

TÍTULO UNDÉCIMO

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA ARGENTINA (II): JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

I. Anotación preliminar

Partiendo de la inexistencia de norma expresa que institucionalice el examen de la inconstitucionalidad omisiva en el orden federal argentino, en la presente parte de la indagación exploraremos algunos precedentes del repertorio jurisprudencial de la CSJN.

El citado segmento se vertebrará con tres capítulos: el I, referido a la jurisprudencia *negatoria* de la inconstitucionalidad por omisión; el II, sobre la jurisprudencia que, con matices, podríamos llamar *admisoria*; y el III, en el que relevaremos ciertos aspectos que se desprenden del recorrido por la jurisprudencia del Alto Tribunal.

II. Advertencia

A manera de digresión, pero para poner en su justa perspectiva la doctrina que surge de las sentencias por reseñar y su eventual pervivencia, debe recordarse que desde el dictado de muchas de aquellas se han producido numerosos cambios en la integración del Máximo Tribunal argentino.

Las modificaciones que generaron su *metamorfosis* se gestaron principalmente entre 2003 y 2004, impulsadas por el entonces presidente de la Nación Néstor Kirchner.

Antes de reseñar de modo sumario las variantes producidas en ese lapso, debe precisarse que en 2002 el ministro Maqueda se había incorporado al Tribunal durante la presidencia de Eduardo Duhalde, en remplazo del renunciante juez Bossert.

Señalado lo anterior, se observa que en junio de 2003 renunció a la Corte su hasta entonces presidente, Dr. Nazareno, a quien se le había promovido juicio político, siendo remplazado por el ministro Zaffaroni; la presidencia del Tribunal recayó en el Dr. Petracchi. Posteriormente, en octubre del mismo año, dimitió el Dr. López, sobre quien por entonces también pesaba un juicio político (y falleció luego de alejarse del Tribunal), resultando sustituido en julio de 2004 por la Dra. Argibay, quien falleció recientemente (10 de mayo de 2014). Por su parte, en diciembre de 2003 fue destituido el Dr. Moliné O'Connor y remplazado en junio de 2004 por la Dra. Highton de Nolasco (hoy vicepresidenta de la Corte). En septiembre de 2004, se retiró de su cargo el Dr.

Vázquez, movido por el juicio político en su contra, resultando sustituido por el Dr. Lorenzetti que ingresó a la Corte en diciembre de 2004 y la preside desde 2007⁶⁰⁶.

A su turno, en junio de 2005 el juez Belluscio renunció a su cargo con efecto a partir de 1 de septiembre del mismo año. Días después, concretamente el 28 del mismo mes, el ministro Boggiano fue relevado de su cargo por el Senado de la Nación como desenlace del enjuiciamiento político desarrollado en su contra. Estas dos vacantes no fueron cubiertas.

Debe consignarse que en fecha muy reciente (12 de octubre de 2014) se produjo el deceso del juez Enrique Petracchi. En consecuencia, la Corte está integrada actualmente (fines de 2014) con los siguientes cinco (5) ministros: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt (este juez pudo sobrevivir a los movimientos “sísmicos”, manteniéndose en su cargo desde 1983 cuando fue nombrado por el entonces presidente de la Nación Raúl R. Alfonsín), Maqueda y Zaffaroni.

Queda entonces el Tribunal con cinco (5) integrantes, que es el número institucionalmente fijado por la Ley N°26.183⁶⁰⁷. De cualquier modo, ello será por poco tiempo ya que el juez Zaffaroni ha presentado su dimisión y abandonará el cargo en enero de 2015, abriéndose un cono de dudas acerca de cuándo será cubierta la vacante que dejará, ya que al respecto se han generado posiciones divergentes entre el oficialismo y la oposición.

Efectuadas las precedentes aclaraciones y sin más prolegómenos, pasamos entonces al muestreo sentencial anunciado.

606 El 16 de octubre de 2012, la CSJN emitió la Acordada N° 19/12, por la cual se reeligió a los ministros Lorenzetti y Highton de Nolasco, respectivamente, como presidente y vicepresidente del Tribunal. El nuevo período comenzó el primer día de 2013 y se extenderá por tres años.

607 B.O. de 18 de diciembre de 2006.

CAPÍTULO

I

JURISPRUDENCIA NEGATORIA

I. Introito

El capítulo que comenzamos a desandar presenta dos partes: en la primera, se reseñará un conjunto de sentencias que muestran el temperamento reacio de la CSJN a admitir la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo y/o del Poder Ejecutivo; mientras que en la segunda, se ofrecerá un esquema de sistematización de algunos criterios plasmados por el Alto Tribunal en tales decisorios.

II. Elenco de fallos

En distintas épocas y con diversas integraciones de la Corte Suprema, tal posición refractaria se observa, *inter alia*, en los casos que se relevarán a continuación.

1. “Loveira”

En la presente causa⁶⁰⁸, de 7 de diciembre de 1911, la Corte sostuvo que los arts. 24, 67 [actual 75] y 102 [hoy 118] de la C.N. no habían impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento del “juicio por jurados”, así como el primero de los artículos nombrados no le fijó términos perentorios para la reforma de la legislación en todos sus ramos (consid. 2°).

Indicó, asimismo, que de los propios términos del art. 102 [actual 118] surgía que la creación del jurado no era obligatoria en Capital Federal (consid. 5°). Por último, expresó que si el preindicado art. 24 tuviera el alcance de hacer obligatorio el establecimiento del “juicio por jurados” para toda clase de delitos (de jurisdicción federal o local), habría que tenerse en cuenta lo manifestado en el consid. 2° y los antecedentes que marcaban que la Ley N° 483 sólo se refería a los delitos de jurisdicción federal, aceptando implícitamente las organizaciones judiciales existentes en lo relativo a juicios criminales (consid. 6°)⁶⁰⁹.

Como elemento ilustrativo, es de recordar que la plataforma fáctica de la cuestión era la siguiente: El Sr. Loveira acusó al director de una publicación, Sr. Eduardo T.

608 *Fallos*, 115:92.

609 En la misma fecha de “Loveira” (cuya carátula completa era “Don Vicente Loveira contra don Eduardo T. Mulhall por injurias y calumnias s/ Competencia”), se dictaron idénticas resoluciones en los procesos seguidos por los Sres. Valentín Santa María y Ezequiel Ramos Mejía contra el Sr. Eduardo T. Mulhall, por injurias y calumnias; realizándose sólo un breve agregado en el fallo recaído en el juicio propiciado por Ramos Mejía.

Mulhall, por calumnias e injurias. Dicha acusación se planteó ante el juez del crimen de la Capital Federal. El Sr. Mulhall opuso la excepción de falta de jurisdicción, sustentándose en que, de conformidad con los arts. 24, 32, 67 inc. 11 [hoy 75, inc. 12] y 102 [actual 118] de la C.N., sólo podía ser acusado ante el jurado. Tal excepción fue rechazada, ante lo cual se abrió la instancia extraordinaria planteada por el perdedor.

2. “Ministerio Fiscal c/ el Director del Diario ‘La Fronda’ s/ Desacato”

En la causa de mención⁶¹⁰, fallada el 25 de julio de 1932, la Corte (mimetizándose con la voz del Procurador General) mantuvo el criterio sustentado en sus precedentes y expuso que la C.N. no impuso al Congreso el deber de proceder de inmediato al establecimiento del “juicio por jurados”, que debía conocer en las causas de delitos cometidos por medio de la prensa; por tanto, el Congreso —como legislatura local— podía conferir jurisdicción a los tribunales del fuero común de la Capital Federal, los que devenían competentes a ese efecto.

Sucintamente, recordamos que el acusado planteó la excepción de falta de jurisdicción, basada en que debió ser acusado ante el “juicio por jurado”, la que —rechazada en ambas instancias inferiores— desencadenó la presentación extraordinaria ante la Corte Suprema.

3. “Tribuna Demócrata”

En el expediente del epígrafe⁶¹¹, cuya sentencia fue expedida el 9 de junio de 1947, en sentido convergente a lo indicado precedentemente, el Tribunal entendió que no habiendo impuesto la C.N. al Congreso la obligación de proceder de inmediato al establecimiento del “juicio por jurados”, aquel había podido conferir a los tribunales de justicia de la Capital Federal competencia para conocer en los delitos de desacato⁶¹² cometidos por medio de los diarios.

610 *Fallos*, 165:258.

611 *Fallos*, 208:21.

612 Ilustrativamente, recordamos que el delito de desacato fue derogado por el art. 2 de la Ley N° 24.198 (B.O. de 3 de junio de 1993). La extirpación de tal figura delictiva del sistema penal nacional (considerada incompatible con el art. 13 de la CADH) obedeció al resultado de una de las condiciones pactadas entre el periodista Horacio Verbitsky y el gobierno argentino en el marco de una solución amistosa producida ante la Comisión IDH.

En el Informe N° 22/94, Caso 11.012, Argentina, solución amistosa, de 20 de septiembre de 1994, la Comisión dio por culminado tal proceso de resolución amistosa y reconoció que el mismo había concluido a entera satisfacción de las partes y de la Comisión, habiéndose dado cumplimiento a los arts. 48.b y 49 de la CADH y 48 del Reglamento de la Comisión.

4. “Buosi, José”

Las instancias de mérito coincidieron en la denegatoria del amparo articulado por el actor, quien invocando lesión a los arts. 14, 17 y 19 de la C.N., alegaba ser arrendatario de un campo de 277 hectáreas (ubicado en la localidad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba) y que en el inventario de mejoras anexo al contrato, se le reconocía derecho al uso de una “aguada”; no obstante ello, dos personas cortaron los caños que proveían de agua al campo arrendado.

El accionante, esgrimiendo la jurisprudencia de la Corte establecida en el caso “Kot” (*vid. infra*), interpuso el recurso extraordinario, el que —en definitiva— fue rechazado por el Tribunal (el 18 de junio de 1959)⁶¹³, mas con distintos fundamentos por parte de sus integrantes.

Así, el ministro Orgaz sostuvo que el recurso de amparo, verdaderamente excepcional por su naturaleza y su fundamento, no podía ser utilizado cada vez que los contratantes discutieran el alcance de un contrato, y que aquel recurso no actuaba como una simple medida de no innovar, accesoria a una demanda judicial ya iniciada o que correspondiera iniciar, para lo cual carecería de toda justificación.

Por su parte, los ministros Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte expresaron escuetamente que, ante la situación jurídica sobre la que versaban las actuaciones, el demandante debió buscar la tutela jurisdiccional que pretendía, sujetándose a las disposiciones de forma prescritas por las leyes locales, por lo que —reenviando a lo que tales ministros habían manifestado *in re* “Kot”— entendieron que el remedio excepcional constituido por la demanda de amparo era improcedente⁶¹⁴.

Por último, en sustancioso voto y no obstante pronunciarse por la confirmatoria de la sentencia cuestionada, el juez Boffi Boggero (quien no intervino en la decisión recaída en “Kot”) delineó algunas pautas —a nuestro juicio— muy significativas.

En efecto, expuso que cuando un derecho constitucional era transgredido o, aun, en situaciones excepcionales, se alzase contra él una amenaza ilegal que lo pusiera en peligro efectivo e inminente, debían actuar las normas procesales sancionadas con ese objeto (remitiendo a *Fallos*, 242:300; 243:55 y 179, y los decisorios emitidos en “Gallardo, Antonio”, de 10 de diciembre de 1958 y “Artuso, José H.”, de 19 de los mismos mes y año, entre otros pronunciamientos), porque lo contrario llevaría al desconocimiento de las autonomías provinciales en esa materia y al imperio de

613 *Fallos*, 244:68.

614 Téngase presente que tales jueces votaron en disidencia en “Kot”, expidiéndose —contrariamente a la mayoría— por declarar improcedente el recurso extraordinario articulado por la parte actora.

la inseguridad jurídica, *pero si dichas normas no se habían dictado, el derecho cuyo amparo se reclamaba no podía quedar indefenso, ya que era imposible concebir un poder constituido que pudiera, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente* (para lo que reenvió a Fallos, 242:112).

Agregó que *admitir tal solución so color de que el Poder Judicial legislaría o de otros fundamentos semejantes, sería incompatible con una de las funciones de la Corte, la del control jurisdiccional* (para lo que remitió a Fallos, 242:73 y a su voto en la causa “Russo, Ángel y otra”, de 15 de mayo de 1959), y significaría desconocer que en esos casos se actuaría también “aplicando” una norma jurídica: la constitucional.

5. “Antonio M. E. Ruiz y otros c/ Nación Argentina”

Un grupo de docentes articuló una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la Nación para que cumpliera el mandato de la Ley N° 14.473⁶¹⁵ (arts. 6, inc. ‘b’, 38, 93 y concordantes), en lo referido a la fijación anual de los valores monetarios de los índices de remuneración. Entre otras apreciaciones, los demandantes sostenían que *la omisión del Ejecutivo* configuraba un acto lesivo susceptible del remedio excepcional del amparo (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 28, 31 y 32 de la C.N.).

Tal pretensión fue acogida estimatoriamente en primera instancia, ordenándose al Poder Ejecutivo que dentro del plazo de quince (15) días dispusiera lo conducente para la fijación y actualización de los índices de remuneración de los docentes y dictara las medidas necesarias para que las retribuciones resultantes se hicieran efectivas a sus beneficiarios.

Articulado el recurso de apelación por el representante del Ministerio Público del Trabajo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia y desestimó la acción.

Llegada la causa por vía recursiva a la CSJN, ésta confirmó (el 23 de agosto de 1963) la sentencia desestimatoria⁶¹⁶, sustentándose —*inter alia*— en que la mera petición de que se declarara que el incumplimiento de la Ley N° 14.473 violaba ciertas garantías constitucionales y que correspondía ordenar determinados actos a los Ministerios de Educación y de Economía no era susceptible de debate judicial, ya que de la sola prescindencia de efectos jurídicos de la actividad estatal (en el caso, la inactividad) no se llegaba a condenación alguna a favor de los actores sino y solamente a una declaración respecto de su alegado derecho (consid. 4°).

615 Publicada el 27 de septiembre de 1958.

616 Fallos, 256:386.

Concretamente y con tal argumentación, la Corte pretendía hacer aplicación de la jurisprudencia con arreglo a la cual el contenido de una causa de inconstitucionalidad no podía ser la sola declaración de ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias preexistentes, sino que, además, se requería que como consecuencia de ella, se llegase a dictar una sentencia de condena, o sea, que reconociera a favor de los accionantes un derecho concreto a cuya efectividad obstaban las normas impugnadas, conclusión que —sostuvo— debía admitirse respecto de la inactividad ejecutiva impugnada de inconstitucionalidad, porque —evocó— era principio que el control de constitucionalidad no autorizaba a la Corte a sustituir a los otros poderes del Gobierno en su función (cfr. *Fallos*, 237:24; 238:488; 239:260; 245:419) —ver consids. 2° y 3°—.

6. “Costa c/ Municipalidad de la Capital y otros”

El actor inició una acción resarcitoria a raíz de publicaciones periodísticas en las que se le atribuyó vinculación con hechos delictivos inexistentes. La sentencia de segunda instancia, revocando parcialmente la resolución del juez de grado, hizo lugar a la pretensión: admitió la responsabilidad civil, condenó a varios de los codemandados a la indemnización del daño moral e impuso la obligación accesoria de publicar la sentencia.

Dos de los condenados (Diario ‘La Razón’ y Editorial ‘Atlántida’) interpusieron sendos recursos extraordinarios que, al ser denegados, motivaron la queja de su parte y la radicación de los autos ante la Corte.

En el contexto de lo que aquí interesa (*aplicación del derecho de réplica, rectificación o respuesta aun sin ley interna del Congreso*), la mayoría de la Corte dijo, en su fallo de 12 de marzo de 1987⁶¹⁷:

“Que [...] a la luz de las normas vigentes en la legislación de fondo, resultaba procedente la reparación de los daños causados (arts. 1089 y 1090 del Código Civil)⁶¹⁸, toda vez que el ‘derecho de réplica o rectificación’ consagrado en la Convención sobre Derechos

617 *Fallos*, 310:508.

Votaron mayoritariamente los ministros Belluscio, Petracchi y Bacqué; por su voto se pronunció el juez Caballero, y en disidencia el ministro Fayt.

618 El art. 1089 del Código Civil dispone: “Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación”; y el art. 1090 *Ibid.*, establece: “Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este Capítulo”.

Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— aprobado por la Ley 23.054⁶¹⁹ no ha sido objeto aún de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno (art. 2); sin que exista obstáculo alguno de orden interpretativo en que, frente a la notable vinculación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor, este último encuentre una protección adicional en el art. 1071 bis CC.⁶²⁰ [Código Civil] que permite como forma de reparación no excluyente la publicación de la sentencia; conclusión particularmente válida en el caso, puesto que la figura penal análoga consagra también esta forma de tutela (art. 114 C.P.N.)⁶²¹ (consid. 16).

En otras palabras, pese a reconocer que el derecho de réplica había sido consagrado por un pacto internacional (y “aprobado por la Ley 23.054”), entendió que *no podía ser aplicado en virtud de la omisión de su reglamentación legal, situación que impedía el ingreso de la figura al “derecho positivo interno”*. Por ende, la Corte se vio “obligada” a buscar un sucedáneo para conferir suficiente resguardo a los (violados) derechos del actor.

7. “Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca y otro”

El demandante —se trataba de un religioso— instauró acción de amparo contra ‘Ediciones de La Urraca S.A.’ —editora de la revista ‘El Periodista de Buenos Aires’— y

619 B.O. de 27 de marzo de 1984.

620 El mencionado artículo prescribe: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

621 Dicha norma prevé: “Cuando la injuria o calumnia se hubiere propalado por medio de la prensa, en la Capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente Código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción”.

Al solo efecto ilustrativo vale recordar que, como consecuencia del fallo dictado en el citado “Caso Kimel vs. Argentina”, de 2 de mayo de 2008, la Corte IDH dispuso entre otras cosas que el Estado argentino debía *adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la CADH, de tal forma que las imprecisiones reconocidas (en punto a la deficiente regulación penal de la materia), se corrigieran para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afectaran el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.*

Como consecuencia de dicho pronunciamiento, se sancionó la Ley N° 26.551 (B.O. de 27 de noviembre de 2009), modificatoria del Código Penal, que intentó ajustar a los estándares internacionales los supuestos penales contenidos en los arts. 109 (calumnias) y 110 (injurias) de dicho Código.

Básicamente, la modificación normativa ha supuesto que ambas figuras sólo podrán generar la sanción de multa, advirtiendo respectivamente que en ningún caso supondrán delito de calumnia *las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*, y tampoco conformarán delito de injurias *los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.*

contra el director de la publicación, persiguiendo se los condenara a editar en la tapa y en la ‘sección política’ de aquella, la rectificación de una noticia —inexacta, a su juicio— aparecida en el N° 62, que lo vinculaba con un cierto complot y consignaba que había sido citado a declarar respecto del mismo.

Básicamente, su reclamo se sustentaba en que el derecho de réplica era una garantía constitucional implícita, no siendo escollo para su vigencia la falta de reglamentación legal.

En primera y segunda instancias, se acogió estimatoriamente el pedido del actor. Ante tal situación, los demandados interpusieron recurso extraordinario, el que al haber sido denegado motivó el recurso de hecho ante la Corte.

El fallo del Supremo Tribunal, dictado el 1 de diciembre de 1988, hizo lugar a la queja, declaró la procedencia del remedio federal y revocó el fallo puesto en crisis.

En lo que atañe al objeto de este análisis, la Corte —en la moción que encabeza el fallo— puntualizó⁶²²:

“Que si bien es cierto que el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la ley 23.054 —Pacto de San José de Costa Rica— establece que: ‘ Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley’, esta Corte ya se ha pronunciado respecto de que *la ausencia de reglamentación legal impide tenerlo como derecho positivo interno*” (consid. 7°).

“Que [...] reconocer un derecho a réplica en favor del actor, basado en el art. 33 C.N., significaría limitar sensiblemente los derechos expresamente reconocidos a la demandada por la Ley Fundamental, dejando, así, en manos de los jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, *sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención*” (consid. 11, primera parte).

“Que en el ‘sub examine’ no se trata de juzgar si el derecho de réplica es o no compatible con la Constitución Nacional, sino de un problema distinto, cual es el de apreciar si aquél está comprendido en las garantías no enumeradas a que alude el art. 33. La conclusión negativa para nada prejuzga lo concerniente a la compatibilidad con la Constitución de las normas legales que eventualmente

622 Fallos, 311:2553.

La mayoría quedó integrada por los jueces Belluscio y Bacqué. Concurrentemente, lo hizo el ministro Petracchi.

se dictaran en cumplimiento del art. 14.1. del Pacto de San José de Costa Rica” (consid. 12).

Sintéticamente, quedó claro que la Corte no sólo entendía que el derecho de réplica no integraba el orden jurídico-positivo interno argentino (*omisión legislativa mediante*)⁶²³, sino que aquel derecho tampoco fluía del citado artículo 33 constitucional, por lo que rechazó el amparo interpuesto por el Sr. Sánchez Abelenda.

8. “Ekmekdjian c/ Neustadt y otros”

Ambas instancias ordinarias habían resultado adversas a la pretensión del actor canalizada a través del amparo, quien buscaba obtener un espacio para ejercer su réplica respecto de las consideraciones vertidas por Arturo Frondizi —expresidente de la Nación—, en el programa televisivo ‘Tiempo Nuevo’, producido por los Sres. B. Neustadt y M. Grondona.

Frente a tal situación, el demandante dedujo recurso extraordinario —que fue concedido—, basando su crítica, sintéticamente, en que: el derecho de réplica es el efectivo ejercicio de la libertad de prensa para el ciudadano común, la que no debía quedar reservada a personas o empresas propietarias de medios de comunicación; el Pacto de San José de Costa Rica era operativo; el derecho de réplica se fundamentaba en el art. 33 de la C.N. y que era indiferente el hecho de no haber sido atacado directamente un derecho personalísimo del actor, pues de lo que se trataba era de proteger intereses difusos.

La Corte emitió su fallo el 1 de diciembre de 1988⁶²⁴, sosteniendo —en mayoría— lo siguiente:

“Que la importancia fundamental que la libertad de prensa posee para nuestro sistema democrático de gobierno, sumada a la necesidad de respetar celosamente el principio de legalidad previsto en el art. 19, determina que toda restricción de aquélla debe estar prevista expresamente en una norma jurídica sancionada por el órgano legislativo” (consid. 4°).

“Tal afirmación [relativa a que no puede aceptarse que el derecho de réplica se base en el art. 33 C.N., dado el carácter amplio e indefinido que posee el citado derecho] se ve ampliamente corroborada si se tiene en cuenta las dispares definiciones que se han dado del citado instituto. Así, mientras algunos —como el apelante— lo

623 Reiterando —en el particular— la doctrina sentada *in re* “Costa, Héctor R. c/ Municipalidad de la Capital y otros”.

624 *Fallos*, 311:2497.

En mayoría se pronunciaron los ministros Petracchi y Bacqué y en voto concurrente el juez Belluscio.

consideran como un medio destinado a impedir el monopolio de los medios de difusión por parte de intereses económicos carentes de representatividad, otros sostienen que su objetivo principal es el de reparar las ofensas dirigidas al honor de personas determinadas” (consid. 5°).

“Que [...] esa falta de un criterio unívoco sobre los alcances del derecho invocado y la consecuente inexistencia a su respecto de pautas susceptibles de ser determinadas o interpretadas judicialmente, [...] *impide*, además de los argumentos ya señalados, *tener a aquél como incorporado implícitamente a nuestro derecho positivo*” (primera parte del consid. 6°).

Por su parte, en su voto concurrente el juez Belluscio puntualizó:

“Descartado que el derecho ‘sub examine’ pueda considerársele como una de las garantías comprendidas en el art. 33 C.N. [...] *no puede encontrarse operatividad directa a tal derecho en el marco del citado pacto* [se refiere al de San José de Costa Rica] —que integra el derecho argentino— pues aquél lo remite a ‘las condiciones que establezca la ley’ (art. 14.1.), de manera que *mientras tal ley no sea dictada no podrá adquirir operatividad*. En tanto ello no ocurra —cuestión ésta de política legislativa, ajena a los órganos jurisdiccionales—, rige el principio de reserva consagrado por el art. 19 C.N., según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda” (parte *in fine* del consid. 4°).

Surge con claridad que la Corte reitera en el particular sus fallos anteriores “Costa” y “Sánchez Abelenda”, envolviendo argumentalmente su decisión en las siguientes pautas: el derecho de réplica no integraba el orden jurídico-positivo interno (ni lo integraría si no mediaba una ley que lo desarrollase endógenamente)⁶²⁵; tal derecho tampoco podía inferirse de la cláusula constitucional que —genéricamente— se refería a los derechos implícitos (art. 33); y la operatividad que otorgara fuerza a la réplica no podría ser ejercida desde el Poder Judicial, pues se trataba de una cuestión de política legislativa, ajena a la competencia de los órganos jurisdiccionales.

Más adelante veremos cómo, afortunadamente, se modificó este criterio retardatario. El *turning point* en la jurisprudencia argentina sobre la materia se produjo en el trascendente caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho”, de 7 de julio de 1992.

