello,son la vigilancia abusiva, de impedimento para acceder a determinados lugares como áreas de trabajo, paseos públicos, establecimientos oficiales o privados, su mismo domicilio,etc.).- Esta normado en el art.3º inc.primerio de dicha ley.-

También existen ciertas subespecies de la figura, que pueden ser enunciadas en la siguiente forma:

4. **HABEAS CORPUS CORRECTIVO:** Destinado a concluir con vejámenes o tratos indebidos a personas arrestadas.- Según Quiroga Lavié tiene por meta cambiar el lugar de detención cuando no fuera el adecuado a la índole del delito cometido o a la causa de la detención y también reparar el trato indebido al arrestado.- Como vemos es un modelo actual del juicio de manifestación aragonés.- Se encuentra establecido en el art.3ª inciso Segundo de la ley en mención y obviamente en el art.18 "in fine" de la Constitución Nacional.-

5. **HABEAS CORPUS DE PRONTO DESPACHO** (no contemplado en la Ley 23.098): Para acelerar trámites administrativos necesarios para disponer una libertad.- Este Habeas Corpus no se encuentra en la ley que se comenta, pero se implementa por vía de amparo.-

6. **HABEAS CORPUS POR MORA EN LA TRASLACION DEL DETENIDO** (tampoco contemplado en la Ley 23.098): Ideado con el fin de lograr la liberación del preso, cuando el magistrado de otra jurisdicción que solicitó la captura, no la confirma, o no envía la comisión de búsqueda.- Creación del derecho pretoriano y de la legislación ordinaria, no fue contemplada en esta ley pero sí en la anterior 20.711, que no fue derogada por aquélla, por lo tanto se implementa por la vía de la ley 23.098.

- La reforma constitucional de 1994: Anteriormente a la enmienda de la Constitución el fundamento constitucional del Habeas Corpus se derivaba - como dijimos - del art.18 de la ley fundamental. Una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución permite insertar al Habeas Corpus en aquella cláusula, sin desmedro del aval del art.33 en cuanto a la vigencia de todas aquellas garantías que conforman nuestro sistema político.-

El art.18 exige que la restricción a la libertad física sea dispuesta por autoridad competente y además que la orden se formule por escrito. Se trata entonces de una garantía, que fue reproducida por el art.3.1 de la ley 23.098 que contiene tales requisitos. La orden restrictiva debe ser entonces escrita, individualizando a la persona cuya libertad se restringe y a la autoridad que la ordena y especificando la razón motivante.

Al contener actualmente una regla específica del habeas corpus, a diferencia de la Constitución de 1853-1860, la misma se caracterizó por tener como fuentes a la gran cantidad de proyectos que se presentaron en la

Convención, muy similares entre sí y a la ley vigente en la materia (Ley 23.098), pero con aditamentos muy específicos y modernos:

- Esta norma, la del art.43 de la Constitución se refiere a la "libertad física" y no ambulatoria, pero no por razones de diferencia cualitativa sino por cuestiones de elegancia lingüística.-
- Por otro lado, habla de modalidades de la afectación al derecho: lesión, restricción, alteración o amenaza de la libertad física.

La lesión implica el perjuicio, la violación o afectación de carácter intenso. La restricción es una reducción, disminución o limitación de la posibilidad de ejercicio de la acción materia del respectivo derecho. Alteración de un derecho implica un cambio o modificación en su naturaleza propia. Amenazar es un concepto que debe remitir a la certeza o gravedad de un derecho afectado.

En el texto constitucional a diferencia de la ley vigente, se ha dejado de lado el genérico concepto de "limitación" de la libertad ambulatoria (art.3º apartado 1 de la ley 23.098), y se ha vuelto más específico. Existe - además - una reiteración formulada en la ley y que consiste en el "caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención" cuando el legislador - para no incurrir en reglamentarismos - no imprime en el texto constitucional la salvedad de la facultad impuesta por el derecho al juez, en cuanto éste realice las facultades propias que le incumben para no incurrir en excesos.-

Como caso específico y novedoso (según lo hemos estudiado ya en el Capítulo XV), se encuentra el planteamiento de la desaparición forzada de personas introducida en forma expresa y que está indudablemente relacionada con la reciente historia negra vivida por el país, insertada de tal manera que no deba olvidarse por las generaciones futuras y así evitar su reiteración. La implementación temporal así como su planteamiento aún "durante el estado de sitio" son reiteraciones de la ley vigente en sus arts.11 y 4 en algún aspecto.

Aquí es menester referirse a los alcances que le atribuyó la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la ley 23.098 al resolver el 3/12/1985 el caso "Granada"².

Las circunstancias políticas del país en ese entonces eran las siguientes: el Juicio a las Juntas Militares ocupaba el centro de la escena. El malestar en

las Fuerzas Armadas era cada vez mayor y los reclamos de las familias de los desaparecidos durante el Proceso de Reorganización Nacional eran cada vez más intensos.- Nos encontramos así a fines de julio de 1985, en un año eleccionario y con el Plan Austral en marcha. Comenzaron así a sucederse una serie de atentados anónimos con explosivos y amenazas. El gobierno radical reaccionó y por decreto del Poder Ejecutivo (2049/85), y sin declarar el estado de sitio, dispuso el arresto de doce personas por el plazo de 60 días, imputándoles unas actividades delictivas genéricas.- Tres días después, el Poder Ejecutivo declaró el estado de sitio por 60 días en todo el país (decreto 2070/85) por el cual dispuso emprolijar las actuaciones anteriores, y arrestar a las mismas personas pero ahora las pone a disposición del Poder Ejecutivo.

El mayor GRANADA, uno de los imputados, interpuso un recurso de Habeas Corpus, cuestionando la irrazonabilidad de la declaración del estado de sitio y de su arresto. El agravio de su arresto fue contemplado en Primera Instancia pero fue revocada por la Cámara. Llegado el caso a la Corte, esta última en votación dividida, resolvió por mayoría de cuatro a uno confirmar el rechazo del recurso. El nudo gordiano pasaba por la extensión o el alcance que correspondía atribuir al examen de razonabilidad de la detención de GRANADA, habiendo dicho la Corte al respecto, que:

"... no cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativos y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso, por lo cual la decisión de dichos poderes que instaure el estado de sitio no resulta revisable por los jueces" y "no parece razonable estimar que la intención del legislador haya sido la de apartarse de la inteligencia del art.23 que esta Corte mantiene" y que "el juicio de legitimidad al que remite el art.4º de la citada ley 23.098 no ha de versar pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad" y, en cuanto fuera excluido el examen de fondo dice que "resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma en el cual queda incluido lo relativo no sólo a las modalidades extrínsecas de la ley o el decreto declarativos del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son *el plazo expreso y la determinación del lugar*, puntos éstos últimos reiteradamente considerados en la jurisprudencia del Tribunal".

Sin lugar a dudas y coincidiendo con Alejandro Carrió, el voto mayoritario produce sorpresa, en función del tribunal de corte liberal que avala facultades amplias del Poder Ejecutivo y mediante la ignorancia de dos precedentes citados por Belluscio y que necesariamente establecían la obligación el Poder Ejecutivo de dar a los jueces en cada caso información suficiente y precisa sobre las causas que motivaron la medida cuestionada.

Diremos para finalizar éste punto, que la Constitución reformada no hace distinción entre los actos de autoridad y los actos de los particulares, agregando además que el artículo 43 es una norma directamente operativa, a pesar de la existencia de una ley que la reglamenta actualmente.

A modo de conclusión vemos que la reforma Constitucional del año 1994 ha añadido una serie de elementos interesantes, a pesar de que aún no contamos con casos jurisprudenciales en los cuales los jueces hayan puesto en vigencia tales innovaciones.- Sin embargo, queda claro que la aplicación del art.43 de la Constitución Nacional más las normas supletorias otorgadas por la ley vigente 23.098 contemplan toda una serie de circunstancias más que suficientes en el espectro analizado.- Siendo entonces a la actualidad este conjunto de normas una clara evolución de aquellos primigenios principios estudiados.- Sirva pues, este simple análisis para la comprensión de este Instituto, a fin de defender en los casos en que fuera necesario, las violaciones a nuestro máspreciado derecho, el derecho a la libertad.

24.2.- El proceso de amparo en la Constitución Nacional. Origen jurisprudencial. Ambito de aplicación y objeto. La acción de amparo en materia de derechos humanos de tercera generación

No hay duda alguna de que el proceso reformador de 1994 cumplió, al regular expresamente la figura del proceso constitucional denominado "amparo" o "acción de amparo", con una deuda de larga data, contraída con el sistema constitucional argentino. Y lo hizo bien, ofreciendo una adecuada herramienta de tutela de sus derechos a las personas, frente a los avances de terceros o del Estado, si se dan ciertas circunstancias que ahora serán explicadas.

¿En qué consiste el proceso de amparo?

Sabemos que el sistema jurídico ofrece a los habitantes, herramientas para actuar en justicia cuando sus derechos son violados. Aún así, las propias garantías que el sistema impone, meritan dar a "todas las partes" que disputan

un derecho, la debida ocasión de probar lo que esgrimen. Pero en ésta particular circunstancia, resulta que la persona agredida en sus derechos sufre de un virtual "desamparo", ya que la lesión por la que reclama se genera en un acto ú omisión de la autoridad pública o de otros particulares, que posee características peculiares:

En principio este acto ú omisión, debe ser actual o inminente, y ello configura una de las notas salientes de éste proceso constitucional: su procedencia reclama inmediatez en la agresión, o como expresa Bidart Campos, la existencia de "amenaza cierta de riesgo próximo".

