

El Reporte

Director: José Luis Pasutti

Número
extraordinario

A diez años de la reforma constitucional del Chubut

RAWSON - CHUBUT - PATAGONIA ARGENTINA

Año 4 - N° 13 - Octubre de 2004

EDITORIAL

por José Luis Pasutti
Presidente del Superior Tribunal
de Justicia del Chubut.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

En el año 1994 el Poder Constituyente de Chubut otorgaba para los tiempos venideros una nueva Constitución. Nadie negaba la calidad del texto sancionado en el año 1957, pero es cierto que cargaba con el oprobio de haber sido sancionado con la proscripción del Justicialismo, cuya participación en la vida política del país es conocida por todos, lo que me exime de mayores comentarios.

Aparecía entonces en el firmamento institucional una Constitución, de y para todos los chubutenses.

De su lectura surgieron algunas críticas en el sentido de que era demasiado reglamentarista o que no gustaba el tiempo verbal en que estaba redactada, pero la levedad de los comentarios nos demostraba que estábamos ante una norma que traducía el sentimiento colectivo de los habitantes de esta Provincia.

Es clara, precisa, fácil de interpretar, razonablemente innovativa en temas sobre los cuales, constituciones comparadas y la doctrina ya habían incursionado.

Continúa en pág. 2

CONVENIENCIA DEL TRIBUNAL INTERMEDIO DE LA PATAGONIA

por Augusto Mario Morello
Procesalista. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Academia Nacional de Derecho. Doctrinario. Autor de innumerables libros y artículos sobre su especialidad.

I) En nuestra opinión la creación de un Tribunal Intermedio para la Región Patagónica (arts. 124 y 125 de la Constitución Nacional) con la competencia acotada al control y revisión de las sentencias arbitrarias, supondría estas notables ventajas para la *modernización, eficacia y efectividad* del Poder (Servicio) de la Justicia.

1) Lógica y necesaria descentralización federalista de la Justicia (arts. 1, 5, 18, 31 y 122 de la Constitución Nacional).

2) Reafirmación de la fecunda doctrina de "Strada" - "Di Mascio".

3) Cumplimiento de la carta intención constitucional, al consagrar la separación de poderes desde la lectura federal, en punto a que los procesos, como principio general,

Continúa en pág. 2

BASES PARA UN MODELO DE ENJUICIAMIENTO PENAL CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

por José Raúl Heredia
Constitucionalista. Ex - Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut. Ex - Convencional Constituyente (1994 - Chubut). Miembro Honorario de la Academia Nacional de Derecho Constitucional.

I INTRODUCCIÓN

El tema seleccionado para esta colaboración en homenaje al texto sancionado hace diez años, nos permite un breve examen del *diseño constitucional del proceso penal*.

Antes de adentrarnos en el examen de esas bases constitucionales, parece pertinente recordar la evolución experimentada en el enjuiciamiento penal a lo largo de nuestra Historia.

Hemos propuesto subrayar en ese *devenir* tres etapas.¹ La primera, que llamamos

¹ V. *EL DEVENIR DEL ENJUICIAMIENTO PENAL-DEL MODELO HISTÓRICO A UN NOVÍSIMO PROCESO PENAL EN LA PATAGONIA* [Rubinzal-Culzoni Editores, 2003]. *Continúa en pág. 3*

SUMARIO

EDITORIAL, por José Luis Pasutti	1
CONVENIENCIA DEL TRIBUNAL INTERMEDIO DE LA PATAGONIA, por Augusto Mario Morello	1
BASES PARA UN MODELO DE ENJUICIAMIENTO PENAL CONFORME A LA CONSTITUCION, por José Raúl Heredia	1
A 10 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, por Susana Cayuso	6
EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, por Marcela I. Basterra	9
ESTADO SOCIAL DE DERECHO, por Edgardo Rubén Hughes	14
LA REFORMA POSIBLE, ¿Gobernabilidad o Representatividad? (Una discusión que lleva dos Constituciones), por Carlos Alberto Torrejón ...	19
COMPARACIÓN ENTRE LAS ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL Y EL PROVINCIAL A 10 AÑOS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES, por Gustavo Menna	20
DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL, por Marcelo Luis Lizurume	23
ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN	
PROVINCIAL Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO, por Aldo Luis De Cunto	24

EDITORIAL*Viene de la pág. 1*

En la materia judicial que me ocupa frecuentemente, introdujo modificaciones trascendentes, como la creación del Consejo de la Magistratura, con una estructura sencilla, dinámica y transparente que ha merecido una excelente recepción por la doctrina nacional. Es imposible agotar la cantidad de nuevos aportes en este sentido; podemos mencionar el sistema acusatorio en materia penal, el avance hacia la oralidad en todos los procesos, el uso de la mediación por parte de los jueces de paz y muchos más que están integrados a la práctica o en vías de implementación.

Diez años es muy poco tiempo en la vida de una Constitución que se supone se sanciona para decenas de años o siglos, pero es suficiente para demostrar sus

bondades y desear que sus futuras modificaciones, si se realizan, cuenten con el consenso y la solvencia técnica que posee la presente.

En homenaje a ese texto rector, hemos lanzado este número extraordinario de El Reporte, en el cual participan juristas que fueron miembros de la Convención Constituyente del año 94, notables constitucionalistas y la opinión de nuestro querido maestro, Dr. Augusto Mario Morllo, que se refiere a un tema trascendental para los patagónicos como es la propuesta de los Tribunales Regionales de Casación.

Ojalá nos encontremos a la altura del hecho relevante que tenemos pretensión de celebrar.

*g/c***CONVENIENCIA DEL TRIBUNAL INTERMEDIO DE LA PATAGONIA***Viene de la pág. 1*

son de la competencia de los jueces provinciales (la jurisdicción federal es la excepción, no la regla) y los litigios deben *fenecer* (también como regla) en la jurisdicción local.

4) Es una formidable apertura hacia el control de constitucionalidad y la preferente dimensión constitucional del Derecho, a ser aplicado por los jueces provinciales, también principales custodios (escuderos) de la vigencia de los textos y valores que predica la Ley Fundamental (se recoge la vigente enseñanza del inolvidable maestro Germán J. Bidart Campos "Vivir la Constitución").

5) La corrección (mediante la descalificación como consecuencia de que la sentencia definitiva, o a ella equiparada por sus efectos de motivación no supere el test de constitucionalidad) se alcanza en el ámbito geográfico de pertenencia de las partes y los intereses involucrados en el "caso" (art. 2º Ley 27).

6) Servirá de emulación para la calidad y excelencia de los magistrados del Tribunal Intermedio y del producto sentencial a su cargo.

7) Aligera la sobrecarga, desde una visión territorial que potencia el interior jurídico de la Nación.

8) Es congruente con las pluralidades culturales, económicas y sociales de cada región, posibilitando la variable y realista aplicación de los derechos de fondo y la armonización de los Códigos, desde

diversas ópticas integradas.

9) Reduce, en la ecuación final, tiempos y costos, cuando la preocupación de la política procesal, desde el horizonte de las Cortes Supremas, es disminuir drásticamente el volumen y los contenidos de las controversias a ser conocidas y falladas por la Corte Suprema (reducción de 300 causas anuales).

10) Facilita al Tribunal cimero de la nación (con un staff reducido de colaboradores con alta especialización) resolver en el menor plazo las causas de interés o gravedad institucional, y todas aquellas de decisiones, moral y social, que influye en los usos y en las creencias (valores) de la gente sin el agobio de un asedio de casos comunes y repetitivos.

11) Permite profundizar el proceso de modernización, no sólo jurídico de la región, sobre la que el tribunal Intermedio tiene influencia vinculante.

12) Posibilita, igualmente, el más adecuado perfeccionamiento en la aplicación del Derecho de los tratados, la Tutela Transnacional de los Derechos y en la progresiva e inteligente recepción de nuevas garantías jurisdiccionales.

13) Obligará a los jueces de la región - y al conjunto de los operadores jurídicos - a reducir el margen de vicios sentenciales, en tanto la expedición de sentencias absurdas, arbitrarias o que incurren en error patente, son causa de mal desempeño de la función judicial.

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL**Director***Fernando Salvador Luis Royer***Secretaria Académica***Nadine Laporte***Vocales****Trelew/Rawson***Alejandro De Franco
Rodrigo Freire Méndez***Comodoro Rivadavia***Silvia Noemí Alonso
Manuel Pizarro***Esquel***Claudio Petris
Nora Saulo***Puerto Madryn***María Inés De Villafañe
Carlos Bellorini***Sarmiento***Alejandro Javier Panizzi
Tomás Esteban Malerba***Asociación de Mag. y Func. Judiciales***Daniel Luis María Pintos
María Marta Onaindia.**María Tolomei en representación
del Procurador General***Defensoría General***Arnaldo Hugo Barone***Editor***Sergio Pravaz**Ejemplar Ley 11723. Registro
de la Propiedad Intelectual N°
241116**Esta publicación es propiedad
de la Escuela de Capacitación
Judicial Chubut - Argentina.*

14) Constituye con el "certiorari" negativo, el más poderoso y fundado filtro o exclusiva contra el ejercicio abusivo de los recursos extraordinarios.

15) Siempre quedará asegurada la senda del recurso extraordinario federal (art. 14, Ley 48) para los supuestos genuinos en que, mediando cuestión federal trascendente, sea admisible el control último de la Corte Suprema.

