

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA (1997-1999) *

Por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS **

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES.—
3. LOS «CONFLICTOS DE PODERES» Y EL CONTROL CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDAD.—4. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGEN-
CIA.—5. EL VALOR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE
LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL. DOCTRINA «DEL SEGUIMIENTO NA-
CIONAL».—6. LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATA-
DOS INTERNACIONALES.—7. EL HÁBEAS DATA, LOS DESAPARECIDOS Y
LOS ORGANISMOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO.—8. EVALUACIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

En Argentina, que sigue casi al pie de la letra el modelo norteamericano de control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación opera, en rigor de verdad, aparte de sus papeles en otras ramas del derecho, como Tribunal Constitucional e intérprete final de la Constitución, como muchas veces gusta en autodefinirse¹.

Sus pronunciamientos, por lo demás, se ciñen al caso concreto, careciendo de efectos *erga omnes*. Por tanto, las normas declaradas inconstitucionales en un caso no pierden vigencia, y continúan aplicándose en

* El presente trabajo se cierra al día 30 de noviembre de 1999.

** Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ La condición de intérprete final de la Constitución fue afirmada por la Corte Suprema desde casi su creación: cfr. sus *Fallos*, 1:340, y reafirmada últimamente en el caso «Fayt» (sentencia del 18 de agosto de 1999).

tanto no sean objetadas en otros procesos, y logren también en ellos la descalificación judicial como inconstitucionales. El mismo efecto para el caso concreto provoca que si cambia la integración de los jueces o los criterios imperantes en la Corte Suprema, una norma declarada por ella inconstitucional pueda en cambio ser reputada por la misma Corte constitucional en un caso posterior, e inconstitucional en otro subsiguiente².

No obstante lo dicho, una interesante mutación jurisprudencial, que hoy perfila ya derecho constitucional consuetudinario, patrocinada por la misma Corte Suprema, ha concluido por señalar que sus fallos tienen efectos vinculantes para los tribunales inferiores, aunque ellos pueden apartarse del criterio de la Corte Suprema dando fundamentos valederos. Tales fundamentos deben aportar elementos de juicio distintos a los ya tratados por la Corte, cuando se ha expedido sobre un tema. En resumen, hoy debe alertarse que los fallos de la Corte Suprema tienen ciertas consecuencias expansivas que desdibujan la vieja tesis de ceñir sus resultados exclusivamente al caso concreto³.

Un dato de tipo sociológico que resulta ineludible para analizar el desenvolvimiento de la Corte Suprema en los dos últimos años, es el serio cuestionamiento que ha tenido el Tribunal respecto de la independencia de criterio de algunos de sus miembros (cinco, sobre el total que es de nueve), acusados por muchos de alinearse con frecuencia con el Poder Ejecutivo y el partido oficialista. El asunto ha desembocado en pedidos de juicio político (un instituto similar el *impeachment* estadounidense) para tales jueces, presentados por las principales fuerzas de la oposición y por la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Ello ha suscitado también una polémica de fuerte contenido partidista, seguida de protestas y críticas ya habituales en los medios de difusión, cuando no en los universitarios y en colegios profesionales, generando desde luego un clima de descontento y de crisis de legitimidad por cierto preocupante. De resultas de ese estado de cosas, los fallos de la Corte son a menudo contemplados como resultado del alineamiento que citamos, y su lectura jurídica requeriría el complemento de otra, esta vez política, para auscultar el trasfondo de poder y de intereses que habría detrás de tales veredictos.

En tren de seleccionar algunas sentencias entre las más relevantes dictadas por la Corte Suprema nacional en los últimos años, y dentro del necesario margen de discrecionalidad que existe en tal opción, es facti-

² Por ejemplo, en materia de estupefacientes, en «Colavini» (*Fallos*, 300:524) reputó constitucional el castigo penal de la mera tenencia de ellos, pero más tarde, en «Bazterrica» y «Capalbo» (*Fallos*, 308:1392 y 1468) reputó inconstitucional tal sanción, mientras que en «Montalvo» (*Fallos*, 313:1351), volvió a la tesis de «Colavini».

³ Cfr. sobre tal evolución nos remitimos a nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 3.ª ed. (Buenos Aires, 1993), ed. Astrea, t. 1, pp. 184 y ss.

ble escoger sentencias dictadas en las siguientes áreas: *a)* la reducción de la superficie de las llamadas «cuestiones políticas no justiciables»; *b)* afirmación de la doctrina de los «conflictos de poderes»; *c)* el caso de los decretos de necesidad y urgencia; *d)* el margen de interpretación de los jueces argentinos ante los pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción supranacional; *e)* las relaciones entre la Constitución y los tratados internacionales; *f)* el hábeas data y la averiguación de datos sobre los desaparecidos.

2. LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

Para el derecho constitucional estadounidense, las llamadas *political questions* están exentas del control judicial. Se trata, en términos muy generales, de asuntos que estarían reservados por la constitución exclusivamente al juicio de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Pero la delimitación de cuándo un tema refiere a una «cuestión política no justiciable», y cuándo, en cambio, es «justiciable», depende más que del texto constitucional (que nada define al respecto), del criterio (en última instancia) de la Corte Suprema de Justicia. Lo mismo rige en Argentina.

Sabido es que históricamente la doctrina de las *political questions* fue elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos como un mecanismo de autodefensa y a la vez de auto control (*self restraint*), cuando inventó —pretorianamente, sin texto constitucional expreso que la avale— la doctrina más amplia del control judicial de constitucionalidad de las normas.

Lo importante es constatar que en las últimas décadas el área de las *political questions* se ha reducido sensiblemente, en particular en Argentina⁴. Por cierto que hay un reclamo social cada vez más exigente, en el sentido de que la judicatura asuma la definición de ciertos conflictos «políticos», a fin de brindar a la comunidad respuestas jurídicas presuntamente más legítimas que las que podrían adoptar el Congreso o el Presidente (ello importaría, paralelamente, una suerte de mayor control institucional de la gestión de estos dos últimos órganos).

El fundamento de esa demanda social puede ser acertado o no. En el supuesto de que la Corte Suprema no actúe con prudencia e imparcialidad, y en cambio, se sitúe en una postura de seguimiento con el Poder Ejecutivo y el Legislativo, la «judicialización» de ciertas cuestiones políticas puede significar, a la inversa de lo requerido por la comunidad,

⁴ Sobre la evolución de las «cuestiones políticas no justiciables» en el derecho argentino, derivamos también al lector a nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, ob. cit., t. 1, pp. 148 y ss.

una estrategia de convalidación jurídica, y al máximo nivel judicial, de medidas políticas de dudosa legitimidad.

Recientemente hay dos muestras de «judicialización» de cuestiones políticas:

a) La primera concierne a la elección de senadores nacionales, que durante un período de transición, hasta el año 2001, la constitución encomienda a las legislaturas provinciales. El procedimiento es algo engorroso (disposición transitoria cuarta, de la reforma constitucional de 1994): el senador del caso debe ser elegido por el partido político al que le corresponda la banca vacante, según la distribución de poder que indica la misma norma, quien lo propone a la Legislatura provincial. La Justicia nacional electoral corrobora que el propuesto reúne las condiciones constitucionales del caso, y después la Legislatura lo nombra, cosa que se comunica posteriormente al Senado nacional, quien es el «juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuando a su validez» (art. 64 de la Constitución nacional). Así, el senado puede no aprobar el diploma que presente el senador electo por la provincia, si detecta irregularidades en el trámite respectivo, o la falta de las condiciones constitucionales para que asuma su cargo.

Sin embargo, a partir de 1995, en algunos casos el Senado federal rechazó el diploma que habían presentado senadores electos, y en lugar de ellos nombró al que, a juicio del mismo Senado, le correspondía la banca, aunque no hubiese sido electo por la Legislatura provincial. En otras palabras, el Senado, de *juez de la elección*, pasó a actuar como *elector*. El problema se repitió en 1998, en el caso de la provincia del Chaco. Además, en el mismo año, el Senado nacional nombró a un senador por la provincia de Corrientes, cuando la Legislatura de ésta no había nombrado a nadie⁵.

En la causa «Provincia del Chaco versus Gobierno Nacional», se trataba de una acción declarativa promovida por el Gobernador de aquella Provincia, contra la resolución del Senado Nacional que había rechazado al Senador titular y al suplente, designados por la Legislatura del Chaco, y en su lugar (el Senado nacional), dispuso la incorporación de otros dos, a quienes entendía les correspondían las bancas⁶.