El acto agresor debe actuar de una forma peculiar - esto es - con *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* - respecto de algún derecho o garantía reconocidos por la Constitución Nacional, un Tratado o una Ley, y para lesionarlo, restringirlo, amenazarlo o alterarlo. Aún contando con todo éste bagaje, el ciudadano no podrá optar por reclamar amparo frente a la lesión a su derecho, si hay otro medio judicial más idóneo para su tutela.

Finalmente, diremos que este proceso constitucional no procede para la tutela de la libertad ambulatoria, pues aquí se aplica la figura del habeas corpus, que ya hemos explicado antes.

Adelantaremos en principio que la redacción del primer párrafo del artículo 43, recoge en lo sustancial el eje garantista que nuestra Corte Suprema trazó al resolver los precedentes "Siri" y "Kot", en 1957 y 1958 respectivamente. El caso Siri (1957)³ se motivó ante los siguientes hechos:

Frente a la clausura del diario "Mercedes" de la Pcia. de Buenos Aires el cual se hallaba bajo custodia policial, Ángel Siri impetra recurso de habeas corpus. Al requerir información el juez de la causa sobre el motivo de la clausura, le informan que el mismo era desconocido como también la autoridad que impartió la eventual orden.

Al llegar la tramitación a la Corte Suprema, ésta se expide modificando su doctrina tradicional, por la cual relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos y judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el recurso de habeas corpus.⁴

En este importante caso, la Corte, buceando en los silencios e implicitudes de la Constitución con denodado activismo judicial, encuentra todo un arsenal rico y generoso para superar el escollo que complicaba la procedencia de esta acción a falta de ley que la regulase, y que se expresaba

3 CSJN Fallos 239:459, LL. 89-531. La Corte estaba integrada por Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañaráz, Enrique V. Galli, Carlos Herrera y Benjamin Villegas Basalvilbaso. La mayoría se conformó por Orgaz, Argañaráz, Galli y Basalvilbaso; en disidencia Herrera.

4 Es interesante como en este caso el Procurador General -Dr. Sebastián Soler- mantuvo en su dictamen el criterio clásico de no ampliar el recurso de habeas corpus a otros supuestos que no fueran los contemplados.

en la fórmula usual - en aquel entonces - de que no habiendo ley procesal que el Congreso suministrara a los jueces, ellos no podían crear esa vía judicial legalmente inexistente, y por ello no podían ni arbitrarla ni darle trámite.

En ese Contexto, dice el alto tribunal, para viabilizar la tutela constitucional inmediata de los derechos de un particular, frente al arbitrario avance que sobre ellos efectuaba la autoridad estatal, en forma ilegítima y manifiesta, que:

"Los preceptos constitucionales, tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas".

Prosiguiendo el esbozo pretoriano del amparo, la Corte en Kot (1958)⁵ amplía la protección de los ciudadanos, extendiéndola también para el caso en que las agresiones provengan de actos emanados de los particulares (en este caso, se trataba de la toma, por parte de un grupo de obreros, de una planta textil sin voluntad de apropiación).

Si bien esta tutela puede ser hoy inferida sin dificultad desde una interpretación histórica (y aún teleológica) de la Constitución de 1853, dado que las garantías constitucionales estaban dirigidas a la protección contra los excesos de la autoridad pública, lo resuelto en el precedente "Kot" - interpretado hoy desde un sentido finalista - amplía señeramente los límites de la tutela a la libertad de las personas, sea quien fuese el que la conculque en forma arbitraria o manifiesta.

Sostuvo en este punto la Corte, lo siguiente:

"Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" -porque son los derechos del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad". Y continúa "Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos".

⁵ CSJN , LL.92-627. Como nota anecdótica cabe hacer referencia que en este caso en particular la conformación de los miembros de la Corte fue integrada por Alfredo Orgaz, Benjamin Villegas Basalvilbaso, Aristóbulo D. Aróz de Lamadrid, Julio Oyhanarte y el juez de la Cámara Federal Juan Carlos Beccar Varela, este ultimo por ausencia del miembro titular Luis María Boffi Boggero. Esto es importante porque la mayoría la conformaron Orgaz (al igual que en Siri), Villegas Basalvilbaso (en igual sentido que lo hiciera en Siri) y Beccar Varela. Lo hicieron en disidencia Aróz de Lamadrid y Oyhanarte.

A partir de tan importantes precedentes, podemos esbozar una línea ascendente en la jurisprudencia protectora, que a partir de la implementación de este proceso constitucional (sin Ley, por la propia Corte) los propios jueces edificaron en pos de la tutela del individuo, circunscribiendo la procedencia del amparo para el caso de lesión a sus derechos esenciales. También aclaraba la jurisprudencia de la Corte de aquellos tiempos que evaluaba al conceder este tipo de acciones, el daño grave e irreparable que se causaría al justiciable si se remitía el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios (ya sean éstos administrativos o judiciales).

En esas circunstancias, y ante petición concreta del agraviado, restablecían de inmediato el derecho restringido por esta rápida vía de tutela.

Este proceso, no sólo se detuvo, sino que retrocedió duramente al sancionarse - en épocas de la dictadura de Onganía - la Ley Nacional de Amparo 16.986⁶, que al regular la figura, cercenó intensamente su contornos de actuación., exigiendo como recaudo de admisibilidad de esta acción, *la inexistencia* de recursos o remedios judiciales o administrativos que permitieran obtener la protección del derecho o garantía en cuestión. También había añadido la mencionada ley en su artículo 2º una importante serie de recaudos que obstaban a la vía del amparo, como por ejemplo:

- Si la medida emanaba del Poder Judicial, o
- Si la cuestión era pasible de mayor amplitud de debate o prueba, o
- Si era necesario para resolver la cuestión declarar la inconstitucionalidad de algún precepto, o
- Si la intervención judicial comprometía directa o indirectamente la regularidad o continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado, o
- Si la demanda no era presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto había sido ejecutado o debía haberse producido

Esta modalidad de tránsito cercenante para la libertad de los individuos (si bien fue objeto de cierta atenuación por parte de la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema), continuó hasta el dictado de la Ley 23.054, por la cual el Congreso argentino en 1984 ratifica la CADH.

6 ADLA XXVI-C1491

A partir de ese hito, algunos jueces comenzaron a interpretar más vigorosamente que la incorporación de esa normativa a nuestro derecho interno, derogaba con el art. 25 de la CADH a la anterior regulación del amparo, y en consecuencia, dejaban lentamente de lado aquellos requisitos impuestos por la mentada legislación, en cuanto retrotraían las posibilidades de acceso a la justicia de los individuos, sobre la base de la vigencia de la norma integrada en ese Convenio Interamericano, que en lo sustancial, decía:

- a) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales
- b) Los Estados partes se comprometen:

- A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso,
- A desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso

Con la reforma constitucional de 1994, el sistema constitucional argentino ha dado un gran paso adelante, en cuanto ha elevado este proceso constitucional de amparo a la misma jerarquía de los derechos que intenta proteger con ella, dejándonos en esencia, el siguiente panorama normativo:

En principio, no ha variado su tesitura el constituyente, en cuanto el amparo es hoy - al igual que antes de operarse la reforma constitucional - un remedio de tutela sumarásima de las prerrogativas del ciudadano, que actúa en defecto de otros medios más idóneos. O sea que la vía es subsidiaria, residual o "heroica". No puede el amparista elegir el amparo, porque es el remedio que más le satisface para tutelar sus derechos. Esta vía "debe ser" la más idónea.

Explica Sagues esta cuestión al señalar que en los procesos democráticos, las vías generalmente más idóneas para reparar conflictos en justicia, son aquellas que mayormente garantizan el debate, con ofrecimiento de prueba, y

abundante discusión. Pero puede ser que en el supuesto, por la calidad de la lesión, y el daño posible para el caso de una demora en resolver el conflicto, la vía requerida sea la del amparo. Tal circunstancia será la que el amparista deberá acreditar - al menos sumariamente - si quiere que su acción sea recibida por un órgano jurisdiccional para su tratamiento. En suma, si el Magistrado actuante advierte que existe otro medio mas idóneo que el intentado para resolver la cuestión, la acción no ha de prosperar

En cuanto al proceso en sí, el mismo es - o ha de ser - expedito y rápido, lo que realza el concepto ya explicado por nosotros, de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva. Un proceso de amparo debe ser breve, rápido, de pronta resolución.

Respecto del vicio que motiva procedencia de la acción, debe generarse en un acto que lesiona los derechos del ciudadano, pero que además lo hace con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta. Ello no quiere decir que no se permita esgrimir ningún tipo de prueba en estos procesos, sinó que la lesión debe ser - en principio - patente, diríamos "grosera".

Es importante acotar aquí que la reforma permite ahora al magistrado actuante en el proceso de amparo, declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva, si es que lo advierte, recogiendo importantes precedentes jurisprudenciales al respecto⁷, y derogando por el imperio de la fuerza normativa de la Constitución, a la norma en contrario que exhibe la hoy vigente ley 16.986. De todas formas, y lamentablemente no se puede inferir de la reforma constitucional si es que los jueces pueden efectuar el control de constitucionalidad "de oficio" o "a pedido de parte" y en consecuencia, se mantiene la discusión en doctrina al respecto.

Y esta no es la única derogación por imperio constitucional que ha producido la reforma. Obsérvese que hoy la mera existencia de un proceso administrativo pendiente de resolución no podrá obstar a la vía del amparo, si el mismo no es considerado por los magistrados como el más idóneo a fin de resolver el planteo traído a contienda

Hemos de decir también que según lo dispone el artículo 43 C.N. ésta acción es concedida - en lo que respecta a los derechos de primera y segunda generación - a todo habitante, y se ejerce en contra de autoridades estatales o particulares que agredan los derechos del amparista surgentes de la Constitución Nacional, las leyes (dictadas por nuestros parlamentarios) y los Tratados (al menos ratificados por el Congreso de la Nación).