9. “María Cristina Pupelis y otros”

A) Contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que había declarado la inconstitucionalidad del art. 38 del

625 Consids. 3° de la mayoría y 4° del ministro Belluscio.

Decreto-Ley N° 6.582/58⁶²⁶ y admitido el recurso de revisión interpuesto por dos de los condenados y reducido la pena a ellos impuesta en calidad de autores del delito de robo calificado por el uso de armas, el Fiscal de Cámara dedujo recurso extraordinario, el que, al ser denegado, motivó la queja que pasó a resolver la Corte.

El Alto Tribunal recordó que la sentencia dictada por la Cámara *a quo* remitía a los argumentos de la mayoría de la Corte en la causa “Martínez, José Agustín s/ Robo calificado”⁶²⁷, de 6 de junio de 1989. En ella, los fundamentos para declarar la inconstitucionalidad del art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58 reposaron en la violación de la igualdad ante la ley, en cuanto arbitrariamente se otorgó protección especial a los automotores, excluyendo irrazonablemente de la figura agravada a otros obvios e innumerables objetos que tenían igual o mayor valor económico, y en la desproporción de la pena amenazada para el robo de automotor con armas, pues partía de un mínimo que no sólo excedía notoriamente al correspondiente a igual delito perpetrado sobre todos los demás objetos muebles, sino que llegaba a ser más grave que la pena mínima establecida para el homicidio simple.

A pesar de lo resuelto en la causa mencionada en el párrafo anterior, en “Pupelis”⁶²⁸ la Corte decidió por mayoría, el 14 de mayo de 1991, admitir la queja, revocar la sentencia apelada y defender la constitucionalidad de la norma impugnada, precisando que aun cuando se admitiera el criterio de que el legislador habría *omitido* dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no era posible que el Tribunal interviniera toda vez que en tales casos no se trataba de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional, sino, a lo sumo, de un

626 B.O. de 22 de mayo de 1958. Tal Decreto-Ley fue ratificado por la Ley N° 14.467 (B.O. de 29 de septiembre de 1958).

En función del art. 166, inc. 2°, del Código Penal, el art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58, ratificado por la Ley N° 14.467, disponía que si el robo de un automotor se cometiere con armas, se aplicaría reclusión o prisión de nueve (9) a veinte (20) años [actualmente el art. 166 del Código Penal estipula penas que van de cinco (5) a quince (15) años, de conformidad con lo determinado por el art. 1 de la Ley N° 25.882, B.O. de 26 de abril de 2004].

La Corte observa que según se infiere del mensaje que acompañaba al texto de la normativa en cuestión, “para elevar la escala penal de las figuras previstas en el Código, se tuvieron en cuenta la movilidad propia de estos vehículos —que no tienen otros bienes muebles— y el elevado valor económico que representaban —generalmente también superior al de aquéllos—; buscándose revertir el incremento en las sustracciones de automotores observado, que encontraba su causa principal en la facilidad que se ofrecía a los delincuentes para su comercialización, tanto como en la desprotección en la que comúnmente se hallan por la necesidad de ser dejados en la vía pública o en lugares librados, en mayor o menor medida, a la confianza pública” (consid. 3°).

De cualquier modo, debe dejarse consignado que el art. 38 (entre otras normas) del Decreto-Ley N° 6.582/58, ratificado por la Ley N° 14.467, fue derogado por la Ley N° 24.721 (B.O. de 18 de noviembre de 1996).

627 *Fallos*, 312:826.

628 *Fallos*, 314:424.

conflicto de normas de igual rango respecto del cual le estaba vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante (consid. 9°).

A aquel tramo del razonamiento, la posición mayoritaria le adosó un nuevo eslabón argumental consistente en afirmar que *la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos*, puesto que en tal caso la sentencia de la Corte no tendría por fin descalificar una incriminación legislativa de conductas, sino, antes bien, imponer al Poder Legislativo la incriminación de otras conductas en la misma medida que la descalificada, *sometiendo a dicho Poder a los propios criterios de la Corte acerca de qué conductas debían ser declaradas delictivas y cómo debían ser punibles, lo que repugnaba a la organización constitucional del poder de la República* (id. consid.).

La mencionada mayoría del Tribunal estuvo compuesta por los ministros Cavagna Martínez, Barra, Belluscio, Nazareno y Moliné O'Connor.

B) A su turno, por su voto lo hizo el juez Levene (h.), quien si bien arribó a idéntica solución que la mayoría, *se animó a postular que se oficiara al Poder Legislativo a fin de que contemplara la reforma de las escalas penales del aludido art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58, con el objeto de evitar que su severidad pudiera derivar en condenas que excedieran las necesidades de política criminal*.

C) Por último, en disidencia conjunta se pronunciaron los jueces Fayt y Petracchi, quienes proponían hacer lugar a la queja y confirmar la sentencia apelada, en tanto las cuestiones propuestas eran sustancialmente análogas a las resueltas por la mayoría de la Corte en el indicado caso “Martínez, José Agustín s/ Robo calificado”. En otras palabras, mocionaban la confirmación de la sentencia del *a quo* y, consiguientemente, de la inconstitucionalidad de la norma opugnada.

D) Para finalizar y con cargo de retomar argumentalmente el tema más adelante, sólo adelantaremos aquí que no cabría intuir en el criterio de la mayoría una especie de principio general negatorio de la procedencia del control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas, sino —y únicamente— la imposibilidad de hacerlo en el caso en cuestión y a causa del tipo de conflicto normativo que se presentaba ante el Tribunal: disposiciones de igual rango, lo que suponía que no estaba en juego la violación de la igualdad ante la ley u otro principio constitucional.

10. “Eulogio Frites y otra c/ Poder Ejecutivo Nacional —Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto—”

En breves palabras, los presentantes (Eulogio Frites y América Angélica Alemán de Barrera) “en nombre de los Pueblos Indígenas, sus organizaciones y comunidades”

interpusieron una acción de amparo solicitando se fijara un plazo al Poder Ejecutivo Nacional para enviar los documentos de depósito de ratificación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT⁶²⁹ (Convenio N° 169 de la OIT), que había sido aprobado por el Congreso argentino por medio de la Ley N° 24.071⁶³⁰.

Tal petición fue acogida en primera instancia, aunque con alcance diverso de la pretensión actora, lo que motivó que ambas partes (accionante y demandada) apelaran, obteniendo de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal la revocación de dicho pronunciamiento y la declaración de improcedencia de la acción. Contra tal sentencia, los actores interpusieron el recurso extraordinario, cuya desestimación originó la queja.

La causa fue resuelta el 4 de diciembre de 1995⁶³¹. La mayoría del Tribunal (integrada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Levene [h.] y Bossert) declaró inadmisibile, en los términos del art. 280⁶³² del C.P.C.C.N., el recurso extraordinario cuya denegación motivara el recurso de hecho.

De tal criterio se separó el ministro Boggiano, quien en su disidencia mocionó hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, pero confirmar la sentencia apelada. Se sustentaba en que la ratificación de un tratado es indudablemente un acto internacional vinculante para el Estado y distinto de la aprobación por el Poder Legislativo, la que sólo implica autorizar al Ejecutivo a ratificar el tratado en sede internacional, por lo que la participación del Congreso, aunque necesaria, no era definitiva. Por tanto, sostuvo que es atribución del Poder Ejecutivo asumir para la Nación, por ratificación, obligaciones internacionales con el alcance del art. 75, inc. 22, de la C.N., es decir, con primacía sobre las leyes.

11. “D. de P. V., A. c/ O., C. H.”

A) En la sentencia recaída en tal caso⁶³³, de 1 de noviembre de 1999, la mayoría de la Corte se movió al compás de ciertas ráfagas anacrónicas, ya que —pese a algunas

629 A título informativo debe señalarse que recién más de ocho (8) años después de la aprobación de tal convenio por el Congreso nacional (20 de abril de 1992), el Poder Ejecutivo procedió a depositar en Ginebra el instrumento de ratificación internacional (el 3 de julio de 2000). La citada ratificación hizo que ese compromiso internacional entrara en vigor para Argentina en julio de 2001, o sea, doce (12) meses después del registro de aquella, conforme al art. 38, inc. 2°, del propio convenio.

630 B.O. de 20 de abril de 1992.

631 *Fallos*, 318:2513.

632 Norma que, en la porción que aquí interesa (parte *in fine* del párrafo 1°), faculta a la Corte —según su sana discreción y con la sola invocación de la norma en cuestión— a rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

633 *Fallos*, 322:2701.

notables disidencias⁶³⁴— se abstuvo de analizar el desfase del art. 259 del Código Civil⁶³⁵ (texto según la Ley N° 23.264⁶³⁶) *vis-à-vis* la reforma constitucional de 1994, que —como se sabe— adjudicó jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales, en consecuencia, valen tanto como la propia Carta fundamental. Entre ellos, cabe apuntar a los efectos del presente supuesto, a la CADH, la CETFDCM y la CDN.

La cuestión bajo examen involucraba interesantes aspectos relacionados con la desvirtuación de una norma prerreforma constitucional, frente a la nueva textura jurídico-axiológica inoculada por la modificación producida en 1994; la *falta de adecuación de aquella por parte del legislador*; y, entre otros aspectos, el de la *posible corrección jurisdiccional* de semejante situación inconstitucional.

El *quid* del problema radicaba en la legitimación activa para articular la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y la *exclusión normativa que padecía la madre del menor para plantearla*.

La CSJN no aprovechó una interesante ocasión para enmendar la situación discriminatoria provocada por la norma desfasada. Contaba con un abanico de opciones para hacerlo.

Una de ellas consistía en corregir *per se* el desenfoque del art. 259 del Código Civil frente a la innovación constitucional de 1994, dictando una *sentencia con contenido aditivo*, aplicable sólo al caso concreto y autorizando la participación en éste de la progenitora del menor. Paralelamente, podría haber exhortado al legislador (con o sin determinación de plazo) para que, ya con carácter general, subsanara el incumplimiento *de su deber de adaptar o 'aggiornar' tal precepto* a la nueva textura jurídico-axiológica instilada por aquella reforma.

Mutatis mutandis, ROLLA precisa que diversos jueces constitucionales han podido depurar el ordenamiento al derogar las disposiciones preconstitucionales

634 La composición de los votos para dirimir el recurso intentado, en el seno del Alto Tribunal, fue la siguiente: la mayoría estuvo integrada por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio y Boggiano. Existió una disidencia conjunta de los jueces Petracchi y Bossert y un voto disidente individual del ministro Vázquez.

635 Tal norma dispone: "La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. "En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido".

636 B.O. de 23 de octubre de 1985.

incompatibles, recurriendo —sobre todo cuando estaban en juego derechos fundamentales de la persona— a la noción de “inconstitucionalidad sobrevenida”⁶³⁷.

El citado autor reenvía a los ejemplos de: la *República Federal Alemana*, cuyo artículo 123 constitucional establecía que las leyes anteriores a la primera reunión del *Bundestag* permanecían en vigor siempre que no fueran incompatibles con la Ley fundamental; *Italia*, donde el juez constitucional admitió —desde su primera sentencia en 1956— su propia competencia para controlar las leyes anteriores a la Constitución, declarando su ilegitimidad constitucional; y *España*, contexto en el cual el Tribunal Constitucional ha afirmado que el contraste entre norma constitucional y ley ordinaria preconstitucional determina la inconstitucionalidad sobrevenida de la última de las nombradas, invalidándola. Además y sin abandonar el marco del derecho español, pone de manifiesto que el Tribunal también ha consentido que el juez ordinario pueda no aplicar las normas preconstitucionales que entran en contradicción con la Constitución, sin necesidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁶³⁸.

En un contexto de una magnitud tal que imponga al legislador el deber de adecuación normativa como consecuencia de la modificación de las circunstancias determinantes de la cláusula en cuestión, el quebrantamiento de la *obligación legislativa* de salvar la carencia o el déficit de perfeccionamiento anunciados asume particular importancia jurídico-constitucional porque de tal inercia resulta una situación contraria a la Constitución, que obstaculiza la efectivización de derechos fundamentales conectados con eminentes valores que ésta prohija.

La estrechez normativa que en materia de legitimación activa ofrecía el precepto del Código Civil —al no acordársela a la progenitora para deducir la acción de impugnación de la paternidad matrimonial—, resultaba inconstitucional (e inconvencional a la luz de los nuevos parámetros internacionales), por quebrantar disposiciones de la Norma superior (e.g., el art. 75, inc. 23⁶³⁹) y cláusulas expresas de ciertos compromisos convencionales con valencia constitucional (v. gr., el art. 16, inc. 1º, ap. ‘d’, de la CETFDCM y los arts. 2, inc. 1º; 3, inc. 1º; 4; 7, inc. 1º; 8; 12 de la CDN).

B) Para concluir, es conveniente recordar que recientemente se ha sancionado la Ley N° 26.994 (publicada el 8 de octubre de 2014), aprobatoria del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigor el 1 de enero de 2016 (aunque hay alguna iniciativa oficialista para adelantar la fecha de comienzo de vigencia del

637 ROLLA, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, Serie Ensayos Jurídicos, N° 7, IJ de la UNAM, México, D.F., 2002, p. 164.

638 *Ibid.*, pp. 164-165.

639 En el tramo que aquí interesa (párrafo 1º), dicha norma estatuye que corresponde al Congreso de la Nación “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

código). Fue impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional y redactado en su momento por la Comisión de Reformas presidida por el Dr. Ricardo L. LORENZETTI e integrada además por las Dras. Elena HIGHTON DE NOLASCO y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI. El art. 590 del nuevo código (bajo el rótulo de “Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y Caducidad”), prevé lo siguiente:

“La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

“El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

“En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado”.

Pese a las múltiples modificaciones de las que fue objeto el proyecto original de código en el Congreso de la Nación⁶⁴⁰, la citada cláusula logró mantenerse con vida. Instrumenta una visión más amplia en materia de legitimación procesal activa y queda en línea con los requerimientos, principios y valores de la Carta magna y el derecho internacional de los derechos humanos.

12. “Felicetti, Roberto y otros”

A) Esta causa⁶⁴¹, resuelta el 21 de diciembre de 2000 y públicamente conocida como una de las vinculadas con el copamiento de ‘La Tablada’, se enmarca en un complejo cuadro jurídico-fáctico.

En efecto, sintéticamente presentada, la historia cuenta que el lunes 23 de enero de 1989 un grupo de militantes del “Movimiento Todos por la Patria” (MTP) ingresó al Regimiento de Infantería III situado por entonces en la localidad de La Tablada (Provincia de Buenos Aires), alegando que —con ello— pretendía evitar un presunto golpe de Estado a manos de militares “carapintadas”. La acción duró 24 horas, lapso

640 El proyecto original puede verse en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

641 *Fallos*, 323:4130.

El sentido de los votos emitidos fue el siguiente: por la mayoría, se expidieron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez; además, hubo sendas disidencias de parte de los jueces Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert.

en el que murieron veintiocho (28) incursores y once (11) integrantes de las fuerzas de seguridad.

El 5 de octubre de 1989 y en única instancia, la Cámara Federal de San Martín (Provincia de Buenos Aires) expidió la sentencia condenatoria, aplicando la denominada “Ley de Defensa de la Democracia”⁶⁴² (Nº 23.077), aunque ya regía en el país la CADH (aprobada por Ley Nº 23.054), cuyo art. 8.2.º h) reconoce a todo condenado el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Tal situación provocó que la Comisión IDH emitiera dos recomendaciones: la primera, en el Informe 55/1997 (Caso 11.137, “Abella, Juan C.”) y, la segunda, en fecha 11 de diciembre de 2000, urgiendo la aplicación de la precitada norma de la Convención⁶⁴³.

En el año 2000, la Cámara Federal de San Martín concedió a los condenados el recurso de revisión (establecido en el art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación —C.P.P.N.—) ante la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II), la que rechazó el recurso aduciendo que no se hallaba legalmente previsto para impugnar la condena y que, además, al momento en que se dictó dicho fallo la propia Cámara Nacional de Casación Penal aún no existía.

Los condenados omitieron deducir recurso extraordinario federal contra el pronunciamiento desestimatorio de la Cámara Nacional de Casación Penal, aunque sí lo hizo el Estado nacional por medio del Procurador del Tesoro, cuya presentación fue declarada inadmisibile, dando lugar, así, a la articulación del respectivo recurso directo ante la CSJN.

B) El Alto Tribunal, al influjo del voto mayoritario, *perdió una valiosa oportunidad para corregir una omisión inconstitucional (e inconvencional) del Congreso de la Nación o del Poder Ejecutivo*, además de desandar parte del provechoso camino abierto en “Giroldi, Horacio D. y otro”⁶⁴⁴, de 7 de abril de 1995.

642 B.O. de 27 de agosto de 1984.

643 Entre los diversos aspectos abordados por las recomendaciones formuladas al Estado argentino por la Comisión, en cuanto a lo que aquí interesa, expresó: “Que en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los arts. 2 y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la Ley 23.077”.

644 *Fallos*, 318:514. Firmaron el decisorio los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano.

En tal pronunciamiento declaró la inconstitucionalidad del inc. 2º del art. 459 del C.P.P.N., en cuanto vedaba la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena, en tanto ella no resultaba adecuada a la exigencia de doble instancia contenida en el art. 8.2.º h) de la CADH (consid. 10).

Además, dejó en claro que la Cámara Nacional de Casación Penal fue creada para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad —y aun de revisión— de las sentencias que dictaran

Es que por medio de una adecuada interpretación del art. 2 de la CADH y apelando a una de las *medidas de otro carácter* a que dicha norma alude (categorización en la que quedan incuestionablemente subsumidas las *sentencias judiciales*), bien pudo expedir una resolución que garantizara la existencia de un recurso jurisdiccional para dar operatividad al derecho que con algún matiz lingüístico diferencial prefiguran los arts. 8.2.‘h’ de la CADH y 14.5 del PIDCP (doble instancia), instrumentos —ambos— recipiendarios de valía constitucional.

Además y como se ha afirmado, *la vía judicial surgía como un camino posible para salvar la inconstitucionalidad por omisión*, en tanto correspondía a los jueces (en un sistema institucional como el argentino) actuar como custodios de la Ley fundamental y controlar las inconstitucionalidades, aun omisivas, lo que no importaba exclusivamente un derecho para los magistrados, sino un deber institucional⁶⁴⁵.

En el concreto caso de autos, según se sostuvo, el operativo consistía en “habilitar una escalera procesal para cumplir con un pacto internacional de urgente satisfacción y clara definición jurídica, y el uso analógico de un recurso preexistente (el de revisión), se vislumbraba como una respuesta jurídica aceptable, dentro de las diferentes alternativas que brinda un proceso de integración de la norma legal faltante”⁶⁴⁶.

El voto mayoritario, respecto del que puede contabilizarse como elemento positivo el hecho de no haber declarado liminarmente inadmisibles la intervención del Procurador del Tesoro de la Nación al articular la queja frente a la denegatoria de su recurso extraordinario federal, quedó —no obstante— sumergido en las redes del formalismo dialéctico.

Se vio superado por las agudas disidencias individuales de los ministros Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert, mociones estas últimas que confluyeron en la declaración

—sobre los puntos que hacían a su competencia— tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional (consid. 9°).

Aclaró asimismo que el recurso extraordinario no constituía un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debía observarse dentro del marco del proceso penal, como garantía mínima para toda persona inculpada de delito (consid. 8°).

Por lo demás, afirmó que la expresión *en las condiciones de su vigencia* bajo la que adquiere jerarquía constitucional la CADH (cfr. art. 75, inc. 22, 2° párrafo, de la C.N.), significa el modo como ella rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y la aplicación de la Convención (cfr. arts. 75 de la C.N., 62 y 64 de la CADH y 2 de la Ley N° 23.054) —consids. 11 y 5°—.

645 SAGÜÉS, Néstor P., “Un caso de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 2001-III, Buenos Aires, p. 1292.

646 Ídem.

de procedencia del recurso extraordinario y en la consecuente revocación de la sentencia emitida por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal que —como anunciábamos— había rechazado el recurso de revisión de las condenas impuestas por la Cámara Federal de San Martín a los actores, bajo el imperio del art. 87 de la Ley N° 23.077, que en la práctica vedaba la posibilidad de recurrir ante el precitado tribunal casatorio, tópico que aloja el núcleo del punto sometido a la elucidación de la Corte.

C) Luego de dejar en claro la relevancia institucional de la cuestión sobre la que correspondía a la Corte pronunciarse, pero antes de expedirse por la necesidad de admitir la procedencia formal del recurso de revisión articulado, aun cuando el planteo no pudiera quedar subsumido en alguno de los supuestos del art. 479 del C.P.P.N., el juez Fayt en su disidencia subrayó que la interpretación que propiciaba tendía “a hacer efectivos derechos de rango superior frente a inexcusables *omisiones legislativas*”, lo que se inscribía en el marco del ejercicio “de la función esencial del tribunal, como garante de los derechos y garantías constitucionales, por sobre las limitaciones que impiden su cabal vigencia”⁶⁴⁷.

En dirección afín, la divergencia del ministro Boggiano apuntó a dejar en evidencia que “al tiempo de las condenas asistía a los encartados el derecho de recurrir a un tribunal superior, *derecho que no pudieron ejercer ante la omisión legislativa en reglamentarlo*” (consid. 10). Añadió más adelante (consid. 18), que ante la *omisión del legislador en dictar la ley reglamentaria*, la pretensión de los condenados de dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por medio del recurso reglado por el art. 479 del C.P.P.N. significó el ejercicio del derecho constitucional “de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior” (art. 8.2.‘h’ de la CADH), por lo que se imponía aplicar la doctrina del precedente de *Fallos*, 322:2488⁶⁴⁸ a fin de que la Cámara Nacional de Casación Penal subsanara el menoscabo al derecho a la doble instancia, pues de otro modo, se generaría una restricción de la libertad de defensa contraria a la comprensión que de este derecho debía hacerse a la luz de los arts. 18 y 75, inc. 22, de la C.N., y 8.2.‘h’ de la CADH.

647 Las referencias a la disidencia del ministro Fayt transcritas en el texto, constan en la parte final del consid. 5°.

648 Se trata del caso “Enrique Haroldo Gorriarán Merlo y otra”, de 19 de octubre de 1999, en el que la Corte entendió aplicable el estándar de “Gioldi”, que determinaba que la forma más adecuada para asegurar en la causa la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la CADH, era declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 87 de la Ley N° 23.077, en cuanto vedaba la admisibilidad de recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de acuerdo con el procedimiento regulado por dicha normativa. Votaron coincidentemente los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Boggiano, Petracchi, López, Bossert y Vázquez.

D) Pese a las laudables discrepancias de los jueces Fayt, Boggiano, Petracchi y Bossert (de las que sólo hemos compendiado brevemente las de los dos primeros ya que aludieron directamente a las *omisiones legislativas inconstitucionales*), la mayoría de la Corte resolvió rechazar la presentación directa sobre la base de estimar que la admisión de la petición formulada “constituiría la transgresión de un principio de raigambre constitucional, cual es el de la cosa juzgada, pilar fundamental sobre el que se asienta la seguridad jurídica” —consid. 15—.

E) Sin perjuicio de que en las líneas previas hayamos centrado el análisis en los aspectos asociados a la inconstitucionalidad por omisión, no deseábamos finalizar este señalamiento sin mencionar que el fallo (siempre en lo que al voto en mayoría concierne) poco aporta en favor de la consolidación de la vigencia de los derechos humanos, al recurrir a los principios de *división de poderes* (pues en su consid. 12 se sostiene la imposibilidad de que la Corte instaure una instancia revisora diferente —lo que sí podría hacer el Congreso— dado que “la misión más delicada de la función jurisdiccional de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado”) o de la *cosa juzgada*, a pesar de la norma convencional internacional que recepta la segunda instancia penal⁶⁴⁹.

13. “Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ Amparo”

A) En esta causa⁶⁵⁰, resuelta el 12 de marzo de 2002, a través de una acción de amparo canalizada finalmente en jurisdicción originaria de la Corte, se sometió a su decisión una serie de cuestiones relevantes vinculadas primordialmente con la vigencia y la operatividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales, quedando al desnudo las percepciones diferentes de los jueces que en ese momento integraban el Tribunal.

La demandante se presentó por derecho propio y en representación de sus ocho (8) hijos menores y dedujo acción de amparo ante la Justicia en lo Civil y Comercial Federal, contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría ‘Profesor Juan P. Garrahan’. El juez federal se declaró incompetente y remitió los autos a la Corte Suprema, la que resolvió que la causa correspondía a su jurisdicción originaria.

649 *Vid.*, al respecto, ALBANESE, Susana, “La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana”, *Jurisprudencia Argentina*, T° 2001-I, Buenos Aires, p. 514.

650 *Fallos*, 325:396.