La Corte Suprema (por mayoría) concluyó que el tema bajo análisis refería a facultades privativas de la Cámara del Senado, y que lo allí decidido no podía ser revisado por los jueces. Sin embargo, de todos modos entró a evaluar el ejercicio de las facultades de la cámara alta, concluyendo también que había actuado «sin irrazonabilidad ni notorio apartamiento de las normas constitucionales que consagran sus atribucio-

⁵ Hemos tratado el tema con mayor detalle en NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional*, 3.ª ed. (Buenos Aires, 1999), ed. Astrea, t. 1, pp. 435 y ss.

⁶ *Revista jurídica Doctrina Judicial*, Buenos Aires, 1999-1-551.

nes, hallando para un conflicto político un cauce razonable...» (considerando 14).

Dejando de lado el juicio harto discutible que sobre el fondo del asunto la mayoría de la Corte hace (en rigor de verdad, el Senado había excedido notoriamente sus competencias, pasando a ser, como se apuntó, de juez de una elección, a elector), lo cierto es que este fallo dio un paso muy significativo en torno a la revisión judicial de las cuestiones políticas, ya que, en definitiva, meritó si el Senado había actuado correctamente o no.

b) En materia de judicialización del proceso de sanción de normas, la tesis clásica de la Corte había sido la de calificar tales asuntos como cuestiones no justiciables, aunque más tarde hizo la excepción de evaluar la constitucionalidad de un veto parcial dispuesto por el Poder Ejecutivo, y la consecuente promulgación del resto de la ley⁷.

Ahora bien: en «Nobleza Piccardo c. Estado Nacional», el 15 de diciembre de 1998, la Corte entró a judicializar francamente el caso de un texto legal (el art. 37 de la ley 23.763) que fue aprobado con distinta redacción por cada una de las Cámaras del Congreso. El Tribunal constató que «ha mediado una manifiesta inobservancia de los aludidos requisitos mínimos e indispensables para la creación de la ley», según la normativa constitucional vigente, confirmando la declaración de inconstitucionalidad del aludido artículo⁸.

El fallo parece impecable, puesto que la inconstitucionalidad de una norma puede provenir tanto de su incompatibilidad sustancial con la Constitución, como por no haberse aprobado según el procedimiento que ésta prescribe.

Poco después, en otro veredicto, la Corte Suprema tuvo que afrontar otra cuestión análoga, de inconstitucionalidad de normas por razones de trámite, pero de mayor envergadura: la impugnación de inconstitucionalidad de la reforma constitucional realizada en 1994 (art. 99 inc. 4.º), respecto del período de designación de jueces. En general, hasta entonces (caso «Soria de Guerrero») la Corte Suprema había sostenido que el análisis de la constitucionalidad de una reforma constitucional importaba una cuestión política no justiciable, pero que esa regla general cedía «en el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley»⁹.

⁷ Sobre la jurisprudencia tradicional, cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 124:271. En cuanto a la judicialización del tema del veto, V. el caso «Colella», en *Fallos*, 268:352.

⁸ Cfr. *El Derecho*, 182-1107, con nota de ALBERTO B. BIANCHI, *Una cuestión política que ha dejado de serlo: el proceso de formación y sanción de las leyes*.

⁹ En «Soria de Guerrero» (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 256:558), se había discutido la constitucionalidad de la sanción, por la convención nacional constitu-

En el caso «Fayt», resuelto el 19 de agosto de 1999¹⁰, la Corte analizó la constitucionalidad de la sanción, por la convención reformadora de 1994, de un nuevo párrafo al actual art. 99 inc. 4.º de la constitución, el que dispone que los nombramientos judiciales de los magistrados federales duran hasta la edad de 75 años. Una vez cumplidos éstos, será necesario, para que permanezcan en sus funciones, un nuevo nombramiento por cinco años, que podrá repetirse indefinidamente.

En este fallo, la mayoría de la Corte Suprema reputó justiciable, aun en el caso del análisis de atribuciones que han sido asignadas «con carácter final a otras ramas del Gobierno» (eso es, las llamadas «cuestiones políticas»), dos temas: a) el ejercicio de tales funciones (en el caso, constituyentes) dentro de los límites previstos por la constitución; b) si lo sancionado por la convención fue conforme con los recaudos que le son pertinentes (consid. 5.º). Ello importa averiguar por los jueces «si el acto impugnado ha sido expedido por el órgano competente, dentro del marco de sus atribuciones y con arreglo a las formalidades a que está sujeto».

Esta sentencia ejemplifica el avance judicial más significativo en el área de las *political questions*. Es cierto que en el considerando 16 de la misma sentencia la Corte alerta que la investigación judicial no tiene por meta abordar «aspectos de naturaleza substancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada... sino en la comprobación de que aquélla es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la convención reformadora», adhiriéndose así en principio a la doctrina que circunscribe dicho contralor a las *matters of procedure* (cuestiones de procedimiento), y no a las *matters of substance* (cuestiones de contenido)¹¹.

La Corte Suprema entendió, en definitiva, que la asamblea constituyente no estaba autorizada para fijar el tope de edad que hemos mencionado. Reconoció que el Congreso, al convocar a la convención, está ejerciendo un «poder preconstituyente» (consid. 8.º), y que al disponer al respecto, en el art. 6.º de la ley de convocatoria 24.309 que todo aquello que comportase una modificación, derogación o agregado a la competencia de la referida convención era nulo, ello suponía la existencia de un Poder para disponer tal nulidad, y ese órgano no podía ser otro que el Poder Judicial, a quien le toca preservar la supremacía constitucional.

yente de 1957, del art. 14 bis, al faltar la aprobación, por la Convención, del acta del día donde se sancionó tal artículo. En definitiva, la Corte rechazó el planteo de inconstitucionalidad.

¹⁰ Causa F 100, XXXV. El Derecho, 17/9/99.

¹¹ Sobre este tema, y su debate en el derecho comparado, nos remitimos a SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2.ª ed. (Buenos Aires, 1987), ed. Plus Ultra, t. 3, pp. 225 y ss.

Sobre el fondo del asunto, la Corte meritó lo siguiente: *a*) la ley de convocatoria de reforma de ningún modo habilitó la enmienda del anterior art. 96 (hoy 110) de la constitución, que dispone para los jueces federales el principio de inamovilidad perpetua, vale decir, «mientras dure su buena conducta»; *b*) que las normas específicas del sistema de designación de magistrados previstas para su tratamiento por la aludida ley de convocatoria 24.309 (puntos I y J del «Núcleo de coincidencias básicas»), en nada hacían referencia a que la asamblea pudiese disponer el cese de la garantía de inamovilidad al cumplir una edad determinada; *c*) que si bien la convención fue llamada —además— por la ley 24.309 para actualizar las atribuciones del Presidente y del Congreso (y entre las del primero está lo concerniente a detallar su participación en el proceso de designación de jueces, según el actual art. 99 inc. 4.º de la constitución), eso no podía referirse al tema de la inamovilidad de los magistrados, punto propio de otro título de la constitución, concerniente al Poder Judicial. En síntesis, la Corte Suprema concluye que la convención incurrió en un «vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía» (consid. 15).

El tema es discutible. En favor de las competencias de la convención constituyente, podía argumentarse que fue convocada por la ley 24.309 para tratar, en general, la «actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los arts. 67 y 86 (hoy 75 y 99), respectivamente, de la constitución nacional», y que el texto reformado se insertó, precisamente, en uno de esos artículos. Y en contra de la sanción puede puntualizarse, a su turno, que la ley 24.309 traía a estudio de la convención un texto específico, bajo el rótulo de «Designación de magistrados judiciales» que implicaba una propuesta de reforma exhaustiva y detallada, que no hablaba nada del citado tope de edad. Sobre ese proyecto de reforma, atento el peculiar sistema adoptado por la ley 24.309, la convención reformadora debía expedirse por sí o por no, junto con otro paquete de enmiendas. Por ende, al añadir algo a ese temario concreto, la convención habría sobrepasado sus competencias, incurriendo en la sanción de nulidad prevista por el art. 6.º de la ley de convocatoria 24.309. Por lo demás, lo resuelto (en cuanto hacía cesar la inamovilidad a los 75 años del juez), podía no guardar coherencia con el art. 110 de la constitución, que deja subsistente el principio de inamovilidad perpetua de los jueces («mientras dure su buena conducta»).