Diremos para finalizar este punto, que respecto de la vigencia de la Ley

7 CSJN 1961, LL. 106-415 (Outon), 1984, ED. 109-361 (Arenzón) y 1990, ED.Nº7726 (Peralta)

16.986, luego de operada la reforma constitucional de 1994 ella debe ser considerada como derogada o modificada (según el aspecto a ser considerado) por lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Federal y el art. 25 de la CADH (Art. 75 inc. 22 C.N.). Así lo impone la fuerza normativa de la Constitución.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional nos enfrenta a una cuestión que ha generado un gran debate en la doctrina constitucionalista nacional, y que nosotros desarrollaremos en la siguiente forma:

Una vez producida la reforma constitucional, queda en claro que los derechos de la tercera generación han sido expresamente reconocidos, a partir del marco textual. No se hablará de aquí en más, de implicitudes, o aún, matices de "jerarquía constitucional". Se consagran los derechos del *usuario*, del *consumidor* y los *referidos a la tutela del ambiente*. El propio texto se encarga además de hacer notar que los restantes derechos de la tercera generación se encuentran en él expresados, cuando en su artículo 43 se refiere a *los derechos de incidencia colectiva*.

Párrafo aparte merece esta última denominación, que acaba desde ahora con las disquisiciones entre quienes suponen que los derechos de la tercera generación se configuran como tales y quienes los consideran "intereses", por la "debilidad" de su *estructura*. *La constitución ampara derechos, y por ello, concede acción para su tutela. Y por si quedase alguna duda, se refiere a ellos en forma expresa.*

Asimismo, hemos de resaltar la circunstancia de que el camino a la legitimación para obrar *amplia*, que estos derechos requieren para su efectiva actuación, también se acentuó desde el art. 43, que concede acción de amparo *a toda persona*, para hacer valer sus derechos constitucionales (de la generación que fuesen, siempre que se encuentren estatuidos en la constitución textual). Pero ello no ha sido todo. A fin de despejar dudas, el texto constitucional ***legitima para solicitar amparo, también***:

- a) : al afectado (art. 43)
- b) : al Defensor del Pueblo (art.43, 86)
- c) : al Ministerio Público (art.43, 120)
- c) : a las asociaciones que propendan a esos fines (art.43)

vemos entonces que la reforma constitucional de 1994, ha indicado una

pluralidad de agentes como legitimados para demandar amparo en procura de defensa de los derechos de incidencia colectiva . Así, en sus arts.41, 42,43 C.N. cuando referencia a los **habitantes** como legitimados para accionar en pos de su tutela, art.43 C.N., habilitando también al **afectado, Defensor del Pueblo y Asociaciones que propenden a esos fines** para viabilizarlos, instituyendo por el art. 86 C.N. al **Defensor del Pueblo** para su defensa y protección, y asignando por el art. 120 C.N.al **Ministerio Público** la función de promover la actuación de la justicia en su defensa.

Ya hemos señalado en el capítulo anterior, que la reforma constitucional de 1994 ha enfatizado en forma definitiva, la presencia del Derecho Procesal Constitucional en el marco de la constitución textual. Así, la inclusión del artículo nuevo, que hoy lleva el Nro. 43, ratifica la enunciación constitucional expresa de significativos *procesos constitucionales*, entre los que ahora se destaca el Amparo judicial o Acción de Amparo

No cabe duda de que ampliando el marco protector de la tan cuestionada ley Nro. 16.986 y derogándola en muchos aspectos, la norma constitucional se muestra hoy como medio de contralor de la vigencia de todo el ordenamiento jurídico, el que como la doctrina ha sostenido, resulta ser operativo

Respecto de la legitimación activa para exigir la tutela de los derechos de la tercera generación, pareciera la doctrina relacionar en forma mayoritaria los artículos 41(tutela del medio ambiente)y 42 (tutela de los derechos del usuario y el consumidor) de la Constitución Nacional, *sólo con la segunda parte* del artículo 43 del texto fundamental, que en lo pertinente expresa :

"...Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización..."

Así, obvia por lo general la doctrina la relación que existe entre los derechos de la tercera generación(enmarcados en los arts. 41, 42 y también en

el art. 43 de la C.N. como ya se ha visto) y el *primer párrafo* del artículo 43 de la Constitución Nacional. Insistimos en ello, pues de una cuidadosa y *garantista* lectura del texto constitucional, se sigue sin necesidad de recurrir a demasías interpretativas, que el amparo es legislado para que lo actúe *toda persona* en defensa de derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. Por otra parte, el artículo 41 expresa que *todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano...* y el artículo 42 enuncia que *los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho...*

En consecuencia, todos los habitantes, ante una lesión en los derechos de la tercera generación, están habilitados para promover acción de amparo, en los términos que expone el artículo 43 del texto supremo. Es que atendiendo a la peculiar naturaleza de estos derechos que la constitución denomina "de incidencia colectiva en general", no cabe otra interpretación, si es que se pretende que ellos puedan ser actuados por el habitante en el modo en que han sido concebidos.

Ello no significa otra cosa que admitir en esta materia, lo largamente pretendido desde la doctrina liderada por el maestro *Quiroga Lavié*; esto es, la viabilidad de la acción popular, o la acción de "clase" para incoar la protección del Estado en estas materias

Así, entendemos que tal grado de amplitud conceptual, propicia la adopción de la acción de amparo, en materia de derechos de la tercera generación, a modo de *acción popular*, cuando ella es instada por el habitante en el solo interés de la defensa de la legalidad. En tanto, cuando el requerimiento lo efectúa alguna de las asociaciones indicadas en el texto constitucional, en favor de diversos afectados, nos encontramos frente a la habilitación constitucional de la *acción de clase*

Nuestra posición se ve avalada por lo expuesto en el recinto por el miembro informante del despacho mayoritario, ya citado, al explicitar el sentido del texto que finalmente resultó aprobado como nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. En este aspecto, clarificó Díaz que ésta formulación:

"...Va a permitir que cada ciudadano, en su condición de tal, que cada habitante, que cada miembro de la comunidad de este país tenga los instrumentos necesarios para poder hacer valer, en su caso, la vigencia de los derechos que esta Constitución **reconoce...**"

La posición que asumimos, no propugna una *apertura indiscriminada* de la legitimación, sino mas bien adecuar el concepto de legitimación, a la modalidad del *interés social*, abriendo la compuerta de la acción popular, solamente cuando se actúa *en defensa de la legalidad, en el marco de los derechos humanos de la tercera generación* Ello es porque en esta gama de derechos, la actuación en la defensa de la legalidad se impone toda vez que la lesión impacta en el patrimonio social.

Quizá resulte conflictivo interpretar la procedencia de acciones populares cuando lo lesionado por el conducto de la mera ilegalidad es alguna modalidad jurídica que solo puede ser actuada invocando el perjuicio personal, pero ello evidentemente no sucede en la lesión a la legalidad que involucra a los derechos de incidencia colectiva en general ya que aquí el perjuicio social posee entidad suficiente para asumir actitudes preventivas que promuevan la preservación del patrimonio que es de generaciones venideras, y de las actuales, concebidas como generalidad. Esta interpretación del artículo 43 de la Constitución Nacional, concordada con lo dispuesto en los artículos 41 y 42 del mismo texto fundamental, nos parece, en el marco explicitado, *prudente, fundada y correcta*.

No hemos de desatender en este punto, la también importante innovación que expresa el hecho de que, cuando el requerimiento lo efectúa alguna de las asociaciones indicadas en el texto constitucional, en favor de diversos afectados, nos encontramos frente a la habilitación constitucional de la acción de "clase"

Diremos someramente a este respecto, que en la *acción popular*, quien reclama, no solamente efectúa denuncia impulsora de un trámite, sino que *se hace parte en el juicio*, debiendo impulsar el proceso en la medida en que la ley no disponga la oficiosidad en el trámite. En vez, la *acción de clase* puede ser incoada por determinadas asociaciones u organizaciones privadas a las que la ley les reconoce la representación de los intereses público.

Así, las acciones populares legitiman la intervención de *cualquier ciudadano* o persona del pueblo para actuar jurisdiccionalmente, y las "de clase" a una organización a la que la ley le reconoce representación de los intereses públicos, cuando se procura la protección de *un interés social*. Enfatizamos que negar hoy tal aptitud al habitante que crea violado (v.gr.) el medio ambiente por el accionar del Estado o algún particular, o asociación, en los términos reseñados, aunque tal habitante no fuese *afectado*, sería tanto como privarles del *derecho a la jurisdicción*, que hoy tiene entre nosotros

jerarquía constitucional, por imperio del art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en su referencia a los arts. 1 y 2 de la C.A.D.H

Nuestra posición se ve de todos modos fortalecida por la clara explicación que el Sr. miembro informante por la mayoría de la Comisión respectiva brindó en el recinto, aventando las dudas respecto del sentido de la ubicación del primer y segundo párrafo del artículo 43.

Sostuvo - en suma - el Convencional DIAZ al respecto, que :

"...Aunque quizá no valga la pena, reitero que este segundo párrafo del dictamen no limita el derecho reconocido a toda persona, como se estipula en el primero. Solamente expande a otro tipo de sujetos la posibilidad de acceder a la protección de la tutela en determinadas materias y sujetos específicos..."