II) Sí, con coraje y convicción firme, abogamos por esta significativa innovación, creemos que su claridad suscitará entusiasmos al cuerpo total de la Nación, señalando que la Argentina Jurídica, atenta a los justos reclamos de la hora, está dispuesta a innovar, a cambiar de mentalidad, a *progresar*. Y que lo hace a través de iniciativas razonables, necesarias y *factibles*. Lo afirmamos con profunda fe y esperanza en el vuelo de cóndor de los patagónicos.



La supremacía de tales valores queda resguardada por la norma del art. 10 C.Ch., que dice:

"Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que la que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces".

Es lo que podemos llamar, con *Jaume Solé Riera*, la *lectura constitucional del proceso penal* en una muy demostrativa expresión. Lo dice así:

"Sabido es por todos que nuestra Constitución de 1978 establece el catálogo de los valores superiores³ del ordenamiento jurídico español, amén de estructurar la organización de la convivencia de todos los ciudadanos en el marco del Estado de Derecho que dicha Norma Fundamental propugna y delimita. El propio modelo constitucional articula la tutela efectiva de esos valores superiores mediante un instrumento creado *ad hoc*: el proceso penal".⁴

El acceso a la jurisdicción, enumerado como un derecho en el numeral 9 del artículo 18 C.Ch. tiene que ver con la *tutela judicial efectiva*, que integra el derecho a los recursos cuando la Ley los prevé o cuando los tratados incorporados lo exijan, aunque la Ley los omite.

La *operatividad* de los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por la Constitución, según expresa declaración del art. 21 C.Ch., es una norma clave que nunca debe perderse de vista. Al igual que la que le sigue, la del art. 22 que impone a los jueces específicamente *interpretar* las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales y prevé responsabilidades en caso de violación de los mismos.

Ello supone que en Chubut rigen los tratados y convenciones en los aspectos procesales porque la Constitución así lo establece. Y que los jueces deben adoptar las medidas (mentadas como las de *medidas de otro carácter*, por los pactos

BASES PARA UN MODELO DE ENJUICIAMIENTO PENAL CONFORME A LA CONSTITUCION

Viene de la pág. 1

etapa de la incompatibilidad constitucional, abarca, para el caso de Chubut, desde el inicio de la vigencia del "Código Obarrio" [sancionado por Ley 2372, el 4 de octubre de 1888] hasta la sanción del "Código Levene" [Ley 3155, 1988]. Modelo de enjuiciamiento que rigió en el Territorio y se prolongó entonces aún conformada la Provincia

La segunda, *etapa de la constitucionalización del proceso penal*, se extiende desde la sanción –mejor, vigencia [30 de abril de 1989]- del modelo mixto a la sanción de la nueva Constitución, octubre de 1994. Modelo que impera aún hoy, pese a las dudas generadas por diversas reformas y específicamente por la sanción de la Ley 4566 -"Código Maier"- en diciembre de 1999, que se encuentra, en rigor, en vacancia legislativa prorrogada, a salvo dos disposiciones según lo previsto en la Ley 4743.

La tercera etapa se inicia con la nueva Constitución que diseña un proceso penal según las reglas que a continuación examinaremos brevemente.

II. POSTULADOS CONSTITUCIONALES. UN SISTEMA DE VALORES SUPERIORES

En su intervención en la Legislatura de Chubut en la sesión en que se trató y sancionó la Ley 4566, el Dr. *Maier*, autor del nuevo Código, se refirió a las muchas

reglas que contenía la Constitución de Chubut de 1994 en relación con el proceso penal.²

¿En dónde residen esas reglas? Por lo pronto, hay que señalar que ellas conforman un *sistema* que podemos esquematizar así:

1. El Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1º).
2. Los derechos (art. 18).
3. Los deberes (art. 66).
4. La víctima [art. 35, art. 22].
5. Seguridad pública (art. 122).
6. Las garantías constitucionales [arts. 43 a 53, 21, 22].
7. El Poder Judicial [arts. 162 y sigs.].
8. El Ministerio Público Fiscal [art. 194 y 195].
9. El Ministerio Público de la Defensa [art. 196].
10. Desarrollo del Proceso. El principio acusatorio.
11. Juicio. Jueces técnicos. Jurados [arts. 164, 168, 169, 171, 172 y 173].

El gran postulado, que informa cada previsión de la Constitución y debería informar cada norma a ella subordinada, es la dimensión social y democrática del Estado y del Gobierno que consagra el artículo 1º.

¿Y qué tiene que ver con el proceso esta referencia a la dimensión social de nuestro Estado? Tiene que ver porque ella supone la recepción explícita de *valores superiores* que el legislador debe observar.

2 «Esto es lo que prácticamente he hecho con las personas que forman parte de una comisión que respondieron a una consulta del gobierno, sobre todo ciertos interrogantes que tenían respecto de la Constitución de la

Provincia del Chubut que impone muchas reglas en materia procesal penal» (énfasis nuestro).

3 Puede consultarse *Los Valores Superiores*

de Gregorio Peces-Barba, ed. Tecnos, Madrid, 1986.

4 *La tutela de la víctima en el proceso penal*, 1997, p. 9.

y convenciones) que aquellos prevén sin poder refugiarse en las omisiones del legislador ni atender las normas que éste dictare en contravención de ellos.

Desde luego, están los contenidos de las *garantías* específicamente previstas en los artículos 43 a 53 inclusive⁵ de los cuales emanan reglas preeminentes que se impondrán siempre a las normas de todo ordenamiento procesal.

Y la clara definición del Poder Judicial como un verdadero Poder, *autónomo e independiente* de todo otro (art. 162).

Además, están las expresas previsiones sobre el *derecho de la víctima* de un delito (art. 35), la autonomía de una normativa sobre *seguridad pública* (art. 122) y la exigencia de organización de *Tribunales de Menores y de Familia* (art. 171).

III. LAS GARANTÍAS

Como viene de decirse, la Ley Fundamental de Chubut ha querido consagrar normas expresas; así, las contenidas en la Sección III, Título I, Parte Primera, artículos 42 a 53 inclusive, que hemos sistematizado⁶ del siguiente modo siguiendo el articulado constitucional, a cuyos comentarios remitimos:

- Pena de muerte. Conmutación [artículo 42 C.Ch.].
- Estado de inocencia [artículo 43 C.Ch.].
- Debido proceso [artículo 44 C.Ch.]:
 - a) *inviolabilidad de la defensa*;
 - b) *judicialidad*; c) *ne bis in idem*;
 - d) *aplicación ley procesal penal más benigna*; e) *término razonable de conclusión del proceso*;
 - f) *interpretación restrictiva*; g) *prohibición de la analogía*; h) *in dubio pro reo*.
- *Defensa en juicio* [artículo 45 C.Ch.]: a) derecho a la defensa técnica; b) *inviolabilidad y dignidad del defensor*; c) *prohibición de declaraciones imperativas*.
- Prueba [artículo 46 C.Ch.]: a) *publicidad*; b) *ineficacia probatoria*.

- *Detención. Incomunicación* [artículo 47 C.Ch.].
- *Trato indebido. Responsabilidades. Cárceles y guardián de presos* [artículos 48 y 51 C.Ch.].
- *Prohibición de persecución discriminatoria* [artículo 49 C.Ch.].
- *Garantías procesales para menores* [artículo 50 C.Ch.].
- *Inviolabilidad del domicilio. Allanamiento* [artículo 52 C.Ch.].
- *Papeles privados y comunicaciones* [artículo 53 C.Ch.].

Conviene señalar que el proceso penal no puede concebirse hoy como una atribución exclusiva del legislador provincial. Y ellas se difunden en todo el territorio nacional y en beneficio de todos sus habitantes, vivan donde vivan.

Resulta notorio, desde la lectura constitucional del proceso penal, que las garantías consagradas en la letra de la ley Fundamental de Chubut se erigen en un sistema protectorio amplio que abarca todos los actos que lo integran y las distintas fases del mismo.

IV. EL DISEÑO DE ENJUICIAMIENTO PENAL

1. El principio acusatorio. Ministerio Público Fiscal.

Nuestra Constitución, ha diferenciado inequívocamente los tres roles necesarios para que se verifique el *juicio* a que se refiere el artículo 18 C.N. con los alcances que le ha asignado la Corte en su doctrina, que ha ido mutando⁷ pero que ha dejado a salvo siempre lo siguiente:

“Las garantías que en materia criminal asegura y consagra el artículo 18 de la Carta fundamental, consisten en la observancia de las formas substanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales del reo”.⁸

La recepción del *acusatorio* surge del artículo 195, numerales 3 y 4 C.Ch. Y el numeral 4 le acuerda la *dirección de la policía judicial*.

Es claro que la previa existencia de una acusación, promovida y ejercida por un órgano diferenciado –que, entre nosotros, se ha regulado acordándole *autonomía funcional dentro* del Poder Judicial [artículo 194 C.Ch.]–, esto es, un *sujeto diferente* al órgano juzgador, es de la esencia del principio acusatorio. Ya la atribución del numeral 4 de este artículo 195 puede entenderse como un corolario de aquél, más que de su esencia.

