

Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina

Víctor Bazán*

I. CONTEXTO

1. Breve explicación del sistema argentino de justicia constitucional

La Argentina es un Estado federal, en el que conviven el sistema judicial federal con los esquemas jurisdiccionales propios de cada una de las veintitrés provincias y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El modelo de control de constitucionalidad en el orden federal es *judicial* y *difuso*, en el sentido de que lo realizan de modo desconcentrado los jueces, independientemente de su fuero o jurisdicción. Al respecto, si el órgano judicial que intervino declara la inconstitucionalidad de una norma o un acto, tal decisión tiene efectos para la causa específica y entre las partes del proceso (*inter partes*), esto es, aquellos no son expelidos del ordenamiento jurídico, sino que no se aplican en ese litigio particular. Es que se trata de un control en *concreto*, lo que supone que debe darse en una causa justiciable y quien lo promueve debe estar involucrado o tener un derecho o interés jurídico particulares en la cuestión a la que se refieren la norma o el acto que se reputan, total o parcialmente, contrarios a la Constitución.

Como se sabe, el modelo de fiscalización constitucional argentino fue tomado del sistema estadounidense (*Judicial Review*), perfilado en el fallo *Marbury vs. Madison*¹ (1803) bajo la impronta de Marshall, sin perjuicio de algunas pinceladas

* Profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del curso intensivo de Posgrado en Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos, de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y, paralelamente, director de la Sección Derechos Humanos de dicha Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

1 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

referentes al control judicial de constitucionalidad en ciertos antecedentes del *Common Law* y de la doctrina de *El Federalista*.²

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también la Corte Suprema), cabeza del Poder Judicial nacional, es el órgano jurisdiccional máximo, actualmente integrado por siete miembros,³ y no se encuentra dividido en salas. Cabe señalar, por tanto, que en Argentina no existe un tribunal constitucional formalmente configurado con competencia constitucional concentrada, como sí sucede, por ejemplo y con sus respectivas particularidades, en Chile, Perú, Colombia, Guatemala, etcétera.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema viene dando muestras, en algunas de sus sentencias y acordadas, de estar dispuesta a tonificar su rol institucional, «marcando su terreno» como cabeza de uno de los poderes del Estado, a lo que se suma que se muestra decidida a concentrar sus esfuerzos y recursos, de modo primordial, en el tratamiento de cuestiones de real magnitud constitucional y relevante trascendencia jurídica.

Tal escenario hace presumir que la Corte busca rediseñarse institucionalmente, para asimilarse, *mutatis mutandis*, a un tribunal constitucional desde el prisma material, pues una vertebración escrupulosamente formal en tal sentido requeriría una adecuación constitucional y legal. A modo de matización, y mientras se mantenga el escenario constitucional e infraconstitucional actual, aquella aserción que pone en evidencia el itinerario seguido por la Corte no implica prescindir del componente difuso o desconcentrado que, secularmente, ha tipificado el sistema de control de constitucionalidad de Argentina.

En todo caso, esta observación solo intenta deslizar que se avanza funcionalmente hacia la estructuración de un esquema mixturado de fiscalización constitucional.

Ciertamente, para comprender de modo cabal algunas de las claves del proceso de reacomodamiento fisonómico e institucional de la Corte Suprema, es preciso erradicar determinados preconceptos como el de la división maniquea entre el modelo kelseniano y el paradigma estadounidense (*Judicial Review*) de control de constitucionalidad. Es que la realidad de la praxis procesal constitucional

2 Ver, por ejemplo, TREANOR, William M.: «Judicial Review Before Marbury», *Stanford Law Review*, vol. 58, n.º 2, 2005, pp. 455 y ss.

3 En el futuro, cuando se produzcan vacantes definitivas en los cargos ocupados por los actuales componentes del Tribunal, estas no serán cubiertas hasta que se alcance la cantidad de cinco integrantes que, por imperio de la ley 26183 (publicada el 18 de diciembre de 2006), constituye el nuevo número institucional que definitivamente deberá tener el Tribunal.

VÍCTOR BAZÁN

latinoamericana comparada demuestra el avance sostenido de la vertebración de magistraturas constitucionales especializadas, con diversos rasgos morfológicos y localizaciones institucionales, y la «hibridación» de los sistemas de fiscalización constitucional, abriendo paso a numerosas fórmulas de combinación de los regímenes europeo, austríaco, kelseniano o concentrado, y desconcentrado o difuso.