Creemos que tan contundente afirmación de quien informó respecto de la norma en cuestión, exime de mayor comentario, al menos si deseamos desentrañar la meritación del constituyente al respecto del alcance de la norma en materia de legitimación para accionar. En definitiva, estimamos que desde la reforma constitucional, el derecho que asiste a los habitantes en materia de derechos de la tercera generación, invita a coincidir en la necesidad de existencia de *diversos niveles de legitimación* según se trate de pretensiones aulatorias, reparatorias o indemnizatorias, según lo hemos explicado ya en capítulos anteriores, a los que remitimos.

En suma, y aclarada ya nuestra posición, diremos que en el contexto de la reforma constitucional de 1994, pueden recabar acción de amparo (cuando se trate de derechos humanos de la tercera generación) el habitante común, el afectado (la jurisprudencia⁸ ha reconocido calidad de afectado a quien acredita ser "vecino de la zona"), el defensor del Pueblo, el Ministerio Público y las asociaciones que tienden a la protección de los fines sociales involucrados en el reclamo de amparo de que se trate.

También se viabiliza la acción de amparo contra toda forma de discriminación, lo que importa una importante veta de acción garantista que seguramente ha de ser bien desarrollada por nuestra jurisprudencia.

24.3.- Habeas Data: su regulación constitucional. El secreto de las

⁸ CNFed.Cont.Adm. Sala III "Schroeder, Juan" LL 1994-E, pag.449

fuentes de información periodística.-

Ya con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, y aún en sus propios albores, los medios de prensa tenían la instalación de una cláusula constitucional como la que hoy propone el art. 43, 3° párrafo de la Constitución. Se decía de su contexto, que con la excusa de protegerse la intimidad de las personas, se ponía en grave riesgo la libertad de difundir libremente las informaciones y noticias, ya que se insinuaba que esta figura pondría en manos de cualquiera la posibilidad de *expurgar* archivos periodísticos, para suprimir o corregir su contenido.

Se afirmaba en consecuencia, que esta *siniestra idea* significaría un peligroso retroceso en el camino hacia la plenitud democrática de la República.

Frente a ello, se expuso en el recinto de la Convención Nacional Constituyente⁹ que "nadie imagina que cualquiera va a ir y caprichosamente reinscribir la historia como si fuera un personaje de Orwell. Aquí estamos terminando con 1984. Estamos demostrando que no existe una vigencia orwelliana, y que en el Secreto de Estado no se incluye *el derecho de decir cualquier cosa de cualquiera(...)*" y continuó manifestando Delich, que "contra ese linchamiento moral vamos a crear este instituto en la Constitución Nacional, para que cualquier ciudadano tenga la posibilidad de ir a decirle a cualquiera : señor, le puedo demostrar que está mal informado"

Sabido es que los avances tecnológicos derivados de la informática biotecnología, etc, generan importantes y trascendentes cambios en la vida social del fin del milenio, lo que , al margen de mejorar la calidad de vida en ciertos niveles de la población, invade con pasmosa facilidad la privacidad de las personas, imponiéndose de sus datos, y trastocándolos en innumerables situaciones, con grave perjuicio para aquellos que padecen de los efectos de la información falseada, recabada en registros o bancos de datos públicos o aquellos privados, destinados a proveer informes.

A fin de bien interpretar el sentido y alcance de la garantía que pretende ofrecer este nuevo proceso constitucional, debe ser considerado el enorme volumen de información que los distintos organismos existentes en el país poseen actual o eventualmente, sobre los habitantes de la República.

Cierto es que el habitante de la argentina de hoy, esparce la información referida a su persona, diariamente, y en múltiples formas. El peligro es, en este marco , la utilización indebida, o simplemente sin consentimiento del

9 Discursos del Sr. Convencional DELICH, citado, pag. 4109 del Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente

interesado, de esos datos sensibles. Es seguro que desde siempre se ha colectado y clasificado este tipo de información. La novedad es la introducción de los sistemas computarizados, que aplicados a esta cuestión, la ha redimensionado con ribetes ciertamente perjudiciales a los intereses del habitante. En definitiva, el Derecho Constitucional intenta a partir de la generación de estas nuevas figuras, de *proteger al habitante de la sociedad de consumo*, no solamente frente a la manipulación de información suya, sino además contra el accionar de sujetos privados, que - debido al poderío informático que poseen - tengan aptitud de avanzar sobre su privacidad.

Por ello sostenemos que el *habeas data* es un instituto jurídico, tributario del Derecho Procesal Constitucional, vinculado al auge de la informática, que se relaciona con la protección de la intimidad del individuo frente a la multiplicación de archivos con datos acerca de las personas.

Su objeto es el de permitir al presunto lesionado, acceder a las constancias de los archivos pertinentes, y - en su caso, a controlar su veracidad y difusión. Reconocemos también que la figura tiende asimismo, a tutelar la regla de veracidad en la información, ya que sus efectos tienden a proteger a los individuos en caso de verse perjudicados a causa del manipuleo de la información falseada o incompleta

Expresó en el punto el Sr. Convencional Constituyente Díaz¹⁰ que al incorporar la figura del Habeas Data [aunque no se la mencione expresamente de ese modo en el art. 43 de la Constitución Nacional] "*se hace referencia a un ámbito de derechos personales del mundo contemporáneo, donde el procesamiento de la información, la acumulación y la circulación han generado amenazas reales a la libertad y a otros derechos personales de los argentinos*"

¿Cómo podría conceptualizarse el instituto?

Como se dijo antes, el Habeas Data es un *proceso constitucional*. Parafraseando el origen de la voz "habeas corpus", aunque no sea una derivación de aquél, su denominación significa "traer los datos", lo que implica permitir al solicitante tomar conocimiento de la información que refiere a sus datos sensibles, a fin de hacer uso del derecho que posee, a mantener en reserva la que así considere, en resguardo de su privacidad, constitucionalmente protegida (art. 19 C.N.). Esta protección, obedeció a la

10 Informante, por el despacho mayoritario, según surge del Diario de sesiones, pag. 4051

preocupación social tendiente a tutelar la vida privada de los ciudadanos, frente al avance de la técnica, preservando así sus espacios íntimos de injerencias indeseadas.

Enseña a su tiempo Colautti que el habeas data constituye una garantía que tiene dos fases. La primera permite que los habitantes puedan acceder a las constancias existentes en archivos, y por ende, a controlar su veracidad. La segunda, permite la modificación del registro de que se trate, básicamente en dos supuestos : para el caso de datos falsos o para el supuesto de datos desactualizados.

Veremos ahora como se produjo la recepción del instituto en la Constitución Nacional:

Según lo expuesto el Convencional Delich, la base técnica de sustento de la norma, fue dada por un trabajo de un grupo de investigadores de la Universidad Nacional de Córdoba (Facultad de Derecho), que estudiaron y fundamentaron el proyecto, aclarando luego que los fundamentos básicos del trabajo citan en primer lugar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), hoy de jerarquía constitucional, donde, en su artículo 12 se establece la protección contra la injerencia arbitraria en la vida privada, y por supuesto, el derecho a la libertad de opinión y expresión.

Se enfatizó en el recinto que también en la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos se establece también que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, y que no podrá haber otra injerencia en el ejercicio de estos derechos. En cuanto a los antecedentes normativos de la figura, puede referirse a la Privacy act (1974) y Privacy Protection Act (1980) de los Estados Unidos que prevén no solamente la defensa del derecho a la privacidad, sino también los resarcimientos en favor de las víctimas que sufrieron perjuicios por infracción a sus disposiciones.

También en Francia, por Ley del 6 de enero de 1978, se protegen los datos personales de las personas físicas conservados en registros públicos o privados. En España, el párrafo 4º del art. 8º de su constitución de 1978 establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadano, y el pleno ejercicio de sus derechos.

Con tal bagaje de antecedentes, y sin desconocer que desde antes de operada la reforma constitucional de 1994, la figura surgía implícita del art. 33 del texto supremo, el nuevo artículo 43, en su tercer párrafo, lo contempla *expresamente* al texto de la ley fundamental. El artículo expresa, en lo pertinente:

Art. 43: (...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística

Cuatro son - al menos - los objetivos principales del habeas data según la formulación normativa adoptada por la reforma constitucional de 1994

- a) Acceder a los registros para controlar los datos sensibles propios o del grupo familiar.
- b) Actualizar datos perimidos, o corregir inexactitudes existentes en los registros
- c) Asegurar la confidencialidad de ciertos datos
- d) Hacer cancelar datos de información sensible del peticionante o su familia, existente en los registros recabados, cuya divulgación pudiese lesionar la intimidad del o los aludidos

La constitución legitima para accionar, en este modo de acción de amparo a *toda persona* que se encuentre en la situación prevista en la norma, aunque se destaca que esta garantía opera, como el instituto madre del que deriva (amparo), en modo subsidiario, ya que para que el reclamo sea viable por esta vía, no debe existir otro medio judicial más idóneo. Respecto del tema de los registros informativos, el tercer párrafo incluye los registros públicos, aunque sean reservados [como, por ejemplo, los policiales de los servicios de inteligencia, etc] o *privados* destinados a proveer informes [sería el caso de registros de empresas que ofrecen informes financieros]. En definitiva, el susceptible de ser cuestionado es el registro que provee informes, o en su defecto, que esté destinado a hacerlo en la práctica. Otra particularidad que ofrece la norma, es que solo se puede recurrir a su servicio, para el caso de falsedad o discriminación.