Como se ha dicho:

“El carácter esencial que identifica a este sistema se refiere a que el proceso es una contienda entre partes situadas en pie de igualdad, frente a un juez que actúa como tercero imparcial *supra partes*”.⁹

La Constitución de Chubut avanza hacia un sistema acusatorio en base a la diferenciación de los roles según hemos anticipado. Desde este punto de vista, hablamos nosotros de una nueva “constitucionalización” del proceso penal en Chubut.

Parece necesario subrayar que la Constitución de Chubut le ha acordado la promoción y ejercicio de la acción penal pública al Ministerio Público Fiscal –que conlleva la responsabilidad¹⁰ de buscar las pruebas que permitan formular fundadamente una acusación contra quien aparezca responsable de la comisión de un delito, el sostenimiento y acreditación de ella ante un tribunal de juicio y la petición concreta de la pena¹¹ – pero no le ha conferido el monopolio porque la Constitución ha dicho “*sin perjuicio de los derechos y acciones que las leyes acuerdan a otros funcionarios y a los particulares*” [artículo 195, II, 3 in fine C.Ch.].

La víctima, y con potestades aun autónomas, no debe estar marginada del proceso penal. Ello así, en la línea de la doctrina “*Santillán*” y de los tratados internacionales que imperan entre nosotros [artículo 75 (22) C.N., artículo 22 C.Ch.]. Incluso, con derecho a los recursos [CS, in re “*Garipe*”].

Dos notas nos parecen destacables: primero, la Constitución de Chubut ha

5 Cuya sistematización hemos hecho en los comentarios a la nueva Constitución (*La Reforma en la Provincia del Chubut*, ob. cit.).

6 En *La Reforma en el Chubut*, c.e.i.pa, 1995, parágr. 47, pp. 171-211.

7 Ver nuestra nota al fallo de la Corte in re “*Marcilese*”: *De ‘Tarifeño’ a ‘Marcilese’* en www.ArgentinaJuridica.com y en el Apéndice

del libro citado en nota 1.

8 Núñez, Manuela c/ Rocca de Ominelli, Manuela. Aybar Sobrecasas, Francisco, T. 125, P. 10; T. 127, p. 36, entre muchos otros.

9 Montero Aroca y otros, Derecho Jurisdiccional, p. 17.

10 José I. Cafferata Nores, *Cuestiones*

actuales sobre el proceso penal, 2000, p. 78.

11 Véase, sin embargo, las implicancias del fallo de la Corte in re “*Marcilese*” que hemos comentado [www.ArgentinaJuridica.com. V. Apéndice del libro citado en nota 1] en relación con el pedido de pena y el concepto de acusación.

ordenado que el Ministerio Público Fiscal se atenga a la legalidad y actúe con imparcialidad. Estos principios funcionan dentro del sistema de garantías, lo conforman, y, por ende, su violación conlleva la nulidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 C.Ch. en consonancia con las demás disposiciones [artículos 18 (4), 35, 43 a 53, 122, 21 y 22 C.Ch.].

La segunda nota tiene que ver con aspectos prácticos. La *imparcialidad* supone una actuación conformada a un criterio de justicia en el caso concreto, que se irá formando a través de la investigación. No compartimos la solución del nuevo Código de Chubut [Ley 4566] en relación con determinadas facultades del Ministerio Público Fiscal porque en los actos iniciales de la persecución es cuando se tensa más la contraposición de intereses, sin perjuicio que luego pueda derivar su desarrollo hasta en el pedido de absolución.

2. El Ministerio Público de la Defensa.

El otro rol, el de la defensa, queda explicitado especialmente en los artículos 196, 44, 45, 21 y 22 de la Constitución. El Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces, cuyo titular es el Defensor General, integra el Ministerio Público [artículo 194 C.Ch.]. La Constitución histórica [1957] no lo previó.

Hicimos notar las implicancias que el principio de *imparcialidad* puede tener para la defensa.¹² Obsérvese que él está consagrado para el Ministerio Público, sin distinción. ¿Es que ello vincula al defensor oficial a la verdad real? Hemos respondido que no, y lo recordamos nuevamente:

“El imputado no está constreñido por la obligación de respetar lo que se llama la ‘verdad real’ y el defensor que por un puritanismo lo obliga a no apartarse de ella, será un traidor a su oficio que le prohíbe delatar a su defendido o aceptar que éste se delate por su inexperiencia”.¹³

Algunas cuestiones merecen meditarse. Por un lado, las proyecciones

novedosas que la llamada *probation* y el *juicio abreviado* conllevan para la defensa –que pueden examinarse en un marco más amplio, el del *consenso en el proceso penal*-. Ello sólo puede compadecerse con la inequívoca convicción del imputado, asistido por su defensor, de que en el caso concreto resulta lo menos gravoso, objetivamente comprobable.

De otra parte, la *tutela judicial efectiva* [artículos 18 y 75 (22) C.N., artículos 18 (9), 44, 45 y 22 C.Ch.] incluye el derecho a los recursos. Es una exigencia del derecho trasnacional de los derechos humanos la revisión de todo fallo condenatorio. Y, por tanto, es una obligación de todo defensor, de elección u oficial, la de recurrir la condena siempre, amparado, nótese, por la prohibición de la *reformatio in peius*. Incluso, el nuevo Código de Chubut concede recurso en contra de la sentencia al acusador público *únicamente* a favor del imputado [artículo 151, II, in fine, ley 4566].

Es pareja la obligación de plantear la inconstitucionalidad de toda norma que restrinja el derecho al recurso¹⁴ [artículo 75 (22) C.N., artículos 10, 21, 22 C.Ch.]. Obsérvese que el no agotamiento de las vías recursivas nacionales impide en principio acudir a la instancia internacional [artículo 46, 1-a) CASDH].¹⁵

Se ha dicho en España:

“El derecho a un proceso con todas las garantías, no se concibe sin un “derecho al recurso”, firmemente constatado en Convenios y Pactos Internacionales, especialmente en materia penal, entre otras razones, porque las interferencias en la aplicación de este derecho (al recurso), provocarían irremisiblemente una “indefensión” en los términos en los que el Tribunal Constitucional ha ido acuñando este concepto”.¹⁶

Únicamente el condenado podría renunciar a ese derecho, nunca el defensor por sí, y de ello debe quedar constancia en el expediente. *La defensa técnica* le compete al abogado.

El artículo 156 del nuevo Código para

Chubut [Ley 4566, en línea con el actual artículo 402 Ley 3155] prescribe en su segundo párrafo:

“El defensor y el acusador público no podrán desistir de los recursos interpuestos por ellos sin mandato expreso del condenado o de quien debe sufrir una medida de seguridad y corrección”.

Otro aspecto de la defensa radica en la siguiente exigencia constitucional:

“Los jueces son responsables de proveer lo necesario para la directa, efectiva e insustituible intervención del defensor penal designado, particular u oficial, en todos los actos fundamentales del proceso, que son nulos sin su presencia, especialmente la declaración del imputado [artículo 45, I, segunda cláusula C.Ch.]”.

Que se erige según nuestro juicio en un valladar insalvable para atribuir al acusador público la facultad de recibir declaración al imputado [artículo 84 Ley 4566].

Decimos de nuevo, la Constitución ha diferenciado los roles con nitidez: el acusador público no cumple nunca el rol de juez.

3. La Función Judicial.

Y finalmente, la estricta función judicial, a cargo de jueces imparciales, que es la de *decir el derecho*. Solo los jueces dicen el derecho y, además, la Constitución les ha señalado a ellos, únicamente a ellos, cómo deben decir el derecho.

Aunque el artículo 162 ubica dentro del Poder Judicial al Ministerio Público en sus dos vertientes, éste es, en todo caso, una *magistratura no decisoria*.¹⁷

No ha de perderse de vista que la Constitución ha enfatizado que el Poder Judicial es *autónomo e independiente de todo otro poder* [162, II C.Ch.] en una formulación que sólo emplea en relación con él, no así al tratar el Poder Legislativo o el Ejecutivo, y agrega: *al que le com-*

12 En *La Reforma...*, ob. cit., parágr. 88, 5.2, p. 343.

13 Ricardo C. Núñez, citado por *Cafferata Nores* [La Ley, 1979-D, p. 525, nota 4].

14 Cf. CS, in re ‘Di Mascio’, ‘Girolidi’, ‘Sisto García’.

15 Se erige en un requisito de admisión de la demanda que se examina en la fase de excepciones preliminares: requisito del previo

agotamiento de los recursos internos. La CASDH ha previsto –y así ha sido aplicado– que este recaudo [art. 46, 1-a)] no se aplica cuando no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos [art. 44, 2-b)].

16 Jaime Suau Morey, *Tutela Constitucional de los Recursos en el Proceso Penal*, 1995,

p. 31.

17 Esto es: “...un órgano estatal con consideración y condición de Magistratura no decisoria y cuyas funciones se desarrollan en el ámbito de la administración de Justicia en estrecha conexión, bien que no en el mismo plano que las de la Magistratura decisoria” [M. Fernández Martín-Granizo, citado por Granados, en *El Ministerio Fiscal*, p. 16].

pete exclusivamente la función judicial.