En conclusión, la Corte Suprema entendió que la convención había excedido su radio de acción, y reputó inconstitucional el agregado que sobre ese tema hizo al art. 99 inc. 4.º de la constitución. Fuera de si en ello tuvo o no razón (en virtud de tratarse de una cuestión opinable, podría haber concluido que si hubiera duda, debía estarse en favor, y no en contra de la constitucionalidad de la enmienda), lo cierto es que «ju-

dicializó» el tema de la constitucionalidad de una reforma constitucional, un tema harto polémico en el derecho comparado.

Naturalmente, esa «judicialización» tiene sus soles y sus bemoles. Por un lado, parece impecable que la convención reformadora de la constitución, como cualquier poder constituido, está bajo, y no por encima, de las reglas constitucionales y de las normas de la ley de convocatoria que sanciona el Congreso, quien ejerce una suerte de «poder preconstituyente». Por tanto, si la asamblea constituyente transgrede ese aparato normativo al que debe someterse, la lógica jurídica indica que el Poder Judicial podría invalidar (en un sistema como el estadounidense, por inconstitucionalidad de trámite o de contenido), lo resuelto por la convención.

Por otro, también es dable advertir que esto importa darle un muy significativo poder a la Corte Suprema y a los demás tribunales, quienes están entonces habilitados para nulificar nada menos que una reforma constitucional, y caer en la tentación de hacerlo alguna vez por intereses partidistas o de otro tipo *non sancto*, de tal modo que la suerte de un poder constituyente dependería, a la postre, de los jueces integrantes de un poder «constituido».

Hemos adherido en principio a la posibilidad de que la Corte Suprema pueda declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional: como se apuntó, eso parece una consecuencia obligada de la lógica jurídica. Sin embargo, el destino y la subsistencia de esta doctrina dependerá de la prudencia y legitimidad con que sea manejada por los tribunales. Si éstos la practican irreflexiva o espúreamente, es muy probable que las circunstancias exijan abandonarla.

En otro orden de ideas, lo resuelto en «Fayt» puede aludir a una historia inconclusa. En efecto, no es descartable, en términos políticos, una reacción de los otros poderes a lo allí decidido. Eventualmente, puede conjeturarse que una futura convención constituyente quizá sea convocada, entre otros temas, para impedir el control judicial de una reforma constitucional.

La «historia no terminada» puede prorrogarse, como sagazmente observa Alberto B. Bianchi, apenas se advierta que varias otras reformas adoptadas por la convención constituyente de 1994 pueden caer también bajo la acusación de haber violado los límites de la convocatoria fijados por la ley 24.309, en cuanto, por ejemplo, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, el hábeas data, la asignación a las provincias del dominio originario de sus recursos naturales, etc.¹² con lo que el caso «Fayt» amenaza convertirse, si se lo usa después con ligereza, en una suerte de caja de Pandora del derecho constitucional argentino.

¹² Cfr. ALBERTO B. BIANCHI, «Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994», en *El Derecho*, 17/9/99

Posteriormente, el 31 de agosto de 1999, en «Guadalupe Hernández»¹³, la Corte Suprema ha vuelto a una versión *demodée* de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, a raíz de una acción de amparo donde se pretendía impugnar el ingreso al Senado nacional de dos personas (una como senador titular, y la otra como suplente) que no habían sido nombradas por la Legislatura de la Provincia de Catamarca. La Corte Suprema acaba de concluir, por mayoría, que ese tema es una atribución propia del Senado nacional, como facultad privativa del mismo. Vale decir, que no es admisible que los magistrados «exorbiten los límites de sus atribuciones y actúen sustituyendo aquellos mecanismos parlamentarios aptos para resolver la controversia», ya que de otro modo la actividad judicial podría ser utilizada para interferir los resultados que en el marco parlamentario genere la voluntad de las mayorías.

Sin embargo, el voto prevaleciente de la Corte Suprema, en el considerando séptimo de la sentencia, y con respecto a temas como el indicado, que «hacen surgir consideraciones más políticas que legales», formula una significativa excepción: en tales cuestiones, explica, «el Poder Judicial no debería decidir las si no se presenta un atolladero constitucional o una inmovilización del gobierno». Parecería entonces que la abstención judicial en las cuestiones políticas tiene un tope de reaseguro sistémico: la judicatura debería intervenir, pese a todo, si ello es necesario para concluir con una crisis institucional tensiva, de magnitud tal que pueda bloquear la funcionalidad o la persistencia misma del régimen político. Paradojalmente, pues, un conflicto de altísimo voltaje político sería apto para transformar una cuestión «política», en «justiciable», todo ello, desde luego, según la evaluación discrecional de la propia Corte.

De hecho, pues, se constata en la Corte Suprema una línea jurisprudencial zigzagueante: mientras que en «Provincia del Chaco», en «Nobleza Piccardo» y en «Fayt» hubo un avance de la «judicialización» sobre el área de las *political questions*, en «Guadalupe Hernández», en cambio, se registra un retroceso, aunque con una significativa cláusula de reaseguro institucional.

3. LOS «CONFLICTOS DE PODERES» Y EL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

La constitución argentina, cuyo texto original data de 1853 (con reformas en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994) no trae disposiciones explícitas sobre los denominados «conflictos de poderes», que acaecen cuando un órgano del Estado invade competencias del otro, o se resiste a cum-

¹³ Sentencia G 196. XXXIV.

plimentar las decisiones tomadas por otro órgano, y que él debe efectivizar.

Esa laguna constitucional ha hecho que algunas veces se recurriera a soluciones de hecho, típicamente «no justiciables»¹⁴, mientras que en otros fue elaborándose, de modo espontáneo e inorgánico, una doctrina judicial sobre dichos conflictos. Como resultado de esa evolución, la Corte Suprema terminó asumiendo competencias para dirimir a los mismos, ya por interpretación extensiva del art. 24 inc. 7.º del reglamento para la justicia nacional (decreto-ley 1285/1958: una norma que la habilita para resolver cuestiones de competencia y los entredichos que se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común), ya por entender que ante tales problemas la Corte debía adoptar una solución que más que jurisdiccional, era de tipo administrativo¹⁵.

En 1995, en el caso «Unión Obrera Metalúrgica», la Corte concluyó que un juez del Poder Judicial federal había invadido competencias del Poder Ejecutivo, y que ella debía resolverlo, «pues es claro que problemas de tal naturaleza no podían quedar sin solución», incluso aunque hubiese otras vías procesales para atenderlo, «toda vez que el mantenimiento del orden institucional no admite dilaciones». En resumen, la Corte invocó aquí sus *poderes implícitos*, ya que si los tenía para tutelar a los jueces cuando fuesen menoscabados por los otros poderes, también los poseía para contener a jueces que traspasaran sus atribuciones e interfiriesen, v. gr., en las de la Presidencia de la Nación¹⁶.

Pero el caso más llamativo (y discutido) de los últimos tiempos fue «Rodríguez Jorge», también llamado el «caso de los aeropuertos», donde se discutía un decreto de necesidad y urgencia dictado por el Poder Ejecutivo en un proceso de privatización de los aerodromos, habiendo dispuesto un juez federal una medida cautelar que importaba la suspensión de los efectos del decreto¹⁷.

La Corte entendió que se trataba de un caso de invasión de un juez de competencias presidenciales, en torno a la emisión del referido decreto de necesidad y urgencia (tema que juzgó cuestión política no justi-

¹⁴ Por ejemplo, en 1908 ocurrió un conflicto entre el Presidente de la Nación y el Congreso, al haber dispuesto el primero la clausura de las sesiones extraordinarias del segundo, por él convocadas. El problema se resolvió con la intervención de las fuerzas policiales, comandadas por el Presidente, que impidieron sesionar a los legisladores. Cfr. CARLOS M. BIDEGAIN, *Cuadernos del curso de derecho constitucional* (Buenos Aires, 1981), ed. Abeledo-Perrot, t. IV, p. 56.

¹⁵ Nos remitimos a nuestro trabajo «La Corte Suprema de Justicia de la Nación y los conflictos de poderes», en *Revista jurídica Doctrina Judicial*, 1998-2-511.

¹⁶ *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, 1996-1-1108.