En el supuesto, el afectado habrá de alegar y probar sumariamente que los registros en cuestión poseen la mentada información inexacta o potencialmente agravante. Creemos que se debe legitimar a obrar en juicio aún

para la preservación de la verdad, o veracidad en los registros contables

Expresa la norma, en su parte final, que *no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística*. La Convención Constituyente intentó en este punto un modo de conciliación entre el interés individual de la privacidad y la protección a la libertad de prensa, habiendo optado por el segundo¹¹ Se pregunta al respecto, nuestro amigo Victor Bazán¹² si conforme a la redacción literal de la norma en el punto, podría ser incoada esta acción de habeas data respecto de información obrante en archivos de medios periodísticos, respondiendo que " a primera vista, y quizá *nolens volens* pareciera que sí, pero tal respuesta ¿ no contrariaría el espíritu de la norma , aparentemente protector de la libertad de expresión?"

Augura, en suma, - y con razón - una ardua labor para jueces y legisladores en la delineación gradual de la morfología de esta figura

En definitiva, el nuevo proceso constitucional nos deja el siguiente balance:

- los habitantes tienen derecho a conocer de sus datos que se encuentren en registros públicos, o privados de destino público.
- Debe existir falsedad, desactualización o discriminación para que el habitante se encuentre habilitado para requerir su modificación o supresión
- Solamente en estos casos se puede solicitar su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización.

Sin perjuicio de avalar el dictado de la ya tan demorada legislación regulatoria del instituto, a fin de que se puedan precisar definitivamente sus contornos, de manera que no escape al vértice inderogable ofrecido por la norma constitucional, hemos de enfatizar que deberá hacerse hincapié en que este esquema de protección cumpla su rol de tutela, esencialmente contra toda forma de discriminación, y por ello deben ser prioritariamente resguardados los datos de alta sensibilidad del individuo, esto es, los que hacen a su raza, credo, religión, salud, ideología, etc.

Por lo demás, saludamos con beneplácito el nuevo instituto que intenta un

11 Creemos que esta limitación sugiere determinadas falencias. Sabemos que una de las garantías para el derecho a la información es la salvaguarda del secreto periodístico. Pero existen otros sectores que también tienen obligación de mantener secreto profesional (v.gr. médicos, sacerdotes, abogados y en general quienes por su actividad reciben información de la que deben guardar secreto por su profesión), y la redacción de la norma parece no demasiado feliz al respecto

12 BAZAN, Víctor "El habeas data después de la reforma constitucional" en ED. Separata temas procesales, pag.54 y ss. del 31/8/1995

camino hacia la real protección de los sujetos, en referencia a datos referidos a bienes e intereses de su persona, que pueden ser - y de hecho lo son - manipulados por quienes tienen por rol reservarlos y acumularlos en bancos de datos. Bien sostiene aquí Marcelo Riquert que el uso indiscriminado del dato electrónico puede transformar la información en exceso, y si ello ocurre es necesario que se explicita una tutela con rango de derecho fundamental para proteger la libertad del hombre, que como en este caso ha sido cercenada por la acción de una computadora, se la denomina "libertad informática".

En suma, un paso más hacia la tutela de las libertades de la persona. Luego de tantos pasos hacia atrás...

24.4.- Acción de inconstitucionalidad: análisis. Su procedencia en el orden federal.-

Es sabido que el moderno derecho procesal constitucional ofrece a los ciudadanos, toda una batería de instituciones y herramientas a fin de tutelar sus derechos, garantizar sus prerrogativas y asimismo, adquirir certeza acerca del alcance de los mismos. Es en este último aspecto, donde se mueve con razonable éxito, la acción declarativa de certeza, que se impetra a fin de que los magistrados definan una determinada incertidumbre respecto de los alcances de alguna formulación normativa.

En general, para que proceda una acción meramente declarativa, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Estado de incertidumbre acerca de la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica concreta
- Que el peticionante posea interés suficiente (en el sentido de que la aludida falta de certeza le pudiese llegar a generar un perjuicio actual)
- Que exista una justificación específica en el uso de esta vía

Ahora bien, dentro de este contexto de acciones declarativas, existe

una importante categoría que es la que aquí llama nuestra atención: la de constitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en principio fue reacia a aceptar las acciones de inconstitucionalidad, pero finalmente definió su existencia en el orden federal, aunque encorsetadas a los recaudos de la acción declarativa de certeza que regula el artículo 332 del CPCN.

Por ello es que podemos afirmar que en el orden nacional existe la acción declarativa de inconstitucionalidad, y en particular desde la postura de activismo que la propia Corte Suprema generó a partir de 1983, en que avanzó rápidamente en la consolidación de esa línea de acción, descargándose - en el decir de Augusto Morello - de ataduras y preconceptos anteriores que amarraban la posibilidad de tan necesaria apertura a fórmulas anacrónicas o paralizantes.

Lo cierto es que la apuntada flexibilización hacia el garantismo se avizoró plenamente en 1987, al señalar entonces la Corte Suprema¹³ que existía en el orden federal la acción declarativa de inconstitucionalidad, y ella podía ser instaurada directamente por ante la Corte si es que se daban los requisitos que determinen su intervención en instancia originaria.

Creemos que esta interpretación, con ser garantista, se queda en mitad de camino. Ello pues entendemos que - particularmente después de operada la reforma constitucional de 1994 - y particularmente en lo que respecta a los derechos humanos de tercera generación debiese admitirse la procedencia de la lisa y llana acción de inconstitucionalidad, cuando se trate de impugnar legislación general en razón de entrar en conflicto con la Constitución. Y no sobre la base de una incertidumbre, encorsetándola en la acción declarativa de certeza. Seguimos aquí a Morello en cuanto predica que el sistema constitucional requiere de un mayor grado de activismo judicial para desarrollarse plenamente.

Por las razones apuntadas, propugnamos la lisa y llana recepción de la acción de inconstitucionalidad (desprovista de la incómoda atadura que implican los recaudos formales de la acción declarativa de certeza), y además creemos que debiera abrirse la legitimación (en referencia a derechos humanos de tercera generación, cuando la pretensión es meramente anulatoria) a modo de acción popular, admitiéndose la intervención de cualquier habitante que manifieste la lesión constitucional e interés en su reparación.

24.5.- Recurso Extraordinario: requisitos de procedencia (comunes,

13 CSJN "Gomer S.A. vs. Pcia. De Córdoba" del 3/2/87. Esta jurisprudencia se extendió luego a los casos "Santiago del Estero c/Estado Nacional" (CSJN S.291-XX), "Lorenzo c/Estado Nacional" (CSJN Comp. 515.XX) y otros.

propios y formales). Recurso extraordinario por arbitrariedad. -

Es común escuchar decir que la Corte Suprema es el tribunal de las garantías constitucionales de la Nación, o el "intérprete final" de la Constitución. Es que en realidad, y como lo vimos antes, la Corte Suprema tiene por objeto principal el mantenimiento de la supremacía constitucional.

En este contexto, diremos que la Corte conoce por la vía de este peculiar recurso, y a modo de apelación excepcional, las causas que llegan a ella, a fin de revisar las sentencias definitivas producidas por todos los Tribunales Superiores de Justicia de la Nación. El recurso Extraordinario Federal se encuentra regulado - en lo sustancial - por los arts. 116 y 117 de la C.N. y además por las Leyes 48 (arts. 14,15 y 16) y 4055 (arts.6,7 y 8). Las peculiaridades de éste singular recurso, son las siguientes:

- En primer lugar, no se trata de una apelación ordinaria, en la que el Tribunal Superior revisa el modo en que el juez inferior ha evaluado los hechos y la prueba en la causa. Por el contrario, aquí sólo se produce *una revisión de derecho*, ya que el objetivo del recurso no es el de ofrecer una etapa más de debate en el pleito, sino el de garantizar la supremacía de la Constitución. Debemos decir sin embargo que por excepción se admite la revisión de hechos y prueba en esta instancia excepcional, cuando por el modo en que se ha evaluado, se compromete la regla de supremacía constitucional.

Históricamente, el Recurso Extraordinario clásico - enmarcado en la regla de tutela de derecho antes indicada - tuvo por fines esenciales, los siguientes:

- | | |
|--|--|
| • Tutelar la supremacía del derecho federal, respecto de la sentencias dictadas en sede de provincias. | derecho federal, aún contra las sentencias de los propios tribunales federales |
| • Garantizar la supremacía de la Constitución y del resto del | • Uniformar la aplicación del derecho federal, a modo de una virtual "casación". |

Los tiempos que hoy corren, han ampliado el espectro del Recurso Extraordinario, permitiendo que a partir de su utilización, la Corte Suprema descarte aquellas sentencias "arbitrarias" que son llevadas ante su

Magistratura, generando un real contexto de casación general a partir de la procedencia de un recurso que funciona también en justicia y equidad (aunque ello haya generado que se cuadruplicara el número actual de R.E. en tratamiento por ante el alto tribunal.)

• Respecto de los requisitos necesarios para que proceda un Recurso Extraordinario por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ellos han sido clasificados en doctrina como: comunes, propios y formales, lo que puede ser esquematizado a partir de la siguiente tabla:

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL		
Es una modalidad de apelación excepcional en la que sólo se ventilan cuestiones de derecho, cuyo fin esencial es el de tutelar adecuadamente la supremacía de la Constitución		
REQUISITOS COMUNES (son comunes a todo recurso)	REQUISITOS PROPIOS (son específicos del R.E.)	REQUISITOS FORMALES (procesales)
• Que en el pleito apelado haya intervenido un tribunal de justicia • Que esa intervención se haga a través de un juicio • Que en el juicio se ventile una "cuestión justiciable" • Que exista un gravámen que justifique la apelación extraordinaria • Que todos los requisitos indicados subsistan al momento de resolverse la cuestión por parte de la Corte	• Que se debata en el pleito una cuestión federal (simple, compleja directa, o compleja indirecta) • Que exista arbitrariedad de sentencia • Que la cuestión federal planteada posea fundamentos serios • Que exista una relación directa entre la cuestión federal planteada y la solución del juicio. • Que la cuestión federal haya sido resuelta en forma contraria al derecho federal invocado • Que la sentencia apelada por R.E. sea definitiva • Que la sentencia apelada por R.E. sea del Superior Tribunal de la causa.	• Que la cuestión federal sea oportunamente introducida en el juicio • Que la cuestión federal sea correctamente introducida en el juicio • Que la cuestión federal sea mantenida en todas las instancias del litigio • Que luego de dictada sentencia definitiva por el superior tribunal de la causa,, se interponga R.E. por ante la Corte • Que el escrito de interposición de R.E. se "baste a sí mismo" • Que se interponga dentro de los 10 días hábiles siguientes al de la notificación de la sentencia apelada

Creemos nosotros que las características de este manual de enseñanza hacen innecesario el tratamiento aquí en profundidad, tanto de los requisitos comunes como los procesales del Recurso Extraordinario, aunque sí hemos estimado conveniente su enunciación para que el estudiante pueda interpretar el instituto en su magnitud global. Sólo diremos en este punto, que son impugnables por la vía del recurso extraordinario, las sentencias definitivas, dictadas por un superior tribunal de la causa.