Básicamente, y entre otros puntos, la acción perseguía:

- Que el Ministerio y la Provincia mencionados respetaran los derechos que asistían a la demandante y sus hijos a: una alimentación sana, la salud, la educación y una vivienda digna. Y que, como consecuencia de ello, le suministraran “de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria” que les permitiera satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente.
- Que los indicados codemandados proveyeran a sus seis (6) hijos en edad escolar de las condiciones materiales (ropa, calzado, libros y útiles escolares y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional.
- Que todos los accionados otorgaran a su hija M.S.R. las prestaciones médicas necesarias de acuerdo con su estado de salud y se removieran los condicionamientos que habían impedido, hasta el momento de articular la acción, la plena y efectiva concreción de su derecho.
- Y ya subsidiariamente, que se declarara la invalidez constitucional de toda norma que impidiera la concreción de la medida consistente en que se proveyera a sus seis (6) hijos en edad escolar de las condiciones materiales necesarias para concurrir a un establecimiento educacional, como también *la inconstitucionalidad del “accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento” hasta entonces de lo peticionado en la demanda*. Asimismo, pedían la declaración de constitucionalidad del derecho que les asistía a que se les suministrara una cuota alimentaria.

Basándose normativamente en la C.N. (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), la DUDH, la DADDH, la CADH, el PIDESC, la CDN, la CVDT y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las Leyes N^{os.} 27⁶⁵¹, 48⁶⁵², 16.986 y del Código Civil, como fundamento fáctico de la promoción de la demanda, la actora sostuvo —entre otras apreciaciones—:

- Que habitaba una humilde vivienda —que le había sido prestada gratuitamente— junto con los niños, cuyas edades oscilaban entre nueve (9) meses y quince (15) años.
- Que había presentado sendas notas a la Provincia y al Ministerio demandados, indicando que se encontraba sin trabajo y con ocho (8) hijos, de los cuales M.S.R. debía ser intervenida quirúrgicamente por padecer de una cardiopatía congénita,

651 Publicada en el R.N., 1857-1862, p. 496.

652 Publicada en el R.N., 1863-1869, p. 49.

añadiendo en tales notas que su hija enferma había sufrido desnutrición y en el pasado no había podido ser operada ya que al momento de tener un turno en el Hospital Garrahan la solicitante no había podido trasladarla por carecer de medios económicos ni tener dónde dejar a sus otros hijos, ya que vivía sin pareja ni familiares.

- Que se encontraban en un grado extremo de pobreza y a tal paupérrima condición económica se le sumaban sus carencias educativas, de manera que ella y sus hijos estaban inmersos en una pobreza estructural de la que no podían salir sin ayuda estatal. Agregó que la falta de formación le impedía insertarse laboralmente, lo que de seguro se repetiría con sus hijos, que ni siquiera podrían completar sus estudios y que, además, sufrían desnutrición por carencia de alimentación en cantidad y calidad adecuadas.

B) La Corte decidió mayoritariamente rechazar sin sustanciación la acción de amparo interpuesta. La distribución de los votos del Tribunal quedó configurada de la siguiente manera:

- La mayoría se integró con los ministros Moliné O'Connor, Belluscio y López.
- concurrentemente con la mayoría lo hicieron los jueces Petracchi y Bossert, en voto conjunto; y el ministro Vázquez, por medio de un voto individual.
- En disidencia, votaron los jueces Fayt y Boggiano.

Para intentar reconstruir el sentido en que se expidieron la mayoría y la minoría de la Corte, y a partir de una incisión transversal del decisorio, podría decirse que:

a) La mayoría optó por rechazar sin sustanciación la acción de amparo articulada, en tanto la pretensión no reunía los recaudos necesarios para la procedencia de dicha acción y la vía intentada resultaba “manifiestamente inadmisibles” (consids. 3° y 4°), indicando a la actora que era en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado nacional y del provincial donde debía acudir, en subsidio, para tratar de aliviar su aflictiva situación, canalizando sus apremiantes reclamos por las vías del sistema de seguridad social (consid. 6°).

Por último, señaló que el desamparo que exponía la actora, en el que fundaba su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no podía ser resuelto por la Corte, dado que no era de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le estaba encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no era a ella a la que la Constitución encomendaba la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 75, incs. 18 y 32, de la C.N. (consid. 7°).

b) Por su parte y sin perjuicio de juzgar igualmente improcedente la vía procesal seleccionada (y mocionar el rechazo sin sustanciación de la demanda), los votos concurrentes (conjunto de los jueces Petracchi y Bossert —consid. 4º—, e individual del ministro Vázquez —consid. 4º—) coincidieron en señalar a la accionante un camino alternativo, al puntualizar que su situación encuadraba *prima facie* en las previsiones de la Ley N° 23.746⁶⁵³, reglamentada por el Decreto N° 2.360/90⁶⁵⁴, que instituyó una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete (7) o más hijos, cualquiera fuese la edad y el estado civil.

c) Por último, la disidencia conjunta de los jueces Fayt y Boggiano se centró —a nuestro criterio, acertadamente— en que si bien la situación de la actora encuadraba *prima facie* en las previsiones de la Ley N° 23.746, reglamentada por el mencionado decreto, ello no era obstáculo para que se diera curso al amparo (consid. 4º).

Tales ministros añadieron que la existencia de ese remedio asistencial no podía ser considerada sin más y en la etapa liminar en que el proceso se encontraba, como suficiente para dar satisfacción a los derechos constitucionales en que se fundaba el reclamo, cuestión que imponía dar curso a la demanda de amparo (consid. 5º).

Además y coincidiendo *ab initio* con la mayoría en cuanto a que la situación de desamparo que exponía la accionante revelaba un dramático cuadro social que no podía ser resuelto por la Corte, dado que no era de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le estaba encomendado, pasó a matizar tal coincidencia preliminar sosteniendo que una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un caso concreto el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no podía compartirse, por cuanto en el *sub lite* no se estaban requiriendo medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios darían satisfacción a sus derechos más primarios (consid. 6º)⁶⁵⁵.

Por tanto, juzgaron que si bien en el estado en que el proceso se encontraba no procedía que la Corte se pronunciara sobre los alcances que cabría reconocer en el caso al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los solicitantes y los

653 Publicada el 24 de octubre de 1989.

654 Publicado el 13 de noviembre de 1990.

655 Aquí los ministros Fayt y Boggiano intercalan una importante apreciación, al puntualizar que dar curso a la acción de amparo tendería a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían, eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado (consid. 6º, *in fine*).

deberes que en su caso pesarían en ese sentido sobre los Estados nacional y provincial, tampoco podía sin más negarse su existencia u operatividad (consid. 7°).

C) A modo de síntesis, no podemos sino disentir de la solución mayoritaria, que dispuso rechazar sin sustanciación la acción de amparo instaurada.

Sin perjuicio de ello, de tal posición —a la postre triunfante— cabe al menos rescatar los votos concurrentes (conjunto de los jueces Petracchi y Bossert e individual del ministro Vázquez), que, poniendo de manifiesto una actitud judicial docente y orientadora, marcaron a la actora una suerte de camino alternativo, al indicarle que *prima facie* su situación podría quedar encuadrada en la hipótesis que prefigura la Ley N° 23.746, reglamentada por el Decreto N° 2.360/90, que implementó una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete (7) o más hijos, cualquiera fuese su edad y estado civil. Obviamente, no se trataba de una solución de fondo para el problema, pero sí, al menos, un paliativo para la acuciante situación expuesta por la peticionante y su familia.

Finalmente, acordamos con el criterio subyacente en la disidencia de los ministros Fayt y Boggiano, pues al tiempo de mostrarle a la interesada la posibilidad de solicitar la prestación diseñada por la mencionada Ley N° 23.746, dejó en claro que la existencia de tal remedio asistencial no podía ser considerada en la etapa liminar del proceso como suficiente para satisfacer los derechos constitucionales invocados por aquella, postulando la adopción de una especie de solución transaccional que ni supusiera que en dicho estado inicial del proceso la Corte se pronunciara sobre los alcances que en el caso cabría adjudicar a los derechos alegados, pero que tampoco negara sin más a estos su existencia u operatividad.

III. Ciertas líneas salientes de los fallos reseñados

Hemos dividido en tres segmentos la apretada síntesis que a continuación ofreceremos en torno a ciertos aspectos emergentes de las sentencias examinadas. Esas facetas están directa o indirectamente relacionadas con la inconstitucionalidad por omisión y enmarcadas en los fallos en los cuales se denegó la función correctiva de las respectivas pretericiones atribuidas al legislador y/o al Poder Ejecutivo.

1. Omisiones legislativas en general

A) En “Loveira”, “Ministerio Fiscal c/ el Director del Diario ‘La Fronda’ s/ Desacato” y “Tribuna Demócrata”, entre otros precedentes, la CSJN sostuvo que los artículos de la

C.N. referidos al “juicio por jurados” no imponían al Congreso de la Nación el deber de proceder inmediatamente al establecimiento de aquel instituto, dando a entender que *su falta de positivación no entrañaba una omisión legislativa inconstitucional*.

B) De “Buosi”, más allá de la solución final adoptada en punto a la improcedencia en el caso del remedio excepcional constituido por la demanda de amparo, rescatamos algunas interesantes puntualizaciones plasmadas en el voto concurrente del ministro Boffi Boggero.

En efecto, señaló que cuando un derecho constitucional es transgredido o, aun, en situaciones excepcionales, se alzare contra él una amenaza ilegal que lo pusiera en peligro efectivo e inminente, deben actuar las normas procesales sancionadas con ese objeto; *pero si éstas no se han dictado, el derecho cuyo amparo se reclama no puede quedar indefenso, ya que es imposible concebir un poder constituido que pueda, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente*. Admitir esta solución, añadió, so color de que el Poder Judicial legislaría o de otros fundamentos semejantes, *sería incompatible con una de las funciones de la Corte: la del control jurisdiccional; y significaría desconocer que en esos casos se actuaría también “aplicando” una norma jurídica: la constitucional*.

C) En “Costa”, “Sánchez Abelenda” y “Ekmekdjian c/ Neustadt”, la CSJN dejó en claro que, *pese a estar contenido en el art. 14.1 de la CADH, no consideraba que el derecho de réplica, rectificación o respuesta integrara el orden jurídico-positivo interno argentino*, además de juzgar improcedente que quedara en manos de los jueces la facultad de definir por sí mismos los alcances de un supuesto derecho de amplios e indefinidos contornos, *sin que ninguna ley autorice expresamente dicha intervención*.

D) En “Pupelis” el Alto Tribunal advirtió que, aun cuando se admitiera el criterio consistente en que el legislador habría *omitido* dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no era posible que la Corte interviniera toda vez que en tales casos no se trataba de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional, sino de un conflicto de normas de igual rango respecto del cual le estaba vedado inmiscuirse, bajo *riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante*. Señaló además que *la declaración de inconstitucionalidad no podría fundarse en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos*.

E) “Felicetti” muestra cómo se dejó pasar una interesante ocasión para salvar una *omisión inconstitucional o inconvencional* (legislativa y/o del Ejecutivo) y garantizar, así, un canal jurisdiccional para dar operatividad a la garantía de la doble instancia en materia penal, consagrada en los arts. 8.2.‘h’ de la CADH y 14.5 del PIDCP.

Aunque volveremos sobre la cuestión, vale desde ahora reivindicar sendas disidencias plasmadas por los ministros Fayt y Boggiano, en las que subyacía claramente la idea de la existencia de una violación a derechos enraizada en una *omisión legislativa*.

Para ser rigurosos y más precisos en nuestra apreciación, aclaramos que el primero hablaba de *hacer efectivos derechos de rango superior frente a inexcusables omisiones legislativas*; y el segundo indicaba que al tiempo de las condenas *asistía a los encartados el derecho de recurrir a un tribunal superior, derecho que no pudieron ejercer ante la omisión legislativa en reglamentarlo*.

2. Omisión legislativa en adaptar la normativa legal al nuevo escenario constitucional

A) En “D. de P. V., A.”, la Corte se abstuvo de corregir *per se* el desfase del art. 259 del Código Civil frente a la innovación constitucional de 1994, renunciando a dictar una *sentencia con contenido aditivo*, aplicable sólo al caso concreto. Paralelamente, prescindió de exhortar al legislador (con o sin fijación de plazo) para que, con carácter general, subsanara el incumplimiento *de su deber de adaptar o ‘aggiornar’ tal precepto en función de la nueva matriz jurídico-axiológica insuflada por aquella reforma*.

3. Omisiones adjudicadas al Poder Ejecutivo

A) En “Frites” denegó la petición, que en el fondo acusaba una *omisión inconstitucional*, para que se fijara al *Poder Ejecutivo Nacional* un plazo a los efectos de que remitiera los documentos de depósito de ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, que había sido aprobado por el Congreso de la Nación mediante la Ley N° 24.071.

B) En “Ruiz” se alertaba sobre la *omisión* del Poder Ejecutivo Nacional de cumplir el mandato de la Ley N° 14.473 en relación con la fijación anual de los valores monetarios de los índices de remuneración docente, preterición que los demandantes consideraban un acto lesivo susceptible del remedio excepcional del amparo. Entre otros argumentos, el Tribunal descartó la pretensión fundándose en que el contenido de una causa de inconstitucionalidad no podía ser la sola declaración de ineficacia jurídica de normas legales o reglamentarias preexistentes, sino que también, se requería que como consecuencia de ella se llegase a dictar una sentencia de condena, además de que el *control de constitucionalidad no autorizaba a la Corte a sustituir en su función a los otros poderes del Gobierno*.

C) Para finalizar este capítulo vemos que en “Ramos”, la CSJN desestimó sin sustanciación el amparo deducido por una madre, por derecho propio y en representación de sus ocho (8) hijos menores, marcando entre otros puntos *la inconstitucionalidad por omisión* en el cumplimiento de una serie de peticiones que formulaba y que envolvían derechos fundamentales.

El Tribunal señaló que era *en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado nacional y del provincial* donde la peticionante debía acudir, en subsidio, para tratar de remediar su aflictiva situación, pues no era de competencia de la Corte *valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le estaba encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles.*

CAPÍTULO

II

JURISPRUDENCIA ADMISORIA

I. Preliminar

Corresponde aclarar que si bien en el rótulo de este capítulo se utiliza la expresión “jurisprudencia admisoría”, el alcance de la adjetivación que contiene debe matizarse porque los casos que se examinarán a continuación si bien en el fondo y con mayor o menor nivel de contundencia o de verbalización propician la corrección de ciertas pretericiones anticonstitucionales (algunos muy tenuemente), la Corte Suprema no exhibe en su doctrina judicial un modelo sistematizado y consolidado del instituto de la inconstitucionalidad por omisión.

Pasemos sin más preludios al examen de algunos precedentes de interés.

II. Nómina de fallos

1. Un importante capítulo en el curso de la secuencia jurisprudencial de la Corte: los anunciados hitos “Siri” y “Kot”

A) “Siri, Ángel”

a) El actor se presentó en primera instancia (Juzgado en lo Penal N° 3 de la Ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires) manifestando que el Diario ‘Mercedes’, que dirigía y administraba, continuaba clausurado (con custodia policial en el local del mismo) desde comienzos de 1956, lo que vulneraba la libertad de imprenta y de trabajo consagrada por los arts. 14, 17 y 18 de la C.N. y 9, 11, 13, 14, 23 y demás de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. El peticionante solicitó se requiriera informe de la autoridad policial y se proveyera lo correspondiente conforme a derecho y de acuerdo con las citadas cláusulas constitucionales.

El juez interviniente requirió sucesivamente diversos informes a autoridades en grado creciente de jerarquía. Comenzó con el comisario de policía del Partido de Mercedes, quien brindó una información no muy específica sobre los motivos de la clausura del diario; continuó con el jefe de policía provincial, luego con el de la Comisión Investigadora Nacional y con el Ministerio de Gobierno de la Provincia, todos los cuales manifestaron ignorar las causas de la clausura y la autoridad que la dispuso. Ante ello, el actor reiteró su petición, frente a lo cual el juez resolvió desestimarla en razón de no tratarse de un “recurso de hábeas corpus”, el que sólo protege la libertad física o corporal de las personas⁶⁵⁶ (art. 33 de la C.N.).

656 Naturalmente, ese concepto restringido del ámbito de operatividad del hábeas corpus quedó superado por el despliegue posterior de la propia jurisprudencia, además del dictado de la Ley N° 23.098 (B.O.

El solicitante articuló revocatoria con apelación en subsidio, ante lo cual el magistrado ordenó requerir nuevo informe al comisario de policía sobre si el local aún continuaba con custodia policial, respondiéndose que desde el 29 de abril “fue dejada sin efecto la consigna y se vigila el local mediante recorridas que efectúa el personal de servicio de calle”, a mérito de lo cual el juez rechazó la revocatoria por entender que “carece de actualidad y fundamento el presente recurso de amparo, ya que no existe restricción alguna que afecte al recurrente”, al tiempo que concedió el de apelación, que fue rechazado por la Cámara de Apelación en lo Penal de Mercedes, confirmando la decisión en recurso.

b) Deducido el recurso extraordinario y a través de un fallo señero y paradigmático, como adelantábamos la Corte —por mayoría⁶⁵⁷— se expidió el 27 de diciembre de 1957, revocando la sentencia de la Cámara.

El Alto Tribunal recabó nuevo informe en el que corroboró la subsistencia de la clausura; además, dejó en claro que no existía constancia cierta de cuál fue la autoridad que dispuso tal medida ni tampoco los motivos determinantes de la misma.

Por otra parte, consideró que en sus diversos escritos el compareciente no había mencionado que articulaba un recurso de hábeas corpus, por lo que resultaba erróneo el único fundamento de la sentencia denegatoria. Asimismo, la Corte advirtió que el peticionante había invocado la garantía de libertad de imprenta y de trabajo asegurada constitucionalmente, la que en la causa se hallaba evidentemente restringida sin orden de autoridad competente ni expresión de causa que la justificara, circunstancia que bastaba para que dicha garantía constitucional fuera restablecida.

Agregó (tal como adelantáramos) que ello así, “*sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias*, las cuales sólo son requeridas para establecer «en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y

de 25 de octubre de 1984) y de la reforma constitucional de 1994, que incluyó explícitamente el proceso de hábeas corpus adjudicándole un amplio radio de acción en el art. 43, 4º párrafo.

657 Como se dijo, la mayoría estuvo compuesta por los ministros Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso.

Por su parte, el juez Herrera votó en disidencia, propiciando seguir al Procurador General en su dictamen, rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada. Entre otras apreciaciones, sustentaba su discrepancia en la necesidad de que la Corte no excediera su propia jurisdicción que provenía de la ley, agregando que si todavía fuera posible argüir la posibilidad de que el silencio legislativo o la inoperancia de los procedimientos legales no pudieran impedir la vigencia de los derechos y principios consagrados constitucionalmente, debería observarse que semejante razonamiento, que juzgaba “extremo”, indudablemente suponía la demostración acabada de aquellos requisitos, que en el caso de autos no estimaba configurados.

ocupación»”. Citando a Joaquín V. GONZÁLEZ, el Tribunal añadió que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la Nación⁶⁵⁸.

Se apartaba así de la línea jurisprudencial seguida hasta entonces (con distinta composición) por la que se relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (*Fallos*, 168:15; 169:103 y posteriores).

c) Con aguda elocuencia, finalizó su señero pronunciamiento con una observación (que ostenta actualidad a varias décadas de haber sido proferida) en la que acotaba 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*”.

De tal modo quedaba *creado pretorianamente el amparo contra actos de autoridad pública, luego de que la Corte —durante muchos años— negara la existencia del mismo porque el legislador no había instituido tal tipología de procesos*.

B) “S.R.L. Samuel Kot”

a) En autos se ventilaba una cuestión que involucraba un conflicto colectivo de trabajo y la ocupación de una fábrica por los obreros que en ella laboraban, circunstancia esta última que condujo al socio gerente de la empresa a formular denuncia por usurpación ante la autoridad policial. El juez en lo criminal interviniente sobreescribió definitivamente en la causa y rechazó el pedido de desocupación del local. Apelada la resolución, ésta fue confirmada en segunda instancia generando la articulación de un recurso extraordinario ante la Corte, que fue desestimado el 5 de septiembre de 1958.

El mismo día de la sentencia de la Cámara, pero antes de su emisión, el apoderado de la empresa se presentó ante tal órgano jurisdiccional y dedujo “recurso de amparo”, para obtener la desocupación del inmueble, invocando en sustento de su pedido la sentencia recaída en “Siri”, las garantías contenidas en los arts. 14 (“libertad de trabajo”), 17 (“propiedad”) y 19 (“libre actividad”) de la C.N. La Cámara desechó el planteo fundándose en que “el recurso de hábeas corpus [...] tiene por objeto esencial la protección de la libertad personal o corporal y no puede hacerse extensivo a la protección de otros derechos que se pretenden vulnerados”, los que debían ejercitarse de acuerdo con los respectivos ordenamientos creados por las leyes de la materia.

658 GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, *Obras Completas*, Vol. III, N^{os} 82, 89 y 90, Buenos Aires, 1935; citado concretamente en *Fallos*, 239:463.

b) En contra de tal resolutorio, el interesado articuló recurso extraordinario, que —como se adelantara— fue dirimido estimatoriamente por la mayoría⁶⁵⁹ de la Corte Federal, el 5 de septiembre de 1958.

En primer lugar, el Tribunal juzgó pertinente apartar el fundamento expresado por el *a quo* para desechar la pretensión del interesado, ya que éste “no dedujo recurso de hábeas corpus, sino de amparo, invocando los derechos constitucionales de la libertad de trabajo, de la propiedad y de la libre actividad, o sea, dedujo una garantía distinta a la que protege la libertad corporal y que, a semejanza del hábeas corpus, procura asimismo una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución”.

Apoyándose en lo resuelto en “Siri”, dijo la Corte que si bien en ese caso la restricción ilegítima provenía de autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no resultaba esencial a los fines de la protección constitucional, ya que —admitido que existía una garantía tácita o implícita que protegía los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33 de la C.N.)—, ninguna reserva correspondía establecer para excluir en absoluto y *a priori* toda restricción emanada de personas privadas.

Gráficamente, sostuvo que nada había en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permitiera afirmar que la protección de los derechos humanos estuviera circunscrita a los ataques que provinieran sólo de la autoridad; y nada había, tampoco, que autorizara afirmar que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integraban la libertad, *lato sensu*, careciera de adecuada protección constitucional, que es la del hábeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos.

En línea con lo anterior, precisó que la misma amplitud con que correspondía interpretar al hábeas corpus, cabía reconocer en el amparo, que en “Siri” había sido extraído de la sabia norma del artículo 33 constitucional. Además, dejó en claro que sin la existencia de una reserva que, expresa o implícitamente, emanara de los preceptos constitucionales e impusiera una inteligencia restringida del recurso de amparo, la interpretación amplia era la que mejor consultaba los grandes objetivos de la Ley suprema y las genuinas finalidades de dichas garantías.

Asimismo y a nuestro juicio apodóticamente, reenvió —para apoyar sus conclusiones— al art. 8 de la “Declaración Universal de Derechos del Hombre” [sic],

659 Como se expusiera, la mayoría quedó compuesta por los ministros Orgaz, Villegas Basavilbaso y Becar Varela.

En minoría, sufragaron los jueces Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, quienes mocionaron la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar que la doctrina del caso “Siri” no guardaba relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en “Kot”.

aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, en cuanto al derecho que asistía a toda persona de contar con un “recurso efectivo”.

En función de lo expuesto —entre otras interesantes apreciaciones— la Corte, por mayoría, revocó la sentencia apelada, hizo lugar al recurso de amparo, ordenó librar oficio a la autoridad policial a fin de que procediera de inmediato a entregar el establecimiento textil (libre de todo ocupante) al representante de la sociedad actora.

c) Veía la luz, de tal modo, el *amparo contra actos de particulares*, que había sido gestado en el vientre judicial aun cuando se declarara que el mismo se extraía del art. 33 como derecho o garantía no enumerado.

2. Los fallos en “Pérez de Smith”⁶⁶⁰

Aunque eludamos momentáneamente la línea cronológica, analizaremos los dos fallos referidos a esta causa por cuanto giran en torno a un núcleo común.

A) “Pérez de Smith, Ana María y otros s/ Efectiva privación de justicia”

a) Varios presentantes y letrados denunciaron ante la Corte la desaparición de más de cuatrocientas (400) personas respecto de las cuales se habrían iniciado acciones de hábeas corpus, habiendo contestado las autoridades que aquellas no se encontraban registradas como detenidas, por lo que los peticionantes solicitaron distintas medidas y decisiones.

b) El Tribunal, en resolutorio de 18 de abril de 1977⁶⁶¹, se dedicó en primer lugar a dilucidar si resultaba o no competente para entender en la cuestión que se sometía a su conocimiento, concluyendo que era incompetente para conocer del caso en la forma que le había sido propuesto. Ello “sin perjuicio de adoptar las decisiones que correspondan si la cuestión llega a sus estrados por cualquier vía capaz de abrir su competencia” (consid. 5°).

660 En el texto principal se reseñarán brevemente los pronunciamientos de 18 de abril de 1977 y de 21 de diciembre de 1978. Aunque no fueron los únicos.