¹⁷ *Revista jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1997-F-884.

cial, reservada al Presidente y al control del Congreso), lo que importaba un caso de suma gravedad institucional que aunque pudiese no perfilar un conflicto de poderes en sentido estricto, «debe ser resuelta por esta Corte, pues es claro que problemas de tal naturaleza no pueden quedar sin solución». Para ello, recurrió nuevamente a la doctrina de los *poderes implícitos*, explicando que en tal quehacer, «el Tribunal cumple una actividad institucional en su carácter de guardián e intérprete final de la Constitución, en orden al adecuado respeto del principio de separación de los poderes del Estado... y en orden a asegurar, como titular de uno de ellos, su coordinado accionar».

En realidad, hemos dicho, en tales hipótesis la Corte Suprema ha creado una fuente de conocimiento de causas no prevista por la constitución formal ni por la legislación complementaria (no actúa por «apelación» ni tampoco está contemplada en los supuestos de competencia originaria y exclusiva contemplados por el art. 117 de la constitución).

En definitiva, por vía de derecho consuetudinario constitucional, materializado por la Corte Suprema, *ya hay en Argentina una doctrina del conflicto de poderes*. Los resuelve la Corte, no un tribunal inferior. El modo de acceder a ella para plantear dichos conflictos es múltiple: por requerimiento de un magistrado, por medio del recurso extraordinario federal, o por una simple presentación directa del órgano que se reputa invadido, como ocurrió en «Rodríguez Jorge».

Esto ha provocado la sagaz observación de que si en un expediente judicial se plantea un «conflicto de poderes», el caso puede ser atrapado por la Corte Suprema, con lo que no hay allí control *difuso* de constitucionalidad, sino *concentrado* en la Corte (la causa sería «secuestrada» de un tribunal inferior, si se tramitase en tal sede, y llevada directamente a la Corte Suprema). Por ende, los casos que mencionamos importarían una excepción (algunos hablan de crisis)¹⁸ del régimen normal de control judicial desconcentrado, o difuso, de constitucionalidad imperante en Argentina.

Por supuesto, la admisión jurisprudencial y consuetudinaria de los «conflictos de poderes» tiene su haber y su pasivo. En cuanto el primero, es posible constatar que cubre una laguna constitucional que debería haber resuelto la reforma de 1994, pero que no lo hizo, y que tal cobertura parece indispensable. En su pasivo se constata que la Corte ha recurrido a argumentos disímiles (poderes implícitos, extensión del art. 24 del decreto ley 1285/58, facultades administrativas...); que desde el punto de vista procedimental las vías de admisión del conflicto también son poco coherentes (recurso extraordinario, presentación directa del agravia-

¹⁸ V. por ejemplo AUGUSTO M. MORELLO, «La destrucción del control difuso de constitucionalidad», en *Revista jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1998-I-161.

do, requerimiento de un juez inferior, etc.), y que políticamente la doctrina puede ser peligrosa, si el grado de independencia del alto tribunal no es el mejor.

En efecto: admitido que, como es casi constante en el derecho comparado, un conflicto de poderes del Estado debe ser atendido por su máximo tribunal (Corte Suprema o Corte Constitucional, en aras de llegar prontamente a una solución expedida por el más calificado órgano jurisdiccional del Estado), manejada esta doctrina por una Corte Suprema legítimamente estructurada y con una reconocida dosis de imparcialidad, su producto final puede ser muy positivo, en orden a resolver, jurídicamente, conflictos otrora reservados solamente al juego de los intereses y poderes políticos. En cambio, manipulado este dispositivo por una Corte Suprema o Tribunal Constitucional no independiente, la doctrina de los conflictos de poderes funcionará probablemente como una herramienta de domesticación de jueces o de otros órganos, en pro del gobernante de turno o del partido al que fuesen afines los magistrados del alto tribunal.

4. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

En Argentina, como en otros países de Latinoamérica (Perú podría ser el referente más similar), la emisión de decretos de necesidad y urgencia (verdaderos decretos leyes, en el sentido de que son normas dictadas por el Poder Ejecutivo pero en materias reservadas por la Constitución al Congreso) ha asumido una magnitud tal que corroe las bases mínimas del principio de división de poderes. En efecto, cabe preguntarse quién legisla hoy más: si el Presidente, o el Poder «Legislativo».

En la historia institucional argentina, el número de esos decretos fue, aproximadamente, de quince durante el período 1853-1983. Otros quince se pronunciaron desde 1983 a 1989. Pero desde esa fecha, durante la administración del Presidente Carlos S. Menem, su cifra ha trepado a cerca de *quinientos*.

Hasta la reforma constitucional de 1994, los decretos leyes no figuraban en la constitución nacional. No obstante, la Corte Suprema, en el célebre caso «Peralta» los consideró no condenados por la Constitución, en cuanto respondieran a una real situación de gravísimo riesgo social, existiese la necesidad de decidir la decisión tomada, y ella fuese útil para resolver el caso crítico, y además, que el Congreso no adoptase medias contrarias a tales decretos¹⁹. La Corte, muy ocasionalmente, reputó inválidos algunos decretos de esa índole, concluyendo por ejemplo en «Video Club Dreams» que no existía (en la hipótesis bajo examen) un verda-

¹⁹ *La Ley*, 1991-C-518.

dero supuesto de necesidad que demandara una solución impostergable²⁰. Es decir, en algunas pocas situaciones judicializó el tema de la evaluación de los presupuestos fácticos que autorizaban el dictado de dichos decretos.

Después de la reforma constitucional de 1994, la constitución normó el asunto (art. 99 inc. 4.º). Lo hizo contradictoriamente, porque por un lado advirtió que «El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo», para renglón seguido autorizar ese hecho prohibido, «Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos». Dispuso también un trámite complejo, que comienza por su adopción en acuerdo general de ministros, su comunicación por el Jefe de Gabinete de ministros dentro de los diez días a la consideración de una comisión bicameral permanente, quien debería elevar su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara, para su inmediato tratamiento por ellas. Añade la norma que una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara «regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso».

Como la comisión bicameral no se ha constituido, ni dictado la ley prevista por el art. 99 inc. 4 de la constitución, la primera duda que se plantea es si el Poder Ejecutivo está actualmente habilitado para emitir tales decretos. No obstante la opinión negativa de buena parte de la doctrina, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en «Rodríguez Jorge» decidió que si el Presidente tenía la atribución, por la Constitución, de dictar los decretos de necesidad y urgencia, la inacción del Congreso en constituir la Comisión y en dictar la ley regulatoria faltante no podría perjudicar aquella competencia presidencial.

En «Rodríguez Jorge» la Corte añadió también que era cuestión política no justiciable la meritación por el Congreso (a quien le correspondía tal evaluación, y por ende no a los jueces) sobre si se configuraban o no los supuestos de hecho demandados por el art. 99 inc. 4.º de la constitución para pronunciar por el Presidente aquellos decretos. Lo que sí quedaba justiciable era lo siguiente: la evaluación de los aspectos formales del decreto (autoridades que pueden emitirlo, firmas, etc.), y la constitucionalidad de fondo (vale decir, si el contenido del decreto viola o no a los derechos enunciados en la constitución, y si versa sobre las materias que ella contempla)²¹.

²⁰ *Jurisprudencia Argentina*, 1996-I-258.

²¹ *La Ley*, 1997-F-884. Sin embargo, el considerando 24 de «Rodríguez» deja la posibilidad de que el Poder Judicial entre a evaluar más ampliamente la constitucionalidad

Pero recientemente, en «Verrocchi» (sentencia del 19 de agosto de 1999), la Corte Suprema, por mayoría, resolvió que «corresponde al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las cuales se admite esa facultad excepcional» (la de emitir los decretos). Vale decir, la Corte meritó en tal fallo si los decretos 770 y 771/96 fueron adoptados existiendo los supuestos fácticos requeridos por el art. 99 inc. 4.º de la Constitución (circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes), y dio una respuesta negativa. Para ello, juzgó que las expresiones empleadas por el Poder Ejecutivo para justificar su actitud (en el sentido que la firma de aquellos decretos resultaba «imperativa» e «indispensable»), constituían meras afirmaciones dogmáticas e insuficientes para fundarlos²².

Desde luego, esta sentencia es muy significativa, en un tema harto tensivo y ríspido íntimamente conectado, como se dijo, con el principio de división de los poderes. «Verrocchi» sigue algunas líneas de razonamiento que insinuaba «Peralta», y mucho más «Video Club Dreams», pero profundizándolas, sobre la meritación judicial de si se dan o no las situaciones de hecho que habilitan constitucionalmente a que el Presidente actúe como legislador. Esa judicialización de una otrora *political question* es generalmente entrevista como una garantía del contralor institucional sobre el Poder Ejecutivo, a fin de reprimir los desbordes de éste en la ya mencionada inflación de los discutidos decretos que comentamos.