El constituyente de 1994 se preocupó por la legitimidad democrática de origen del Poder Judicial y diseñó un *Consejo de la Magistratura* de base parcialmente popular [artículo 187 C.Ch.].¹⁸ Es muy fuerte la idea de la participación ciudadana, tanto en el origen, como queda dicho –y también por la elección popular directa de algunos jueces de paz [artículo 184]-, cuanto en la administración de justicia porque la Constitución ha previsto la intervención de legos en supuesto específico [artículo 173 C.Ch.] y la organización del juicio por jurados [artículo 172].

Hay que compatibilizar disposiciones destinadas a los jueces profesionales permanentes. Así, la contenida en el artículo 168 que impone a los magistrados y funcionarios judiciales sustanciar y fallar los juicios *dentro de los términos legales y conforme a derecho*, con potencialidad para perder, en su defecto, jurisdicción en el caso y con calificación del incumplimiento como falta grave a los fines de la destitución.

Del mismo modo, la del artículo 169 que indica, según anticipamos, cómo debe decir el derecho el Juez: sus resoluciones *deben ser motivadas con adecuada fundamentación lógica y legal*, y en el caso de los tribunales colegiados exige la fundamentación individual,¹⁹ con apercibimiento en los dos supuestos de considerar su ausencia *falta grave*.

La *imparcialidad* que consagra la Constitución subraya la autonomía e independencia del Poder Judicial y exige la motivación adecuada, en los hechos y en el derecho, bajo pena de falta mayor, de las resoluciones judiciales.

En cuanto a la *judicialidad*, denominación bajo la cual incluimos las previsiones relativas al *juez natural* y al *proceso regular*²⁰ citamos a Ricardo Núñez:

“...la *judicialidad* representa para los acusados una garantía respecto de la imparcial y correcta aplicación de la ley penal. Tiene su fuente constitucional en los principios del juez natural, de la división de los poderes del gobierno y del juicio previo...De acuerdo con el principio de la separación de los poderes [(Constitución, arts. 36, 74 y 94) (hoy, arts. 44, 87 y 108 C.N.)] y con la prohibición de que el Poder Ejecutivo ejerza funciones judiciales [Constitución, art. 95) (hoy, art. 109 C.N.)], el juez natural sólo puede ser un tribunal de justicia...”²¹

Sobre la base de las disposiciones constitucionales que venimos examinando, queda en evidencia la fórmula triana que ellas consagran de *acusación, defensa y sentencia* verificada a través de roles diferenciados.

Esa garantía jurisdiccional, que significa *que el derecho penal ha de actuarse por los tribunales precisamente por medio del proceso*, no de cualquier otra manera²² es una garantía constitucional expresa según lo que venimos de señalar.

4. La Participación Popular.

La Constitución de Chubut prevé de modo explícito la participación popular al lado de los jueces técnicos. Dos son las previsiones que deben examinarse: la del artículo 173, que el constituyente ha denominado *juzgamiento con vocales legos* y el artículo 172 que, bajo el “nomen” *oralidad*, prevé la implantación gradual del juicio por jurados.

Estas normas completan el diseño del *juicio penal* que ha hecho la Constitución. De un lado, consagra el *juicio oral y público* –en rigor, el *juicio público*-. Y, de otra parte, incorpora en el Poder Judicial a los ciudadanos [artículo 162, I, C.Ch.].

Es cierto que no ha desarrollado el modelo de jurado. Tan solo queda claro que, para el juzgamiento de los delitos dolosos atribuidos a funcionarios públicos en perjuicio de la administración pública provincial, el tribunal de juicio *debe* integrarse con vocales legos [artículo 173 C.Ch.].

Si se acude a la tradición, es posible remontarse al juicio por jurados desarrollado en el seno de la colectividad galesa, en Chubut.²³ Puede decirse así que en territorio argentino imperó el juicio por jurados que ordenó y por tres veces refirió la Constitución de la Nación, aunque en lengua galesa y bajo las reglas de esa comunidad.

El nuevo Código Procesal Penal [Ley 4566] regula el juicio *con y por* jurados. Deja, desde luego, espacio para la meditación y el debate en un tema que nunca ha dejado de ser polémico.

Podría agregarse al debate este aspecto: el alcance, nacional o local, de la ley del jurado que ha previsto la Constitución Nacional [arg. artículo 75 (12)]. Nosotros hemos sostenido que dicha atribución no ha sido prohibida a las provincias [arg. artículo 126, C.N. en comparación con el inciso 12 del artículo 75].²⁴

18 V. nuestro estudio *Un Consejo de la Magistratura de Base Parcialmente Popular-Según la nueva Constitución del Chubut*, c.e.i.pa [Centro de Estudio e Investigaciones Patagónico], 1995.

19 Nos hemos ocupado específicamente de la norma y sus alcances en relación con su reglamentación: v. “*Los Comportamientos Institucionales, el Derecho y la Vigencia de las Constituciones - A propósito de la ley 4550 y las Acordadas 3202 y 3204 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia*

del Chubut” [La Ley, 2000-D, pp. 380-389].

20 V. *La Reforma...*, ob. y lug. cit.

21 *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 2ª. Reimpresión [1960], 1987, t. I, pp. 118-119.

22 *Ibidem*, p. 13.

23 Se ha referido a él el Profesor *Virgilio Zampini* en admirable trabajo: *Chubut Siglo XIX: Una década del Juicio por Jurados* [que hemos conocido por gentileza de su autor].

24 V. el Apéndice de nuestro libro citado en nota 1.

A 10 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

por Susana Cayuso

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

Hablar del éxito y/o el fracaso de la reforma constitucional de 1994 representa, en realidad, preguntarnos por la vigencia efectiva de la Constitución Nacional. No es adecuado emprender un análisis aislado de aquello que fue motivo de reforma constitucional ya que los resultados obtenidos afectan el principio de integridad y armonía, lo que debería definir por naturaleza a la norma fundamental y a su aplicación.

Los fines que suelen enunciarse para encarar las reformas constitucionales habitualmente ponen su acento en la necesidad de fortalecer el sistema en el que se van a introducir las modificaciones. La reforma constitucional de 1994 no ha sido ajena a tal enunciación. En tal sentido, se apuntó a objetivos tales como: mayor control, mayor transparencia, fortalecimiento del federalismo, atenuación del presidencialismo, mayor independencia del Poder Judicial, entre otros. A diez años, y teniendo en cuenta aquello, cabe preguntarse ¿Sí, en la práctica, el sistema representativo republicano está fortalecido



o debilitado? ¿Sí el Poder Político ha dado respuesta a las respuestas constitucionales y, en su caso, si las que fueron dadas han sido adecuadas? ¿Sí la sociedad argentina ha satisfecho las condiciones elementales y básicas requeridas para afrontar la vida con dignidad, calidad e igualdad? El sentido de nuestras respuestas será la medida de los logros. Una vez más la frustración parece haberse impuesto. Una vez más hemos demostrado que persistimos en errores del pasado. Una vez más hemos puesto en evidencia la concepción vieja del modo de hacer política y de leer los textos constitucionales

En la historia institucional argentina ha estado presente desde siempre una llamativa tensión entre lo político y lo jurídico, lo que se ha traducido en una permanente antinomia, resuelta en forma constante con preeminencia del ser sobre el deber ser. Lo político se ha desentendido de lo jurídico.

Los efectos de tal desequilibrio han dado como producto una democracia débil y una profunda ausencia de conciencia constitucional, exponente cualitativo de lo jurídico. En tal sentido, una de las metas que debiéramos tener, y compartir, aquellos que por las funciones que desarrollamos tenemos una mayor responsabilidad en el fortalecimiento del sistema democrático republicano, es reformular el equilibrio y construir una cultura institucional dispuesta a admitir que el accionar de los operadores políticos, aún sin desconocerles el amplísimo campo de apreciación sobre una variada gama de opciones instrumentales, debe estar sometido al rol protagónico reservado a la Constitución Nacional, en su condición de fuente normativa primaria.

La conciencia constitucional es el primer requisito de la formación ciudadana en general y de la capacitación política en particular. La transmisión de valores y principios de raigambre constitucional disciplina en la convicción demócrata y republicana y recién a partir de tal condición puede asomar el habitante, el ciudadano, el dirigente y el gobernante

Es un contrasentido suponer que se está en condiciones de encarar la responsabilidad de un cargo público o de una función con incidencia en la cosa pública y paralelamente argumentar, o en su caso ignorar, la obligación de transitar el texto constitucional. El sistema educativo argentino está demostrando la pobreza de sus contenidos, dentro de los

cuales los presupuestos mínimos de un Estado Constitucional de Derecho no han logrado tener un espacio de debate. La necesidad de incorporar estas cuestiones como metas en todos los niveles de la educación se sustenta en la afirmación que se trata de una formación transversal, ya que apunta a los presupuestos éticos para el ejercicio de la condición de ciudadano y para el desenvolvimiento de las capacidades de elegir y ser elegido. El partido político debe tener a su cargo la responsabilidad de insertar, desarrollar o, en su caso, profundizar tales presupuestos. La axiología del Estado Constitucional de Derecho no suele coincidir con las estrategias sectoriales del poder.