Además, cabe citar por ejemplo a: *i*) “Pérez de Smith, Ana M. y otros”, de 20 de julio de 1978 (*Fallos*, 300:832), en el que la CSJN dijo que, una vez agotado el procedimiento especial de hábeas corpus, el remedio a las situaciones de hecho referidas a personas desaparecidas no podía intentarse directamente ante ella por cuanto el planteo efectuado escapaba a lo acordado en los (entonces) arts. 100 y 101 de la C.N. y 2 del Decreto-Ley N° 1.285/58 (el fallo fue firmado por los ministros Gabrielli, Rossi, Frías, Daireaux y Guastavino); y *ii*) “Pérez de Smith, Ana M.”, de 26 de diciembre de 1980 (*Fallos*, 302:1680), ocasión en la que la Corte respondió de análoga manera a como lo hiciera en el precedente anterior (votaron coincidentemente los jueces Gabrielli, Rossi y Guastavino; mientras que en voto concurrente lo hizo el ministro Black).

661 *Fallos*, 297:338.

Votaron coincidentemente los ministros Heredia, Gabrielli, Caride, Rossi, Frías y Guastavino.

No obstante lo anterior, estimó que si —tal como denunciaban los presentantes— fuesen numerosos los “recursos de hábeas corpus” en los que las autoridades hubieran contestado que las personas a las que se referían no estaban registradas como detenidas, podría configurarse una situación que de hecho equivaldría a una “efectiva privación de justicia”, por causas totalmente ajenas a las funciones y competencia específicas de los magistrados, a cuyo alcance no estaba remediar dicha situación (consid. 6°).

Ante ello y luego de aclarar que es principio inconcuso del sistema republicano la separación, pero también el equilibrio armónico de los poderes en orden a lograr la plenitud del Estado de Derecho, puso en ejercicio sus ‘poderes implícitos’⁶⁶² (lo que calificaba su “deber”) para la salvaguarda de la eficacia de la función judicial, principalmente cuando se refería a la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución, para lo cual decidió dirigirse al Poder Ejecutivo Nacional a fin de “*encarecerle intensifique, por medio de los organismos que correspondan, la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentren registradas como detenidas*, a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se intenten ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual y sobre las eventuales responsabilidades en caso de delito” (id. consid.).

B) “Pérez de Smith, Ana María y otros s/ Pedido”

a) En causa sustancialmente idéntica a la anterior y que ya fuera identificada, el Tribunal reiteró (en fecha 21 de diciembre de 1978) el óbice legal que le impedía entrar al conocimiento de las situaciones particulares que se le proponían en la presentación directa, es decir, su incompetencia (consid. 1°).

Evocó, asimismo, que no obstante ésta, en la causa anterior de igual denominación (y ante la eventual configuración de una “efectiva privación de justicia”) había encarecido al Ejecutivo la intensificación de la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denunciaba (consid. 2°).

Ya en el contexto de la petición concreta sometida a su conocimiento (en la nueva causa) se agregaron abundantes constancias emanadas de diversos tribunales, de las

662 Un ministro de la Corte argentina, también académico, en ejercicio de su labor doctrinaria ha definido la expresión ‘poderes implícitos’, diciendo que manifiesta la idea de facultades que, sin estar enumeradas en la Constitución, se encuentran incluidas como propias de los órganos encargados del cumplimiento de las funciones estatales. Dichas facultades están imbricadas a las explícitas, para la plena y efectiva realización de los fines que deben cumplir los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, esto es, facultades de autorregulación y autoadministración necesarias para su funcionamiento como órganos axiales del Estado (cfr. FAYT, Carlos S., *Nuevas fronteras del Derecho Constitucional. La dimensión político-institucional de la Corte Suprema de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1995, p. 189).

que resultaba que los magistrados actuantes se vieron obligados a rechazar los “recursos de hábeas corpus” en razón de que las autoridades pertinentes habían informado, sin más, que las personas en cuyo favor se interpusieron aquellos no se registraban como detenidas, motivo por el cual —y ante tal generalizada situación— el Tribunal se sintió “nuevamente en *el ineludible deber de actuar el ejercicio de los referidos poderes implícitos que, como órgano supremo y cabeza de uno de los poderes del Estado, le son connaturales e irrenunciables en orden a salvaguardar la eficiencia de la administración de justicia, de modo que la función específica de los magistrados goce de las garantías y condiciones necesarias al logro de resultados efectivos, plasmados en decisiones provistas de concreta utilidad para los derechos cuya protección se les demanda*” (consid. 3°).

Por su parte, entendió configurada una situación de “*privación de justicia*” porque no se daban las condiciones necesarias para que los jueces pudieran ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exigía el orden jurídico; ello, con mayor razón, cuando estaban en juego derechos fundamentales de las personas que merecían garantías inviolables (consid. 4°). A continuación y citando a R. VON IHERING, precisó que “el verdadero valor del derecho [...] descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica [...]. *La función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho*” (id. consid.).

Asimismo y en tanto intérprete y tribunal supremo de principios constitucionales y órgano superior de un Poder del Estado, reivindicó su incumbencia en punto al deber de velar celosamente por el adecuado y eficaz servicio de justicia (consid. 5°) y recordó que los otros “*poderes del Gobierno de la Nación*” *se encontraban igualmente vinculados por el propósito inspirador del dictado de la Constitución*, razón por la cual debían brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial para que pudieran hacer efectivos los derechos y garantías instituidos constitucionalmente (consid. 6°).

b) Por último, dejó en claro que, como la aludida privación de justicia obedecía a causas ajenas a las funciones y competencias específicas de los magistrados, consideraba “un deber inexcusable” ponerla *en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional* y “*exhortarlo*” *a urgir las medidas necesarias a su alcance en orden a crear las condiciones requeridas para que el Poder Judicial pudiera llevar a cabal término la decisión de las causas que le eran sometidas* (consid. 7°).

3. “Zamorano, Carlos Mariano”

A) En autos se ventilaba el recurso extraordinario deducido por el Procurador Fiscal de Cámara contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Federal y Contencioso Administrativo, Sala Penal, que hizo lugar a la acción de hábeas corpus interpuesta a favor del Sr. Zamorano.

El impugnante cuestionaba la jurisdicción de la Cámara al entender que el juez competente era el del lugar donde se encontraba la persona a cuyo favor se intentaba el hábeas corpus al momento de su interposición. Además y ya en cuanto al fondo de la cuestión, esgrimía que la declaración de estado de sitio constituía un acto político no justiciable, por lo que la Cámara —al interpretar el art. 23 de la C.N.— limitaba las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo.

B) La Corte, cuyo fallo fue pronunciado el 9 de agosto de 1977⁶⁶³, si bien admitió que conforme su doctrina judicial la declaración de estado de sitio por las causales del art. 23 de la C.N., en tanto cuestión política no era susceptible de revisión por los jueces, sí estaba sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de los poderes de excepción del Presidente sobre las libertades constitucionales, control de razonabilidad en la adecuación de causa y grado entre las restricciones impuestas y los motivos de la excepción que “es un deber del Poder Judicial, y en especial de la Corte como tribunal de garantías constitucionales” (consid. 5°).

Por su parte y reenviando a “Pérez de Smith” (de 18 de abril de 1977 —ver *supra*—), reivindicó como principio inconcuso del régimen republicano la separación pero también el equilibrio armónico de los poderes en función de lograr la plenitud del Estado de Derecho, para salvaguardar la eficacia de la función judicial, principalmente en lo referido a la protección de los derechos y garantías consagrados en la C.N., razón por la cual el Poder Ejecutivo “*debía proveer lo necesario a fin de que los magistrados estén en condiciones de ejercer su imperio constitucional resolviendo, con la necesaria efectividad que exige el derecho, sobre los recursos que se intenten ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual*” (consid. 7°).

Sobre la base de lo expresado, el Alto Tribunal estimó que el Ministerio del Interior “*debió*” contestar los requerimientos efectuados por el juez y la Cámara y, no habiéndolo realizado⁶⁶⁴, correspondía se informara sobre dichos requerimientos (consid. 8°), para lo cual *ordenó oficiar al Presidente de la Nación a fin de que impartiera las órdenes necesarias para que se informara “con urgencia” a la Corte acerca de aquellos.*

663 Fallos, 298:441.

Votaron de modo coincidente los ministros Heredia, Gabrielli, Rossi y Frías.

664 Cabe recordar que, según lo afirmara la propia Corte, las informaciones brindadas en la causa por el Ministerio del Interior fueron insuficientes, en tanto genéricas e imprecisas, y, por tanto, no válidas para la justificación del ejercicio de los poderes constitucionales del Ejecutivo. Tampoco lo eran para que el Tribunal pudiera ejercer el control de razonabilidad que debía determinar, por lo menos, la pertinencia entre las razones de la detención y las causas del estado de sitio (consid. 6°).

4. “Saguir y Dib, Claudia Graciela”

A) En esta causa (que ya fue debidamente identificada *supra*), la Sala ‘A’ de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó, por mayoría, la sentencia de primera instancia que rechazó la solicitud formulada por los padres de la menor Claudia Graciela Saguir y Dib, en su representación, para que se autorizara la ablación de uno de sus riñones para ser injertado en su hermano, Juan Isaac.

B) Contra dicha resolución, los peticionantes articularon recurso extraordinario, que fue admitido por la Corte, el 6 de noviembre de 1980, dejando sin efecto la sentencia objetada y, atento a la urgencia del caso, autorizó a la menor a que se sometiera a la ablación de uno de sus riñones para ser implantado en su hermano, debiendo cumplirse previamente —con resultados favorables— los exámenes y estudios pertinentes, sin perjuicio del debido cumplimiento de las restantes exigencias legales y reglamentarias y a salvo la facultad de revocar su decisión por parte de la dadora.

Concretamente, la cuestión por dilucidar se centraba en la edad necesaria para disponer la ablación en vida de un órgano del propio cuerpo con fines de trasplante terapéutico a un hermano. Al respecto, el art. 13 de la Ley N° 21.541⁶⁶⁵ determinaba las condiciones que había de reunir el “dador”, entre ellas, la de ser “persona capaz, mayor de 18 años”. Al momento de la emisión de la sentencia, a la dadora le faltaban dos meses para cumplir la edad requerida legalmente.

En una interesante apreciación, la Corte estimó que no era dable demorar la tutela de los derechos comprometidos, que requerían una consideración inmediata, oportuna y adecuada a su naturaleza, todo lo cual suponía la superación de ápices formales, como necesario recaudo para el pertinente ejercicio de la misión constitucional del Tribunal (consid. 2° de la mayoría).

Además, optó por una “interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y los derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos” (consid. 6°, *Ibid.*).

Advirtió que la existencia de excepcionales particularidades en la causa comprometían al Tribunal en su específica misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales, situación que lo conducía a ponderar cuidadosamente dichas circunstancias con el objeto de evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma condujera a vulnerar derechos fundamentales

665 B.O. de 18 de marzo de 1977.

Dicha norma, junto con sus modificatorias N°s 23.464 y 23.885, fue derogada por la Ley N° 24.193 (B.O. de 26 de abril de 1993).

de la persona y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto (consid. 7º, *Ibid.*).

En función de ello y haciendo gala de una interpretación “creadora”, juzgó que la norma de aplicación no prohibía suplir la ausencia del requisito de edad, por el asentimiento expreso de los padres o por la venia judicial, computando que a la dadora sólo le faltaban dos meses para cumplir los 18 años y que, en ese lapso, la vida de su hermano receptor quedaba permanentemente expuesta al riesgo de muerte (consid. 10, *Ibid.*).

Para llegar a tal conclusión, efectuó una interesante tarea ponderativa entre el derecho a la vida del potencial receptor y el derecho a la integridad corporal de la eventual dadora (consid. 9º, *Ibid.*), juzgando que el último de los nombrados resultaba “relativamente secundario con respecto al primero” (consid. 8º, *Ibid.*). Por lo demás, también sustentó axiológicamente su decisión en el art. 14 bis de la C.N., en cuanto a la garantía de “la protección integral de la familia” (consid. 11, *Ibid.*).

Por último, es relevante destacar que la Corte aclaró que no se trataba en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia al espíritu de ésta, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y la jerarquía en que son valorados por el todo normativo (consid. 12, *Ibid.*). En otras palabras, *a través de una interpretación dinámica y evolutiva de la preceptiva, salvó una suerte de omisión en que ésta habría incurrido.*

C) Desde nuestra óptica, la sentencia denota una laudable muestra de activismo judicial motorizado por la naturaleza axiológicamente relevante de los bienes en juego, fundamentalmente los derechos a la vida y a la protección integral de la familia. En paralelo, el fallo aparece como el resultado de una meritoria tarea de ponderación judicial, que ostenta —como con claridad recuerda PRIETO SANCHÍS— un innegable carácter valorativo y supone un cierto margen de discrecionalidad, ejercicio de valoraciones que se patentiza, sobre todo, “cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación ‘coste beneficio’ resulta casi inevitable”⁶⁶⁶.

La actividad “aditiva” de la Corte consistió en proporcionar una solución que, si bien no figuraba en el caudal literal de la norma, sí aparecía en su material implícito y, además, no resultaba incompatible con el texto de la misma.

Fue igualmente plausible la creativa salida escogida por el Tribunal, como clara señal de la posibilidad (y hasta el deber judicial) de escapar del corsé de la letra de la ley y del rigorismo formal, en orden a asegurar el cumplimiento de la específica

666 PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación constitucional”, op. cit., *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tº I, p. 170.

y autoproclamada misión de velar por la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales.

5. “Bonorino Perú” y otros fallos

A) Otra de las muestras del criterio de la Corte, que resulta digna de mención, es la enmarcada en el conjunto de casos⁶⁶⁷ relativos a la *omisión de la obligación contenida en la C.N. (ex art. 96) en cuanto a mantener la “intangibilidad” de las remuneraciones de los magistrados judiciales.*

Para emplazarnos en el tema, recordamos que aquel art. 96 (que sólo mudó de numeración mas no de contenido, convirtiéndose en el actual art. 110) reza en su parte pertinente: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación [...] recibirán por sus servicios una *compensación* que determinará la ley, y *que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en funciones*”.

Tal cuestión se ventiló —*inter alia*— en los casos: “Bonorino Perú”, “Perugini”, “Durañoña y Vedia” y “Grieben”. En dichas causas, *la Corte estuvo integrada en forma total por conjueces.*

B) De ellas, sólo tomaremos la que abre el ciclo “controlador de la inconstitucionalidad omisiva incurrida”: “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional”⁶⁶⁸, fallado el 15 de noviembre de 1985⁶⁶⁹.

667 Esa pluralidad de causas sobre idéntico tema fue resuelta de modo similar por conjueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

668 *Fallos*, 307:2174.

Hacemos alusión al caso en el que se dilucidó vertebralmente la cuestión que aquí interesa, pues existen con idéntica denominación otros fallos conexos, a saber: **a)** “Bonorino Perú, Abel”, de 18 de junio de 1985, en el que la parte demandada (Gobierno nacional) solicitaba —en autocontradicción— que la Corte proveyera lo pertinente para la integración del Tribunal de Alzada y, paralelamente, sostenía la preclusión de la segunda instancia requiriendo que la Corte resolviese el fondo del asunto. El Tribunal desechó la petición, ordenó se formara por insaculación la lista de conjueces para integrar la sala del Tribunal inferior en orden a que procedieran al análisis del recurso de alzada y declaró que sería inconstitucional omitir e inhibir el funcionamiento de una instancia —cuando se había incitado su intervención—, para pasar a la superior (*Fallos*, 307:966); **b)** por su parte, en “Bonorino Perú, Abel”, de 4 de diciembre de 1985, el Alto Tribunal hizo lugar al pedido de los magistrados para que se practicara por Subsecretaría de Administración de la Corte, la liquidación de acuerdo con lo fallado por el Tribunal el 15 de noviembre de tal año —no atendiendo los fundamentos de la demandada, que solicitaba una postergación de tal cuantificación en virtud de la “situación de penuria” del Fisco— (*Fallos*, 307:2340); **c)** en “Bonorino Perú, Abel”, de 4 de abril de 1986, hizo lugar a la impugnación de la ejecutada en relación con el período de liquidación de la deuda en favor de los magistrados actores y, paralelamente, desechó el pedido de aquella respecto del método actualizatorio implementado en el proyecto de liquidación (*Fallos*, 308:466); y **d)** por último, en “Bonorino Perú, Abel”, de 14 de marzo de 1988, la Corte se expidió por la procedencia del recurso extraordinario planteado por la demandada —remedio habilitado mediante la queja motivada en la denegación de la concesión del recurso por el *a quo*—, rechazando el incidente de ejecución de “condena de futuro” iniciado por los magistrados a fin de que por tal vía se concretara un nuevo reajuste de sus deterioradas remuneraciones (*Fallos*, 311:268).

669 En tal ocasión la Corte estuvo integrada por los siguientes conjueces: Germán José Bidart Campos, Ernesto R. Gavier, Luis Moisset de Espanés, Augusto Mario Morello y Roberto Terán Lomas.

Recordamos que ambas instancias ordinarias se habían expedido en favor de la procedencia de la acción de amparo interpuesta, cuyo objeto era “obtener tutela contra la *omisión* en que [...] han incurrido los poderes políticos al no actualizar los haberes de los demandantes”⁶⁷⁰, con lo que se violaba lo prescrito por el entonces art. 96 de la C.N.

Contra la resolución del Tribunal de Alzada, el Estado nacional recurrió a la vía extraordinaria, dando lugar a la sentencia de la Corte (confirmatoria de la recurrida) que sucintamente comentamos, y de la que extraemos algunas pautas de interés.

En la ocasión el Tribunal sostuvo que:

“[L]a intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial, [...] de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad como garantía de funcionamiento de un poder del Estado, de modo similar a las que preservan a las Cámaras del Congreso, a sus miembros, y a los funcionarios incluidos en el art. 45⁶⁷¹ [hoy art. 53] de la Constitución” (parte *in fine* del consid. 3°).

Por su parte, añadió:

“Que no resulta ocioso destacar, asimismo, que la igual jerarquía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obliga al tribunal, en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus *poderes implícitos*, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces, en cuanto *és una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente*” (primera parte del consid. 7°).

En el último párrafo del consid. 7°, agregó que la intangibilidad de las remuneraciones que el entonces art. 96 de la C.N. consagraba estaba comprendida

670 Los demandantes eran magistrados de primera y segunda instancias de la Justicia Nacional de la Capital Federal.

671 El ex art. 45 de la Constitución nacional, rezaba: “Sólo ella [en referencia a la Cámara de Diputados de la Nación] ejerce el derecho de acusar ante el Senado al presidente, vicepresidente, sus ministros y a los miembros de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación, en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones; o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes”.

Esta norma cambió su numeración —actualmente es el art. 53— y parte de su contenido. En efecto, antes la lista de posibles “acusados” incluía a los “miembros de los tribunales inferiores de la Nación”, hoy eliminados en virtud de la instauración institucional del jurado de enjuiciamiento; mientras que la nueva norma incorpora como probable personaje “sujeto a juicio político”, al jefe de gabinete de ministros (figura impuesta por conducto de la reforma de 1994).

entre las condiciones de administración de justicia exigibles a las provincias a los fines contemplados en el art. 5 de la Ley fundamental⁶⁷².

En otro tramo digno de mención enfatizó que:

“La invocada cláusula de igual remuneración por igual tarea obliga a interpretar y conciliar, coordinada y armónicamente, la parte pertinente del art. 14 bis⁶⁷³ y del art. 96 [hoy, art. 110] de la Constitución. Para compatibilizarlos, el Tribunal entiende que, so pretexto de resguardar la uniformidad de las remuneraciones de los jueces no se puede declinar el amparo a la incolumidad de las correspondientes a los actores, aunque ello arroje transitoriamente montos distintos entre éstos, y aun respecto de quienes no son parte en la litis, ya que, por un lado, no es de competencia judicial —sino legislativa— remediar tal resultado mediante una fijación igualitaria de los sueldos, y por el otro, la solución objetivamente justa que en cada caso, sólo puede ser alcanzada por el efecto particular de la sentencia que en él recae, atiende a la situación de quienes, como justiciables, se hallan en circunstancias semejantes” (consid. 16, segundo párrafo).

C) De lo expuesto surge que en los casos individualizados *supra* (comenzando por “Bonorino Perú”), la Corte *ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional centrada en el no cumplimiento de la “obligación de mantener “actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de intangibilidad impuesta por el art. 96 de la Constitución”*⁶⁷⁴; dando operatividad a la mencionada garantía.

En síntesis, reiteramos que: *i*) frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, *ejerció control de constitucionalidad*; *ii*) hizo operativa aquella garantía de preservar la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados”; y *iii*) puso en evidencia la procedencia de la acción de amparo como vía idónea para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de la omisión por la que se incumplía una “obligación” constitucional.

672 El artículo 5 constitucional determina: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

673 Tal norma fue incorporada al plexo de la Constitución, por la Convención Constituyente de 1957, pretendiendo inocular algún dejo de constitucionalismo social a la trama liberal decimonónica del texto primigenio, del que en 1956 se había arrancado el sesgo social de la reforma de 1949.

674 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, p. 100.

6. “Hotel Internacional Iguazú S.A. c/ Nación Argentina”

A) La Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó, en lo principal, la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda por cobro de daños y perjuicios promovida por la actora (propietaria de un hotel internacional frente a las Cataratas del Iguazú, Provincia de Misiones) contra el Estado nacional, resolución que modificó en cuanto a la extensión de la condena y a la distribución de las costas.

B) Contra dicho pronunciamiento tanto la actora como la demandada interpusieron sendos recursos ordinarios de apelación ante la CSJN, la que se pronunció el 10 de diciembre de 1987⁶⁷⁵.

El fallo (con la firma de los ministros Belluscio, Fayt, Petracchi y Bacqué) confirmó la sentencia apelada en todas sus partes, con excepción de ciertos agravios planteados por la actora que la Corte admitió; concretamente, los tratados en los consid. 9º y 12, es decir, respectivamente, el lucro cesante y el resarcimiento de un daño por la no concreción de los regímenes especiales que, en materia crediticia, impositiva y arancelaria, debían proporcionarse a una empresa que, como la actora, se instaló en una zona o área de frontera (cfr. la Ley N° 18.575⁶⁷⁶).

C) Juzgamos que lo resuelto por la Corte, en particular con relación a la consideración de dicha ley, ostenta relevancia en punto al objeto de esta investigación.

En efecto, sostuvo que tal ley (que establecía previsiones tendientes a promover el desarrollo y la integración de las zonas y áreas de frontera), después de enumerar en su art. 2 los objetivos generales a alcanzar en la zona de frontera, previó en su art. 6 que las medidas promocionales para la zona y, en especial, para las áreas de frontera, deberían proporcionar (cfr. el inc. ‘d’ de tal cláusula) un régimen especial crediticio, impositivo y arancelario para instalar industrias o ampliar las existentes. Tal normativa legal fue reglamentada por el Decreto N° 468/70, aclarando la Corte que a tal punto también se refirieron los Decretos N°s. 362/76 y 2.336/78, además de que, en su momento, el Decreto N° 759/80 (anexo 19) determinó que una parte del Departamento Iguazú, donde ya se hallaba funcionando el hotel y que hasta ese momento había sido “zona de frontera”, pasaba a ser “área de frontera” (cfr. consid. 12 de la sentencia).

Al respecto, el *a quo* había entendido que ningún derecho cabía reconocer a la demandante con base en el art. 6, inc. ‘d’, de la Ley N° 18.575. Una de las razones

675 Fallos, 310:2653.

676 B.O. de 3 de febrero de 1970.

que sustentaba tal criterio se vinculaba con el carácter “*programático*” de dicha ley, que requeriría para su operatividad el dictado de medidas concretas de ejecución, otorgables discrecionalmente. Frente a ello, la Corte dijo —acertadamente a nuestro criterio y en aserto que contiene una valencia que excede del propio pronunciamiento en que fue expedido— que “*el señalado carácter [programático] de la ley no es causa que por sí sola justifique una inacción ‘sine die’ del Estado en hacer efectivas sus disposiciones, pues, de otro modo, [...] habría que admitir que fue dictada para satisfacer inquietudes puramente literarias, conclusión ésta que indudablemente no puede aceptarse*” (id. consid.).

En su mérito, el Tribunal razonó que la actora había participado de un concurso, resultó adjudicataria y celebró el contrato cuando la citada normativa estaba vigente y, por lo tanto, integraba, junto con otras normas, el marco legal que la demandante tuvo necesariamente que tener en consideración para el encuadramiento de su situación jurídica y las perspectivas económico-financieras de la empresa que acometía, por lo que la promoción regional —ya no sectorial— que la ley tan enfáticamente establecía “pudo, tal vez, dilatarse un tiempo, pero no quedar en letra muerta, porque así se desajustaron los cálculos que razonablemente debió hacer la actora” (id. consid.).

Todo ello llevó al Tribunal a admitir un daño por el precitado concepto consistente en la no concreción de los regímenes especiales que en materia crediticia, impositiva y arancelaria debían proporcionarse a una empresa que, como la accionante, se instaló en una de las zonas favorecidas por la norma legal.