Es de pensar que si esta corriente jurisprudencial prosigue, la enorme mayoría de los decretos de necesidad y urgencia dictados a partir de 1989 (o si se prefiere, a partir del texto constitucional de 1994), caerá jurídicamente, ante la notoria inexistencia de un verdadero estado de emergencia que les pueda dar fundamento. Pese a todo, no es del todo seguro que la mayoría que conformó el voto principal de «Verrocchi» pueda siempre repetirse. Se trata de una mayoría atípica, sustentada principalmente en el grupo de jueces de la Corte Suprema reputados generalmente por la prensa como independientes del Poder Ejecutivo electo en 1989, que han contado en este caso con la adhesión de otro magistrado que por lo común no adhiere al referido sector. La mayoría lograda, entonces, es por el momento circunstancial. El futuro dirá si se repite.

de los decretos de necesidad y urgencia, si ello es peticionado por alguien afectado concretamente por uno de ellos (en «Rodríguez», la acción había sido promovida por un grupo de legisladores, como integrantes del Congreso, pero no como sujetos específicamente perjudicados por un decreto de tal índole).

²² Sentencia V. 916, XXXII.

5. EL VALOR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL. DOCTRINA «DEL SEGUIMIENTO NACIONAL»

En cuanto las relaciones entre el derecho internacional y el local, incluyendo el constitucional, es de recordar que en el caso «Ekmekdjian c. Sofovich», la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 1992, enunció una tesis audaz, evidentemente vinculada con el monismo, al afirmar que al haber suscripto la República la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ello imponía a los órganos del Estado argentino a asignar primacía al tratado internacional, ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria²³.

Interpretado literalmente, el caso «Ekmekdjian c. Sofovich» implica concluir que si hay conflicto entre la Constitución y un tratado, prevalece el tratado (salvo los raros casos en contrario contemplados por la referida Convención de Viena). Sin embargo, prontamente la Corte recortó los alcances de tal doctrina, en el caso «Fibraca», señalando que el cumplimiento obligatorio de los tratados por parte de la Argentina, lo era una vez respetados por esos tratados los principios de derecho público de la Constitución²⁴. En su consecuencia, si el tratado colisionaba con la Constitución, prevalecía ésta, y el tratado podría ser declarado inconstitucional. Tal doctrina no ha sido modificada todavía.

Paralelamente, la Corte Suprema anticipó en 1992 lo que hemos llamado «doctrina del seguimiento nacional». Ella indica que los jueces argentinos deben tomar como guía, en la interpretación que hagan de los derechos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, prevista por el Pacto de San José de Costa Rica, había aceptado Argentina por la ley 23.054. Dicha doctrina fue lanzada en «Ekmekdjian c. Sofovich»²⁵, antes de que el Pacto de San José tuviese rango constitucional (ello ocurrió con la enmienda constitucional de 1994, según el nuevo art. 75 inc. 22), y después fue reafirmada en «Girolodi», producida esa reforma²⁶.

La doctrina del «seguimiento nacional» no tiene base normativa precisa (aunque parte del supuesto de que la Corte Interamericana es la intérprete final del Pacto, según el art. 67 de éste), sino que es un producto muy creativo del derecho judicial. Importa una solución práctica, desde el momento que armoniza la interpretación de los derechos constitucio-

²³ *La Ley*, 1992-C-543.

²⁴ *Jurisprudencia Argentina*, 1993-IV-471.

²⁵ *La Ley*, 1992-C-543.

²⁶ *La Ley*, 1995-D-461.

nales domésticos, con la hermenéutica que haga la Corte Interamericana de esos mismos derechos, cuando están repetidos en el Pacto de San José de Costa Rica. Al mismo tiempo, es un ejemplo de sana y loable humildad jurídica, en lo que hace a la Corte Suprema argentina y los demás tribunales inferiores a ella, en aras de la buena fe internacional, involucrada en el leal cumplimiento de un Pacto suscripto por la República, y de la aceptación de la autoridad política y jurídica de los organismos que ese convenio instituye.

En el caso «Bramajo», la Corte Suprema argentina prolongó la tesis de «Giroldi» y anunció que también los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debían servir de guía para los jueces argentinos, en la interpretación de los derechos humanos²⁷. Tal proyección era encomiable desde el punto de vista del derecho internacional, pero quizá demasiado generosa, ya que los veredictos de tal Comisión (un organismo que técnicamente no es un tribunal, sino que cumple roles principalmente instructorios, previsto igualmente por el Pacto de San José de Costa Rica), no tienen autoridad de cosa juzgada, e inclusive pueden no ser compartidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Recientemente, en «Acosta»²⁸, la Corte Suprema, por mayoría, apuntó una importante corrección a la doctrina del seguimiento nacional, en lo que hace a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El voto mayoritario (consid. 13), señaló que si bien el principio de la buena fe internacional requiere que el Estado argentino deba realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones que formule aquella Comisión (conforme indica la opinión consultiva 13/93 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la sentencia de esta misma Corte, en «Loayza Tamayo»), «ello no equivale a consagrar como deber de los jueces (argentinos) el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas (las recomendaciones de la Comisión Interamericana), de decisiones vinculantes para el Poder Judicial».

En términos todavía más amplios, la Corte Suprema argentina concluyó que «la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resolu-

²⁷ *La Ley*, 1996-E-409. V. también NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en *Jurisprudencia Argentina*, 1997-II-745.

²⁸ *Jurisprudencia Argentina*, 30/6/99, con notas de GERMÁN J. BIDART CAMPOS y SUSANA ALBANESE, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*; y NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de derechos humanos, en materia de interpretación de derechos humanos*.

ciones judiciales —equiparable al recurso de revisión— pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional».

El caso «Acosta» promueve varios interrogantes. El primero es si destruye o si complementa la doctrina del caso «Bramajo». Con el propósito de procurar en ensamble entre ambas sentencias, podría decirse que la tesis de que los jueces locales deben tomar como guía la interpretación de los derechos humanos que haga la Comisión Interamericana, sigue en pie, aunque (después de «Acosta»), debe entenderse que tal «guía» no impide que los jueces argentinos puedan ocasionalmente apartarse de las directrices hermenéuticas de la Comisión, dando —entendemos— razones de mucho peso para hacerlo²⁹. Lo que no sería válido es que ignorasen tales pautas exegéticas, o que las abandonasen con ligereza, sin graves motivos valederos.

Una duda importante es si «Acosta» implica poner en el mismo saco a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana y a los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El considerando 13 de dicha sentencia parece asimilar a ambos organismos, cuando señala que «la jurisprudencia internacional» no puede autorizar la revisión de las sentencias argentinas. Ello es preocupante, ya que si una sentencia de la Corte Interamericana concluye que un fallo de la Corte Suprema argentina viola el Pacto de San José de Costa Rica, el veredicto de la Corte Interamericana resulta obligatorio para el Estado argentino, quien está obligado a cumplirlo (art. 68 del Pacto), y en su caso deberá imaginar el procedimiento para efectivizar el decisorio de la Corte Interamericana, vía recurso local de revisión, o por otro conducto procedimental (en Argentina, una reciente ponencia presentada al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, de Pablo Manili, advierte sobre la necesidad de una ley reglamentaria en tal punto).

Fuera de los procesos específicos donde se pronuncie la Corte Interamericana, en los que como vimos tiene que ser inexorablemente obedecida, es evidente también que la doctrina que en ellos vierta en materia de interpretación de los derechos humanos enunciados en el Pacto³⁰, debe

²⁹ Es cierto que la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en «Loayza Tamayo» y en la opinión consultiva 13/93 se destaca que el Estado local debe realizar sus esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pero al mismo tiempo, de haber disimilitud de criterio entre la Comisión y el Estado, el asunto puede ser llevado ante la Corte Interamericana, la que, eventualmente, puede dar razón al Estado.

³⁰ Incluso las opiniones consultivas de la Corte Interamericana: cfr. JUAN CARLOS HITTELS, *Derecho Internacional de los derechos humanos* (Buenos Aires, 1993), ed. Ediar, t. II, pp. 499/500.

tener para los jueces domésticos (en otras causas que ellos deban resolver) un valor genérico muy relevante, casi incontestable, superior a los dictámenes de la Comisión Interamericana, precisamente por la condición que tiene la Corte Interamericana, según ya apuntamos, de intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica. En este punto, la «doctrina del seguimiento nacional» merece reafirmarse, y aclarar que «Acosta» no debe entenderse como un obligado recorte de «Ekmekdjian» o de «Giroldi», sino un aditamento (discutible, por cierto) a «Bramajo».

6. LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La reforma constitucional de 1994 introdujo significativas modificaciones al *status* de los tratados frente a la Constitución. Por un lado, declaró que los tratados y concordatos «tienen jerarquía superior a las leyes» (art. 75 inc. 22, primer párrafo). Por otro, dio rango constitucional a una serie de declaraciones, convenciones, pactos y un protocolo facultativo, en materia de derechos humanos, y permitió también que el Congreso, en el futuro, otorgase la misma jerarquía constitucional a otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara (art. 75 inc. 22, segundo y tercer párrafos)³¹.

El problema exegético que plantea la fórmula de «constitucionalización» de los mencionados tratados es doble: por un lado, se discute si forman o no parte de la Constitución, teniendo como tienen jerarquía constitucional. La incógnita puede ser meramente académica, pero ocasionalmente provoca otras secuelas. En rigor de verdad, el texto del art. 75 inc. 22 no dice que integren formalmente la Constitución, aunque sí «valen» jurídicamente como si fuesen texto constitucional.

Sin embargo —segunda duda— el nuevo art. 75 inc. 22 de la Constitución, cuando les da tal alcornica constitucional, dice; «tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta

³¹ Los documentos con nivel constitucional, así dispuesto por el constituyente, son la declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la declaración universal de derechos humanos; la Convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica); el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; el pacto internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo; la convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio; la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la convención sobre los derechos del niño. Por ley 24.824 se dio rango constitucional a la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos».

Tal redacción, notoriamente sibilina, fue producto de ciertas presiones habidas sobre la convención constituyente, con motivo del ejercicio del «derecho de réplica» (también llamado de «rectificación o respuesta»), que figura explícitamente en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, y que algunos sectores entienden que vulnera la libertad de expresión consagrada por el art. 14 de la constitución, en el sentido de significar una especie de censura previa (ella consistiría no en impedir publicar algo, sino en obligar a hacerlo al medio de difusión, esto es, a insertar en él la «réplica» o rectificación, afectándose así el derecho del medio a decir o a no decir lo que desee). Para quienes participan de esta tesis, el referido art. 14 del Pacto de San José resultaría inconstitucional, no obstante el rango constitucional de ese Pacto, al colisionar con el derecho a publicar ideas sin censura previa, consagrado por el art. 14 de la Constitución, y situado en la primera parte de ella. Un valioso precedente en favor de esta posición es el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en «The Miami Herald vs. Pat Tornillo», se inclinó por la incompatibilidad entre la constitución norteamericana y el referido derecho de réplica³².

Lo cierto es que la aludida redacción del art. 75 inc. 22 de la Constitución ha generado una variedad de posiciones doctrinarias. La *doctrina de los tres niveles de constitucionalidad* estima que como consecuencia del alambicado texto, hay tres grados jurídicos de constitucionalidad en Argentina: en primer término, la primera parte de la constitución. En segundo lugar, los tratados mencionados en el art. 75 inc. 22, que pueden derogar preceptos de la segunda parte de la constitución. En tercer término, la segunda parte de la Constitución. La *doctrina de la prioridad del mejor derecho*, sostiene que cabe hacer prevalecer, de haber conflicto, la cláusula que otorgue un derecho más generoso a la persona, esté en el tratado, en la primera parte o en la segunda de la Constitución. La *doctrina de la prevalencia de la Constitución* afirma que en todo caso tiene primacía la constitución, ya que la ley de convocatoria 24.309 de la reforma constitucional indicaba que la convención constituyente no podía alterar la primera parte de la Constitución, y ésta, en su art. 27, indica que los tratados que suscriba la República deben conformarse con los principios de derecho público de la Constitución (sin diferenciar en qué tramos de ella están tales principios)³³.

³² V. al respecto GREGORIO BADENI, *Libertad de prensa* (Buenos Aires, 1991), ed. Abeledo-Perrot, pp. 157 y ss.

³³ La doctrina que permite que un tratado «constitucionalizado» por el art. 75 inc. 22 de la Constitución prevalezca sobre la segunda parte de ésta, fue sostenida por el miembro coinformante del despacho mayoritario en la convención de 1994, Dr. Barra: cfr. *Dia-*

En el caso «Petric», fallado en 1998, la Corte tuvo que dirimir el problema de la constitucionalidad del citado derecho de réplica. La mayoría del tribunal entendió que dicho derecho era perfectamente compatible con la Constitución. Después de explicar que es necesario amalgamar la libertad de expresión con los derechos de la persona (que en el caso la réplica tiende a amparar, ya que implica una contestación del afectado sobre informaciones que reputa inexactas o agraviantes), recurrir a la doctrina del Tribunal Constitucional español, en el sentido que en el derecho de rectificación están interesados tanto el sujeto afectado por la noticia que le causa perjuicio, como la opinión pública toda, ya que permite acceder al resto de los habitantes a una versión diferente de los hechos publicados, y ello «favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad»³⁴.

Como dato complementario, es de apuntar que otros dos votos de jueces de la Corte, en «Petric», han continuado con lo que llamamos *doctrina de la verificación constituyente de compatibilidad* (sostenida igualmente por tres jueces de la Corte en el caso «Chocobar», y por cuatro en «Monges»)³⁵, en el sentido, afirman, que al dar el constituyente en 1994 rango constitucional a ciertos instrumentos internacionales, hizo en tal oportunidad un juicio de comprobación de la armonía entre tales documentos y la Constitución, dándolos por compatibles, y que por tanto, tal evaluación de la asamblea constituyente no debe después ser revisada por los poderes constituidos (entre los que se encuentra la Corte).

Lo cierto es que «Petric» define que la libertad de prensa no es un derecho absoluto (como ciertos tribunales y aún algunos de los jueces lo calificaron en algunos pronunciamientos), tesis que resulta provechosa, en aras de asegurar la convivencia de tal libertad con los otros derechos personales que enuncia la Constitución. Hemos dicho también que el Pacto de San José de Costa Rica, al incluir a la réplica como derecho o garantía, significa también una suerte de reglamentación, a nivel constitucional ahora en Argentina, del derecho de prensa, y que tal regula-

rio de Sesiones de la Convención Constituyente, versión provisoria, p. 2836. La doctrina de la prioridad del mejor derecho también fue explicada en la misma convención por el otro miembro coinformante, Juan P. Cafiero (*Diario de Sesiones...*, p. 2857), de lo que se infiere que los miembros coinformantes del mismo despacho suministraron tesis contradictorias. Sobre la primacía de la constitución sobre cualquier tratado «constitucionalizado», v. RICARDO RAMÍREZ CALVO, «La constitución reformada y los tratados internacionales», *La Ley*, 1995-B-773. Nos remitimos además a NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, «Constitucionalidad y extensión del “derecho de réplica”», en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-349.

³⁴ Cfr. *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-349.

³⁵ Sobre los casos «Chocobar» y «Monges», v. respectivamente *La Ley*, 1997-B-240 y 1997-C-143.

ción no es absurda, en tanto sea rectamente instrumentada³⁶. Por último, cabe constatar que la naturaleza bifronte del derecho de réplica que acepta la mayoría de la Corte (en el sentido que no implica solamente un derecho personal, sino algo que hace a todos los lectores, radioescuchas o televidentes de un medio de difusión), es por cierto muy ingeniosa y atrayente, aunque resulta dudoso que así se haya pensado al elaborarse el Pacto de San José de Costa Rica. De todos modos, una interpretación dinámica del Pacto puede descubrir con el tiempo nuevas facetas en un derecho, aunque ellas no hubiesen sido pensadas inicialmente por quien lo enunció.

7. EL HÁBEAS DATA, LOS DESAPARECIDOS Y LOS ORGANISMOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Un fallo igualmente reciente y de trascendencia política, a más de jurídica, ha sido el caso «Urteaga», donde se discutió la validez de la acción de hábeas data para averiguar el destino de sujetos desaparecidos durante el último régimen militar de 1976/83, comúnmente llamado «el Proceso»³⁷. Lo aquí decidido revive una de las páginas más dolorosas de la historia del país, donde se conjugan trágicamente la subversión con el terrorismo de Estado. Desde luego, el veredicto de la Corte puede impactar en los miles de casos ocurridos de desaparición forzada de habitantes.