Es un tiempo en que tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional mundial están reformulando la lectura clásica del alcance y sentido de los textos supremos, con especial impronta en los contenidos éticos por encima de la mera consideración de la letra aislada de las normas, lo que conduce a profundizar la idea de que el concepto de Estado de Derecho ha sido superado por la concepción de Estado Constitucional de Derecho. Estado que se caracteriza por la imperiosa necesidad de dotar de eficacia a los derechos fundamentales reconocidos en los diferentes plexos normativos de base, a cuyos efectos pone el acento en el contenido material de la toma de decisión política, en la necesidad de suficiente justificación y en la búsqueda de coherencia de aquella con la compleja trama constitucional, a la que se le asigna carácter operativo y pretensión de armonización. Tal exigencia de adecuación en las respuestas a los conflictos está fuertemente ligada a la consistencia de la argumentación como requisito insoslayable para demostrar la racionalidad y razonabilidad del accionar de los operadores políticos. En tal sentido, las respuestas coyunturales, sectoriales, espasmódicas, parciales, degradan, cada vez con más profundidad, el principio de representación democrática.

La historia institucional de nuestro país ha puesto de manifiesto la indiferencia, el desconocimiento y, por que no decirlo una vez más, el desprecio que los operadores del sistema democrático tienen por el valor de las reglas de juego, las que no tienen por vértice a la Ley, que es un producto infra constitucional, sino a la Constitución Nacional.

Tal cultura institucional trae aparejada una visión sesgada y débil de la norma suprema. Aquello que se desconoce no puede ser valorado al tiempo de accionar

en un sentido o en otro. Por tal razón, en la medida que el poder político siga considerándose a sí mismo como poder constituyente y, en consecuencia, no se sienta fuertemente condicionado por la norma fundamental, la Argentina estará imposibilitada de acceder al Estado Constitucional de Derecho.

La práctica política debe integrarse con la educación y la cultura constitucional, sentimiento aún más profundo. La democracia formal es condición necesaria pero no suficiente a los efectos de satisfacer un sistema constitucional de logros sustantivos.

En relación con esta cuestión, los partidos políticos, en su condición de principales protagonistas de la república democrática, no han estado a la altura de los acontecimientos. En efecto, entre los objetivos de naturaleza institucional a los que deberían asignar prioridad se encuentran, sin duda, los de: **1)** capacitar para la función pública; **2)** contribuir a transformar la sociedad de acuerdo con los valores del sistema; **3)** mejorar la formación de la militancia. La finalidad puede sintetizarse en la búsqueda "*de la excelencia en la función pública*", estrechamente ligada, por un lado, al estudio del sistema constitucional argentino, a la estructura constitucional y a la función que las normas supremas cumplen en la organización del poder y, por el otro, a logros destinados a garantizar el bienestar de la sociedad sobre la base de las libertades protegidas. Hablar de la ley no es lo mismo que hablar de la Constitución.

La formación constitucional no es una variable opcional ni en la formación ciudadana ni en la capacitación política. La norma fundamental conforma un plexo ético y quienes pretenden acceder a un cargo público, o tener una activa participación en la cosa pública o ser considerados ciudadanos, no deben desconocer las implicancias que tienen para el sistema normativo infra constitucional los mandatos de la norma base.

En los términos de la constitución histórica el art. 16, al incorporar el requisito de la idoneidad como condición de acceso a los cargos públicos, siempre debió ser entendido por los partidos políticos, en su condición de intermediarios necesarios del sistema democrático, como una carga que obliga a cada uno de ellos a la capacitación y entrenamiento en el desarrollo de habilidades técnicas, de conocimiento, de aptitudes y de actitudes, entre las cuales no debieron ignorar una

seria conformación de la conciencia constitucional. A partir de la reforma de 1994 tal directriz se profundiza con la incorporación del art.38 que dispone que: *“Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas. El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio”*.

La capacitación de los dirigentes, en el sentido de la norma y a la que se contribuye con recursos del Estado, tiene, por los menos, dos parámetros directamente relacionados con los fines que se persiguen con tal mandato. En primer lugar, no se trata de cualquier capacitación sino primordialmente de aquella destinada al fortalecimiento del sistema democrático republicano, marco en el cual el conocimiento y respeto por la Constitución es uno de los pilares, condición bajo la cual se garantizan algunos aspectos ligados al funcionamiento interno de tales instituciones. En segundo lugar, el principio de competencia para la postulación de candidatos a cargos electivos debería ser entendido por los operadores del sistema como directamente cualificado por el requisito de la idoneidad del art.16 del plexo jurídico de base. La obligación de capacitar a los presentes y futuros dirigentes políticos no es producto de la voluntad del legislador ordinario sino que se trata de un mandato imperativo del constituyente reformador. Su jerarquía constitucional tiñe los alcances y contenidos de la obligación.

Es difícil encontrar algún problema jurídico serio, grave y trascendente para el desarrollo y calidad de vida de una sociedad que no tenga o encuentre alguna orientación o directriz en el texto constitucional. Y más conflictivo aún es verificar que puede existir más de una directriz, en cuyo caso estaríamos enfrentados a un conflicto de principios. En tales supuestos el intérprete está en serios problemas, no se trata de modificar o mantener las normas de jerarquía inferior sino de demostrar que el cambio legislativo o la insistencia en la permanen-

cia de la regla, u otra alternativa, están justificados, precisamente, porque aquel conflicto constitucional ha sido resuelto con los medios más racionales y menos restrictivos posibles de conformidad con la realidad fáctica y jurídica existente. De tal manera desaparece el conflicto jurídico constitucional y, en su caso, podrá subsistir la polémica sectorial o aquella inducida por fuertes intereses. La Constitución Nacional es una norma y por ello hoy la doctrina extranjera hace referencia al efecto “impregnación” o “irradiación”.

El desarrollo de habilidades y de actitudes en torno de los mandatos constitucionales permite entender que el rol que desempeña el plexo jurídico de base dentro del sistema político institucional adoptado es mucho más complejo que la de ser fuente reguladora de creación del derecho. En realidad constituye una fuente en sí misma generadora de derechos y de efecto vinculante para el poder político. Tal definición pone en crisis la tendencia a visualizar el texto fundamental como mero instrumento de organización del poder, ya que en tal sentido poco a poco se la ha vaciado de contenido ético y valorativo. En fin, de lo que se trata es de instalar una concepción no meramente procedimental de la democracia.

Una de las variables que han estado presentes en las sucesivas crisis vividas por la Argentina, en lo social, en lo político, en lo económico y en lo jurídico, es sin duda el débil grado de “constitucionalización” alcanzado por la sociedad en general y por los actores políticos en particular.

Según Robert Alexy el Estado Constitucional Democrático se caracteriza por ciertos principios fundamentales que encuentran en la Ley Suprema una clara expresión: la dignidad humana, la libertad, la igualdad así como principios y disposiciones relativas a la estructura y a los fines del Estado de Derecho, que el autor denomina democrático y social. Ahora bien, entre los derechos fundamentales y los principios relativos a la estructura y fines del Estado existen no sólo relaciones sino tensiones. Con sustento en esta descripción el autor reconoce tres formas de contemplar la relación entre derechos fundamentales y democracia. La concepción ingenua que sostiene que no hay conflictos y por lo tanto se pueden sostener ambos extremos, o ambos a la vez, sin límite alguno. La

concepción idealista que parte de la existencia de conflicto pero considera que el pueblo y sus representantes políticos no están interesados en lesionar los derechos fundamentales del ciudadano por medio de decisiones legislativas y, por lo tanto, la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales es una eficaz motivación política. Esta concepción tiene su origen en el modelo rousseauiano, y, en la práctica institucional, se transforma en un catálogo de derechos que sólo representa un valor simbólico. Enuncia objetivos, fines, deseos, simplemente voluntarismo. Finalmente, el autor citado señala que, para aquellos que quieren dejar de soñar y comenzar a actuar, la concepción realista es la que brinda una pauta destinada a responder cómo debe interpretarse la relación entre derechos fundamentales y democracia para mantenerse equilibrada. El principio de reconciliación estaría sustentado en la representación argumentativa cuya guía es una *“concepción de moral pública que pone de manifiesto una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo”*. Alexy, en busca de mayor precisión, recurre a una cita de Aristóteles sobre la exactitud de la política en la Ética a Nicómaco según la cual no podemos *“buscar el rigor del mismo modo en todas las cuestiones, sino en cada una según la materia”* y la complementa con una observación del Tribunal Constitucional Alemán que dice. *“La interpretación, singularmente la del Derecho Constitucional, presenta el carácter de un discurso en el que no se ofrece, ni siquiera con una labor metodológicamente impecable, nada absolutamente correcto bajo declaraciones técnicas incuestionables, sino razones hechas valer a las que le son opuestas otras razones para que finalmente las mejores hayan de inclinar la balanza”*¹.

Por las razones esbozadas es ingenuo pensar que puede concretarse los propósitos del Estado Constitucional Democrático sin proyecto educativo al respecto. En idéntico sentido, no es posible capacitar, transformar y mejorar la actividad política sin la formación de una conciencia jurídica constitucional. El proyecto educativo y la conciencia jurídica constitucional son dos de los presupuestos para el acatamiento y desarrollo de los propósitos que alberga la norma fundamental que tienden a un concepto de democracia exigente.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

por Marcela I. Basterra

Abogada constitucionalista. Miembro Titular y Secretaria General de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesora de Derecho Constitucional (UBA). Profesora de Posgrado en la Escuela de Abogados de la Nación. Coordinadora Académica del Programa de Posgrado de Actualización en Derecho Constitucional (UBA). Secretaria del Departamento de Ciencia Política y Constitucional de la Sociedad Científica Argentina.