7. “Bruno, Raúl Osvaldo”

A) El actor, juez de primera instancia de la Provincia de Río Negro, promovió una demanda de amparo en la que, alegando que su remuneración como magistrado había sufrido un sensible deterioro, solicitó que se garantizara su “valor constante”, al tiempo de peticionar que le fueran abonadas las diferencias entre lo realmente percibido y lo que le hubiera correspondido cobrar.

La acción fue rechazada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, apoyándose en que la facultad de determinar los sueldos de los jueces era exclusiva de la Legislatura local, por lo que aun cuando ésta no hubiese observado el mandato del art. 130 de la Constitución Provincial, el Poder Judicial no podía “legislar” en su remplazo.

B) Contra el aludido pronunciamiento, el accionante interpuso recurso extraordinario federal. Entonces la CSJN, por mayoría, hizo lugar al recurso (el 12

de abril de 1988)⁶⁷⁷, revocó el pronunciamiento apelado (en cuanto se abstenía de juzgar sobre los planteos de inconstitucionalidad formulados) y remitió el expediente para que, por quien correspondiera, se dictara un nuevo fallo conforme a las pautas sentadas en el decisorio del Alto Tribunal.

a) El voto mayoritario (suscrito por los ministros Belluscio, Fayt y Petracchi), se fundó en las pautas que presentaremos sucintamente.

Sostuvo que el ejercicio de la facultad de fijar las retribuciones de los jueces es algo muy distinto del control de constitucionalidad de las consecuencias de dicho ejercicio en un caso judicial; tan exclusivo de la Legislatura el primero, como del Poder Judicial el segundo (consid. 9°).

Por tanto, dicha labor del órgano judicial no implicaba un indebido apoderamiento de atribuciones reservadas al Legislativo, lo que ocurriría si se hubiese pretendido que aquel determinara las retribuciones de los magistrados, pero no era ése el objeto del proceso; por el contrario, sí lo era, el de revisar —en el caso y para el caso— si las normas puestas en discusión habían agraviado el derecho emanado de la Constitución local y, si así fuese, restablecer el imperio de la norma jerárquicamente superior (consid. 10), lo que no conduciría a que la Justicia “legisle” (consid. 11).

Es interesante destacar que el voto mayoritario también dijo que no podía presumirse que cláusula alguna de la Constitución estuviera pensada para no tener efecto y, por lo tanto, la interpretación contraria era inadmisiblesalvo que el texto de la Constitución así lo indicara —*Marbury vs. Madison*— (consid. 13).

Entendió, asimismo, que no había duda de que la intangibilidad de las retribuciones de los jueces era garantía de la independencia del Poder Judicial (*Fallos*, 176:73); y menos la había en cuanto a que tal independencia era un requisito indispensable del régimen republicano (*Fallos*, 247:495) —consid. 19—. Sin embargo, y si bien resultaba conclusión válida de aquellas premisas que el principio de intangibilidad no podría ser desconocido en el ámbito provincial, no lo era afirmar que los alcances de dicho principio en ese ámbito debían ser necesariamente iguales a los trazados para la esfera nacional en la sentencia de la Corte dictada por conjueces en la causa “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Estado nacional s/ Amparo” (de 15 de noviembre de 1985 —*vid. supra*—), ya que en la medida en que las normas locales preservaran la sustancia del principio y en tanto la *ratio* de éste no se viera frustrada, la exigencia del art. 5 de la C.N. quedaba suficientemente cumplida (id. consid.).

677 *Fallos*, 311:460.

b) Por su parte, el voto disidente del ministro J. Severo Caballero planteaba la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar que la crítica referida a la exégesis del art. 130 de la Constitución Provincial remitía a la consideración de cuestiones de derecho público local, propias de los jueces de la causa y, en principio y por naturaleza, ajenas al remedio federal intentado (consid. 6°).

Ya en referencia a lo resuelto por la Corte Federal en “Bonorino Peró” (en tanto uno de los agravios del recurrente consistía, precisamente, en que el *a quo* se había separado de lo resuelto por el Máximo Tribunal federal en dicha causa), puntualizó que, pese a la autoridad de que están investidos y del respeto que merecen los precedentes de la Corte, había de reconocerse que los mismos carecen de fuerza vinculante para los tribunales provinciales en materia de derecho público local (consid. 8°).

c) En modo más explícito aún, el ministro Bacqué en su disidencia (que propiciaba la revocación de la sentencia) propuso, en cuanto a los alcances de la garantía atinente a la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales (*ex art. 96 de la C.N.*), que el Tribunal hiciera suyos los términos de la sentencia recaída en “Bonorino Peró”, lo que —a su juicio— por sí solo bastaba para desechar los fundamentos del *a quo* (consid. 5°).

C) En resumidas cuentas, la importancia del presente fallo —respecto de la temática analizada en este trabajo— puede emplazarse, por un lado, en la afirmación del voto mayoritario en el sentido de que “*no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto*”, aserción que deviene útil para brindar sustento jurídico y axiológico a la posible corrección jurisdiccional de las omisiones inconstitucionales.

Y por otro, se hace perceptible en el pronunciamiento, tanto en el voto mayoritario cuanto en las disidencias (ya de modo directo, ya implícitamente), *una suerte de posición coincidente con el criterio que los conjuces sentaron en la reseñada causa “Bonorino Peró”*.

8. “Ekmekdjian c/ Sofovich y otros”

A) Generalmente cuando se hace referencia a esta causa, se habla de un cambio sustancial, un punto de inflexión, un vuelco trascendente en la trayectoria jurisdiccional de la Corte⁶⁷⁸.

678 Es justo recordar que, para esta ocasión, la Corte ya había mudado parcialmente su integración en relación con la que tuvo a su cargo la decisión de los anteriores casos reseñados en conexión con el

Y verdaderamente así ha sido, y no sólo respecto de la concepción del derecho de réplica, su inserción en el derecho positivo nacional y la problemática de la corrección de las omisiones inconstitucionales (y anticonvencionales) por medio de las sentencias judiciales.

B) Veamos algunos de los aspectos relevantes de este paradigmático pronunciamiento.

a) En cuanto a la plataforma fáctica, cabe recordar que el actor interpuso demanda contra el Sr. Gerardo Sofovich y ‘Canal 2 de Televisión’, persiguiendo se leyera en el programa ‘La Noche del Sábado’ —emitido en aquel canal y conducido y producido por Sofovich—, una carta documento para contestarle al Sr. Dalmiro Sáenz, quien a juicio del demandante había proferido frases agraviantes en relación con Jesucristo y la Virgen María (en la audición de 11 de junio de 1988).

Va de suyo que el actor canalizaba su pretensión invocando como fundamento al derecho de réplica. La acción fue rechazada en ambas instancias ordinarias, lo que llevó al Dr. Ekmekdjian a plantear recurso extraordinario. La denegación de tal remedio, motivó la queja de su parte.

b) El fallo —que acogió estimatoriamente la pretensa del actor— fue dictado el 7 de julio de 1992⁶⁷⁹. En sucinta referencia, reseñamos algunos de sus tramos según la visión plasmada por la mayoría.

Sostuvo que “entre las técnicas de prevención y de seguridad para evitar, atenuar y reparar los abusos y excesos en que incurren los medios de comunicación se encuentra el ejercicio de los derechos de respuesta y de rectificación” (primera parte del consid. 13).

Además, dejó en claro que “en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5/9/84, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 C.N.” (consid. 15, primera parte).

Asimismo, puso de relieve que “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado

derecho de réplica: “Costa”, “Sánchez Abelenda” y “Ekmekdjian c/ Neustadt”; habiéndose dispuesto el aumento del número de sus miembros, que trepó de cinco (5) a nueve (9).

679 Fallos, 315:1492.

La mayoría del Tribunal se integró con los ministros Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; en disidencia conjunta se pronunciaron los jueces Petracchi y Moliné O’Connor; mientras que en sendos votos disidentes lo hicieron los ministros Levene (h.) y Belluscio.

ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o *con la omisión de dictar disposiciones* que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27” (primera parte del consid. 19).

Por su parte, agregó que “las palabras ‘en las condiciones que establezca la ley’ [contenidas en el art. 14.1 de la Convención, en referencia al derecho de rectificación o respuesta] se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, *pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*”. Y puntualizó a continuación que “considera que *entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del Pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales*. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercerá en el caso concreto” (consid. 22, *in fine*).

Más adelante, precisó que “la conciencia de la propia dignidad no se silencia ni satisface con indemnizaciones pecuniarias ni con publicaciones extemporáneas dispuestas por sentencias inocuas por tardías” (consid. 28), y que “no cabe confundir las consecuencias de una condena criminal sustentada en el art. 114 C.P. —que presupone la tramitación de todo un proceso judicial ordinario con amplitud de debate y prueba— con el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta” (consid. 30, primera parte).

Por último y para concluir esta reseña, vemos que se encargó de afirmar que la vía sumarísima del amparo elegida por el accionante, ante la negativa del requerido de difundir la respuesta⁶⁸⁰, resultaba adecuada frente a la naturaleza del derecho que buscaba ser protegido judicialmente. En tal sentido, evocó lo reiterado en numerosos decisorios en relación con que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias” (consid. 31).

C) Quizás sea sobreabundante reiterar el giro en el timón jurisprudencial y la ostensible modificación del criterio de la Corte, evidenciados en este fallo.

El Tribunal confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que catapultase endógenamente al derecho de réplica. Además, interpretó que la expresión “*en las condiciones que establezca la ley*” (art. 14.1, *Ibid.*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos,

680 Recuérdese que, previo a entablar la acción, el Dr. Ekmekdjian había remitido una carta documento para que fuese leída en el programa, mas su petición fue ignorada.

integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*”.

Es decir, que el compromiso del orden jurídico interno con la Convención puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, pudiendo el tribunal fijar “*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*” será ejercitado.

A *fortiori*, entendemos que el Poder Judicial podría “fijar las características” de una norma constitucional o legal no reglamentada por el órgano público investido de la competencia primigenia para hacerlo, *concretando la fiscalización constitucional de la omisión* y proveyendo una solución *ad hoc* para el caso concreto y con efectos *inter partes*.

Un corte transversal de la sentencia en análisis nos permitiría extraer como una de las pautas sentadas jurisprudencialmente, la circunstancia de que, como el tratado internacional tenía al menos jerarquía supralegal (hoy, constitucional), su incumplimiento —enancado en la abstención legislativa— *podría constituir omisión inconstitucional reparable judicialmente a través del amparo*.

En ese sentido, el fallo sostiene: “*La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado*” (consid. 16 de la mayoría).

Así, la segunda de las hipótesis (“*omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento*”) *provocaría la agresión constitucional por omisión y haría viable la fiscalización jurisdiccional a su respecto*⁶⁸¹.

Sea como fuera y más allá de la polémica que la intervención de la Corte suscitó, juzgamos de importancia la instalación en el seno del Tribunal de algunas pautas que parecieran abonar y desbrozar el camino hacia la consolidación de la recepción —por vía pretoriana— del control sobre las *pretericiones inconstitucionales*, pudiendo incluso el fallo visualizarse como embrionaria muestra de la subsanación de una *omisión inconvencional*.

9. “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado nacional s/ Amparo Ley 16.986”

A) En la presente causa⁶⁸², resuelta el 1 de junio de 2000, las instancias de grado hicieron lugar a la acción de amparo articulada por la Asociación Benghalensis y otras

681 Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, T° I, nueva ed. ampl. y actualiz., Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 160.

682 *Fallos*, 323:1339.

entidades no gubernamentales⁶⁸³ que desplegaban actividades contra la epidemia del SIDA, condenando al Estado nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— a dar acabado cumplimiento a la obligación a su cargo de asistir, tratar y en especial suministrar medicamentos, de modos regular, oportuno y continuo, a las personas enfermas de esa dolencia registradas en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

B) Contra tal decisorio el demandado interpuso recurso extraordinario que fue concedido parcialmente (pues se lo acordó por encontrarse cuestionados el alcance y la interpretación de una norma federal, mas se lo denegó por la arbitrariedad alegada) y admitido de manera formal por la Corte aun cuando ésta se pronunció por la confirmatoria de la sentencia resistida.

C) El detalle de la votación respectiva en el seno del Máximo Tribunal, fue el siguiente:

- Los ministros Belluscio, López y Bossert, de quienes puede decirse constituyeron la *mayoría*, propiciaron la solución mencionada, limitándose a un reenvío al tratamiento que, acerca de las cuestiones debatidas, concretó el Procurador General de la Nación.
- Los jueces Moliné O'Connor y Boggiano lo hicieron compartiendo un voto común (también por la confirmatoria triunfante).
- El ministro Vázquez emitió un voto individual (confluyendo a igual decisión que sus colegas mencionados anteriormente).
- Y por último, los jueces Nazareno, Fayt y Petracchi votaron en disidencia, sosteniendo que el recurso extraordinario parcialmente concedido resultaba inadmisibles de acuerdo con lo establecido en el art. 280 del C.P.C.C.N.

D) Interesa referenciar brevemente los argumentos confirmatorios del fallo de los tribunales de mérito que esgrimió en su dictamen el Procurador General de la Nación, opinión que —como dijimos— constituyó la matriz jurídica a la que el voto mayoritario remitió expresamente para nutrirse y conformar la posición cuantitativamente prevaleciente del decisorio:

- En primer lugar, el dictamen se expidió por la legitimación de las entidades actoras para articular la acción de amparo que motivara el proceso, entendiendo

683 Las restantes entidades actoras eran: Fundación Descida, Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), Asociación Civil Intilla, Fundación RED, Fundación CEDOSEX, Fundación Argentina pro Ayuda al Niño con SIDA y Asociación Civil SIGLA.

que existía un perjuicio concreto, actual e inminente por la falta de provisión de los reactivos o medicamentos y especialmente en relación con las consecuencias por la no detección y asistencia a los portadores, infectados y enfermos, o por la interrupción de su tratamiento.

- Luego de efectuar ciertas disquisiciones jurídicas respecto del derecho a la vida, puntualizó que desde el punto de vista normativo el derecho a la salud estaba consagrado en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, párrafo 2° de la C.N.), citando —de ellos— los siguientes preceptos: art. 12, inc. ‘c’, del PIDESC; arts. 4, inc. 1°, y 5, inc. 1°, de la CADH; y art. 6, inc. 1°, del PIDCP.
- A continuación, puso de relieve que el Estado no sólo debía abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que, además, tenía el deber de realizar prestaciones positivas para que el ejercicio de aquellos no se tornase ilusorio. En tal marco, entendió que fue dictada la mencionada Ley N° 23.798⁶⁸⁴ —de Lucha contra el SIDA—, de cuyos principios liminares extrajo que pesaba sobre el Estado nacional la obligación de proporcionar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad, siendo responsable de la ley ante terceros, sin perjuicio de la responsabilidad que ante él cupiera a las jurisdicciones provinciales o instituciones privadas (obras sociales o sistemas de medicina prepaga).

E) Por lo demás y en cuanto a lo que aquí interesa destacar primordialmente, se confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (a su vez, ratificatoria de la de primera instancia) que *declaró procedente la acción de amparo contra las omisiones del Estado por incumplimiento de las obligaciones* impuestas en la Ley N° 23.798 y su Decreto Reglamentario N° 1.244/91⁶⁸⁵; se efectuó una interpretación amplia de la legitimación activa; se evitó que fuesen preteridos los deberes estatales en una materia tan importante como la salud pública como inversión social prioritaria y que ellos quedaran *licuados* en una discusión (por supuesto, secundaria) acerca de la distribución competencial entre Nación y provincias en el cumplimiento de las imposiciones del citado plexo normativo.

10. “Campodónico de Beviacqua”

A) En “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”⁶⁸⁶, las

684 B.O. de 20 de septiembre de 1990.

685 B.O. de 8 de julio de 1991.

686 *Fallos*, 323:3229.

instancias de mérito hicieron lugar al amparo articulado por la madre del niño A.S.B. (quien nació con un grave padecimiento en su médula ósea que reducía sus defensas inmunológicas y cuyo tratamiento dependía del suministro de un fármaco especial), condenando al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar las dosis necesarias de la mencionada medicación, ya que el 2 de diciembre de 1998 el Banco de Drogas Antineoplásicas —dependiente de aquel ministerio— manifestó a los padres de la criatura que les entregaba la medicación “por última vez”, circunstancia que los movió a articular la aludida acción.

B) Contra la sentencia de la alzada (Sala B, Secretaría Civil N° II, de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba), la vencida interpuso el recurso extraordinario, cuya denegatoria motivara su queja, sustentando su principal agravio en que el fallo resistido había trasladado indebidamente a la Nación la responsabilidad de la atención del niño, liberando a la obra social y a la autoridad provincial de las obligaciones a su cargo. Con ello, entendía que se ponían en entredicho la actuación subsidiaria del Estado, los derechos de propiedad y defensa en juicio y las facultades reservadas de las provincias en materia de salud.

C) Prácticamente la Corte en pleno, y con argumentos compartidos, declaró formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada, emitiendo su fallo el 24 de octubre de 2000. En efecto, así votaron los ministros: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. Por su parte, el juez Bossert no integró el acuerdo y el ministro Belluscio votó en disidencia, mocionando la desestimación de la presentación directa por resultar inadmisibile en los términos del art. 280 del C.P.C.C.N.

D) A continuación, sólo reseñaremos brevemente algunas de las importantes consideraciones del Tribunal.

En primer lugar, reiteró la impostergable obligación de la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud —el que entendía comprendido dentro del derecho a la vida— con *acciones positivas*, sin perjuicio de los deberes que en tal sentido debían asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga (consid. 16).

Pasó a reseñar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, párrafo 2°, de la C.N.) que contienen normas específicas que protegen la vida y la salud de los niños, entre los que incluyó a los arts. VII de la DADDH; 25, inc. 2°, de la DUDH; 4, inc. 1°, y 19, de la CADH; 24, inc. 1°, del PIDCP; y 10, inc. 3°, del PIDESC (consid. 17).

Respecto de este último instrumento internacional, evocó su art. 12 sobre la existencia del derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental y el deber estatal de procurar su satisfacción, señalando entre las medidas a adoptar para garantizar aquel derecho, la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (consid. 18).

Vinculó tales afirmaciones con lo dispuesto en el art. 2, inc. 1º, *Ibid.*, en el sentido de que los Estados Parte se han obligado “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos en él reconocidos (consid. 19).

Luego, y para justificar la responsabilidad del Estado nacional respecto de la cuestión que se ventilaba en naciones de estructura federal como la argentina, remitió a algunas observaciones del Comité de DESC de la ONU (consid. 19) y también a la ‘cláusula federal’ prevista por la CADH (art. 28, incs. 1º y 2º), lo que conectó con la obligación estatal normada en la CDN (arts. 23, 24 y 26) —consid. 20—.

De tal cuadro normativo desprendió que el Estado nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos en orden a promover y facilitar las prestaciones de salud requeridas por la minoridad, *deberes de los que no podía desligarse válidamente so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas*, sobre todo por cuanto ellas participaban de un mismo sistema sanitario y lo que se encontraba en juego era el interés superior del niño, pauta que debía ser protegida prioritariamente por todos los departamentos gubernamentales (art. 3 de la CDN) —consid. 21—.

En un tramo sustancial de la sentencia, la Corte enfatizó que, sin perjuicio de la existencia de normativa de derecho interno por la que se creó un sistema de prestaciones básicas de atención integral en favor de las personas con discapacidad y se dejó a cargo de las obras sociales comprendidas en la Ley N° 23.660 la obligatoriedad de su cobertura (ver la Ley N° 24.901⁶⁸⁷), el énfasis puesto por los tratados internacionales en preservar la vida de los niños hacía que el Estado nacional⁶⁸⁸ no pudiera desentenderse “de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud

687 B.O. de 5 de diciembre de 1997.

Tal normativa encomendó al Estado nacional y a sus organismos dependientes la atención del sistema de prestaciones básicas de salud dispuestas en ella a favor de las personas discapacitadas que no cuenten con cobertura de obras sociales y carezcan de medios propios para afrontar sus necesidades (arts. 1, 2, 3 y 4).

688 Cabe recordar que la sentencia de la alzada asignó a la demandada responsabilidad subsidiaria, sin liberar de sus respectivas obligaciones legales al Gobierno provincial (de Córdoba) ni a la obra social —ver, v. gr., consid. 34 del fallo de la Corte—.

en entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial, conclusión que lleva en el *sub examine* a dar preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación⁶⁸⁹ (consid. 33).

E) Creemos que la sentencia reviste gran trascendencia, pues el Máximo Tribunal efectuó un adecuado razonamiento vinculando sustanciales cuestiones como las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro país, que adquieren plusvalía a partir de la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; las medidas de acción positiva que debe el Estado adoptar; un concepto funcional de progresividad en materia de DESC; y la ineludible obligación del Estado nacional de no desligarse de su deber de amparar la vida y la salud del menor, asegurando la continuidad del tratamiento contra la grave dolencia que padecía (enfermedad de Kostman), en el marco de su responsabilidad subsidiaria y sin desembarazar al Gobierno provincial de Córdoba ni a las obras sociales.

Todo ello condujo a la Corte a hacer operativa jurisdiccionalmente la relevante premisa que ordena priorizar el interés superior del niño frente al desamparo asistencial en que lo sumía la decisión de interrumpir la provisión del fármaco, con lo que se *salvó preventivamente en sede judicial una inminente omisión de la autoridad pública involucrada*.

11. “Monteserin”

A) Ciertamente, lo resuelto en “Campodónico de Beviacqua” ha tenido fuerza expansiva, puesto que los principales eslabones que lo vertebran argumentalmente fueron reproducidos en otros pronunciamientos donde también estaban en juego valores de singular trascendencia.

Sólo citaremos uno de ellos. Nos referimos a “Monteserin, Marcelino c/ Estado nacional (Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad)”⁶⁹⁰.

La secuencia del caso muestra que el padre adoptivo de un menor que padecía parálisis cerebral dedujo amparo contra el Estado nacional para que se le ordenara dar cumplimiento a la previsión contenida en los arts. 3, párrafo 2º, 4 y ccds. de la citada Ley N° 24.901 y 23 de la CDN, y que se dispusiera la afiliación del menor a la obra

689 Subyace en ello una clara aplicación de la pauta contenida en los citados arts. 26 y 27 de la CVDT.

690 *Fallos*, 324:3569.

social que correspondiera, a fin de que recibiera todos los beneficios previstos en la legislación vigente.

El Tribunal de Apelaciones interviniente confirmó la sentencia de la instancia anterior, que acogió el amparo y ordenó al Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad que otorgara la atención integral prevista en la Ley N° 24.901 y el Decreto N° 1.193/98⁶⁹¹, no sólo con relación a las prestaciones básicas allí enumeradas, sino a los servicios específicos, alternativos del grupo familiar o prestaciones complementarias que la situación a relevar requiriera.

Contra ese decisorio, el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad articuló un recurso extraordinario federal que, al ser denegado, dio lugar a la queja. El 16 de octubre de 2001 la Corte Suprema, unánimemente⁶⁹², declaró procedente tal recurso mas confirmó la sentencia cuestionada.

B) En apretada síntesis, los aspectos destacables del decisorio son:

- Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional, la Corte ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido en el derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con *acciones positivas*, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (consid. 11), reiterando lo puntualizado por ejemplo en “Asociación Benghalensis”.
- Aludiendo a lo expresado en “Campodónico de Beviacqua”, señaló que el Estado nacional no podía desentenderse de aquellas obligaciones so pretexto de la inactividad de otras entidades —públicas o privadas— *pues es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten*, habida cuenta de la función rectora que también le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, *en miras a lograr la plena realización del derecho a la salud* (consid. 13).

691 B.O. de 14 de octubre de 1998.

692 Votaron los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez.

- Y que la Ley N° 24.901 encomendó al *Estado nacional y a sus organismos dependientes la atención del sistema de prestaciones básicas de salud dispuestas en ella a favor de las personas discapacitadas que no contaran con cobertura de obras sociales y carecieran de medios propios para afrontar sus necesidades*, condiciones que habían sido acreditadas en el caso (consid. 15).

A partir de tal enclave jurídico y axiológico, la Corte razonó que en el caso en cuestión el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, *pretendía liberarse de su deber de asistencia al niño alegando la insuficiencia de partidas presupuestarias y haciendo recaer la responsabilidad de atenderlo en otro departamento perteneciente al mismo ámbito administrativo, con el que ejercía funciones concurrentes y del cual formaba parte integrante junto con otras entidades de atención de la salud.*

Como corolario de la trama argumental señalada, el Tribunal advirtió sobre *la responsabilidad que debía asumir el Estado en la asistencia y la atención del niño discapacitado, de la que no debía sustraerse en razón de “demoras contingentes en la puesta en funcionamiento del respectivo sistema sanitario en las provincias”*, confirmando el criterio de los tribunales inferiores dirigido a salvar la *omisión* del citado Servicio Nacional.