Diversa es la situación respecto de los denominados "requisitos propios"

del R.E. ya que ellos hacen a su esencia como proceso constitucional. A partir de esa concepción es que analizaremos a continuación cada uno de ellos, en el orden que sigue:

- La necesidad de existencia de una "cuestión federal" en el pleito: La Existencia misma del recurso extraordinario se desarrolla en sí alrededor del concepto de "cuestión federal". Pero... ¿Qué es una cuestión federal?

Enseña Quiroga Lavié que la cuestión federal es aquella que versa sobre la interpretación de una norma federal, que puede ser la propia Constitución, una Ley, o un Tratado, o de un acto federal emanado de una autoridad nacional, o emanado de las autoridades provinciales cuando realizan algún modo de concertación federal.

Estas "cuestiones" son esencialmente de derecho, por lo que no se habilita la competencia de la Corte para examen ni decisión de cuestiones de hecho y prueba, salvo que estas últimas se encuentren directamente involucradas con el derecho federal invocado, y la decisión constitucional se frustrara de no analizarse los puntos que versan sobre cuestiones de hecho y prueba presentadas a la Corte para análisis.

La doctrina, legislación y jurisprudencia nos permiten hablar de cuestiones federales simples y complejas, siendo estas últimas subdivididas en directas e indirectas.

La cuestión federal simple (art. 14 inc. 3º de la Ley 48) pone en tela de juicio la interpretación de la propia Constitución, y puede - en ese contexto - versar sobre:

1. Interpretación de la Constitución Nacional: como sería el caso de cuestionarse el alcance de la inmunidad de un Diputado Nacional
2. Interpretación de una Ley federal: siempre que sea emanada del Congreso de la Nación, y salvo que por el carácter formal de la legislación (leyes federales de procedimiento) no tengan aptitud para afectar la supremacía de la Constitución
3. Interpretación de Tratados Internacionales: salvo que los preceptos del Tratado funcionen como derecho común
4. Interpretación de reglamentaciones de leyes federales emanadas del Poder Ejecutivo, de sus Ministros y del poder Judicial
5. Interpretación de otras normas federales: como el caso del

Reglamento de las Cámaras del Congreso

6. Interpretación de actos federales de autoridades nacionales: siempre que sean de carácter normativo

La cuestión federal compleja directa, nos refiere (art. 14 inc. 1° de la Ley 48), a una incompatibilidad que se da directamente entre la Constitución y las siguientes estructuras normativas:

- | | |
|------------------------|------------------------------------|
| 1. Una Ley nacional | 4. Actos de autoridades nacionales |
| 2. Un Tratado | 5. Una norma provincial |
| 3. Otra norma nacional | 6. Un acto de autoridad provincial |

Para dar solución al conflicto de interpretación constitucional, la Corte debe en primer lugar interpretar el sentido del principio constitucional que se invoca como violado, comparando luego su interpretación con la norma o acto que presuntivamente lo contraría. Finalmente, resuelve acerca de la compatibilidad de las normas impugnadas con el principio constitucional que se invocó como violado por aquellas normas.

La cuestión federal compleja indirecta (art. 14 inc. 2° de la Ley 48) se da cuando por existir incompatibilidad entre normas o actos emanados de diferentes autoridades de la Nación, o entre normas o actos nacionales con otros de carácter local, se alega que esa incompatibilidad genera un impacto en la supremacía de la Constitución, y la Corte Suprema debe resolver al respecto.

Los casos que pueden presentarse son los siguientes:

- | | |
|---|--|
| 1. Incompatibilidad entre normas o actos de diferentes autoridades nacionales | autoridad |
| 2. Incompatibilidad entre normas o actos nacionales y normas o actos locales. | 4. Incompatibilidad entre normas o actos de autoridades provinciales |
| 3. Incompatibilidad entre normas o actos emanados de la misma | 5. Incompatibilidad entre la interpretación de una norma de derecho común o local con la Constitución Nacional |

El procedimiento a seguir por la Corte Suprema en estos casos, es el siguiente: en primer lugar, interpretará la norma de superior jerarquía en el ordenamiento, haciendo luego lo propio con aquella de inferior jerarquía, a fin de evaluar si existe incompatibilidad entre ambas. Finalmente, y a la luz de lo dispuesto por la Constitución, verificará si la norma fundamental establece en ese caso una prioridad normativa que fue violado por las normativas inferiores en cuestión, a fin de restablecer si fuere menester, el orden constitucional alterado.

- *El Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria:* Fue creado pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ese contexto, la alta Corte definió a la sentencia arbitraria como aquella que no importa una derivación razonada del derecho vigente, ya que incurre en defectos tan graves que la descalifican como pronunciamientos judiciales válidos. Es solamente por estas razones que cuestiones (originariamente de hecho y prueba) pueden ingresar en el pórtico del "derecho federal", generando "cuestión federal" a los fines del tratamiento del Recurso Extraordinario. La gravedad de la incongruencia en el dictado de éste tipo de sentencias, violenta en realidad las reglas del debido proceso y de defensa en juicio, lo que es motivo bastante para que la Corte Suprema decida revisarlas, por la vía del R.E.

Una sentencia arbitraria es un demérito para la República y sus instituciones, ya que no satisface los requisitos del debido proceso legal, y ello debido a que es inexcusablemente errónea, en el doble aspecto en que puede ser contradictoria: desde la lógica y desde la axiología. Explica Quiroga Lavié que la arbitrariedad (en sentencias) es el modo de manifestación de la voluntad de un juez no sujeto a normación alguna que ha apartado, desviado, negado o rechazado la legislación vigente. A partir de allí, estima que la arbitrariedad puede darse en el objeto de la decisión, en el fundamento de la decisión o en los efectos de la decisión.

Nosotros, a fin de sistematizar la cuestión, hemos decidido seguir aquí la propuesta de Nestor Sagués, quien estima que hay dos tipos sustanciales de arbitrariedad: la normativa y la fáctica, y que desarrollamos en el siguiente cuadro:

SENTENCIAS ARBITRARIAS

(Son aquellas que incurren en un defecto tan grave, que las descalifica como pronunciamiento judicial válido)

<u>Casos en que la jurisprudencia detectó arbitrariedad normativa</u>	<u>Casos en que la jurisprudencia detectó arbitrariedad fáctica</u>
• Sentencias infundadas o insuficiente fundadas • Sentencias que arremeten contra la ley aplicable • Sentencias que se basan en normas inexactas • Sentencias que se basan en la mera voluntad de los jueces • Sentencias que desconocen o se apartan de la norma aplicable • Sentencias que aplican una ley impertinente • Sentencias que efectivizan una ley no vigente para el caso • Sentencias que interpretan arbitrariamente a la ley • Sentencias que invocan jurisprudencia no aplicable a la litis. • Sentencias que incurrn en exceso ritual manifiesto • Sentencias incongruentes • Sentencias que atentan contra los principios de preclusión y/o cosa juzgada • Sentencias autocontradictorias • Sentencias inválidas por vicios relativos a la integración del tribunal.	• Sentencias que prescinden de prueba aportada o constancias de la causa, o de hechos notorios. • Sentencias que se dictan en oposición a las pruebas del proceso • Sentencias basadas en prueba inexistente, o no incorporada válidamente al expediente. • Sentencias basadas en afirmaciones dogmáticas. • Sentencias que valoran arbitrariamente la prueba, de modo irrazonable o parcial. • Sentencias que incurrn en exceso ritual en la apreciación de la prueba. • Sentencias dictadas en procesos que arbitrariamente omiten la averiguación de los hechos.

• La cuestión de los fundamentos de la cuestión federal planteada: Son También requisitos "propios" para la procedencia del Recurso Extraordinario Federal, que la cuestión federal planteada:

1. Posea fundamentos serios
2. Tenga una relación directa con la solución del litigio
3. Haya sido resuelta en contra del derecho federal invocado

Con lo expuesto queremos dejar en claro que el planteo de la cuestión federal no puede ser insubstancial (carecer de todo fundamento). También la decisión de ése litigio debe depender del modo en que se resuelva este conflicto de constitucionalidad.

Finalmente, y aún para el caso de haberse advertido y planteado la cuestión federal, si los jueces inferiores la resolvieron *sin desconocer la validez el derecho federal invocado por el agraviado*, no procederá el tratamiento del Recurso Extraordinario.

- Acerca de las "calidades" que debe poseer la sentencia sobre la

que se plantea el Recurso Extraordinario: La sentencia apelada por Recurso Extraordinario debe ser *definitiva* O sea que debe poner fin al pleito, impidiendo su continuación. Pero además, esa sentencia definitiva sobre la que finalmente habrá de interponerse "Recurso Extraordinario" debe haber sido dictada por el "superior Tribunal de la Causa".