I. Porqué el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental.

El libre acceso a la información estatal es un derecho condicionante para el ejercicio de otros derechos; tales como la libertad de expresión, el control de los actos de gobierno y los mecanismos de democracia participativa.

I.1. Las democracias constitucionales comparten el reconocimiento del principio de publicidad de los actos de gobierno. El derecho de libre acceso a la información producida por el Estado constituye un desprendimiento lógico de este principio.

La publicidad de los actos de gobierno no es sino un mecanismo de control del accionar de los gobernantes que tiene como contrapartida el reaseguro que, el poder -controlado por la ciudadanía- derivará en el ejercicio responsable y no abusivo del mismo.

Hay varias teorías para justificar la libertad de expresión como una de las garantías del Estado Democrático de Derecho.

Blassi¹ asocia el derecho a la libertad de expresión con el principio de control de los actos de gobierno. Si el gobierno debe ser controlado por medio de la publicidad de sus actos, es razonable que la publicidad de los mismos no quede al arbitrio y/o discrecionalidad del propio controlado, más bien en contrario debe permitirse y facilitarse el acceso para aquellos que deben ejercer el control dentro del sistema; los ciudadanos.

Jamás va a desarrollarse el debate “desinhibido, robusto y amplio”, necesario en toda sociedad libre y en la que la libertad de expresión es un pilar fundamental del sistema tal como lo sugirió la Corte de los Estados Unidos en el caso “*New York Times vs. Sullivan*”², si con anterioridad no tenemos acceso a conocer las cuestiones públicas objeto del debate.

Durante la última Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), se aprobó la Declaración de Santiago, en la que se reitera la importancia de la libertad de expresión y se reconoce que “*la democracia se fortalece con el pleno respeto a la libre expresión y el acceso a la información*”. Además en la misma Asamblea se aprobó la Resolución N° 1932, la que establece que los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y de promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva³

I.2 La división de poderes en el diseño institucional clásico, permite la fiscalización de los actos de los distintos poderes entre sí. Así el control del Poder Ejecutivo, es decir, de los actos de la administración pública estatal está a cargo en parte de los representantes del pueblo -Poder Legislativo-, sin embargo, en esta actividad de control el ciudadano permanece excluido del proceso

Un sistema de este tipo resulta en la actualidad, insuficiente y “débil” como mecanismo de control. El acceso de las personas a la información oficial debería estar en todos los casos en la base de rendimiento de las cuentas públicas. Así entonces se podrá disponer de un catalizador que permita un auténtico control democrático sobre las tres ramas del poder estatal.

No existe requisito más actual e

importante para conseguir la credibilidad democrática, que un poder estatal responsable y permeable al escrutinio de los ciudadanos. Cuanto mayor y más precisa sea la información pública disponible para la ciudadanía, menores serán la discrecionalidad de la burocracia y la probabilidad de que se extienda la corrupción en la administración estatal.

La transparencia de la “*res pública*” es sin duda un ineludible corolario de la democracia. Ello así porque la idea de la transparencia administrativa, caracterizada por una evidente carga axiológica, contribuye innegablemente a ofrecer a la administración la legitimidad que hoy, está en permanente cuestionamiento. Mediante la visibilidad, cognoscitividad y accesibilidad, y por lo tanto, posibilidad de control de los actos de la administración pública, viene a reforzarse este concepto de legitimidad democrática⁴.

El reconocimiento del derecho de acceso a la información y la efectiva posibilidad de concretarlo es un parámetro de suma importancia al momento de evaluar el grado de transparencia del que goza una sociedad. Es impensable hablar de transparencia de la actividad administrativa y de los actos de los gobernantes, si como contrapartida no se garantiza el acceso al público para tomar conocimiento de los mismos.

I.3 La libertad de expresión tiene como finalidad ampliar los términos de la discusión pública para el pleno ejercicio de la soberanía popular y del autogobierno.

1 BLASSI, Vicent, “The Checking value in First Amendment Theory” American Bar Foundation Research Journal, Volume 1977, Spring Number 2. Cit en Fundamentos del Proyecto de ley 0010-PE-02, del 18/3/2002. Fdo. E. DUHALDE, J. CAPITANICH y J.R. VANOSSI.

2 LEWIS, Anthony, “Ninguna ley - El caso Sullivan y la Primera Enmienda-”, Colección Chapultepec, Sociedad Interamericana de Prensa, Florida, Miami, USA, 2000.

3 BERTONI, Eduardo A., “Más información es más democracia”, La Nación, Notas, p. 15, 11/8/2003.

4 Véase BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, México, 1991, p. 65. ALAINS, Sebastián, “El acceso a la información pública como elemento de transformación en la emergencia” en “El derecho administrativo de la emergencia”, en AHE, Dafne (coord.), 2002, Tomo II, p.69-82. AMMIRATO, Aurelio, SHEIBLER,

Guillermo y TRIPOLI Pablo en “Ley de acceso a la información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, L.L., Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 2/9/2003, p.13.

5 MEIKLEJHON Alexander, “The First Amendment is an Absolute 1961 Supreme Court Review 245. Free Speech and its relations to self government Port, Washington/ New York, Kennikat Press 1972. What do is the first Amendment Mean 20 University of

Este argumento fue presentado originariamente por Alexander Meiklejohn⁵ en una serie de trabajos en los que ha definido inequívocamente a la libertad de expresión como la base de un gobierno democrático; en el que los electores no pueden tomar con fundamentación sólida una decisión racional sin acceso libre a los datos relevantes para aceptarla o rechazarla.

Este argumento protege un ámbito específico del discurso que es aquel que tiene carácter público y naturalmente proteger un aspecto puntual, relega a los demás aspectos a un segundo plano. Esta podría aparecer como primera objeción. Pero aún más significativa es la que se relaciona con la dificultad de distinguir el discurso relevante para la información de una opinión pública libre del que no lo es, más aún, en la mayoría de las sociedades en las que no se visualiza con claridad la línea divisoria entre lo público y lo privado, se interrelacionan y no se diferencian por la naturaleza del interés que está en juego.

Owen Fiss⁶, en consonancia con la teoría de Meiklejohn advierte en la primera enmienda de la constitución americana, norma en la que se ampara la libertad de expresión, una protección de la soberanía popular, dando lugar a que los ciudadanos tomen conciencia y conozcan tanto los temas de debate como los distintos argumentos en torno a ellos, a fin de lograr sus objetivos libre y plenamente.

Sostiene allí el autor que la democracia es un ejercicio de autogobierno colectivo, el mismo exige la elección de cargos públicos que deberá realizar el pueblo, con un Estado receptivo a los intereses de ese pueblo. Para poder ejercer la soberanía popular tal como se plantea, los ciudadanos dependen en buena medida, de la información que reciban de determinadas instituciones, a fin de poder elegir cuales son las políticas estatales que consideran mejor y, los candidatos que podrán llevarlas a la práctica. En las sociedades modernas, es la prensa la que aparece como la institución más apta para cumplir esa función, la que además para

cumplir su tarea con eficiencia necesita de cierta autonomía respecto del Estado.

En efecto, si la idea de autogobierno es inherente a la democracia, es necesario a los efectos de ejercerlo y poder gobernarse, mantener un debate amplio y abierto entre los componentes sociales. Si para ejercer el autogobierno se hace necesario tomar decisiones, es necesario que todos los sectores participen y el Estado en su regulación deberá tender a ello para evitar así que algunos sectores queden silenciados.

El libre acceso a la información es un requisito necesario y determinante para el ejercicio de la democracia participativa. Es imprescindible el acceso al conocimiento de los actos de gobierno para luego ejercer los mecanismos de democracia semidirecta que la propia constitución consagra en sus artículos 39 y 40.

Ningún ciudadano podrá seriamente presentar un proyecto de ley en ejercicio del derecho de iniciativa popular, ni podrá opinar en una consulta que se le realice, en relación a un proyecto de ley u otra cuestión, si no puede acceder y conocer con anterioridad toda la información necesaria para participar de un acto tan importante y fundante de la democracia como el ejercicio de la soberanía popular a través de su participación.

II. Protección normativa del derecho de acceso a la Información Pública

II. 1. El derecho de acceso a la Información Pública en cualquiera de las ramas de los tres poderes del Estado, hasta la reforma constitucional de 1994, solamente estaba amparado implícitamente.

Si bien con posterioridad a la reforma constitucional de 1994 se incorporan distintas fórmulas en las que se contempla el derecho de acceso a la información en casos concretos, el derecho genérico a la información para tomar conocimiento de los asuntos públicos o estatales, surge

con claridad de la interrelación de algunas normas de la constitución originaria de 1853-60.

Las mismas son; el artículo 1º que establece la forma republicana de gobierno, siendo uno de los principios que la integran, el de la publicidad de los actos de gobierno.

El artículo 14 entre los derechos que reconoce a los habitantes de la nación contempla expresamente el de "*peticionar a las autoridades*", el acceso a la información pública es una forma de peticionar en armonía con los cambios que se fueron operando en las democracias contemporáneas.