2. El impacto de la reforma constitucional de 1994 en el campo de los derechos fundamentales

Es una realidad incontrastable el fuerte impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha generado la reforma constitucional de 1994 en el terreno de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido y sin ánimo alguno de taxatividad, pueden computarse: la ampliación del plafón de derechos explícitos (v. gr., arts. 37, 41, 42 de la Constitución Nacional [en adelante: CN]); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, *hábeas corpus* y *hábeas data* (art. 43, *ibíd.*); el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16, *ibíd.*) con la *igualdad material* (arts. constitucionales 37 y 75, incs. 2, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2.º, *ibíd.*),⁴ que hacen que la antigua figura de la pirámide, en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de trapecio, en cuyo plano más elevado comparten espacios, en constante retroalimentación, la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos, con idéntica valía.

Este último factor (la adjudicación de valor constitucional a los instrumentos internacionales sobre la materia mencionada), a su vez, ha generado no pocos efectos directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse, en nómina

4 Los instrumentos internacionales beneficiarios de jerarquía constitucional originaria son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

no exhaustiva: la amplificación cuantitativa y cualitativa del cartabón de derechos implícitos y explícitos; la instauración de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; y la ineludible responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de estos.

Paralelamente a la citada dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos por la Convención Constituyente de 1994 o, posteriormente, por el Congreso de la Nación,⁵ la mencionada innovación constitucional también ha producido, *inter alia*, la necesidad de asegurar el (remozado) principio de igualdad mediante acciones positivas y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de «afianzar la justicia». Todo ello fortalece la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos, obliga al Estado argentino y lo impele a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las exigencias internacionales asumidas en tal ámbito.

II. LAS SENTENCIAS SELECCIONADAS Y SU RELEVANCIA

1. Sumaria presentación

La importancia de la problemática de los derechos humanos aparece con renovado vigor en varios fallos recientes, y otros relativamente cercanos en el tiempo, emitidos por la Corte Suprema.⁶

5 A la nómina primigenia de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria contenida en el art. 75, inc. 22, párr. 2.º de la Ley Fundamental, se han añadido, con idéntica alcurnia (aunque derivada), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha depurado tal calidad por medio de la ley 24820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (a la que se le ha conferido esa valía mediante la ley 25778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

6 Sería injusto omitir que, con distinta composición de la actual, ya en «Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros» (Fallos, 315:1492), del 7 de julio de 1992, o sea, anterior a la reforma constitucional de 1994, la Corte había sentado un muy valioso criterio en cuanto a la valencia prioritaria del derecho internacional convencional sobre el derecho interno y la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

VÍCTOR BAZÁN

La mencionada impronta, enfocando principalmente, según corresponda, el marco de los derechos civiles y políticos, de los derechos sociales y/o de los derechos de incidencia colectiva, se hace patente, en nómina meramente enunciativa y en orden cronológico, en: *Verbitsky, Horacio*, del 3 de mayo de 2005;⁷ *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, causa n.º 17768, del 14 de junio de 2005;⁸ *Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros*, del 20 de junio de 2006;⁹ y otros posteriores; *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/recurso de casación e inconstitucionalidad*, del 13 de julio de 2007;¹⁰ *Editorial Río Negro S.A. c/Provincia del Neuquén s/acción de amparo*, del 5 de setiembre de 2007;¹¹ y *Halabi, Ernesto c/P.E.N., ley 25873, Dec. 1563/04 s/amparo ley 16986*, del 24 de febrero de 2009.¹²

2. Los fallos

A) *Verbitsky*

El representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) dedujo ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *hábeas corpus* correctivo y colectivo, en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería haber sido en centros de detención especializados.

El planteo fue desestimado por la Sala III de la Cámara de Casación Penal local, por considerar que no era el órgano competente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en esta se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad, en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

7 *Fallos*, 328:1146.

8 *Fallos*, 328:2056.

9 *Fallos*, 329:2316.

10 *Fallos*, 330:3248.

11 *Fallos*, 330:3908.