12. “Antonucci c/ Y.P.F. y otro”

A) En primera instancia se rechazó la demanda articulada por el actor para que se reconociera su derecho respecto de las acciones clase “C” de Y.P.F. S.A. (Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad Anónima), que le corresponderían de acuerdo con el Programa de Propiedad Participada (P.P.P.) creado y reglamentado por las Leyes N°s. 23.696⁶⁹³ (de Reforma del Estado), 24.145⁶⁹⁴ y concordantes. El magistrado se basó en que el accionante no se encontraba en relación de dependencia en el momento de la privatización de Y.P.F.

En segunda instancia se revocó la sentencia desestimatoria, haciendo lugar a la demanda. Asimismo y ya confirmando lo resuelto en la sede anterior, liberó de responsabilidad en la causa a la codemandada Y.P.F. Señaló la Cámara interviniente que la real privatización de la empresa se produjo con el Decreto N° 2.778/90, por el cual se transformó la sociedad del Estado en una sociedad anónima; por tanto, y al haberse desvinculado el actor en el año 1992, sí tenía derecho a participar del

693 B.O. de 23 de agosto de 1989.

694 B.O. de 6 de noviembre de 1992.

mencionado programa y luego a adquirir un porcentaje de las acciones de la empresa. En consecuencia, condenó al Estado nacional a un resarcimiento que debía ser calculado conforme a las pautas que el propio decisorio determinaba.

Contra tal pronunciamiento, el Estado nacional articuló un recurso extraordinario federal en el que —entre otras cuestiones— puso énfasis en el carácter “programático” de la Ley N° 23.696, aseverando que ella entrañaba un marco normativo del que se desprendían principios aplicables a la privatización, que no constituía materia justiciable, en tanto se trataba de un estatuto que guiaba la actuación del Poder Ejecutivo, al que se encomendaba la aplicación de aquel según su juicio de oportunidad y valor. Señaló, asimismo, que la convalidación del pronunciamiento importaría vulnerar el principio de separación de poderes en materia de facultades propias y delegadas del Ejecutivo, lo que trascendía el interés de las partes, para proyectarse sobre el de la comunidad.

B) Luego del dictamen del Procurador General de la Nación, la Corte⁶⁹⁵ declaró admisible, por mayoría, el recurso extraordinario, mas confirmó la sentencia apelada, expidiéndose el 20 de noviembre de 2001.

C) Sintéticamente, la cuestión por dilucidar —conectada con la naturaleza pretendidamente “programática” de la Ley N° 23.696— era a qué fecha debía existir el vínculo laboral para que los dependientes de Y.P.F. pudieran tener derecho a adquirir acciones del ente en función del P.P.P. establecido en la citada ley.

El voto mayoritario (suscrito por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez), concretando una suerte de interpretación amplia de la cuestión y trasuntando un criterio favorable a “*tornar efectivos los derechos consagrados a favor de los trabajadores en el art. 14 bis de la Constitución Nacional*”⁶⁹⁶ (ver consid. 4°), concluyó —no sin dejar sentado previamente que la Ley N° 23.696 “no revestía carácter imperativo” (consid. 5°)— que la literalidad de los textos reguladores del marco de propiedad participada hacían permanente referencia al empleado adquirente del ente a privatizar y no a quien reunía tal condición en un ente ya privatizado (consid. 9°).

Por otro carril, el voto disidente de los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert (expidiéndose por la revocación de la sentencia apelada), expresó —en lo que aquí interesa— que la índole “programática” de la Ley N° 23.696 impedía reconocer derecho de preferencia al P.P.P. a quien cesó con anterioridad al momento de concretarse la privatización mediante el cambio en el capital de la empresa, de lo que surgía que

695 Fallos, 324:3876.

696 Sobre el particular, reenviaba a lo resuelto en Fallos, 321:3037.

ningún derecho consolidado pudo invocar válidamente el actor en tanto no investía, a ese momento, la calidad de empleado (consid. 11). Dejó sentado además que la privatización y el consecuente derecho de preferencia de los empleados a participar en dicho programa de las acciones clase “C” tuvo origen el 7 de julio de 1993 con la sanción de la Ley N° 24.145, por medio de la cual Y.P.F. ofertó sus acciones para ser adquiridas en los mercados abiertos de valores (consid. 10).

D) Para concluir este señalamiento, pareciera que el fallo (nutrido del voto mayoritario) se hizo eco del criterio del Procurador General de la Nación, aunque sin decirlo expresamente. En su dictamen éste puso de resalto que *“las cláusulas programáticas poseen, al menos, una posibilidad de implementación en sus contenidos mínimos y una aptitud para servir de guía a la interpretación de la Constitución”* (cfr. ítem XIV), pauta hermenéutica que para entonces supuso una evolución cualitativa en el modo de visualizar e interpretar *la vocación de operatividad de los preceptos constitucionales no obstante la inercia de las autoridades públicas encargadas de brindarles desarrollo normativo infraconstitucional*.

13. “Mignone, Emilio Fermín”

A) Aunque todavía con parte de la composición anterior a la actual, a los fines de esta indagación es válido revisar este fallo, pronunciado el 9 de abril de 2002, y que ya fuera citado en este trabajo.

En él, la Corte no se limitó (como sí lo había hecho el órgano apelado: la Cámara Nacional Electoral) a la declaración de inconstitucionalidad del art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, que excluía del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”. Es que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilitara el sufragio de aquella categoría de personas.

Además de mantener la declaración de la invalidez constitucional de tal precepto, la Corte avanzó operativamente y manifestó que correspondía *“urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados”* y, en ese marco, consideró prudente *“disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”*⁶⁹⁷.

697 Los textos entrecomillados corresponden al consid. 9° de la mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O’Connor y López.
En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los jueces Boggiano (véase el consid. 8°) y Bossert (ver el consid. 30).

B) Esencialmente, la Corte pronunció una especie de *sentencia exhortativa multilateral* para salvar la primacía constitucional. Fue así como declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los poderes Legislativo y Ejecutivo tendiente a lograr que emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obturado por la regla devenida anticonstitucional⁶⁹⁸.

Es saludable la opción escogida por el Tribunal como medio útil para corregir el incumplimiento del “deber de adecuación del legislador” al no adaptar una norma legal a los postulados operativos de un instrumento internacional con valencia homóloga a la de la Carta magna, pues más allá de la pauta genérica del art. 18 de la C.N. (con relación al principio de inocencia), el parámetro para discernir la constitucionalidad (y convencionalidad) de la regla impugnada fue el art. 23.2 de la CADH⁶⁹⁹.

En otras palabras, aquel *precepto del dispositivo electoral quedó desfasado al resultar sobrenadadamente inconsistente con pautas dimanadas de una convención internacional jerárquicamente equiparada a la Constitución*.

C) Por último, como también ocurriría luego con otros pronunciamientos⁷⁰⁰, la sentencia tuvo potencialidad impulsora de la tarea legislativa, pues el 4 del diciembre de 2003 se sancionó la Ley N° 25.858⁷⁰¹, promulgada por Decreto N° 1.342/2003 del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 29 de diciembre de 2003 (publicado en la misma

Por su parte, los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (*vid.* sobre el punto en cuestión, el consid. 19).

698 *Mutatis mutandis*, es posible verificar también que en el voto concurrente individual del entonces juez Nazareno en el caso “Provincia de San Luis c/ Estado nacional s/ Acción de amparo” (*Fallos*, 326:417), de 5 de marzo de 2003, además de propiciar la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos Nac. N°s 214/02 (arts. 2 y 12), 1.570/01 y 320/02, precisó que a fin de “no frustrar la declaración de inconstitucionalidad decidida, *corresponde que la intervención que se requiere del Congreso de la Nación esté sujeta a un breve lapso durante el cual deberá ser ejercida, pues de no ser así este pronunciamiento configuraría una vana y formal declamación de principios, desprovista de contenido real por su ineficacia para restablecer las garantías constitucionales vulneradas; y, con mayor gravedad, en una renuncia consciente a la función constitucional de decidir definitivamente colisiones efectivas de derechos, asignada a este Poder Judicial*” (consider. 51). Sobre tal base, juzgó apropiado fijar al Congreso un plazo de sesenta (60) días.

Fundamentaba también su posición en que, dada la proyección que la decisión propuesta podía generar sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debatían controversias similares, el Congreso de la Nación debía sancionar las disposiciones necesarias y apropiadas para que la ejecución de pronunciamientos de esta naturaleza encontrara un cauce constitucionalmente sostenible (consider. 47).

699 En realidad, para sustentar la inconstitucionalidad del art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, la moción mayoritaria reenvió a los fundamentos y conclusiones vertidos en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López en la causa “Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ Oficialización listas de candidatos”, de 27 de septiembre de 2001 (*Fallos*, 324:3143).

700 Por ejemplo, en la varias veces nombrada causa “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”.

701 B.O. de 6 de enero de 2004.

fecha que la ley). En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó, entre otros incisos, el 'd' del art. 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el art. 3 bis, que en su primer párrafo dispone que “[l]os procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos”⁷⁰².

14. “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Despido”

En este decisorio⁷⁰³, de 14 de septiembre de 2004, la CSJN modificó su posición hermenéutica anterior y, por unanimidad⁷⁰⁴, declaró inconstitucional por irrazonable el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2º y 3º del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según Ley N° 24.013⁷⁰⁵), para calcular la indemnización por despido incausado.

Paralelamente y con una carga adicional de activismo judicial, desactivó por inconstitucional aquel límite y avanzó en la *delineación de un criterio normativo operable en la causa* al determinar *per se* que correspondía aplicar dicha limitación sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

En puridad, la Corte inoculó al fallo una importante carga *aditiva*, razón por la cual se ha llegado a decir que representa una “decisión *cuasi legislativa*”⁷⁰⁶.

15. “Verbitsky, Horacio”

En esta causa, ya reseñada e individualizada (por lo que remitimos a lo mencionado en el título séptimo, capítulo II), el Tribunal recurrió a una interesante herramienta sentencial *exhortativa para atemperar, corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas*.

702 Al margen del hecho auspicioso que supuso la positivación de tal solución, que quedaba en línea con las disposiciones y los principios consagrados por la CADH y el anclaje argumental exhibido por la Corte Suprema en “Mignone”, no dejaba de ser polémico el excesivo lapso de tiempo que la ley en cuestión otorgó al Poder Ejecutivo para que la reglamentara, en tanto le fijó para tal menester un plazo máximo de veinticuatro (24) meses contados a partir de la publicación de la aludida preceptiva legal.

703 *Fallos*, 327:3677.

704 En efecto, votaron coincidentemente todos los firmantes, ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

705 B.O. de 17 de diciembre de 1991.

706 Cfr. ACKERMAN, Mario, “La modificación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del tope indemnizatorio por despido y sus consecuencias”, *La Ley*, T° 2004-F, Buenos Aires, p. 196.

Diseñó una *sentencia exhortativa multilateral* involucrando en sus requerimientos a los tres poderes de la Provincia de Buenos Aires, pero a la vez mantuvo su propio compromiso en la supervisión del abastecimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento (por cierto, de muy dificultoso cumplimiento efectivo) y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil para debatir sobre un tema de enorme complejidad como es el de las personas privadas de su libertad en jurisdicción de aquella Provincia, detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados.

16. “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios” I y II

A) En la citada causa “Badaro I”, unánimemente⁷⁰⁷, el Alto Tribunal subrayó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (art. 14 bis) debía resguardarse *legislando* sobre el punto (consid. 6°).

Convergentemente señaló que “*el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla*” (consid. 15).

Asimismo, puso de manifiesto que “la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego *es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad*”, de lo que extrajo que “*la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional*” (consid. 13).

El espacio temático en cuyo marco la Corte entendió configurada la *preterición legislativa inconstitucional* es precisamente uno de los identificados por la Constitución, reforma mediante, como destinatario de un plus protectorio en los términos del art. 75, inc. 23.

Tal cláusula específica que corresponde al Congreso nacional *legislar y promover medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto de*

707 El fallo lleva la firma de los siete (7) integrantes que entonces daban cuerpo al Tribunal, ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

los niños, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad. En otras palabras, queda al descubierto la expresa voluntad del Constituyente reformador de *visualizar a la ancianidad como un grupo particularmente vulnerable e hiposuficiente*.

En tal sentido, la CSJN ha precisado que “*no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos*” (consid. 17).

Por lo demás, mostrándose consciente de sus límites, advirtió que no era apropiado fijar ella misma sin más “*la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer*” (consid. 16).

Las líneas axiales del fallo pueden sintetizarse como sigue:

- *Declaró la omisión legislativa inconstitucional* consistente en la falta de norma de ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley fundamental.
- *Se abstuvo de adoptar ‘per se’ la decisión supletoria de la mentada preterición.*
- *Difirió el pronunciamiento* sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes.
- *Y decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación* el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

B) Por su parte, en el también nombrado decisorio “Badaro II”⁷⁰⁸, al haber transcurrido un lapso de tiempo razonable (un poco más de quince —15— meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (dictado de pautas

708 Votaron de manera coincidente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

adecuadas a la situación del actor⁷⁰⁹), y agregar que el primer fallo pronunciado en la causa “fue preciso al detallar la *omisión legislativa* que la Corte había advertido y el daño derivado de ella”, por unanimidad declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2°, de la Ley N° 24.463, en el caso.

Asimismo, determinó que la prestación del accionante (que superaba los un mil pesos —\$ 1.000—) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Más allá de la solución puntual adoptada, el Tribunal manifestó que contribuiría a la seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguraran el objetivo constitucional relativo a la movilidad de las prestaciones previsionales, pues *una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de las facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que había redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial* (consid. 24).

Consecuentemente, formuló una *nueva exhortación* a las autoridades responsables a fin de que examinaran dicha problemática y, entre otros aspectos salientes, la resolución supuso —*ante la pretermisión legislativa*— *la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de contenido aditivo*.

Por lo demás y luego de “Badaro II”, el Congreso de la Nación procedió a dictar la Ley N° 26.417⁷¹⁰ de Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público, que algunos analistas han tachado de insuficiente por no ofrecer solución a numerosos problemas sobre actualización de haberes anteriores a 2009 y porque tal vez la fórmula de movilidad que implementaba originaría un nuevo flujo de litigiosidad dirigido a cuestionarla.

709 Luego del fallo “Badaro I” el Congreso sancionó la Ley N° 26.198 (B.O. de 10 de enero de 2007), aprobatoria del presupuesto 2007, que reconoció un aumento general de 13% con vigencia desde el 1 de enero de 2007, convalidó los aumentos de los haberes inferiores a \$ 1.000 implementados por distintos decretos de necesidad y urgencia y facultó al Ejecutivo para conceder incrementos adicionales, lo cual se concretó por medio del Decreto N° 1.346/2007 (B.O. de 5 de octubre de 2007) que estableció un aumento general de 12,5% a partir del 1 de septiembre de 2007.

Del breve repaso anterior se observa claramente que, en definitiva, ninguna de las medidas descritas previó la razonable movilidad de los beneficios jubilatorios en el período reclamado por el demandante: 1 de enero de 2002 a 31 de diciembre de 2006; con lo cual quedaba incumplido lo resuelto en aquella sentencia.

710 B.O. de 16 de octubre de 2008.

17. “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”

A) En esta sentencia⁷¹¹ (ya anunciada), por mayoría, el Tribunal *detectó la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso temporal.

B) Para arribar a tal conclusión y entre otros argumentos, entendió que la C.N. admite en el segundo párrafo del art. 43 una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

Si bien reconoció que en tales casos no existe un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, advirtió que media un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, consideró razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Puntualizó sobre el particular que “no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas *acciones de clase* en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos” (consid. 12 de la mayoría).

Posteriormente puntualizó que “frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que *la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia*, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular” (id. consid.).

711 Dictada el 24 de febrero de 2009.

En sentido convergente con lo que anunciábamos, *paralelamente a detectar la “mora” legisferante y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, trazó algunas precisiones a los efectos de que ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la “acción colectiva” que delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio*, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar (consid. 20 de la mayoría).

Por ello, consideró que “la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (id. consid.).

18. “Q. C., S. Y.”

El presente fallo, varias veces referido aquí, giraba en torno a derechos singularmente relevantes, como el de *acceso a una vivienda digna* (art. 14 bis, *in fine*). El Tribunal puntualizó que las disposiciones constitucionales que alojan a tales derechos consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado*, con las siguientes particularidades: **i)** no son meras declaraciones, sino *normas jurídicas operativas con vocación de efectividad*; **ii)** esa *operatividad tiene un carácter derivado, no directo*, lo que significa que *su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su materialización*; y **iii)** están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

A nuestro juicio, la concepción trazada al respecto por la Corte suministra una vía fecunda para la activación de soluciones jurisdiccionales que permitan *conjurar pretermissiones legislativas (o del Ejecutivo)* consistentes en la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales.

Aquellas respuestas dirigidas desde la judicatura pueden sacudir el letargo y estimular a los órganos silentes a que actúen, ambientando normativamente la situación para permitir que tales “obligaciones de hacer a cargo del Estado” pasen de la inocuidad a la acción o del “papel” a la realidad.

19. “Dávila Lerma, Carlos Alberto c/ Provincia de Formosa y/u otros”

A) El presente fallo, dictado el 5 de junio de 2012 y que ya fuera identificado aquí, es tan breve como importante⁷¹². Sin embargo, ha pasado inadvertido para la doctrina.

El actor reclamó el beneficio de pensión derivado de la muerte de su cónyuge jubilada, para lo cual planteó la inconstitucionalidad del art. 37.1. de la Ley N° 571 (T.O. por Decreto N° 1.505/1995) de la Provincia de Formosa. Sostuvo que tal norma violaba el principio de igualdad ante la ley enunciado por las constituciones local y nacional, en la medida en que para acceder a dicha prestación el viudo debía encontrarse incapacitado para el trabajo y a cargo del causante, cuando esta condición no era requerida en el caso de la viuda. Su petición fue finalmente desestimada por el Superior Tribunal de Justicia provincial, lo que generó el recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja.

B) La CSJN transcribió un párrafo del fallo del Tribunal *a quo* en el que manifestaba: “si bien puede argüirse que la mujer ha avanzado socialmente y hoy existe una gran cantidad de ellas que trabajan y que así están siendo jubiladas y pueden recibir pensión, lo que haría (sólo para esos casos) un beneficio no igualitario, la cuestión debe ser resuelta por el legislador y mientras ello no ocurre la solución no puede ser dada por el Departamento Judicial”.

De ello extrajo la Corte que “por ser así descripto y no otro, el supuesto en juego en el presente litigio, *el Superior Tribunal provincial*, mediante el razonamiento transcrito, *terminó abdicando el ejercicio de su jurisdicción, la cual comprende, naturalmente, el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia, tal como lo tiene aclarado esta Corte desde antiguo* (Fallos: 10:134, del 30 de mayo de 1871)”.

En definitiva, acogió la queja y el recurso extraordinario deducidos y dejó sin efecto la sentencia apelada, devolviendo el expediente a fin de que, por quien correspondiera, se dictara una nueva con arreglo a lo indicado por el Alto Tribunal.

Presentada de una manera simple y directa, la doctrina que emana del sucinto pronunciamiento indica que si en un caso los jueces dicen al peticionante (palabras

712 Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Maqueda, Petracchi y Zaffaroni.

más, palabras menos) “su planteo es correcto y Ud. tiene razón, pero precisa una norma del legislador que solucione su reclamo”, *estarían abdicando el ejercicio de su jurisdicción, que comprende el control de constitucionalidad de las normas en los casos que sean de su competencia.*

Y, de más está mencionarlo, *por vía de principio ello supone la habilitación de una valiosa herramienta para que desde la jurisdicción se corrijan directamente las omisiones inconstitucionales del legislador.*

20. “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa ‘Zartarian, J. J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ Plena jurisdicción”

Por su vinculación temática con ciertos aspectos de “Dávila Lerma”, corresponde traer a colación la reciente causa que anuncia el rótulo, dirimida por la CSJN de modo unánime el 20 de agosto de 2014, firmada por los ministros Lorenzetti, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

En apretada síntesis, el demandante había planteado la inconstitucionalidad del art. 31 de la Ley N° 5.846 de la Provincia de Córdoba, que no contemplaba al conviviente varón en la nómina de causahabientes con vocación al beneficio de pensión. Tal solución legal era considerada por el accionante como contraria al art. 16 de la C.N. en cuanto establece la igualdad ante la ley sin distinción de sexos.

En su momento, el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia había acogido la acción contencioso administrativa deducida, y ordenado a la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros local el dictado de un acto administrativo otorgando la pensión respectiva a partir de la entrada en vigencia de la Ley Prov. N° 9.075 que, a criterio de ese Tribunal Superior, vino a cubrir el vacío legal existente respecto del conviviente varón, resultando sus previsiones aplicables al caso, por lo que dispuso se concediera el beneficio desde el día de entrada en vigor de tal ley.

Contra ese pronunciamiento, el demandante dedujo recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la queja, que fue admitida por la CSJN, compartiendo las razones dadas por el Procurador Fiscal subrogante para descalificar la sentencia apelada, además de aportar algunas consideraciones propias.

La Corte recordó su interpretación en el sentido de que la igualdad establecida en el art. 16 de la C.N. impedía que se establecieran excepciones o privilegios que excluyeran a unos de lo que en iguales circunstancias se concedía a otros. Asimismo, evocó su criterio respecto de la aplicación de un escrutinio riguroso sobre las normas que establecían clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados “sospechosos de inconstitucionalidad”), tales como raza, color, sexo, idioma,

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social (arts. 1 de la CADH y 26 del PIDCP). Pasó a puntualizar que, cuando había tenido que expedirse sobre la validez de las leyes que como en el caso utilizaban alguno de esos criterios de clasificación expresamente prohibidos, lo hizo partiendo de una presunción de inconstitucionalidad, que sólo caía si la demandada justificaba los fines sustanciales que la norma quiso resguardar y demostraba que el medio utilizado era absolutamente necesario para alcanzar el propósito enunciado. En autos la accionada no había justificado que la exclusión de los varones del derecho de pensión reconocido a las concubinas respondía a un fin trascendente que únicamente podía ser alcanzado por ese medio, ya que se había limitado a señalar a lo largo del proceso que la ley impugnada no los amparaba y a citar otra norma del mismo cuerpo legal que también deparaba un tratamiento diferenciado a hombres y mujeres para acceder a la pensión por viudez.

En nuestra opinión, ello implicaba una preterición inconstitucional relativa alojada en la normativa legal cuestionada.

Dentro de las pautas a las que la CSJN reenvió (contenidas en el dictamen del Procurador Fiscal subrogante) figura aquella que indica que los tribunales superiores provinciales no podían abdicar el ejercicio de su jurisdicción, la cual comprendía, naturalmente, el control de constitucionalidad de las normas en los casos que fueran de su competencia, tal como lo había dicho en la citada causa “Dávila Lerma”.

En definitiva, la Corte Suprema hizo lugar al recurso del apelante (ya que medió una clara omisión de parte del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en cuanto a pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad expresamente planteada), declaró la anticonstitucionalidad del art. 31 de la Ley Prov. N° 5.846, revocó la sentencia cuestionada y ordenó que la pensión del actor se abonara desde la fecha en que el menor de sus hijos —beneficiario de esa prestación— alcanzó la mayoría de edad.

III. Recapitulación

1. Introducción

Un bosquejo simplificado del señalamiento jurisprudencial de la CSJN, nos permite insinuar ciertas líneas salientes del elenco de fallos reseñados.

Recorreremos así diversas facetas de la inconstitucionalidad por omisión: *i*) nuevos instrumentos procesales constitucionales dispensados desde el seno jurisdiccional;

ii) el desarrollo de la fiscalización sobre las omisiones inconstitucionales desde una perspectiva institucional; *iii*) una especie de premisa interpretativa abierta, para que los jueces corrijan las inercias inconstitucionales del legislador; *iv*) en estrecha vinculación con lo anterior, la búsqueda de herramientas para dotar de eficacia a las normas constitucionales denominadas “programáticas” o, en lenguaje reciente de la CSJN, a disposiciones constitucionales con “operatividad de carácter derivado”; *v*) la vinculación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad en relación con las pretericiones legislativas; *vi*) algunas modalidades atípicas de sentencias constitucionales, v. gr., las exhortativas y aquellas que aportan contenido aditivo; y *vii*) la relación entre la inconstitucionalidad omisiva y los derechos fundamentales, como el de la salud.

2. Perfiles salientes de las sentencias referenciadas

A) Creaciones pretorianas de instrumentos procesales constitucionales

a) “Siri” y “Kot” son dos señeros precedentes que constituyen una muestra embrionaria pero trascendental del tópico que aquí exploramos. Produjeron una contribución vital al derecho procesal constitucional pues dieron vida —nada más y nada menos— que al proceso constitucional de *amparo*, respectivamente, *contra actos de autoridad pública y de particulares*.

Ciertamente además, “Siri” contiene uno de los párrafos más conocidos de la jurisprudencia de la CSJN, donde se afirma que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución nacional e independientemente de las leyes reglamentarias*.

b) La sentencia recaída en “Halabi” resulta relevante desde el punto de vista de la *consolidación de los procesos colectivos*, al adherir el Tribunal a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable.

Por su parte, *interpretó que medió mora legislativa en la regulación de las “acciones de clase”* y fijó determinados lineamientos que gobernarían la tramitación de las mismas hasta tanto el Congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto.