El artículo 33 establece que los derechos implícitos, esto es no mencionados expresamente en la constitución tiene igual validez que estos siempre que se deriven de la forma republicana de gobierno y de la soberanía popular

II. 2. Con la reforma que se realizó hace 10 años a nuestra Carta Magna si bien no se incorpora específicamente una única norma que contemple la obligación estatal de brindar información a los ciudadanos, tal como por ejemplo en las constituciones de Brasil (art. 5, inc. XXXIII), Colombia (art.74), Costa Rica (art.30), España (artículos 20 y 105 b), Grecia (art.10), Guatemala (art.30), México (art.6) Paraguay (art.28), Perú (art.2, inc.5) y Portugal (art. 268), si se contempla específicamente el deber estatal de facilitar y allanar el acceso a la información pública en casos concretos. Esos casos son: **a)** Con relación al medio ambiente, el **artículo 41** establece la obligación por parte de las autoridades de "*proveer a la información*", esto es, que el Estado deberá otorgar la información necesaria a fin de que los ciudadanos puedan ejercer efectivamente la función de control del cumplimiento de los presupuestos ambientales mínimos que la propia Constitución establece. Interpretamos que, el deber de las autoridades -que según los casos será cualquiera de los tres poderes- no sólo se

Chicago Law Review 41 (1953). Political Freedom: The Constitutional Powers of the people 1965. Citada por CODECH, Pablo salvador "El Mercado de las Ideas", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 28 .

6 FISS, Owen, "Why the State?", en Liberalism Divided - Boulder: Westview, 1996-. Versión en castellano "Libertad de expresión y estructura social", traducción Jorge F. Malem Señá, México: Fontamara, 1996.

7 Ley 25.831. Sancionada el 26 de noviembre de 2003. Promulgada el 6/1/ 2004

8 Las notas sobresalientes de la misma son; 1º) Establece los presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar el derecho de acceso a la información ambiental que se encontrare en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como provincial, municipal y de la Ciudad de Buenos Aires, como así también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas; 2º) define

exhaustivamente y con claridad que debe entenderse por información ambiental; 3º) establece que el acceso a la información ambiental será libre y gratuito para toda persona física o jurídica, a excepción de aquellos gastos vinculados con los recursos utilizados para la entrega de la información solicitada; 4º) Para acceder a la información ambiental no será necesario acreditar razones ni interés determinado. Se deberá presentar formal solicitud ante quien corresponda, debiendo constar en la misma la información

limita a recolectar datos y proporcionar la información correspondiente, sino que la misma deberá ser elaborada, ordenada y procesada a fin de que sea completa y de fácil acceso para los particulares.

Recientemente se sancionó la Ley 25.831⁷ sobre "Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental"⁸, reglamentaria de la presente norma constitucional. El libre acceso a la información pública contribuye a la desconcentración del poder, a la igualdad de oportunidades, a la reducción de la discrecionalidad administrativa y política, a un gobierno honesto y a una administración pública confiable⁹. Que el Estado garantice este derecho de acceso, y que su consecuencia sea la adecuada información ambiental resultan imprescindibles para garantizar una activa y responsable participación ciudadana en los asuntos ambientales, en la definición de estrategias a implementar y en el control y monitoreo de las políticas aplicadas

b) En relación a consumidores y usuarios de bienes y servicios el **artículo 42** consagra el derecho a "una información adecuada y veraz" en favor de los mismos. Compartimos con Quiroga Lavie¹⁰ que éste constituye el punto más fuerte de la protección constitucional en la relación de consumo. Sin la información necesaria se privaría a los usuarios y consumidores de acceder a conocer datos imprescindibles a fin de elegir dicho bien o servicio. Como contrapartida a la obligación constitucional, en caso que se brindare información falsa o inexacta, se

debe la correspondiente indemnización por los daños causados como consecuencia de tal acción u omisión.

La Ley 24.240 en su art. 4º establece que "quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores y usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos", implica, (aunque fue sancionada con anterioridad a la reforma constitucional de 1994), una reglamentación del art. 42

c) En relación a los datos personales obrantes en los Registros estatales, el **artículo 43**, 3º párr. CN, a través de la garantía de habeas data, deja expresamente salvaguardado el derecho de acceso para conocimiento y finalidad de datos personales que se encuentren en archivos públicos.

Si bien es una de las variables del acceso a la información pública, puesto que el requerimiento de datos se realiza a un registro o archivo público, el objeto del requerimiento no está vinculado con el deber del Estado de publicitar los actos de gobierno, sino con el deber del Estado de dar a conocer toda la información personal que poseyere, respecto de cualquier habitante, en sus archivos o bases de datos.

Algunos autores¹¹ consideran al habeas data también como un mecanismo de fiscalización, vinculado al acceso a la

información.

Es difícil determinar que ocurre con el acceso a los registros de los organismos de inteligencia del Estado, especialmente si tenemos en cuenta la importancia y necesidad de confidencialidad de determinada información en relación a los temas concernientes a la seguridad y defensa nacional, pero es menester tener presente que el constituyente tuvo claramente la intención de establecer a través del habeas data una protección a los ciudadanos, frente a esos registros. Consideramos que la Ley al establecer en que casos; bajo que condiciones o circunstancias se va a mantener el secreto del Estado en relación a los datos personales, ha logrado el equilibrio que surge en armonía de la Constitución, de la jurisprudencia¹² y la doctrina¹³.

La Ley de Protección de Datos Personales -25.326-¹⁴, regula el acceso a los archivos o registros del Estado. El principio general surge claramente del art. 23.1, cuando establece "la sujeción al régimen de la presente ley, de los datos personales que por haberse almacenado para fines administrativos, deban ser objeto de registro permanente en los bancos de datos de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o de inteligencia; como así también, aquellos sobre antecedentes personales que proporcionen dichos bancos de datos a las autoridades administrativas o judiciales que los requieran en virtud de disposiciones legales"¹⁵

requerida y la identificación del o los solicitantes residentes en el país, salvo acuerdos con países u organismos internacionales sobre la base de la reciprocidad; 5º) Se consideran sujetos obligados a cumplir con la ley a las autoridades competentes de los organismos públicos, y los titulares de las empresas prestadoras de servicios públicos, sean públicas, privadas o mixtas, están obligados a facilitar la información ambiental requerida en las condiciones establecidas por la presente ley y su reglamentación; 6º) establece que la información ambiental solicitada podrá ser denegada únicamente en los casos establecidos taxativamente en la ley. La denegación total o parcial del acceso a la información deberá ser fundada y, en caso de autoridad administrativa, cumplimentar los requisitos de razonabilidad del acto administrativo previstos por las normas de las respectivas jurisdicciones; y 7º) Se establecen los casos de infracción a la ley y las sanciones de las que serán pasibles tanto los funcionarios públicos como las empresas de servicios públicos que cometieran dichas infracciones. Puede verse SABSAY, DANIEL y DI PAOLA, M. E. "La Participación Pública y la Nueva

Ley General del Ambiente", L.L, Anales Legislación Argentina, Boletín Informativo (Doctrina) N° 14, P. 29. También WALSH, Juan Rodrigo, op. cit. y SAHANIUK, Analía; "El Derecho de Acceso a la Información Pública Ambiental en el Sistema Jurídico Nacional. Sanción de la ley de presupuestos mínimos 25.831" El Dial. Com. Suplemento de Derecho Ambiental. Marzo de 2004. (DC 392).

9 SABSAY, Daniel y TARAK Pedro. "El Acceso a la Información Pública, el Ambiente y el Desarrollo Sustentable". FARN, Manual N° 3, 1997.

10 QUIROGA LAVIÉ ; Humberto "Constitución de la Nación Argentina" comentada, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 2000, p. 227/8.

11 Véase ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, op. cit

12 Véase "Urteaga, Facundo Raúl" Publicado en la L.L 25/11/98 y "Ganora, Mario Fernando y otros" Sentencia de la CSJN, G.529.XXXIII.

13 Véase BIANCHI, Alberto B. "El Habeas Data como medio de protección del derecho a la información objetiva en un valioso fallo de la Corte Suprema", L.L, Suplemento de

Derecho Administrativo, 27/11/98, p.1/6 y SAGÜÉS, Néstor, "El Habeas Data contra Organismos Estatales de Seguridad", L.L, 2000-A, p.353.

14 Ley 25.326, sancionada el 4 de octubre de 2000, publicada en el B.O. el 2/11/2000. Reglamentada por Decreto 1558/01, publicado en el B.O 1 3/12/ 2001

15 Ley 25.326. Art. 23 (Supuestos especiales). 1. (...)2. El tratamiento de datos personales con fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia, sin consentimiento de los afectados, queda limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquellos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad.3. Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

La Ley contempla las excepciones, en que el principio general, del acceso que establecen los artículos 14 -para conocimiento y finalidad del dato-, y 16 -derecho de actualización, rectificación o supresión-, puede de manera extraordinaria ser denegado en situaciones concretas. Las mismas están establecidas taxativamente en el art. 17¹⁶, norma complementada por el art. 18¹⁷.

Asimismo, regula en que casos será necesario el consentimiento del interesado- art. 5¹⁸-, para que los organismos estatales puedan almacenar datos, -que constituye el principio general-, y las excepciones¹⁹ al consentimiento; siendo relevantes al tema los supuestos a) y b) del art. 5²⁰.

d) En los Tratados con jerarquía constitucional incorporados en el art. 75, inc. 22; Pacto de San José de Costa Rica - art. 13.1; Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 19- y Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art.19.2-, se contempla expresamente el derecho de recibir información como la contra cara necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión.