12 Causa 'H.270.XLII'

Ello llevó al actor a plantear sendos recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia provincial, frente a lo cual dedujo un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa (recurso de queja) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que, por mayoría,¹³ revocó la sentencia en cuestión.

En síntesis, la Corte Nacional admitió la queja, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Para operativizar el fallo, dispuso, además:

- declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660,¹⁴ configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, hiciera cesar en el término de sesenta días la detención de menores y enfermos en comisarías de la provincia;
- instruir al mencionado órgano judicial y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención, que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remitiera a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que constaran las condiciones concretas en que se cumplía la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que estos pudieran ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien dispusieran medidas de cautela o formas menos lesivas de ejecución de la pena. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;

13 La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también disidentemente, aunque solo en forma parcial, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

14 B.O. del 16 de julio de 1996.

VÍCTOR BAZÁN

- disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informara a la Corte Nacional las medidas que adoptara para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;
- 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 ex-carcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales; y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, articulara la convocatoria de una mesa de diálogo a la que debía invitar a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiarum*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a la Corte cada sesenta días de los avances logrados.

El fallo es novedoso (aunque sigue resultando de difícil cumplimiento), entre otros aspectos, porque la Corte, activismo mediante, diseñó un remedio jurisdiccional para combatir las omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias, v. gr., del art. 18 de la CN y de los arts. XXV de la DADDH (todo individuo «tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad»), 10 del PIDCP («toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano») y 5, inc. 2.º, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término), ver consid. 39 de la mayoría.

En el sentido expuesto, el Tribunal eleva las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24660, a nivel de estándar básico infranqueable, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención, para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cf. íd. consid.).

Paralelamente, fue la primera vez que la Corte admitió un *hábeas corpus* correctivo colectivo en protección de los derechos fundamentales de personas privadas de su libertad, para intentar, *inter alia*, garantizarles un encierro en condiciones carcelarias mínimas aceptables.

B) *Simón*

El Tribunal¹⁵ afrontó el complejo tema del análisis de constitucionalidad de las leyes 23492¹⁶ de Punto Final y 23521¹⁷ de Obediencia Debida, a las que declaró inconstitucionales.

A modo de preludeo, vale recordar que la primera de ellas disponía la extinción de la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23049,¹⁸ que no estuviere prófugo o declarado en rebeldía, o que no hubiera sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la ley (o sea, el 24 de diciembre de 1986); mientras que en las mismas condiciones se extinguiría la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983 (art. 1).¹⁹

Por la segunda de ellas, en su art. 1 se estableció la presunción, sin admitir prueba en contrario, de que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no eran punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1, de la ley n.º 23049²⁰ por haber obrado en virtud de obediencia debida. Idéntica presunción se aplicaba a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resolvía judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de la ley (esto es, el 8 de junio de 1987),

15 El esquema de votación fue el siguiente: la moción que encabeza el fallo fue firmada por el doctor Petracchi. Por su parte, en sendas concurrencias se pronunciaron los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti (los cuatro coinciden con los consids. 1 a 11 del voto del doctor Petracchi), Argibay (quien concuerda con los consids. 1 a 6 del mencionado voto del ministro Petracchi) y Boggiano. Finalmente, el doctor Fayt se expidió en disidencia.

16 B.O. del 29 de diciembre de 1986.

17 B.O. del 9 de junio de 1987.

18 B.O. del 15 de febrero de 1984, modificatoria del Código de Justicia Militar. Ilustrativamente, debe advertirse que el mencionado Código ha sido derogado por ley 26394, publicada el 29 de agosto de 2008 y que entró en vigor en febrero de 2009, es decir, seis meses después de su promulgación, acaecida el 26 de agosto de 2008.

19 Quedaban fuera de la citada extinción las acciones penales en los casos de delitos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores (art. 5).

20 El art. 10, inc. 1.º, de la ley 23049 (B.O. del 15 de febrero de 1984) se refería a los delitos cometidos «desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de setiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo».

VÍCTOR BAZÁN

que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En los casos descriptos se consideraría de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción, bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.²¹

Al mismo tiempo, determinó a todo evento de ningún efecto, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos que se instruyan, al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la nación argentina.