¿Qué quiere decir esto?

Que el tribunal que ha de decidir en última instancia, será aquél dentro de la respectiva organización procesal (provincial o federal) que decide en última instancia sobre la cuestión, sin recurso alguno, fuera de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ésa situación, se encuentran:

- Los tribunales de instancia única
- Los tribunales de apelación en las causas cuyo trámite prevé dos instancias
- El más alto tribunal provincial en las causas que tramitan en más de dos instancias.
- El más alto tribunal con competencia para decidir la cuestión federal

24.6.- El caso de "gravedad institucional". Recursos "per saltum" y "certiorari". -

Existe un denominado "Recurso Extraordinario Impropio", conocido en doctrina como Recurso extraordinario por gravedad institucional. Se preguntará el lector ¿Qué significa gravedad institucional a los fines de habilitar la procedencia de un Recurso Extraordinario? Nosotros diremos frente a esa pregunta; que esta peculiar situación se da cuando lo que se ha decidido en la causa sobre la que se pretende interponer R.E. excede al interés individual que atañe a las partes, y concierne por ello al de la colectividad¹⁴.

La gravedad institucional es en realidad una técnica adoptada por la Corte para poder hacer efectivo el principio de control de la supremacía de la Constitución aún en los casos en que no se encuentran reunidos los requisitos exigidos por la Ley para la procedencia formal del R.E. cuando existe peligro institucional para el Estado y sus instituciones. Es una

14 CSJN Fallos 262:144; 260:114; 255:41; 247:601 entre muchos otros

variable que debe ser ejercida con extrema prudencia y cautela. Para ello ha elaborado dos pautas (de distinta intensidad y alcance), que rigen la procedencia de la figura y las ha aplicad alternativamente, utilizando para ello su poder discrecional, con distinto suceso, según los casos:

1. Existe Gravedad Institucional cuando en un proceso se discuten temas que exceden el mero interés esgrimido por las partes¹⁵
2. Existe Gravedad Institucional cuando en un expediente se discuten cuestiones de macropolítica, que comprometen las Instituciones de la República, la buena marcha de las Instituciones o conmueven la sociedad entera¹⁶

La "gravedad institucional" puede ser alegada por las partes y utilizada o no por la Corte Suprema para habilitar tan intensa vía de control de constitucionalidad. Sólo diremos aquí que es ésta una poderosa herramienta que puede esgrimir el Poder Judicial para consolidar su rol de Poder de Estado, pero también para patentizar su sometimiento al poder político de turno. Creemos que es el tránsito histórico de la República es el que advertirá al avezado estudiante, si las herramientas de las que el sistema constitucional provee a sus operadores, son utilizadas para su consolidación democrática.

Para ello, recomendamos la atenta lectura del periódico...

Cabe finalmente cerrar éste acápite, ofreciendo algunos conceptos respecto de dos nuevas figuras que han sido creadas para acentuar el poder político de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y merecen ser estudiadas aquí con cierto detenimiento. Nos referimos a los institutos del "per saltum" y el "writ of certiorari".

Siempre situados en el tránsito de un proceso constitucional, diremos que una vez finalizado el derrotero de una causa judicial, con el dictado de una sentencia definitiva, dada por el Superior Tribunal de la Causa, el litigante puede - como vimos - interponer Recurso Extraordinario, dentro del plazo que indica la Ley. Aún así, ello no quiere decir que *en todos los supuestos*, su petición será atendida por el alto tribunal. ¿Por qué decimos esto?

Porque la Corte puede descartar discrecionalmente (esto quiere decir, según su arbitrio, y sin fundar su decisión) el recurso intentado

¹⁵ CSJN Fallos 285:290

¹⁶ CSJN Fallos 289:36; 300:417; 257:134.

mediante la aplicación del instituto denominado "writ of certiorari", legislado por la Ley 23.774, en su modificación al art. 257 del CPCN.

Bastará que la Corte indique que ese planteo en realidad no importa agravio federal suficiente, o aún, que el mismo es insustancial o carente de trascendencia.

Quienes están a favor de la validez este tipo de atribuciones, las sostienen indicando que en realidad un "Poder de Estado" no puede estar obligado a tratar "todas las causas" que llegan a su concurso, y que su discrecionalidad basta para definir cuáles son sustanciales, y cuales no lo son. En suma, estiman que de esta manera, la Corte Suprema puede analizar las causas "realmente importantes"

Quienes objetan la figura, indican que una Corte no puede dejar de fundar sus decisiones, aún las que rechazan peticiones por considerarlas insustanciales, ya que el ciudadano merece - al menos - que sus representantes (los Magistrados de la Corte también lo son) fundamenten sus proceder. Ello sin perjuicio de compartir o no los fundamentos que esgrima la Corte para fundar el rechazo de una pretensión de R.E.

En definitiva, el Congreso democrático instituyó esta figura, y hoy los justiciables nos encontramos cada vez con más "rechazos secretos" de planteos de Recursos Extraordinarios. Quizá, la sociedad democrática deba aprender a formular planteos más sustanciales o trascendentes por ante su Corte Suprema de Justicia...

Ahora bien, y como contracara de la figura que recién acabamos de analizar, existe otra que ha sido llamada en doctrina "Recurso per saltum".

A diferencia el supuesto anterior, esta articulación jurídica no ha sido creada legislativamente, sino "pretorianamente" por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual integración. Ello sucedió en el denominado "Caso Dromi"¹⁷ Allí la Corte Suprema, invocando la existencia de *gravedad institucional* en la más intensa acepción del concepto, admitió la recepción en su seno de un Recurso Extraordinario contra una sentencia de Amparo dictada en primera Instancia, pasando por alto la intervención de la Cámara de Apelaciones.

¿Cuáles son las características de esta peculiar figura?

El per saltum o by pass, como es conocido en los Estados Unidos, significa en un sentido amplio, saltar o pasar la intervención de tribunales

17 CSJN, LL. 1990-E-1997

intermedios entre la primera y la máxima instancias. Según Bidart Campos, esta alocución hace referencia a un *salto* en las instancias procesales, y se aplica a hipótesis en que la Corte Suprema conoce de una causa judicial radicada ante tribunales inferiores, saltando una o más instancias. La justificación de ésta figura, también guarda relación con el rol institucional que se pretende asuma nuestro Superior Tribunal de Justicia.

En este caso, la Corte no deja de hacer, sinó que "hace" antes del tiempo procesal propio. Amparada en la regla de la gravedad institucional, la corte asume el conocimiento de una causa pendiente, en supuestos excepcionales que requieren impostergable definición, ya sea:

- Porque la cuestión requiere impostergable definición
- Porque la trascendencia institucional del debate generado en el expediente impide mayores demoras en la resolución del asunto
- Porque asume con su actuación, un firme propósito de "pacificación nacional", que no puede esperar los tiempos habituales que impone el proceso

Diremos nosotros que la figura tendrá cauces constitucionales siempre que habiendo sido regulada por ley del Congreso, respete la existencia de una "causa judicial" que genere una "instancia" a partir de la cual se produzca el mentado salto. Con lo dicho pretendemos señalar que no podría generarse un "per saltum" sinó hasta que un juez dicte al menos una sentencia, ya que recién en ese caso, podemos hablar de "instancia concluida".

También hemos de afirmar que la procedencia de este recurso no podrá alterar las reglas de competencia locales, o sea, no podría haber un planteo de "per saltum" a la Corte Suprema de Justicia si la causa tramita en sede provincial. Sólo será admisible en el ámbito federal. De todas maneras, entendemos que en puridad de conceptos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás tribunales inferiores, ejercen su competencia según las reglas y excepciones que impone el Congreso de la Nación (arts. 116/117 C.N.), por lo que al no haberse dictado ley que regule la figura, entendemos nosotros que esta modalidad de "per saltum" deviene ilícita. Obsérvese que aún en circunstancias de emergencia pública, (como podría ser la que por ejemplo implique la declaración de gravedad institucional a fin de proceder "per saltum") hemos dicho ya que

la emergencia no puede situarse por encima de la Constitución.

Recordemos, como lo ha hecho antes de ahora el Ministro de la Corte Carlos Fayt, que saltar pasos procesales regulares establecidos por la ley es grave cuestión que no se acomoda al espíritu de nuestra Constitución y que en el derecho comparado atendible no es admitida sin una previa decisión legislativa, que no se ha producido aún en el derecho argentino

De todos modos, la propia Corte Suprema ha justificado ya por mayoría su actuación. Frente a ello, solo cabe recomendar la lectura del voto disidente efectuado por el Ministro Carlos Fayt en Autos "Dromi, José Roberto s/Avocación en Autos "Fontenla, Moisés Eduardo c/Gobierno Nacional"¹⁸

24.7.- Procesos o mecanismos informales para la tutela de derechos fundamentales: caracterización. La denuncia pública de la injusticia. No cooperación. Desobediencia civil. La acción de las ONG'S. El derecho alternativo.-

Existen ciertos modo informales de actuación ciudadana, que deben también ser rescatados en el tránsito que nosotros tanto propugnamos para llegar, partiendo de la democracia representativa a una más participativa y pluralista. Se denominan en este contexto "mecanismos informales de protección de los derechos humanos" a aquellos que carecen de una calificación legal directa, pero que aún así gozan de un amplio consenso social legitimador que abre por ello las puertas para la generación de una jurisprudencia innovadora -activismo judicial, la denominaría Augusto Morello - y en muchas ocasiones, fuerzan a un posterior reconocimiento legislativo.