Sea como fuera, queda en un cono de dudas descifrar si en puridad del art. 43, párrafo 2°, de la Ley fundamental corresponde o no derivar la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador para positivar las *class actions*.

B) Control de constitucionalidad de omisiones legislativas, con sentido institucional

a) En “Bonorino Perú” (caso resuelto por conjueces) y otros fallos análogos, la CSJN ejerció *control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional violatoria de la garantía constitucional* consistente en la necesaria preservación de la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados” (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

b) En cierto sentido, puede inferirse en “Bruno” una posición de la CSJN (ya con la composición natural de ese entonces) emparentada con el criterio sentado en “Bonorino Perú” y los restantes casos análogos dirimidos por conjueces.

c) En “Badaro I”, *descubrió y declaró la existencia de una omisión legislativa inconstitucional lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el art. 14 bis de la Ley fundamental* y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adoptaran las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: *i*) por un lado, detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excede su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar la decisión supletoria de la omisión; y comunica su determinación a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable emanen la normativa pertinente; y *ii*) por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

d) Ya en “Badaro II”, ante el transcurso de un lapso temporal prolongado *sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara en “Badaro” I y frente a la persistencia de la inacción legislativa, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizador de la prestación previsional del accionante.*

e) Pese a no haber sido objeto de especial tratamiento, puede ubicarse aquí lo resuelto recientemente por la CSJN en el caso ‘I.150.XLVIII’, “Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de La Rioja en la causa Intendente Municipal Capital s/ Amparo”, de 11 de noviembre de 2014, donde unánimemente (votaron los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda), señaló la existencia de una *omisión* [a nuestro juicio, institucional]

en el dictado del régimen de coparticipación municipal previsto en los arts. 168 y 173 de la Constitución local y en el art. 9º, inc. 'g', de la Ley Nac. N° 23.548 de Coparticipación Federal, de acuerdo con los arts. 5º y 123 de la CN. Ordenó dictar un nuevo fallo, señalando que si una *omisión* desarticula en parte la forma de estado federal que dispuso el constituyente nacional —al reconocer el principio de autonomía municipal— y provincial —al reglar el alcance y el contenido de dicha autonomía—, esclarecer la cuestión implica forzosamente que los jueces interpreten la Constitución en el marco de una causa contenciosa. Advirtió que *no se trataba de imponer un alcance determinado a la autonomía municipal*, pues ello era una atribución ya ejercida por el constituyente provincial, sino de asegurar que una vez ejercido ese poder, *las autoridades constituidas respeten el grado de autonomía asignado a los diferentes niveles de gobierno, y provean los recursos de acuerdo con los parámetros preestablecidos para efectivizarla.*

C) Prohibición de abdicar del ejercicio del control de constitucionalidad

a) El criterio expuesto por el Tribunal en “Dávila Lerma” (reiterado en “Zartarian”) abre una interesante perspectiva que los jueces deben internalizar y aplicar, aunque con mesura, en materia de *inconstitucionalidad por omisión*.

Ha puntualizado que si los jueces manifiestan en un caso concreto que la pretensión es procedente pero que para hacerla operativa es menester una norma del legislador, tal comportamiento supondría una *declinación del ejercicio de su jurisdicción, que naturalmente abarca el control de constitucionalidad de las normas en las causas de su competencia.*

Transmite a la magistratura, así, un nítido mensaje en cuanto a que *existen remedios operables por medio del control de constitucionalidad para resolver las indolencias legislativas ante reclamos justos y jurídicamente procedentes.*

D) Las (denominadas) normas programáticas y la cuestión de la eficacia legal y constitucional. Sobre las disposiciones constitucionales con “operatividad de carácter derivado”

a) De “Hotel Internacional Iguazú S.A.” vale rescatar el criterio expuesto por el Alto Tribunal en torno a que el *carácter programático de una ley* no era causa que por sí sola justificara una *inacción ‘sine die’ del Estado en hacer efectivas sus disposiciones*, pues, de otro modo, habría que admitir que fue dictada para satisfacer inquietudes puramente literarias, conclusión ésta que indudablemente no podía aceptarse.

b) Análogamente, en “Bruno” se realza la aseveración en punto a que *no es posible presumir que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto*, criterio que aporta a nuestra visión respecto de la *legitimidad y conveniencia de asimilar y aplicar la categoría del control sobre las omisiones inconstitucionales.*

c) En cierto modo, “Antonucci” se acerca a “Hotel Internacional Iguazú S.A.” y “Bruno”, a partir de la visión del Procurador General de la Nación, seguida —aunque

sin verbalizarlo— por la mayoría del Tribunal. Aquel, en su dictamen, enfatizó que “*las cláusulas programáticas poseen, al menos, una posibilidad de implementación en sus contenidos mínimos y una aptitud para servir de guía a la interpretación de la Constitución*”, argumento útil para fortalecer la visión respecto de la vocación de operatividad de los preceptos constitucionales, que puede propiciar la superficie de movimiento de la judicatura para instar al legislador a proporcionales desarrollo normativo.

d) “Q. C., S. Y.” permite tener una visión actualizada de lo que la CSJN entiende por *operatividad* de las disposiciones constitucionales que contienen ciertos derechos fundamentales, por ejemplo, el de acceso a una vivienda digna (art. 14 bis, *in fine*). Aquellas marcan obligaciones de hacer a cargo del Estado, que no son simples declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; tal operatividad posee un carácter derivado, requiriendo de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo para su materialización; y están sometidas al control de constitucionalidad (razonabilidad) por los jueces.

E) Interacción del control sobre omisiones inconstitucionales e inconvencionales

a) En “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la Corte dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la *inacción legislativa* en perfilar la normativa reglamentaria del art. 14.1. de dicho Pacto podía suscitar la violación de la misma al no hacer posible su cumplimiento.

Desde una mirada de la cuestión que vaya más allá de lo superficial puede intuirse una interesante (aunque primaria) muestra de retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de omisiones contrarias a la Ley fundamental y a instrumentos que, como la CADH, ostentan valencia constitucional.

F) Sentencias exhortativas

a) Los casos “Pérez de Smith s/ Efectiva privación de justicia”, “Zamorano” y “Pérez de Smith s/ Pedido” fueron resueltos durante el último gobierno *de facto* y, con matices, en ellos subyace la intención de la CSJN de activar sus *poderes implícitos* para salvaguardar la eficacia de la función judicial y evitar o superar situaciones de “privación de justicia”, principalmente en lo referido a la protección de los derechos y garantías consagrados en la C.N., *ante la inercia del Poder Ejecutivo Nacional*.

Así, lo *exhortaba* (muy tibiamente) a proveer lo necesario (y en algún caso lo urgió a tomar las medidas correspondientes) a fin de que los magistrados estuvieran en condiciones de ejercer su imperio constitucional, resolviendo —con la necesaria efectividad que exigía el derecho— sobre los recursos que se intentaran ante sus estrados en salvaguarda de la libertad individual.

b) En “Mignone”, por medio de una *especie de sentencia exhortativa multilateral*, declaró inconstitucional el art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, y dispuso urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, estableciéndoles para ello un plazo de seis (6) meses.

c) En “Verbitsky” también diseñó una *sentencia exhortativa multilateral*, involucrando en sus requerimientos a los tres poderes del Estado Provincial (Ejecutivo, Legislativo y la Suprema Corte de Justicia local) y, a su vez, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

En algún punto, el fallo *revela la detección de omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal*, y dispuso exhortar a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y su legislación de ejecución penal y penitenciaria a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponer un parámetro temporal para concretarlo.

G) Resoluciones con contenido “aditivo”

a) De “Saguir y Dib” puede destacarse la tarea “aditiva” de la CSJN consistente en brindar una respuesta que, si bien no figuraba en la letra de la norma en cuestión, sí podía extraerse de su material implícito. Asimismo, es de resaltar la *creatividad* del Tribunal para eludir la mecánica literal de la ley y el formalismo ritual y garantizar, así, la vigencia real y efectiva de los principios constitucionales.

b) En “Vizzoti” desactivó por irrazonable (y por ende, inconstitucional) el límite a la base salarial para cuantificar la indemnización por despido sin causa y, en una decisión con *contenido aditivo*, elaboró una pauta normativa sustitutiva de la descalificada por anticonstitucional.

H) Omisiones inconstitucionales y derecho a la salud

a) Para concluir este telegráfico señalamiento, vemos que “Asociación Benghalensis” y “Campodónico de Beviacqua” (además de otros pronunciamientos concordantes, por ejemplo “Monteserin”, con una matriz similar a la del caso citado en último término) resultan significativos en tanto el Alto Tribunal depara ciertas pautas para superar *omisiones inconstitucionales del Estado* (nacional y/o provincial) *por incumplimiento de las obligaciones a su cargo* en el sensible ámbito del derecho a la salud, en el primer caso frente al flagelo del SIDA y en el segundo en torno a un menor con capacidades especiales.

CAPÍTULO

III

**ASPECTOS JURISPRUDENCIALES
RELEVANTES Y UN CONTEXTO
DE REDEFINICIÓN DEL PERFIL
INSTITUCIONAL DE LA CORTE
SUPREMA**

I. Preliminar

La observación de la praxis jurisprudencial de la CSJN en los casos abordados nos mueve a efectuar una reseña conclusiva que, sin pretensión alguna de exhaustividad y más allá de los comentarios particulares que en cada pronunciamiento se fueron intercalando e incluso de otros que se insertaron al finalizar cada uno de los dos capítulos anteriores, intentará poner de manifiesto algunos perfiles interesantes que tal muestreo arroja, además de otras reflexiones vinculadas con el tópico en análisis.

Cerraremos este segmento intentando contextualizar las presentes referencias recapitulativas de cara a la actualidad y la perspectiva del Alto Tribunal, que proyecta ciertas imágenes que denotan su intención de fortalecerse institucionalmente y privilegiar su labor como órgano de cúspide de la jurisdicción constitucional.

II. Identificación de algunas líneas salientes y de tópicos significativos emergentes del devenir jurisprudencial de la Corte

1. Apreciaciones generales

En los decisorios más añejos, y a salvo algunas alusiones específicas aisladas en votos concurrentes o disidentes y la conocida posición asumida en “Siri” (1957) y “Kot” (1958), el Tribunal se ha cuidado de no verbalizar específicamente que procedería a ejercer control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales o, lo que es análogo, que se introduciría en la ardua problemática de la *inconstitucionalidad por omisión*.

Sin embargo, ya en épocas no tan lejanas, sí afrontó de modo más o menos expreso el problema en “Pupelis” (1991), caso del que —estimamos— no podría predicarse un criterio negatorio universal del Tribunal o una suerte de autoproscripción indiscriminada a fiscalizar posibles omisiones legislativas contrarias a la Constitución.

Pareciera que, en dicha causa, la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad fundada en la omisión del legislador de proteger de igual modo otros bienes jurídicos se fundamentaba en que dicha declaración no tendría por fin real descalificar una incriminación legislativa de conductas, sino imponer al Legislativo la incriminación de otras conductas en la misma medida que la descalificada.

En otras palabras, creemos que la improcedencia acusada por el Tribunal no tenía por objeto exteriorizar un principio general negatorio de la posibilidad de controlar las omisiones inconstitucionales, sino más bien la justificación de tal inaplicabilidad al específico caso traído a su conocimiento, lo que desde nuestra óptica queda avalado con la siguiente afirmación del Tribunal: “aun cuando se admitiera el criterio de que el legislador habría omitido dar un amparo mejor a bienes que exigirían igual o mayor protección que los automotores, no es posible que el Tribunal intervenga, *pues no se trata en tales casos de una violación a la igualdad ante la ley u otro principio constitucional*, sino, a lo sumo, de un conflicto entre normas de igual rango, respecto del cual a esta Corte le está vedado inmiscuirse, bajo riesgo de arrogarse ilegítimamente la función legisferante”.

Por consiguiente, no sería irrazonable interpretar, *a contrario sensu*, que sí quedaría habilitada para intervenir ejerciendo control de constitucionalidad ante la acusada omisión del legislador si convergiera una vulneración al principio de igualdad ante la ley o a otro principio consagrado en la Carta fundamental.

Cerramos este subapartado evocando una singular como interesante perspectiva del ministro Levene (h.) en “Pupelis”, quien si bien coincidió con la solución de fondo contenida en el voto mayoritario, se animó a propiciar que *se oficiara al Poder Legislativo en orden a que contemplara la modificación* de las escalas penales del art. 38 del Decreto-Ley N° 6.582/58, a fin de evitar que su severidad pudiera derivar en condenas que excedieran las necesidades de política criminal. Dicho en otros términos, mocionaba una especie de *recomendación al legislador* para que procediera a reformar la normativa y salvar, así, la omisión inconstitucional que se le endilgaba.

2. Juicio por jurados

La Corte ha precisado en algunos fallos que *no se configura omisión inconstitucional* al interpretar que los arts. 24, 67 [actual 75] y 102 [hoy 118] de la C.N. no han impuesto al Congreso el deber de proceder *inmediatamente* al establecimiento del *juicio por jurados* (*vid.*, por ejemplo, “Loveira” [1911], “Ministerio Fiscal c/ el Director del Diario ‘La Fronda’ s/ Desacato” [1932] y “Tribuna Demócrata” [1947]).

3. Intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados

En un conjunto de casos de mediados de la década de los 80 del siglo pasado (“Bonorino Peró”, “Perugini”, “Durañona y Vedia” y “Grieben”), bien que resueltos por conjuces, la CSJN ejerció de modo nítido *control de constitucionalidad con sentido*

institucional frente a una omisión legislativa que resultaba lesiva de una garantía dispensada en la Ley fundamental: preservar la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados judiciales.

Por su parte, en “Bruno” (1988), en torno a un caso de aristas análogas a los citados en el párrafo anterior, dos aspectos resultan dignos de resaltar en cuanto a lo que aquí interesa: *i*) la aseveración que formuló la mayoría en punto a que “*no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto*”, premisa de utilidad a los efectos del control sobre la inconstitucionalidad por omisión; y *ii*) confirmación, ya con los integrantes naturales de la CSJN, del criterio sostenido por conjuces en “Bonorino Peró” y las demás causas sobre la *omisión inconstitucional* que supone no mantener actualizadas las remuneraciones de los jueces, *vis-à-vis* la garantía de intangibilidad remunerativa.

4. Disposiciones calificadas como “programáticas”. La “operatividad de carácter derivado”

Sin perjuicio de la solución de fondo que la Corte diera en “Buosi” (1959), no podemos menos que rescatar, por refrescante y visionaria, la percepción que el entonces ministro Boffi Boggero expusiera en ese fallo. Concretamente, y luego de sostener que cuando un derecho constitucional es transgredido o, aun en situaciones excepcionales, se alzare contra él una amenaza ilegal que lo pusiera en peligro efectivo e inminente, deben actuar las normas procesales sancionadas con ese objeto puesto que lo contrario llevaría al desconocimiento de las autonomías provinciales en esa materia y al imperio de la inseguridad jurídica. Luego agregó elocuentemente que *si dichas normas no se han dictado, el derecho cuyo amparo se reclama no puede quedar indefenso, ya que es imposible concebir un poder constituido que pueda, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente, agregando que admitir tal solución so color de que el Poder Judicial legislaría o de otros fundamentos semejantes, sería incompatible con una de las funciones de la Corte, la del control jurisdiccional, y significaría desconocer que en esos casos se actuaría también “aplicando” una norma jurídica, la constitucional.*

Por su parte, en “Hotel Internacional Iguazú S.A.” (1987) el Tribunal sostuvo con acierto que el carácter *programático* de la ley “no es causa que por sí sola justifique una inacción *sine die* del Estado en hacer efectivas sus disposiciones, pues, de otro modo, [...] habría que admitir que fue dictada para satisfacer inquietudes puramente literarias, conclusión ésta que indudablemente no puede aceptarse”.

En línea con ello, en la citada causa “Bruno” (1988) sostuvo —como acabamos de manifestar— que “*no puede presumirse que cláusula alguna de la Constitución esté pensada para no tener efecto*”.

Coincidentemente, la posición mayoritaria en “Antonucci” (2001) adhirió a la visión del Procurador General que había indicado que “*las cláusulas programáticas poseen, al menos, una posibilidad de implementación en sus contenidos mínimos y una aptitud para servir de guía a la interpretación de la Constitución*” (cfr. ítem XIV del dictamen), criterio hermenéutico plausible que implica un avance en la tarea de escrutar la vocación de operatividad de las disposiciones de la Ley fundamental *a pesar de la inoperancia de las autoridades con competencia para conferirles desarrollo normativo subconstitucional*.

Ya en “Q. C., S. Y” (2012), específicamente respecto de disposiciones constitucionales que consagren derechos con “operatividad de carácter derivado”, la percepción trasuntada por la Corte brinda un sendero fértil para deparar respuestas jurisdiccionales que coadyuven a subsanar pretericiones del Legislativo o el Ejecutivo consistentes en la ausencia de desarrollo de determinados mandatos constitucionales. Las soluciones surgidas del vientre jurisdiccional pueden sacudir la inercia e incentivar a los órganos renuentes a *actuar* para posibilitar que las “*obligaciones de hacer a cargo del Estado*” sean efectivamente materializadas.

5. El amparo como vía idónea para canalizar la pretensión de corrección de las omisiones inconstitucionales

Como pusiéramos de relieve, el Alto Tribunal se ha mostrado creativamente activista en los multicitados casos “Siri” y “Kot”, procreando la acción de amparo, que en nuestra historia judicial e institucional ha resultado de enorme utilidad para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Y justamente del repaso jurisprudencial emprendido surge que el amparo ha sido el mecanismo procesal constitucional utilizado corrientemente para instrumentar los cuestionamientos frente a inercias o inoperancias lesivas de los derechos humanos. Ello así tanto en la etapa previa a la reforma constitucional de 1994 (“Bonorino Peró” [1985] y otros fallos análogos, “Ekmekdjian c/ Sofovich” [1992], etc.), como en la posterior a tal innovación (“Campodónico de Beviacqua” [2000], “Monteserin” [2001], *inter alia*).

Justamente debe contabilizarse como aspecto destacable de la aludida modificación de la Ley fundamental el haber positivado expresamente tal proceso constitucional en su art. 43, párrafos 1° y 2°.

En el primero de dichos párrafos se localiza el amparo *individual o clásico*⁷¹³, que expresamente ostenta potencialidad para operar frente a actos u *omisiones* de autoridades públicas o de particulares, quedando incluso habilitado el juez que entiende en el mismo para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funden el acto o la *omisión* lesivos.

Más allá de que en el segundo párrafo de la disposición⁷¹⁴ no se consagre explícitamente tal prerrogativa para el juez que intervenga en el *amparo colectivo*, entendemos que por razones de lógica y coherencia, debe interpretarse dinámicamente ese tramo de la normativa constitucional haciéndose extensivas a aquel las facultades que se acuerdan en el primer segmento de la misma.

En suma, hasta tanto se institucionalice una *acción directa de inconstitucionalidad por omisión* en el ordenamiento nacional (si es que en algún momento ello acaece), la ruta del amparo aparece como una relevante alternativa para intentar la reparación o la prevención de las omisiones inconstitucionales. Ello tanto en las citadas vertientes constitucionales del *amparo individual o clásico* como del *amparo colectivo* (art. 43, párrafo 2º, *Ibid.*), complementadas con la normativa aplicable, según corresponda, de la Ley N° 16.986 (contra *omisiones* de autoridad pública) o del C.P.C.N. (contra *omisiones* de particulares) en sus arts. 321, inc. 2º, y 498.

Tal como relevaremos sucintamente en el título decimoséptimo, otras vías que para ciertos y determinados casos (por ejemplo, dependiendo del tipo de acto omitido o del tenor de derecho que se pretende proteger) podrían ser, por caso, el *mandamiento de ejecución* (figura conocida en el derecho público provincial argentino); la *acción declarativa de certeza* (tomando como soporte una presunta omisión inconstitucional); el *hábeas corpus*; las *acciones de clase*, etcétera.

6. Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión: dos percepciones disímiles

A) “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”

En esta paradigmática sentencia, la Corte confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH frente a la inexistencia de ley reglamentaria interna del derecho

713 Debe subrayarse que, reforma constitucional mediante, el radio de cobertura de esta modalidad de amparo se ha visto significativamente acrecentado al quedar cubiertos bajo su tutela los derechos y garantías emergentes de la Constitución, un tratado o una ley.

714 Que, como vimos, es articulable 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, estando legitimados para deducir la acción el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a tales fines y que se encuentren registradas conforme a la ley.

de rectificación o respuesta, dando una interpretación amplia a la expresión “en las condiciones que establezca la ley” contenida en el ap. 1° de dicho artículo, pues entendió que aquella alude “a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*”.

Resulta trascendente que la Corte haya entendido que el compromiso del orden jurídico interno con el Pacto puede también ser abastecido por una *sentencia judicial*, pudiendo el Tribunal fijar “*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*” será ejercitado.

No es irrazonable entender que, desde la perspectiva de la CSJN, como el tratado internacional en cuestión ostentaba valencia supralegal (hoy, constitucional en mérito al art. 75, inc. 22, 2° párrafo, de la Ley fundamental), su incumplimiento enraizado en la abstención legislativa entrañaba omisión inconstitucional reparable judicialmente. Al respecto, el pronunciamiento apunta que: “*La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado*”.

Una mirada más actualizada de la cuestión, a la luz de la creciente interacción del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, el significativo incremento jurídico y axiológico de la circulación de reglas internacionales en el ámbito doméstico y la obligación de la magistratura (y de las demás autoridades públicas competentes) de llevar adelante un control de convencionalidad, autorizaría también a predicar de dicho fallo una embrionaria declaración de *inconventionalidad* o *anticonventionalidad por omisión*.

Otra premisa contenida en el pronunciamiento, relativa a la “omisión de establecer disposiciones que hagan posible” el cumplimiento del tratado internacional, *supondría la agresión constitucional (y convencional) por omisión y habilitaría el control jurisdiccional a su respecto*.

Básicamente y entre otras variadas apreciaciones que sobre el decisorio podrían verterse, creemos que el Tribunal proporcionó materia prima sumamente útil para la prospectiva de los controles constitucional y convencional correctivos de las pretericiones contrarias a la Ley fundamental y/o a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con valencia homóloga a ella.

B) “Felicetti”

En franca contraposición a lo resuelto en “Ekmekdjian c/ Sofovich”, en “Felicetti” (2000) el Tribunal *desaprovechó una oportunidad sumamente propicia para salvar una omisión inconstitucional e inconvencional*, pues bien pudo habilitar un camino procesal para cumplir con la CADH y asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal, utilizando extensivamente un remedio existente en el ordenamiento procesal: el recurso de revisión, ante la ausencia de un resorte procesal expreso para abastecer aquella finalidad.

Vale al respecto reivindicar las respectivas disidencias de los ministros Fayt (consid. 5°, *in fine*) y Boggiano (consids. 10 y 18), quienes —en sustancia— puntualizaron que asistía a los encartados el derecho de recurrir a un tribunal superior, *derecho que no pudieron ejercer ante la omisión legislativa en reglamentarlo*.

7. En torno a la omisión de actualizar normas desfasadas inconstitucional e inconvencionalmente

A) “D. de P. V.”

En “D. de P. V.” (1999), la Corte perdió una buena ocasión para salvar una situación discriminatoria que aloja el art. 259 del Código Civil al excluir a la madre del menor entre los legitimados para deducir la acción de impugnación de la paternidad (aunque la cuestión ha quedado normativamente superada por el art. 590 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que aún no está en vigor).

Una de las posibilidades con que contaba el Tribunal era corregir *per se* el desenfoque de dicho precepto frente a la reforma constitucional de 1994, diseñando una *sentencia con contenido aditivo*, aplicable sólo al caso concreto y permitiendo la intervención en éste de la progenitora del menor.

Otra opción consistía en haber exhortado al legislador (fijándole o no un plazo) para que, ya de modo general, subsanara el incumplimiento *de su deber de adaptar o ‘aggiornar’ tal precepto* a la luz de la renovada tónica jurídico-axiológica transfundida por aquella innovación y cruzada por los nuevos aires que trajeron consigo los instrumentos internacionales jerarquizados constitucionalmente.

B) “Mignone”

Este fallo (de 2002) exterioriza la *fuerza inductora de adaptaciones normativas* contenida en una sentencia que acogió estimatoriamente la articulación de inconstitucionalidad deducida *contra una norma legal desfasada* y, por ende, anticonstitucional, por resultar sobrevenidamente inconsistente con claras pautas de signo contrario emanadas de un tratado internacional con jerarquía constitucional: la CADH.

En la raíz del problema se localiza, aunque sin que lo que se dirá a continuación haya quedado plasmado literalmente en el fallo del Tribunal y sólo provenga de nuestra lectura del mismo, la posibilidad judicial de encarar el control sobre la inconstitucionalidad (e inconvencionalidad) incurrida por el órgano legislativo por medio de la *omisión de aggiornar* una norma desactualizada del Código Electoral Nacional y, por consiguiente, *sobrevenidamente incompatible con un instrumento internacional sobre derechos humanos con valencia constitucional*.