Presentado en breves líneas, se observa que en el consid. 23 de la moción triunfante, la Corte Suprema puntualizó que las dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino en relación con aquellas leyes habían quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Barrios Altos vs. Perú*.²²

Para enfatizar la posición que adoptaba, en el consid. siguiente dejó en claro que la traslación de las conclusiones de *Barrios Altos* al caso argentino «resulta imperativa», si es que las decisiones de la Corte IDH «han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales», al tiempo de subrayar (en el consid. 26) que en dicho fallo internacional esta «estableció severos límites a la facultad del Congreso para amnistiar, que le impiden incluir hechos como los alcanzados por las leyes de punto final y obediencia debida. Del mismo modo, toda regulación de derecho interno que, invocando razones de “pacificación”, disponga el otorgamiento de cualquier forma de amnistía que deje impunes violaciones graves a los derechos humanos, perpetradas por el régimen al que la disposición beneficia, es contraria a claras y obligatorias disposiciones de derecho internacional, y debe ser efectivamente suprimida».

Como todo debe decirse, el fallo generó polémicas y despertó algunas críticas en cuanto a que la tendencia del Tribunal se dirige a generar una suerte de estándar dual: ser permeable a la reapertura de procesos en contra del denominado

21 En el art. 2 de la ley se determinó que la citada presunción no sería aplicable respecto de los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extensiva de inmuebles.

22 La referencia completa es la siguiente: *Corte IDH, caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú*, sentencia sobre fondo, 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, San José de Costa Rica.

terrorismo de Estado y, paralelamente, refractario a adoptar idéntico criterio en causas contra lo que algunos denominan el terrorismo subversivo.

C) *Mendoza*

El decisorio inicial (resuelto por mayoría²³) será identificado como *Mendoza I*. Se dictó en el marco de un proceso que giraba en torno a la contaminación ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo y que originó varios pronunciamientos ulteriores sobre contingencias procesales puntuales, incluso el *dictum* definitivo del 8 de julio de 2008,²⁴ en el que, por medio de una sentencia colectiva, prefigura un plan a cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca, creada por la ley 26168²⁵ (entidad a la que pone en funcionamiento), imponiendo sanciones para los casos de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado Nacional y de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

En *Mendoza I*, la Corte declaró su incompetencia originaria en razón de la distinta vecindad o de extranjería (art. 117 de la CN) frente a reclamos resarcitorios dirigidos contra la nación, un Estado provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas, por lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente (en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la mencionada cuenca), al no verificarse el recaudo de «causa civil» exigido por el señalado art. 24, inc. 1.º, del decreto ley 1285/58.²⁶

Paralelamente, habilitó aquella modalidad competencial originaria, en relación con la pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y resarcir un daño de incidencia colectiva (a causa del vertido de dicho tipo de residuos en el curso de la aludida cuenca) frente al carácter federal de la materia en debate —art. 7 de la ley 25675 (ley General del Ambiente)²⁷—, al haberse demandado conjuntamente, entre otros sujetos, a la nación y a un Estado provincial.

En otras palabras, declaró su incompetencia originaria para conocer de la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y abrió su

23 Formaron la mayoría del Tribunal los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay. A su tiempo, por su voto se expidió el doctor Fayt.

24 *Fallos*, 331:1622. Fue suscripto por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

25 B.O. del 5 de diciembre de 2006.

26 Publicado el 7 de febrero de 1958.

27 B.O. del 28 de noviembre de 2002.

VÍCTOR BAZÁN

competencia originaria en relación con las pretensiones concernientes a la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño colectivo.

Una resolución posterior, del 22 de agosto de 2007, en el mismo caso, que ilustrativamente podríamos denominar *Mendoza VII*, fijó una serie de reglas que debían observarse en su tramitación (proceso colectivo), de excepcional naturaleza, cuyo objeto procesal era la tutela del bien colectivo (contaminación del río Matanza-Riachuelo), teniendo como prioridad absoluta la prevención y la recomposición del daño. La fijación de dichas pautas se sustentaba, según palabras de la Corte, «en la necesidad de encauzar su trámite mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustrara ni distorsionara los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado y oportuno ejercicio por el Tribunal de su jurisdicción constitucional».