El hábeas data tuvo tratamiento constitucional en la enmienda de 1994, que lo programó como una variable de la acción de amparo. El nuevo art. 43 dispuso que «Toda persona podrá interponer esta acción (está hablando del amparo) 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 aquéllos». La norma agregó que mediante este proceso constitucional no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Lo discutido en este tema ha sido si el hábeas data puede ser idóneo para requerir información, por parte de una persona viva, respecto de parientes desaparecidos, presumiblemente muertos. El hábeas data se planteó contra diferentes entidades oficiales: el Estado Nacional, el Es-

³⁶ En cuanto las restricciones que por razones constitucionales o de política legislativa cabe imponer al ejercicio del derecho de réplica, derivamos al lector a nuestro trabajo indicado en nota 29.

³⁷ Consiste esta denominación en una abreviatura de tipo irónico, con relación al título que se autoatribuyó el gobierno de facto: «Proceso de reorganización nacional».

tado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. El obstáculo principal consiste en que el art. 43 de la constitución, según puede desprenderse de su lectura, plantea la acción *intuitu personae*, vale decir, ejercitable solamente por la persona afectada, respecto a los registros que obren en un banco de datos, «a ella referidos». En la hipótesis a que aludimos, el individuo vivo requiere datos respecto a otra persona, la desaparecida.

En «Urteaga», un hermano de un desaparecido (presuntamente abatido el 19 de julio de 1976, según la información oficial), demandó información sobre su hermano. Se trataba, entonces, de un hábeas data del tipo meramente «informativo»³⁸. La sentencia de la Corte Suprema, del 15 de octubre de 1998, hizo lugar unánimemente al pedido de informes, aunque con distintos y divididos fundamentos.

Un grupo de jueces de la Corte (Nazareno, Moliné O'Connor), entendió que el hábeas data era viable. Sostuvo que al no estar todavía reglamentado por ley, el hábeas data debía ser interpretado flexiblemente por los jueces, y dado que la futura ley podía eventualmente admitir el planteo de uno como el aquí presentado, que no colisionaba necesariamente con el texto constitucional (el citado art. 43), debía admitírsele judicialmente, al ser, cabe repetirlo, una variable de posible regulación legislativa.

El voto del juez Petracchi aceptó también el hábeas data argumentando que el actor, hermano del desaparecido, tenía un derecho personal a averiguar el destino de este último, como parte del derecho del individuo vivo a su intimidad, a su identidad y estado de familia, y a reconstruir su propia historia, a guardar duelo y a enterrar a los propios muertos, o sea, a los parientes cercanos.

El voto del juez Boggiano se inclinó a una amplia admisión del hábeas data. El del juez Vázquez, por su parte, al ocuparse del tema de la legitimación activa, observó que si bien el hábeas data es ejercitable solamente por la persona involucrada en los datos a obtener, si ésta se encuentra presuntamente fallecida, el derecho a la intimidad del posible muerto (que es el protegido por dicha acción) se traslada a su grupo familiar directo, cuyos miembros pueden entonces articular válidamente el hábeas data. Para el citado vocal de la Corte, los vínculos familiares en

³⁸ Respecto al caso «Urteaga», v. *Jurisprudencia Argentina*, 1999-I-20, con nota de EDUARDO A. ZANNONI, *La acción de amparo y la tutela efectiva de los derechos humanos* (quien entiende igualmente que la ruta procesal correcta en dicho caso era el amparo general, y no el hábeas data), y ALBERTO DALLA VÍA y MARCELA I. BASTERRA, *Hábeas data y otras garantías constitucionales* (Quilmes, Argentina, 1999), ed. Némesis, pp. 159 y ss. En cuanto los distintos subtipos de hábeas data en el derecho argentino (meramente informativo, autoral, finalista, aditivo, rectificador, reservador, cancelador, etc.), nos remitimos a nuestros *Elementos de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. 1, pp. 310 y ss.

cuyo marco los hombres desarrollan su vida de relación, provoca que el derecho a la intimidad del muerto «subsista en la memoria que de las personas fallecidas conservan los parientes». Por ende, reconoció legitimación procesal activa para promover el hábeas data que comentamos, al hermano del difunto Urteaga.

Pero otro sector de los vocales de la Corte Suprema (Belluscio, López) juzgó que el hábeas data del art. 43 de la constitución únicamente es planteable por el interesado directo en obtener la información requerida, conforme al texto transcripto. No obstante, y utilizando el adagio *iura novit curia*, hizo lugar a la pretensión informativa dentro de los marcos del amparo general. Al respecto, observó que el actor tenía derecho a esclarecer las circunstancias en que se produjo la muerte de su hermano, que integra su estado de familia, y que ello importaba un atributo de la personalidad del hermano vivo. Después de citar a los convenios de Ginebra concernientes a la averiguación del destino de desaparecidos, y en su caso de sus cuerpos, concluyó que si ello regía en los supuestos de conflictos armados internacionales, con mayor razón debían operar criterios similares para víctimas de conflictos armados en el orden interno de los países. De haber una negativa arbitraria o ilegítima en suministrar tal información, el amparo general (no el hábeas data) era el conducto adecuado para obtenerla, y así se hizo lugar.

En sentido relativamente similar, el juez Fayt consideró que el hábeas data «garantiza que el interesado —él y sólo él— tome conocimiento de los datos a él referidos y de su finalidad», motivo por el cual la pretensión esgrimida en «Urteaga» no podía tramitarse por tal figura procesal. No obstante, opinó que la petición del actor aludía en definitiva a ejercer el derecho constitucional a la información sobre los asuntos públicos, inherente al sistema republicano y a la publicidad de los actos de gobierno, preexistente a la incorporación del hábeas data en la constitución, y captado por los arts. 14 y 32 de ella. Para motorizar a tal derecho, era hábil la acción de amparo general. En definitiva, concluyó que aunque el promotor del hábeas data no tenía legitimación procesal para articularlo, cabía hacer lugar a lo impetrado por medio del amparo genérico.

A su turno, el juez Bossert reconoció en el accionante del hábeas data un derecho personal a promover una acción constitucional tendiente a averiguar información, en virtud de su derecho al duelo, a determinar su estado de familia y en su caso a enterrar el difunto, pero coincidió con los votos que abrían para efectivizar tal tutela a la ruta del amparo genérico, y no la del hábeas data, cuyo ejercicio cabe reservar solamente a la persona registrada. De todos modos, consideró procedente la acción, aunque a título, como se apuntó, de amparo general.

Una evaluación global del caso Urteaga alerta que lo más decisivo en el mismo era habilitar alguna acción constitucional tendiente a afir-

mar el derecho de un habitante a lograr información sobre el paradero de su hermano presuntamente abatido por las fuerzas de seguridad. Que ello fuese por vía del amparo general, o del hábeas data, resulta una cuestión accesoria. La Corte Suprema, con acierto, reconoció tal derecho y la necesidad de resolverlo por un conducto rápido.

Yendo al tema secundario (opción entre el hábeas data o el amparo general), el texto del actual art. 43 de la constitución nacional circunscribe el hábeas data solamente en favor de la persona cuyos datos obran en registros públicos, o privados destinados a proveer informes. En el caso Urteaga, esa persona había seguramente muerto. Por ende, el hábeas data no parece ser la vía adecuada, pero sí, de darse los demás requisitos exigidos por el art. 43 de la constitución nacional, el amparo general. Lo dicho no impide descartar que los herederos de un difunto así declarados legalmente, como continuadores jurídicos de la persona del fallecido, puedan ejercitar los derechos de éste y plantear en su favor un hábeas data, del mismo modo que lo continuarían procesalmente en un litigio donde el fallecido fuese actor o demandado.

En otro orden de ideas, «Urteaga» es un ejemplo del difícil concierto de opiniones que registran muchas sentencias de la Corte Suprema de Justicia argentina. En efecto: en favor de la admisibilidad de la información requerida, por medio del hábeas data, se pronunciaron cinco jueces, quienes lo hicieron de este modo: dos en un voto conjunto, y tres más, cada uno con su voto por separado. En pro de la admisibilidad de lo solicitado, pero a través del amparo general, hubo cuatro jueces: dos con un voto conjunto, y dos cada uno con su voto autónomo. En síntesis, puede reputarse que hubo mayoría de votos por de una tesis, y minoría por la restante, aunque todos acordes en la procedencia del reclamo sustancial del demandante, pero que no existió un criterio prevaleciente en ninguno de esos dos grupos. La disparidad de opiniones muestra, en última instancia, que no hubo un fundamento mayoritario sobre lo decidido, y por ende, impide afirmar cuál es la doctrina «de» la Corte sobre el punto. Vale decir, que medió mayoría en cuanto la parte resolutive del fallo, pero no en las motivaciones y bases de tal decisorio. Sobre este último tema, existieron siete posiciones diferentes.