8. La apertura de una importante perspectiva para el control sobre la inconstitucionalidad omisiva

En un breve pero intenso fallo, “Dávila Lerma” (2012), la Corte abre una grieta interesante para que la *inconstitucionalidad por omisión* pueda filtrarse y desplegar sus potencialidades evolutivas.

Allí sostuvo expresamente que si los jueces declaran en un caso concreto que la pretensión es procedente pero que para su aplicación es indispensable una norma del legislador, tal conducta implicaría una *declinación del ejercicio de su jurisdicción, que naturalmente abarca el control de constitucionalidad de las normas en las causas de su competencia*.

El mensaje a la judicatura parece claro: *existen remedios que pueden activarse mediante el control de constitucionalidad para resolver las inercias o inoperancias legislativas ante reclamos justos y razonables*.

En línea convergente parecieran ubicarse el varias veces nombrado caso “Q. C., S. Y.” (2012) y el más reciente pronunciamiento recaído en “Zartarian” (2014).

9. Sentencias “atípicas o intermedias”. Corrección de omisiones inconstitucionales

Fundamentalmente con la composición moldeada a partir de 2003-2004 (actualmente sin los jueces Argibay y Petracchi), el Alto Tribunal explora con mayor frecuencia el terreno de las llamadas sentencias “atípicas o intermedias” e incluso, como vimos, ha comenzado a enfrentarse con mayor intensidad a la inconstitucionalidad por omisión.

Así, imprimiendo a su accionar un tono activista, ha intensificado la utilización de nuevas técnicas sentenciales y la modulación de los efectos de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad. Da cuerpo así a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos ingredientes para configurar un plexo propio de herramientas decisorias para fortalecer la labor de defensa y realización jurídicas de la Constitución (y los instrumentos internacionales en materia de derechos

humanos con idéntica valía). Es que, como se ha puntualizado, cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional donde opera⁷¹⁵.

Aclaremos preliminarmente que a los efectos de obtener un panorama más completo del problema, en este apretado señalamiento incorporaremos, de manera ilustrativa, algunos casos jurisprudenciales no abordados específicamente en la presente investigación pero que son importantes y —creemos— pueden resultar útiles a los efectos de fortalecer nuestra argumentación.

En la dinámica expuesta y sin ánimo de taxatividad, pueden mencionarse:

- *Resoluciones exhortativas multilaterales sin o con fijación de plazo específico* (en este último caso, cuantificando tal parámetro temporal o bien, limitándose a emplear la difusa expresión “en un plazo razonable”), para dar tiempo en algún supuesto, luego de detectada la omisión legislativa inconstitucional, a la intervención correctiva del legislador previo a un análisis final de la pretensión actora (“Badaro I” [2006]).
- Sentencias en las que ha descartado previsiones normativas por anticonstitucionales y, *haciendo gala de su función creadora de Derecho a partir de notas aditivas*, ha construido criterios normativos operables en las respectivas causas para dirimir las cuestiones sometidas a su conocimiento (“Vizzoti” [2004] y “Badaro II” [2007]).
- Algún decisorio en el que constató la *omisión legislativa inconstitucional absoluta* y, ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas regulatorias de la materia (“acciones de clase”), diseñó ciertos perfiles que las regirían procedimentalmente hasta tanto se emitiera la reglamentación general pertinente por el órgano legisferante (“Halabi” [2009]).
- El caso “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado nacional y otros” es una especie de *megaproceso* que gira en torno a la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (y a su saneamiento) y que originó varias resoluciones. La de 8 de julio de 2008⁷¹⁶, una de las más importantes, es una *sentencia colectiva*, en la que el Tribunal prefiguró un plan a cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca creada por la Ley N° 26.168⁷¹⁷ (entidad a la que puso en funcionamiento),

715 Cfr. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, op. cit., *La sentencia constitucional en Italia*, p. 402.

716 *Fallos*, 331:1622.

El fallo fue suscrito por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay. Antes y después de la referida sentencia definitiva, se dictaron otros numerosos resolutorios.

imponiendo sanciones para el caso de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado nacional y de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

- Sentencias en las que se extreman los cuidados para no llegar a la declaración de inconstitucionalidad, ensayando ejercicios de plasticidad interpretativa de la normativa infraconstitucional *conforme a la Constitución*. En otras palabras, cuando un precepto pueda consentir varias interpretaciones (alguna/s que pudiera/n conducir a la inconstitucionalidad, otra/s a la constitucionalidad), a la luz del axioma de interpretación conforme habría que preferir la que resulte más sustentablemente compatible con la Ley básica. Un ejemplo podría ubicarse en lo resuelto en “Casal, Matías Eugenio y otro s/ Robo simple en grado de tentativa —Causa N° 1.681—”⁷¹⁸, de 20 de septiembre de 2005, donde la Corte —por mayoría—⁷¹⁹ se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad del art. 456 del C.P.P.N. y, a cambio, le otorgó una lectura hermenéutica que el propio Tribunal manifestó se compadecía con la C.N., la CADH y el PIDCP⁷²⁰.
- Cierta pronunciación en el que desactivó una norma por inconstitucionalidad (irrazonabilidad) sobreviviente, elaborando una construcción argumental que deja algún espacio para intuir *un acercamiento al plano del deber del legislador de adecuar (en el caso, derogar) una regla legal desfasada y disvaliosa* nada menos que atributiva de competencia apelada ordinaria del Tribunal en materia previsional (se trata del multicitado caso “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios” [2005]).
- En un caso complejo emitió una suerte de *sentencia interpretativa desestimatoria* en el ámbito de la “pesificación” de los depósitos bancarios dispuesta por el Gobierno nacional, rechazando el planteo de inconstitucionalidad que por vía de amparo había formulado el titular de una caja de ahorro en dólares contra el Decreto N° 214/02⁷²¹ y sus normas complementarias. Interpretó a este conjunto normativo como *conforme a la Constitución*, ponderando las graves consecuencias que una evaluación de la normativa de pesificación contraria a ésta podría producir. Paralelamente, *con tono*

717 B.O. de 5 de diciembre de 2006.

Debe recordarse que la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo fue creada como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

718 Fallos, 328:3399.

719 La mayoría estuvo compuesta por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti. Por su parte, en votos concurrentes lo hicieron los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay.

720 Ver al respecto los consids. 34, párrafo 2°, de la mayoría y 14, párrafo 2°, del voto de la ministra Argibay.

721 B.O. de 4 de febrero de 2002.

activista y en cierto punto aditivo, diseñó un criterio normativo aplicable al caso (mas con fuerza expansiva hacia otros) al declarar el derecho del actor a obtener de la entidad bancaria el reintegro de su depósito convertido en pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense, ajustado por el Coeficiente de Estabilización de Referencia (C.E.R.) hasta el momento de su pago, más la aplicación de intereses a la tasa de 4% anual sobre el monto así obtenido. Se trata del caso “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Dto. 1.570/01 y otro s/ Amparo Ley 16.986”⁷²², de 27 de diciembre de 2006, resuelto por mayoría⁷²³.

- Sentencias en las que *modula temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza*. Así por ejemplo, en la citada causa “Rosza” (2007) para evitar la retrogradación de innumerables juicios, en una importante causa descalificó por inconstitucional la Resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación sobre la controvertida cuestión de los “jueces subrogantes”, aunque para sortear una eventual regresión de numerosísimos procesos y evitar una situación caótica en el ámbito de la administración de justicia, diagramó una *sentencia “atípica” de “mera inconstitucionalidad” con efectos pro futuro*, o sea, los articuló cronológicamente para dejar espacio a los poderes Ejecutivo y Legislativo en orden a que desplegaran sus competencias y fijaran un sistema definitivo sobre la materia en discusión que respetara los lineamientos exigidos constitucionalmente.

III. El proceso de rediseño institucional y material del Tribunal

1. Consideraciones preliminares

Naturalmente, la lectura de las pautas trasuntadas por la Corte en los fallos abordados en la reseña desenvuelta a lo largo de este título undécimo de la indagación debe ponerse en su justo quicio, pues varios de los casos relevados han sido concebidos en distintas épocas y con diversas integraciones del Tribunal.

722 *Fallos*, 329:5913.

723 Los alineamientos en el Tribunal fueron los siguientes: el voto que encabeza el fallo correspondió a los jueces Highton de Nolasco y Zaffaroni; concurrentemente, con ampliación de fundamentos, se expidió el ministro Lorenzetti; por su parte, el juez Fayt también votó de manera coincidente; y, finalmente, la ministra Argibay, si bien concordó con la parte resolutive propuesta por la mayoría, arribó a ella por camino diverso al propugnar la inconstitucionalidad del Decreto N° 214/02.

La profunda renovación de sus componentes entre 2003 y 2004, dando lugar a la incorporación de cuatro (4) nuevos miembros (Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay) que se sumaron a quienes ya integraban el Tribunal (Petracchi, Fayt y más recientemente, en 2002, Maqueda), permite guardar una cierta dosis de optimismo en cuanto a que la Corte (hoy sin los extintos jueces Argibay y Petracchi) continuará dando pasos (aunque tal vez no demasiado vertiginosos) de avance cualitativo para enfrentar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión.

Creemos que este último razonamiento esperanzado no cae (al menos rotundamente) en la ingenuidad ni en la utopía, desde que ya con algunos de sus nuevos componentes el Supremo Tribunal —no sin ciertos lunares— ha dado muestras de amplitud de criterio y superación de posiciones vetustas en el campo de la fiscalización constitucional, así como también ha denotado una marcha jurisdiccional que exhibe una matriz de activismo comprometido en ese contexto.

Varios de los factores reseñados en otros sectores de este trabajo (v. gr., la última reforma constitucional y su impacto en los derechos humanos y el crecimiento cuantitativo y cualitativo de las exigencias que impone la interrelación del derecho internacional y el derecho interno⁷²⁴), sumados a otros condimentos como los requerimientos del Estado Constitucional, el citado remozamiento de los miembros del Tribunal y la tesonera búsqueda por parte de éste en cuanto a relegitimarse socialmente⁷²⁵, tipifican el escenario en el que la CSJN debe moverse y direccionar sus líneas jurisprudenciales.

El temperamento impreso por ella a complejos casos de trascendencia institucional y las señales emanadas de diversas acordadas que ha sancionado, fundamentalmente en el espacio temporal de actuación de su renovada integración, reflejan el proceso de reconfiguración institucional y material en el que se encuentra inmersa.

Ello en busca de reafirmar su rol como cabeza de “Poder” y de concentrar sus esfuerzos en cuestiones de textura constitucional para ejercer la función jurisdiccional que cataloga como “eminente”.

724 Sobre este tópico compulsar de BAZÁN, Víctor, por ejemplo, “La protección de los derechos humanos en la visión del órgano máximo de justicia constitucional de Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 77-122.

725 El Alto Tribunal, a partir de su renovada integración, ha intentado despegarse de la “vieja Corte”, casi mecánicamente asociada en la percepción popular a la denominada “mayoría automática”, que en no pocos ni insignificantes fallos avaló de manera sistemática la política del expresidente de la Nación Carlos S. Menem (que gobernó el país en los períodos 1989-1995 y 1995-1999). Se patentiza, así, la búsqueda de la “nueva Corte” por “legitimarse” ante la sociedad, dando muestras de independencia y fortaleza para sumar respeto y credibilidad.

2. Imágenes del redimensionamiento del Tribunal

Una constatación empírica surgida de la observación de la praxis del Alto Tribunal permite verificar que ha comenzado o intensificado su movimiento (según corresponda), en orden a:

- Recurrir con mayor frecuencia a *variantes “atípicas” de sentencias* (de acuerdo con lo anticipado).
- *Modular temporalmente los efectos del control de constitucionalidad* que realiza, dando paso a una interpretación previsora; *generar relaciones dialógicas* con otros poderes de los Estados Nacional o Provinciales, en el marco de una dinámica institucional constructiva y una lógica interactiva, *dirigiéndoles comunicaciones, encargos o exhortaciones*.
- Dar pasos hacia delante en el territorio de la *inconstitucionalidad por omisión* (remitimos a todo lo dicho hasta aquí).
- Despejar toda duda respecto de la viabilidad del ejercicio de los *controles de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*. En cuanto al primero de ellos, sobre todo en “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ Quiebra”⁷²⁶, y más recientemente en el citado caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios” (2012)⁷²⁷. Acerca del segundo, puede compulsarse el nombrado caso “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo” (2010) y la causa “Rodríguez Pereyra” que acabamos de nombrar, debiendo advertirse que ambos pronunciamientos aluden tanto a la inconventionalidad como a la inconstitucionalidad oficiosas.
- Profundizar el *repliegue de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables*, estrangulándose así las hipótesis en que la Corte contrae la virtualidad de su atribución-deber de ejercer el control de constitucionalidad, proceso que se viene desarrollando incluso con anterioridad a su presente composición (ya fueron mencionadas varias causas en tal sentido).

726 *Fallos*, 327:3117, de 19 de agosto de 2004.

La mayoría estuvo compuesta por los ministros Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Zaffaroni y Highton de Nolasco; al tiempo que en voto concurrente se expidió el juez Petracchi.

727 Recientemente, el 6 de marzo de 2014, la Corte emitió un decisorio en el que si bien dijo seguir la línea de “Rodríguez Pereyra” (e incluso citó algunos de sus párrafos), no se privó de formular algunas matizaciones al control de constitucionalidad *ex officio*, en función de las particularidades del caso. Nos referimos a la causa ‘M.1391.XLVII’, “Mansilla, Carlos Eugenio c/ Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/ Despido”.

En ella se pronunciaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que la jueza Argibay lo hizo por su voto.

- *Evitar estratégicamente el control de constitucionalidad (mutatis mutandis, en el marco de la técnica de la “evitación” o avoidance doctrine según el derecho norteamericano) dado el tiempo transcurrido hasta el momento de pronunciarse en casos de trascendencia institucional, y recurrir a una hermenéutica que prefigure las consecuencias e implicancias que en el sistema provocaría semejante ejercicio de fiscalización constitucional. Por ejemplo, in re “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria”⁷²⁸. Como comentario tangencial y según anticipáramos, debe recordarse que la praxis de eludir cuestiones constitucionales (to avoid constitutional issues) que exhibe la Suprema Corte de Justicia de EE.UU. es parte basilar de su doctrina del *judicial self-restraint*⁷²⁹.*
- Depurar la competencia discernida por ley del Congreso en el ámbito de los recursos ordinarios de apelación ordinaria en materia previsional, específicamente en el importante —y ya nombrado— caso “Itzcovich”.
- Diseñar un estándar más exigente para habilitar su competencia originaria (por ejemplo en la calificación del concepto de “causa civil”) y, en el contexto de aquella, fijar determinadas pautas para no frustrar el adecuado y oportuno ejercicio de su jurisdicción constitucional. Ello se verifica, por caso, in re “Barreto, Alberto D. y otra c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ Daños y perjuicios”⁷³⁰, en el que el Tribunal abandona la línea que venía aplicando desde el precedente “De Gandia, Beatriz I. c/ Provincia de Buenos Aires”⁷³¹.
- Reivindicar su rol institucional como cabeza de uno de los poderes del Estado.

728 Fallos, 330:855, de 15 de marzo de 2007.

La mayoría estuvo compuesta por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y en moción individual lo hizo la ministra Argibay.

729 Entre la nutrida doctrina sobre el particular puede verse, por ejemplo, ROTUNDA, Ronald D. y NOWAK, John E., *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, Tº 5, 3ª ed., West Group, Saint Paul (Minn.), 1999, pp. 245 y ss.

730 Fallos, 329:759, de 21 de marzo de 2006.

El fallo exhibe el voto coincidente de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

Siguen la línea de “Barreto”, por ejemplo, las causas “Contreras, Carlos Walter c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios”, de 18 de abril de 2006 (*Fallos*, 329:1311) y “Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c/ Provincia de Santa Fe s/ Daños y perjuicios” (*Fallos*, 329:1603), de 9 de mayo de 2006. Ambos pronunciamientos llevan las firmas concordantes de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

731 Fallos, 315:2309, de 6 de octubre de 1992.

Los posicionamientos de los votantes de la Corte en su integración de entonces fueron los siguientes: la mayoría quedó compuesta por los ministros Cavagna Martínez, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Nazareno; mientras que en disidencia conjunta se expidieron los jueces Levene (h.), Fayt y Barra.

- Abrir canales de participación popular que puedan llevar a una mayor democratización del debate en cuestiones dilemáticas, conflictivas y de envergadura constitucional, a través de la figura del *'amicus curiae'* (originariamente por medio de la Acordada N° 28/2004⁷³², luego derogada por la vigente Acordada N° 7/2013⁷³³) y del *procedimiento de audiencias de carácter público* (Acordada N° 30/2007⁷³⁴).
- Por medio de este tipo de instrumentos (acuerdos) también ha trasuntado su decisión de: *transparentar el ejercicio de la función jurisdiccional e incrementar la publicidad de su funcionamiento para abastecer la pauta de publicidad inherente al sistema republicano* (Acordadas N°s. 35/2003⁷³⁵, 37/2003⁷³⁶, 2/2004⁷³⁷, 7/2004⁷³⁸ y 29/2008⁷³⁹); *instrumentar su compromiso institucional como cabeza de poder en el marco de la protección de los derechos humanos* (Acordadas N°s. 17/2005⁷⁴⁰; 5/2006⁷⁴¹; 14⁷⁴², 16⁷⁴³, 22⁷⁴⁴ y 24⁷⁴⁵ de 2007; y 10⁷⁴⁶ y 42⁷⁴⁷ de 2008); e, *inter alia*,

732 De fecha 14 de julio de 2004, dictada por mayoría.

Contó con la rúbrica aprobatoria de los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco; y las disidencias de los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez.

733 De 23 de abril de 2013. Fue suscrita por la totalidad de los miembros de la CSJN de ese entonces: ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

734 Dictada el 5 de noviembre de 2007 y firmada por todos los integrantes del Tribunal en esa época: ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

735 De 11 de diciembre de 2003. Fue rubricada por los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Maqueda y Zaffaroni. Por su voto, se pronunció el ministro Vázquez.

736 Fechada el 18 de diciembre de 2003 y signada por los ministros Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni.

737 De 11 de febrero de 2004 y firmada por los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni.

738 De fecha 24 de febrero de 2004 y rubricada por los jueces Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda y Zaffaroni.

739 Dictada el 28 de octubre de 2008 con la signatura de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

740 Fechada el de 2 de agosto de 2005 y suscrita por los ministros Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

741 De 3 de abril de 2006. Lleva las firmas de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

742 De fecha 11 de julio de 2007. Fue sustentada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

743 De 17 de julio de 2007, con las rúbricas de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

744 De 4 de septiembre de 2007, con las firmas de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y el voto concurrente de la ministra Argibay.

745 De 18 de septiembre de 2007, signada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

746 Dictada el de 22 de mayo de 2008. Fue instrumentada con la firma coincidente de los ministros Highton de Nolasco, Maqueda y Argibay; mientras que por su voto se pronunció el juez Fayt.

747 Fechada el 29 de diciembre de 2008 y rubricada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

solidificar la independencia judicial y el ejercicio de la labor que considera eminente: la jurisdicción constitucional (Acordadas N^{os}. 16/2006⁷⁴⁸, 12/2007⁷⁴⁹, 36/2007⁷⁵⁰, 28/2008⁷⁵¹, 36/2009⁷⁵²).

- Reglamentar, también por vía de acuerdo (4/2007⁷⁵³), los escritos de interposición del recurso extraordinario federal y del recurso de queja por denegación de aquel, como instrumento para exigir a los litigantes el fiel cumplimiento de los requisitos que, como regla, condicionan el ejercicio de la jurisdicción constitucional que el Tribunal define como eminente.

Enfocados individualmente o en interrelación, los factores indicados no son sino señales que —más sostenidamente a partir de la composición que se perfiló fundamentalmente entre 2003 y 2004 (hoy con las bajas de los fallecidos ministros Argibay y Petracchi)— emite la Corte para fortalecer su presencia institucional en el esquema republicano de distribución de funciones.

3. La priorización de su labor como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional

Todo lo expuesto desnuda la idea de la Corte en punto a reforzar su papel de intérprete supremo de la Constitución y racionalizar sus fuerzas y recursos para dedicarlos esencialmente al tratamiento de cuestiones constitucionales sustantivas, es decir, que le permitan no entretenerse en asuntos menores, constitucionalmente insustanciales o que la alejen de la meta que cataloga como fundamental en su quehacer: *mejorar su funcionamiento concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional*.

Incluso, escapando del clásico molde en el que se forjaron los rasgos del control difuso de constitucionalidad, algunos de sus fallos proyectan *efectos generales en materia*

748 De 30 de mayo de 2006, suscrita por los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti, Zaffaroni y Argibay.

749 Firmada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Argibay. Emitida el 3 de julio de 2007.

750 De 14 de diciembre de 2007, fue rubricada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

751 Dictada el 28 de octubre de 2008 y signada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

752 Con las firmas de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay, fue sancionada el 9 de septiembre de 2009.

753 Fue dictada el 16 de marzo de 2007 con las rúbricas de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay; mientras que por su voto se pronunció el juez Fayt. En cierto punto fue modificada por las acordadas N^o 38/2011, de 29 de diciembre, firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay (que dispuso que a partir de 1 de febrero de 2012 la CSJN utilizaría papelería en formato de hoja A4); y N^o 3/2012, de 4 de abril, suscrita por Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Marchi y Argibay (que, en cuanto a lo que aquí interesa, extendió el domicilio electrónico a las presentaciones en que se promoviera el recurso extraordinario federal, reglamentadas precisamente por la Acordada N^o 4/2007).

constitucional y procesal constitucional, por ejemplo, los varias veces citados casos “Badaro” y “Halabi”, sin olvidar a “Itzcovich”.

En relación con el tema, más recientemente y según el propio Tribunal desliza, como producto de una *interpretación constitucional y convencional* del art. 86, inc. 2°, del Código Penal de la Nación, encontramos a la solución impresa en la nombrada causa “F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva” (2012), en torno a distintos aspectos del supuesto de aborto no punible por ser fruto de una violación, contenido en el art. 86, inc. 2°, del C.P.N.⁷⁵⁴ El resultado de la operación hermenéutica provoca *efectos generales, desbordando el caso concreto*.

En definitiva, si pensáramos en prospectiva tal vez pudiera conjeturarse que *nuestro sistema constitucional avanza funcionalmente en la línea de procrear un modelo mixturado de fiscalización constitucional*. Desde luego, sin abdicar del componente difuso o desconcentrado que ha caracterizado desde siempre el esquema de control de constitucionalidad argentino.

Lo anticipado se ubicaría —como ya insinuáramos— en un escenario iuscomparado signado (fundamentalmente en América Latina) por la “hibridación” de los sistemas de control de constitucionalidad, que ha abierto paso a numerosas fórmulas de combinación de los modelos, otrora puros, “europeo, austriaco⁷⁵⁵, kelseniano o concentrado” (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) y “americano o difuso” (*Judicial Review of Legislation*).

754 El art. 86 del C.P.N. establece en su parte pertinente:

“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: “[...] 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Justamente la parte en *itálica* fue la que interpretó la Corte Suprema en el caso al que brevemente referimos en el texto.

755 Corresponde aclarar que si bien a este sistema de control de constitucionalidad suele identificárselo, entre otras denominaciones y como se aprecia en el texto, como “austriaco” por ser una de las designaciones más extendidas en la doctrina y la jurisprudencia, meses antes de la implementación del sistema de justicia constitucional en la Constitución austriaca de 1920 (comienzos de octubre), se había instaurado la Carta constitucional de la República de Checoslovaquia (a fines de febrero de ese año), con un Tribunal Constitucional de efímero funcionamiento. Naturalmente, ambos esquemas son beneficiarios del pensamiento de Hans Kelsen en torno al tribunal constitucional como legislador negativo.

Incluso, y a modo de matización, no deben perderse de vista ciertos datos significativos a la hora de auscultar el nacimiento del control concentrado de constitucionalidad en Europa. Así, la Constitución suiza de 1874 consagró un sistema confederal (que gradualmente viró hacia el federalismo) y, a los fines de aplicar la supremacía de la Federación respecto de los cantones, previó la atribución de una Sala del Tribunal Supremo en punto a anular las leyes cantonales. Esta técnica (precedencia del derecho federal sobre el estatal o cantonal, que obviamente y *mutatis mutandis* supusiera una preocupación y una actividad constantes de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU.), fue extrapolada a Alemania y recogida en la conocida Constitución de Weimar de 1919. Luego vino el conocido caso de Austria que, al elaborar su Constitución de 1920, no sólo se planteó la necesidad de que un Tribunal Constitucional estuviera en posición de anular las leyes de los *länder* que fueran contrarias a la Constitución, sino también las de hacer lo propio con leyes de estos que contravinieran el reparto de competencias establecido constitucionalmente (sobre este tema, ver para ampliar, AJA, Eliseo, op. cit., “Prólogo”, en AJA, Eliseo [ed.], *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, pp. XV-XVII, y particularmente en lo referido al presente párrafo, p. XV).