A su turno, en el citado decisorio central del 8 de julio de 2008 (que dirimió las pretensiones que tenían por objeto «la recomposición y la prevención» en el marco de un proceso «urgente y autónomo»), y entre otros puntos resolutive, la Corte adjudicó competencia exclusiva al 1.º Juzgado Federal de Quilmes, para conocer en todas las cuestiones atinentes a la ejecución de la sentencia y para entender en los recursos de revisión contra las decisiones finales adoptadas por la autoridad de la Cuenca; aunque, paralelamente, mantuvo para sí la tramitación de la causa en lo relativo a la reparación del daño colectivo, advirtiendo que el juicio causa litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tuvieran por objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando fueran diferentes el legitimado activo y la *causa petendi*.²⁸

28 Por medio de una resolución fechada el 6 de abril de 2010, la Corte dispuso requerir a la autoridad de la Cuenca que contempla la citada ley 26168, al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, en forma conjunta, mediante una presentación única y en un plazo de quince días, realizaran un informe circunstanciado sobre el íntegro y fiel cumplimiento llevado a cabo de todos los mandatos impuestos en la sentencia del 8 de julio de 2008, en el cual deberían señalar, separadamente para cada uno de los objetivos y resultados establecidos, en forma sinóptica, con rigurosa precisión y mediante la utilización de pautas cuantitativas, el grado en que ha sido alcanzado —al 31 de marzo de 2010— cada uno de los objetivos y resultados que integraron el programa de ejecución obligatoria impuesto en el fallo. El resolutorio fue suscripto por los siete ministros que actualmente componen el Tribunal.

Por su parte, el 26 de mayo de 2010, en una resolución unánime, la Corte entendió que la presentación efectuada por la Autoridad de Cuenca no daba adecuada respuesta al informe requerido, pues no establecía, respecto de todos los objetivos y resultados, las pautas cuantitativas exigidas ni el grado en que había sido alcanzado, mediante el concreto porcentaje correspondiente a cada uno de los contenidos. Por tanto, intimó nuevamente a la Autoridad de Cuenca, al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que en el plazo de tres días cumplieran con el informe requerido en la resolución del 6 de abril de 2010.

D) *Mazzeo*

Por mayoría,²⁹ para moldear su plataforma argumental en un *hard case*, se aportó un relevante enfoque institucional, en torno a la invalidez constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (ver, por ejemplo, el consid. 31 de la moción triunfante).

Para conformar tal matriz de razonamiento receptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde esta sostuvo: «La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*» (cursivas del autor).³⁰

En otras palabras, la Corte IDH *retransmite* un claro mensaje a los magistrados internos de los Estados partes de la CADH. En *Mazzeo* es particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante del Máximo Tribunal argentino, en referencia al deber del Poder Judicial local de realizar el *control de convencionalidad*, lo que, añadimos por nuestra parte, significa discernir si una norma interna es o no convencional, ya que, como expuso la Corte IDH en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucio-

29 Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

30 Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de setiembre de 2006, serie C, n.º 154, San José de Costa Rica, párr. 124. También lo ha expresado, v. gr., en el caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia sobre Fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, San José de Costa Rica, párr. 173.

VÍCTOR BAZÁN

nal, sino que la cuestión debe girar en torno a si esta también es convencional, o sea, el órgano jurisdiccional en cuestión debe, además, decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH.³¹

A propósito de este tema, consideramos que el *control de convencionalidad*³² por la magistratura local debe ejercerse de oficio. Así, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, se subrayó que «[...] los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes [...]».³³

En la dinámica de interrelación de los tribunales locales y la Corte IDH, el control de convencionalidad se conecta con el establecimiento, por esta, de patrones hermenéuticos generales que deben ser observados por aquellos, para pugnar por que los actos internos se conformen a los compromisos internacionalmente asumidos por el Estado, evitar que este incurra en responsabilidad internacional, además de la convergencia de razones de economía procesal y hasta de preservación de la sustentabilidad del propio sistema protectorio interamericano.

Sin perjuicio de todo lo mencionado, debe ponerse de manifiesto la controversia dialéctica que entre los miembros del Tribunal, y en el plano doctrinario, provocó la sentencia recaída en *Mazzeo*, en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto en crímenes de lesa humanidad, *vis à vis* las garantías constitucionales de la cosa juzgada y de *ne bis in idem*, que seguramente seguirá causando lecturas dispares por la doctrina autoral, en tanto la cuestión es altamente controversial.