Aclaremos nosotros que lo informal no es lo "clandestino" o "ilícito" ya que todo mecanismo no formal de protección de derechos fundamentales que ampare el sistema constitucional, habrá de caracterizarse por las notas de:

- | | |
|-------------------------|--------------------|
| • Pluralismo | expreso |
| • No amparo legislativo | • Compromiso ético |

¹⁸ El que puede ser leído en el muy buen trabajo de Horacio Creo Bay: Recurso Extraordinario por salto de Instancia. Edit. ASTREA, 1990, pag99 y ss.

- No clandestinidad
- No violencia

A continuación nos referiremos someramente a algunos de ellos, como lo son: la denuncia pública de la injusticia, la no cooperación, y la desobediencia civil.

- La denuncia pública de la injusticia: Es cierto que lo primero que debe hacerse frente a un hecho injusto, es darlo a conocer. La sociedad plural y democrática no puede temer la abierta difusión de las cuestiones que le son consustanciales. Este modo de accionar constituye un ejercicio de ética ciudadana en una democracia que favorece el libre debate. La distribución de panfletos, las pintadas, las manifestaciones, las sentadas, las ya famosas "carpas" pueden llegar a llamar la atención del ciudadano desinformado respecto del punto que pretende hacerse conocer. Ya señalaba a su tiempo Gandhi que la "no violencia" nunca fue concebida como un arma de los débiles, sino de los corazones más recios.

También puede la denuncia pública asumir modalidades simbólicas, cuando asume la forma de novelas, u otras obras de arte destinadas a ser vistas por el público en general.

- La no cooperación: Como en todo mecanismo informal de participación ciudadana en defensa de sus derechos, el denominado "quite de colaboración" abarca un amplio espectro de posibilidades, que se resume en dejar de hacer aquello que se puede dejar de hacer, sin consecuencias para el agente (por ejemplo, no concurrir a determinado acto, no comprar cierta prensa, no ver ciertos programas de televisión, etc.).

Se ha señalado al quite de colaboración como un mecanismo intermedio entre la denuncia pública y la desobediencia civil, con fronteras no del todo definidas, presentándose muy a menudo en el decir de Eduardo Russo, como etapas sucesivas de una defensa civil no violenta.

- La desobediencia civil: Si bien nos hemos referido ya a esta cuestión en el Capítulo XVI, cabe ahora expresar al respecto ciertas consideraciones adicionales. En ciertas circunstancias, puede sostenerse que la obediencia sistemática es tan nociva como la desobediencia que tiene igual carácter. Es claro que la obediencia y la desobediencia, son

conductas neutras a la valoración humana, fuera del contexto de la persona que obedece o desobedece.

En realidad, será bueno o malo aquello a lo que se obedece o desobedece. Por ello, cabe reflexionar que la desobediencia civil legitima la desobediencia a una norma que pertenece a un sistema respecto del cual no se está cuestionando su legitimidad (los ciudadanos queremos cambiar la norma, y no el sistema, sería el lema).

Reiteramos - para terminar - que la desobediencia civil admitida por el sistema constitucional es aquella a partir de la que el desobediente acepta el castigo por su incumplimiento, y lo exhibe públicamente a fin de fortalecer su crítica social a la injusticia que pretende modificar con su conducta.

Respecto de la acción de las ONG's en este tránsito, ella implica otra modalidad de respuesta no violenta y participativa al intento de solución de los diversos planteos que aquejan a la sociedad civil en un sistema constitucional determinado.

Las hay de todo tipo; ya sea permanentes (Amnesty, Greenpeace, APDH, etc.) o transitorias (diversos "comités" de apoyo), especializadas o generales. Desde ya que sus tareas en el ámbito de la protección y promoción de los derechos humanos son múltiples, y de gran importancia. Podemos decir que - más allá de su importantísimo rol en el tránsito de las dictaduras hacia las democracias - han colaborado, ya en tiempos recientes, en el redimensionamiento y fortalecimiento de las sociedades civiles democráticas, y en arbitrar el acceso de la ciudadanía a la información pública respecto de diversas cuestiones de interés público y social. Obvio es señalar que estos mecanismos informales de participación presentados, se potencian y fortalecen si son adecuadamente coordinados, o reciben el apoyo de las ONG's aún cuando a veces el trabajo resulta desorganizado y hasta ineficaz cuando estas propias entidades entablan luchas de poder a fin de posicionarse en la sociedad, lo que puede llegar a desdibujar su aporte a la consolidación del sistema.

Finalmente, diremos una pocas palabras acerca de lo que se ha dado en llamar el "derecho alternativo".

Existen nucleamientos de juristas de diversas partes del mundo, que habitualmente se organizan en forma espontánea para elaborar trabajos o investigaciones, que no devienen en homogéneas, ni sus conclusiones son definitivas, pero que admiten ser incluidas en un catálogo

tentativo que podríamos denominar, siguiendo a Eduardo Russo, de "derecho alternativo". En realidad la alternativa se presentaría al modelo jurídico positivista-formalista dominante a partir de la hegemonía del derecho continental francés, y basado en las siguientes reglas: legitimidad formal, legalidad. Autosuficiencia del derecho e individualismo jurídico.

De alguna manera hemos indicado la necesidad de estudiar el perfil innovador que representan este tipo de concepciones jurídicas, al sostener que la tercera generación de derechos humanos necesita integrarse al sistema a partir de una apertura conceptual que permita actualizar el sistema constitucional desde una posición más consustancial con la participación democrática.

24.8.- Los procedimientos por ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su concepción como procesos constitucionales luego de operada la reforma constitucional de 1994.-

Hemos hablado ya al abordar el Capítulo XXIII, de las implicancias del Derecho Procesal Constitucional en la cohesión del propio sistema constitucional, señalando particularmente que en su ámbito se desarrolla el concepto de "proceso transnacional".

Recordaremos ahora que con la jerarquización constitucional de la CADH, por imperio de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 de la C.N. el proceso transnacional es ahora para nosotros una de las vías idóneas para operativizar las reglas de la defensa en juicio, debido proceso y derecho a la jurisdicción de todos los habitantes del sistema.

Con ello pretendemos indicar que existe un procedimiento de denuncia de violaciones a derechos humanos, que puede ser impetrado por cualquier habitante de la Nación que sostenga que la República Argentina ha violado sus derechos consagrados en la CADH (hoy de jerarquía constitucional). Este proceso transnacional no contencioso, se tramita por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y es de la máxima importancia que su tramitación procesal sea conocida por la población en general, como forma idónea de fortalecer la vigencia de los derechos humanos que el sistema constitucional ampara.

También existe la posibilidad de actuación contenciosa por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (alojada en San José de

Costa Rica), esta vez por vía de la denuncia que en su caso haga la propia Comisión Interamericana, o un Estado Parte en la CADH, en caso que la Argentina violase alguna prerrogativa que la CADH ofrece a favor de los ciudadanos argentinos.

Creemos nosotros que es ésta otra ocasión para informar al ciudadano del sistema, que las reglas del sometimiento del Estado al Derecho son garantizadas desde que se operó la reforma constitucional de 1994, con una doble vía procesal. La interna y la interamericana.

Y ambas poseen jerarquía constitucional...

24.8- Preguntas, notas y concordancias.

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. adecuada la regulación constitucional de la figura del habeas corpus para el supuesto de desaparición forzada de personas?**
2. **¿Qué opina Ud. del planteo de legitimación amplia para el caso de acción de amparo en materia de derechos humanos de la tercera generación?**
3. **¿Cree Ud. que el constituyente debió haber amparado el secreto de las fuentes de información periodística en la regulación constitucional del habeas data?**
4. **¿Concuerda Ud. con la forma en que la Corte Suprema ha admitido la existencia de la acción de inconstitucionalidad en el orden federal?**
5. **¿Qué opina Ud. del recurso extraordinario por gravedad institucional?**
6. **¿Que opinión le merecen a Ud. los procesos o mecanismos informales de tutela de derechos humanos?**

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

1. Bidart Campos, Germán: Régimen del recurso de amparo. Presentación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1996
2. Creo Bay, Horacio: Recurso extraordinario por salto de instancia. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990.
3. Dalla Via, Alberto y otros "Habeas Data y otras garantías constitucionales" Edit. Némesis, Buenos Aires, 1999
4. De autores varios (Eduardo Jiménez, coordinador): Garantías constitucionales. Edit. Suárez, mar del Plata, 1997
5. De autores varios (Maximiliano Toricelli coordinador): El amparo constitucional. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1999
6. Gil Domínguez, Andrés: En busca de una interpretación constitucional. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997 (En particular, Capítulo VIII).
7. Jiménez, Eduardo: Los derechos humanos de la tercera generación. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1997.
8. Morello, Augusto: Constitución y Proceso. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
9. Riquert, Marcelo: Informática y derecho penal argentino. Edit. AD-HOC, Buenos Aires, 1999.
10. Russo, Eduardo: Derechos Humanos y Garantías. Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1992 (en particular, Capítulo X)

24.9. Autoevaluación. -

1. Desarrolle los tipos de habeas corpus, y explique brevemente en que consiste cada uno de ellos:

.....

.....

.....

.....

.....

2. Detalle la estructura constitucional del proceso de amparo luego de

operada la reforma constitucional de 1994, indicando en lo pertinente, las innovaciones habidas en materia de legitimación para obrar:

.....

.....

.....

.....

.....

3. Defina y caracterice las notas esenciales de la regulación constitucional del proceso de Habeas Data:

.....

.....

.....

.....

.....

4. Explicite y desarrolle los requisitos propios del Recurso Extraordinario Federal:

.....

.....

.....

.....

.....

5. ¿En que consisten las figuras de "per saltum" y "certiorari"?:

.....

.....

.....

.....

.....