Tal constatación es preocupante, ya que para la Corte Suprema son arbitrarias las sentencias que no cuentan con fundamentos concordantes en la mayoría de los miembros de un tribunal colegiado³⁹. Por ende, la Corte puede incurrir en la incoherencia de demandar a los jueces inferiores algo que ella no cumple debidamente, con el consiguiente descrédito para su propia doctrina jurisprudencial.

³⁹ Cfr. NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 2, pp. 337 y ss.

Poco después, en «Ganora» (sentencia del 16 de septiembre de 1999)⁴⁰, la Corte Suprema tuvo que expedirse, en un hábeas data conectado indirectamente con el tema de los desaparecidos, respecto de una petición de averiguación de información existente «en los registros policiales o de las fuerzas de seguridad y organismos de inteligencia». En las instancias judiciales previas a la Corte, se rechazó la acción por entenderse que según el art. 43 de la constitución nacional, la información requerida «debe ser pública o al alcance de los particulares», y que la obrante en fuerzas u organismos de seguridad no reviste tal carácter por obvias razones de seguridad nacional.

La mayoría de la Corte Suprema concluyó que según la constitución era factible requerir tal información a los organismos de seguridad; pero si éstos indicasen que en la especie estaba comprometida la defensa nacional, las relaciones exteriores, una investigación criminal o la seguridad en sí, debían invocar dichas razones que pudiesen impedir al legitimado acceder a ella (consid. 13).

La cuestión debatida es interesante, y al mismo tiempo abarca a un sinnúmero de personas. Para desmenuzarla, debe advertirse que el art. 43 de la constitución federal programa el hábeas data para auscultar informaciones «que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes». La duda en cuestión consiste en aclarar qué quiere decir el texto con la frase «registros o bancos de datos *públicos*». ¿Incluye solamente a los registros oficiales abiertos al público, o también a los oficiales reservados y secretos?

El informe en la convención constituyente del miembro informante del despacho mayoritario, convencional Díaz, no aclara debidamente el punto⁴¹. Tal exposición, en definitiva, es la vital para dilucidar el mensaje del texto constitucional, ya que las expresiones de otros convencionales podrán ser útiles, pero no evidencian, necesariamente, el criterio del autor de la norma.

Ahora bien: es notorio que el texto constitucional prevé el hábeas data contra dos tipos de registros: los «públicos», y los «privados destinados a proveer informes». A todas luces, la palabra «públicos» se contrapone

⁴⁰ Sentencia G 529, XXXIII.

⁴¹ Cfr. *Obra de la convención nacional constituyente. 1994* (Buenos Aires, 1997), Centro de Estudios jurídicos y sociales del Ministerio de Justicia de la Nación, t. VI, pp. 5858/9. Al respecto, las palabras del convencional Delich, al tratarse en la asamblea constituyente el despacho sobre hábeas data, aluden al tema de los archivos estatales comprometidos con el tema de la seguridad. Pero no obstante el interés que despiertan tales dichos, no es aceptable tomar la calificada pero particular opinión de tal convencional como necesario criterio de la mayoría de la asamblea. Distinto es el valor, desde luego, que merecen las expresiones del miembro informante del despacho mayoritario, sobre cuya exposición se votó favorablemente la iniciativa y que no fue objetado por quienes así lo hicieron.

aquí a la expresión «privados destinados a proveer informes», con lo que por registros «públicos», debe entenderse a los «no privados», vale decir, a los oficiales (o sea, a los de algún órgano estatal). En el lenguaje del art. 43 de la constitución, la expresión «registros públicos» refiere (como en el caso de las «autoridades públicas» aludidas en el primer párrafo del mismo art. 43, con relación al amparo general, del cual es una variable el hábeas data, situado en el tercer párrafo del mismo artículo), a «registros de autoridades estatales».

Si el hábeas data puede plantearse, entonces, contra autoridades estatales, es acertado concluir, como lo hace la Corte Suprema, que en principio todas ellas tienen legitimación pasiva en el hábeas data, dado que la constitución no distingue (al revés de lo que otras hacen) entre autoridades públicas (estatales) de ningún tipo.

Resta preguntarse, sin embargo, qué ocurre si un hábeas data se plantea tratando de obtener información calificada por la autoridad pública como confidencial, reservada o secreta, por distintos motivos (investigaciones judiciales en trámite, defensa nacional, seguridad del Estado, etc.). A falta de regulación legal sobre el tema, puede pensarse, como lo hemos propuesto anteriormente⁴², que atacando el amparo (del que, repetimos, el hábeas data es una variante) actos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, como lo indica el primer párrafo del art. 43 de la constitución, cada juez, al estudiar la procedencia de un hábeas data, tendrá que resolver si el cuestionamiento del organismo estatal a brindar la información solicitada por el promotor del hábeas data, según las ya citadas circunstancias vinculadas con la seguridad o con otro motivo plausible, importa o no arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

En tal sentido se inclina el fallo que apuntamos, postura que parece resolver razonablemente el tema, aunque desde luego una ley reglamentaria —todavía faltante— podría especificar con mayor detalle el asunto⁴³.

8. EVALUACIÓN

En términos generales, la jurisprudencia del último bienio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido interesantes avances en el área de las cuestiones políticas no justiciables, como juzgar en alguna medida la constitucionalidad de una reforma constitucional, o la elección

⁴² NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, 3.ª ed. (Buenos Aires, 1995), ed. Astrea, t. 3, p. 682.

⁴³ Sobre los proyectos de textos reglamentarios en materia de hábeas data y su planteo contra organismos de seguridad, v. ALBERTO DALLA VÍA y MARCELA I. BASTERRA, *ob. cit.*, pp. 135/7.

de los senadores nacionales, como así también la resolución de conflictos de poderes.

Sin embargo, esos brillos tienen contrastes opacos, sobre el resultado final de ese proceso, cuando se advierte en ciertos pronunciamientos una convalidación (por la mayoría de la Corte) de lo actuado por el Poder Ejecutivo o por el Senado, que no debió hacerse; o si se piensa que lo decidido en materia de reforma constitucional es hartamente opinable. Del mismo modo, la capacidad de la Corte para captar causas tramitadas ante tribunales inferiores, en los casos de conflictos de poderes, pudo expresarse con más cautela y dentro de pautas más severas. Al no haberse procedido así, la doctrina de la mayoría de la Corte cayó bajo el manto de sospecha de parcialidad, un estigma que sociológicamente ensombrece el juicio de mérito que pueda hacerse sobre su comportamiento.

En materia de decretos de necesidad y urgencia, la última jurisprudencia es alentadora, en particular sobre la evaluación judicial de su oportunidad. Y en cuanto a la doctrina del seguimiento nacional, respecto a los fallos y dictámenes de los órganos de la jurisdicción supranacional, tal corriente jurisprudencial de tipo «internacionalista» ha sufrido moderaciones que, aunque poco simpáticas, no son necesariamente negativas, si no se las exagera. En tal sentido, la amplitud de términos de «Acosta» debió dejar a salvo la obligatoriedad y ejecutividad en Argentina de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Respecto a la compatibilidad entre la Constitución y los tratados con nivel constitucional, la Corte ha realizado una sana tarea integradora, disipando un tema de fuerte controversia como es el derecho de réplica. Sin embargo, el debate no está concluido: en «Petric» solamente se dirimió una cuestión (la concordancia entre tal derecho y el de libertad de expresión). Cabe preguntarse cuál será el parecer del Tribunal en el caso en que detecte un verdadero conflicto entre lo dicho en uno de esos instrumentos internacionales, y la ley suprema. Si triunfa la tesis de «la verificación constituyente de compatibilidad», la respuesta será que nunca hay oposición entre ambas fuentes jurídicas; pero tal posición no es todavía netamente mayoritaria en la Corte.

En el caso de la averiguación de datos de desaparecidos, la respuesta de la Corte es provechosa, aunque emitida con votos dispersos que alertan sobre la necesidad de que el alto tribunal cumpla con lo que él exige a sus inferiores: la presencia de votos concordantes en la solución mayoritaria.