31 Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 20 de noviembre de 2007, serie C, n.º 169, párr. 78.

32 Ver algunas referencias sobre el control de convencionalidad en BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en: «El *amicus curiae*», *La Ley*, Tº 2009-D, Buenos Aires, pp. 1325/1337; «Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria», *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 10 de agosto de 2009, pp. 39/52; y «En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2010*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, en prensa.

33 Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, n.º 158, San José de Costa Rica, párr. 128.

E) Editorial Río Negro S.A.

Incuestionablemente, este pronunciamiento ostenta magnitud institucional y valencia exógena, al sentar una sólida posición y fijar ciertas directrices que exceden el marco del caso puntual.

La causa, de competencia originaria de la Corte Suprema, fue dirimida el 5 de setiembre de 2007, para preservar la libertad de expresión, reiterar su enorme trascendencia en una nación democrática y republicana y penetrar en el sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado.

La demanda (acción de amparo) se sustentaba en la disminución y posterior cesación de publicidad oficial en el diario *Río Negro*, por parte del Gobierno de la Provincia del Neuquén. La accionante atribuía tal actitud gubernamental (catalogada de discriminatoria) a que en diciembre de 2002 el diario difundió la denuncia que, el día 7 de ese mes y ese año, un diputado de dicha provincia había efectuado, en el sentido de que el vicepresidente primero de la legislatura local le habría ofrecido un crédito de una entidad, también local, por \$ 640.000, a fin de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador para cubrir las vacantes judiciales que existían en el Superior Tribunal de Justicia local, «con abogados de su confianza».

Por razones de brevedad, nos limitaremos a bosquejar, de modo sumario, algunos puntos que hacen al patrón elaborado por la mayoría³⁴ del Tribunal (consid. 11), que concluyó que: a) medió supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial al diario demandante; b) no hubo motivos razonables para ello, dejándose sentado que la existencia de estos debe ser probada por el Estado; c) se configuró un ejercicio irrazonable de facultades discrecionales; y d) si bien no puede afirmarse la existencia de un derecho de los medios a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

En relación con esto último, la Corte argumentó que el Estado puede dar o no dar publicidad oficial, pero, si decide hacerlo, debe cumplir dos requisitos constitucionales: a) no puede manipularla, dándola y retirándola a algunos medios sobre

34 Conformaron la mayoría los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni; votando concurrentemente con ellos el ministro Fayt. Por su parte, las disidencias correspondieron en forma individual al doctor Maqueda, y conjunta a los ministros Petracchi y Argibay.

VÍCTOR BAZÁN

la base de criterios discriminatorios; y b) no puede utilizarla como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión (íd. consid.).³⁵

Por lo demás, confirmó que es un deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático (consid. 10 de la moción mayoritaria). Asimismo, se remitió a ciertas pautas sentadas por la Corte IDH en la Opinión Consultiva (O.C.) 5/85, sobre «La colegiación obligatoria de periodistas»³⁶ y en las sentencias recaídas en los casos *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*,³⁷ *Ivcher Bronstein vs. Perú*³⁸ y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*,³⁹ para concluir reafirmando que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra social, y que dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (íd. consid.).

En síntesis, se admitió la demanda y se condenó a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones fueran adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas; no obstante lo cual, se entendió que las modalidades de ejecución deberían diferir necesariamente de las usuales, por lo que, en función de tales condiciones, se requirió a la demandada la presentación, en un plazo de treinta días, de un esquema de distribución de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informaba la decisión que el Tribunal adoptó.⁴⁰

35 En torno a este y otros puntos en materia de libertad de expresión, ver BAZÁN, Víctor. «El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina», *Estudios constitucionales*, año 6, n.º 1, 2008, Universidad de Talca, Santiago de Chile, pp. 103/154.

36 O.C. 5/85, del 13 de noviembre de 1985, «La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)», solicitada por el Gobierno de Costa Rica, serie A: *Fallos y opiniones*, n.º 5, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1985, párr. 69.

37 Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, serie C, n.º 73, San José de Costa Rica, párr. 65.

38 Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia sobre fondo, reparaciones y costas, 6 de febrero de 2001, serie C, n.º 74, San José de Costa Rica, párr. 149.

39 Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de julio de 2004, serie C, n.º 107, San José de Costa Rica, párr. 108.

40 Debe hacerse notar que existe un segundo decisorio, dictado el 14 de octubre de 2008 (también un tercero, del 16 de diciembre de 2008, que desestimó un pedido de aclaratoria contra el segundo), en el que la Corte rechazó la presentación que la Provincia del Neuquén (vencida en la causa) efectuó, en la cual aseguraba dar cumplimiento a la obligación indicada mediante el esquema de distribución de publicidad que manifestaba adoptar. Entendió que tal presentación no cumplía con el mandato de hacer establecido en la sentencia y dispuso intimar a aquella provincia para que, en el plazo de quince días, presentara el

F) *Halabi*

Este fallo, por mayoría,⁴¹ *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las «acciones de clase» (*class actions*, en el derecho anglosajón) y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el cuerpo legisferante, definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza que se dedujeran en dicho lapso temporal.

Para arribar a tal conclusión, y entre otros eslabones argumentales, se entendió que la CN admite, en el segundo párrafo del art. 43, una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el supuesto 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.

En ese sentido, y si bien se reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, se advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y, por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea. Por ende, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, se 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.

Se puntualizó al respecto: «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).

Luego se agregó que, «frente a esa *falta de regulación* —la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*,

esquema de distribución de publicidad oficial que imponía el fallo, bajo apercibimiento de disponer las medidas conminatorias que correspondiesen.

41 La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay, y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

VÍCTOR BAZÁN

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» (íd. consid., cursivas del autor).

En línea con lo que anticipábamos, paralelamente a detectar la mora del legislador y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regularan la materia, se formularon algunas precisiones, a los efectos de que ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la «acción colectiva» que se 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 tal razón, se entendió 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» (íd. consid.).

La sentencia 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.

III. OBSERVACIONES FINALES

Las importantes cláusulas de apertura internacional implementadas por conducto de la modificación constitucional de 1994 han sido realizadas operativamente

por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por caso, en cuanto a la existencia de la obligación en cabeza de los magistrados de realizar el *control de convencionalidad*, incluso de oficio, tomando en cuenta no solo el contenido literal de la CADH, sino la interpretación que de esta ha realizado la Corte IDH.

El Tribunal exhibe, asimismo, sobre todo a partir de su actual conformación, una fuerte propensión a receptor en sus pronunciamientos los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace al respeto por las cláusulas de los instrumentos internacionales como a la interpretación de los órganos de supervisión de los distintos sistemas protectorios en la materia, interamericanos (Corte IDH) y universales (Comité de los Derechos del Niño, Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).⁴²

No solo lo ha concretado en materia primordialmente vinculada a los derechos civiles y políticos, sino también a los derechos de incidencia colectiva y a los derechos económicos, sociales y culturales,⁴³ generando un aporte para eliminar los obstáculos que suelen impedir el goce real de estos últimos, que no tienen menor entidad que los civiles y políticos y que, por tanto, no pueden continuar mediatizados al influjo de un malentendido concepto de *progresividad*, pues esta no significa letargo o pasividad estatales *sine die*.

Sea como fuera, el balance de la línea de fallos del Tribunal en materia de protección de derechos fundamentales arroja un saldo positivo, según corresponda, por su impacto y debate sociales, por su carácter innovador o por su complejidad técnica. Asimismo, se observa que la institucionalidad vigente en materia de justicia constitucional ha supuesto un avance en la protección de los derechos fundamentales.

En la dinámica interactiva del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno que el máximo Tribunal debe manejar equilibradamente, siempre habrá de tenerse presente que la Constitución, con la magnitud normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos fundamentales*.

42 Varias de las cuestiones tratadas en este breve trabajo pueden ser ampliadas, en BAZÁN, Víctor, por ejemplo, en «La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno», *Revista de Derecho Político*, n.º 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), setiembre-diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

43 Sobre el tema, ver de BAZÁN, Víctor, v. gr., «La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales», en el libro dirigido por el mismo autor, *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos), Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257/300.