Asimismo, se incorporaron distintos mecanismos de democracia participativa los que se tornan ilusorios o de imposible realización sin el acceso a la información por parte de la ciudadanía. Los mismos están previstos en los artículos 39- iniciativa popular-, 40-consulta popular-.

II.3. Tampoco en Argentina tenemos, todavía, una Ley de Acceso a la Información a la manera de la *Freedom of Information Act* de los Estados Unidos (sancionada en 1966 y reformada en 1986) o la *Access to Information Act* de Canadá con la amplitud y especificidad necesarias para el ejercicio de este derecho constitucional. Ni un plexo normativo que abarque todos los aspectos del acceso a la información, tal el caso de Francia²¹, en

que el establecimiento legal en relación al acceso a los Bancos o Archivos estatales, se concreta no en una sola norma sino a través de cuatro normas generales, a) La Ley 78-17, de 1978, relativa a la informática, los ficheros y a las libertades; b) La Ley 78-753, del mismo año, por la que se aprueban una serie de medidas para la mejora de las relaciones entre la Administración y el público; c) Ley 79-18 de 1979, en la que se regulan las condiciones de acceso a los archivos públicos y d) la Ley 79-587, también de 1979, relativa a la motivación de actos administrativos y a la mejora de las relaciones entre la Administración y el público.

Si bien algunas Provincias como Chubut²², Jujuy²³, Río Negro²⁴, Córdoba²⁵ y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires²⁶ cuentan con una legislación al respecto, la Ley Nacional de Acceso a la Información Pública es una deuda pendiente.

16 Ley 25.326. Art. 17 (Excepciones).1. Los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros. 2. La información sobre datos personales también puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado. 3. Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, se deberá brindar acceso a los registros en cuestión en la oportunidad en que el afectado tenga que ejercer su derecho de defensa.

17 Ley 25.326. Art. 18 (Comisiones legislativas). Las Comisiones de Defensa Nacional y la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organos y Actividades de Seguridad Interior e Inteligencia del Congreso de la Nación y la Comisión de Seguridad Interior de la Cámara de Diputados de la Nación, o las que las sustituyan, tendrán acceso a los archivos o bancos de datos referidos en el artículo 23 inciso 2 por razones fundadas y en aquellos aspectos que constituyan materia de competencia de tales Comisiones.

18 Ley 25.326. Art. 5. El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias(...). No será necesario el

consentimiento cuando: a) Los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; c) Se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; d) Deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; e) Se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del art. 39 de la ley 21.526".

19 Pueden ampliarse estos temas de: GOZAINI, Osvaldo, Comentario a fallo -"El consentimiento para el uso de los datos personales" L.L, Suplemento de Derecho Constitucional, 15/6/2001, p.7. PEYRANO, Guillermo F. "Régimen Legal de los Datos Personales y Habeas Data", comentario a la ley 25.326, Lexis Nexis- Depalma, 2000. UICICH, Rodolfo D., "Habeas Data. Ley 25.326", Comentada y anotada, Ad-Hoc, 2001. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Habeas Data", Zavalia, 2001. PADILLA, Miguel M., "Banco de datos y acción de Habeas Data", Abeledo Perrot, 2001.

20 Véase BASTERRA, Marcela, "El Consentimiento del Afectado en el Proceso de Tratamiento de Datos Personales", Jurisprudencia Argentina, Número Especial, "Habeas Data y Protección de Datos personales", Coordinada por Guillermo PEYRANO y Pablo PALAZZI, Lexis Nexis, 24/04/2004, p.3/16.

21 Ampliase de ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian, "El acceso a la información como derecho" Publicación realizada por "Abogados Voluntarios", véase la página web: www.abogadosvoluntarios.net. Los autores además explican que el sistema

francés de acceso a la información pública se construye sobre la base de dos elementos. El primero de ellos, es un régimen especial de publicidad a que se encuentran sometidos los documentos administrativos considerados de interés general, ya que la legislación mencionada establece que, la propia Administración habrá de proceder a la publicación regular de las directrices, instrucciones, circulares, normas y respuestas ministeriales que comporten una interpretación del derecho positivo o una descripción de los procedimientos administrativos. El segundo elemento, es el reconocimiento un derecho subjetivo en cabeza de todos los administrados de acceso a los documentos administrativos de carácter no nominativo (art. 1 de la Ley del 17/7/78), de lo que se deduce que serán titulares del derecho todas las personas naturales, independientemente de su nacionalidad, pero también las personas jurídicas, los medios de prensa y las asociaciones de defensa de intereses colectivos.

22 Ley N° 3764, sancionada el 15/19/92

23 Ley n° 4444, Ley de Publicidad de los Actos de Gobierno y de Libre Acceso a la Información del Estado 9/8/89.

24 Ley N° 1829 de Derecho al Libre Acceso a las Fuentes de Información Pública, Sancionada el 07/06/1984 y Ley 3441, Sancionada el 12/10/2000, (modifica arts. 1 Y 7 LEY 1829)

25 Ley N° 8803 de 1999 (Adla, LX-A,749)

26 Ley N° 104 de 1998, Publicada en el BOCBA N° 600 del 29/12/98, (Adla, XLIX-A 879) denominada "Acceso a la Información". Anteriormente la Ley N° 70 (Adla, LVIII-D, 4497) sobre "Sistema de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad", establece como uno de los objetivos de la administración el desarrollo de sistemas de información oportunos y confiables.

Sí, se han dado reglamentaciones de las normas habilitadas en la constitución que contribuirán si duda conjuntamente con la sanción de la Ley Nacional de Acceso a la Información Pública a dotarnos de la “cobertura” necesaria en aras del pleno ejercicio de un derecho humano fundamental.

Las reglamentaciones del derecho de acceso a la información existentes con posterioridad a la reforma son tres, dos por ley del congreso y una por Decreto del Poder Ejecutivo; a) La Ley de acceso a la información pública de datos personales –25.326²⁷- (año 2000)- mencionada ut –supra, punto II.3.-; b) la ley de Libre Acceso a la Información Ambiental – 25.831²⁸- (2004) mencionada ut –supra, punto II.3.-; y c) El Decreto N° 1172/2003²⁹ (2003) en el que el Poder Ejecutivo Nacional reglamenta el Acceso a la Información Pública en las dependencias de su área. Dado que esta última normativa ha sido objeto de nuestro análisis en otro trabajo al que remitimos³⁰, por lo que sólo lo mencionamos a efectos de brindar una información completa en sentido de los avances efectuado en estos últimos 10 años en torno a este derecho.

III. Conclusiones

El reconocimiento del Derecho de Acceso a la Información y la necesidad de una Ley Nacional que lo reglamente implica la concreción, por añadidura de otros derechos fundamentales.

1. Significa el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, permitiendo la concreción del

derecho a la libre expresión en su totalidad, materializado no sólo con la posibilidad de exteriorizar el pensamiento, sino en la posibilidad de “acceder” a conocer para luego expresarse libremente.

2. Incide a favor del principio de autonomía personal ya que el libre “Acceso” facilita la posibilidad de contar con más información para que cada ciudadano pueda elegir su propio plan de vida.

3. Asegura la participación ciudadana en la toma de decisiones de la “cosa pública”, instrumento necesario para formación del consenso democrático, constituyéndose en requisito necesario y determinante para el ejercicio de la democracia participativa.

4. Redunda a favor de la concreción del principio de transparencia de los actos de la administración, de gestión y de gobierno, indisolublemente ligado al control democrático sobre la actividad administrativa que deben realizar los ciudadanos.

5. La ciudadanía ejerce un verdadero control sobre el gobierno. Si el gobierno es controlado por medio de la publicidad de sus actos, es razonable que la publicidad de los mismos no quede al arbitrio y/o discrecionalidad del propio controlado, debe permitirse y facilitarse el acceso para aquellos que deben ejercer el control dentro del sistema; los ciudadanos.

6. Mientras no se sancione una Ley Nacional de Acceso a la Información Pública, se obstaculiza el acceso a

información relacionada a la gestión estatal, a la que tienen derecho todas las habitantes de la Nación, como destinatarios de las prerrogativas que la propia constitución les otorga.

Se corre el riesgo de promover la corrupción dentro de los órganos del Estado lo que redundará en detrimento de nuestra debilitada democracia. El acceso a la información se constituye como forma preventiva de este tipo de prácticas ilegales contra las que pareciera no hay remedios jurídicos suficientes.

La transparencia de los actos del gobierno puede ser incrementada a través de la creación de un régimen legal en el cual la sociedad tenga acceso a información. En este contexto, la regla debe ser la publicidad de los actos de gobierno como bien común y no la manipulación y el ocultamiento de los actos públicos. El derecho a la información se encuentra justificado en el principio de publicidad y transparencia en la gestión del gobierno. Por ello es que el acceso debe ser la regla, y el secreto la excepción, ambos deben ser establecidos en forma explícita por la Ley.

El reconocimiento del acceso a la información implica, correlativamente una garantía de la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político y al Estado Constitucional de Derecho que nuestra Constitución adopta.

La Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, anticipó su intención de emitir en la primera quincena de octubre el dictamen del proyecto de Ley de Acceso a la Información. Si bien el proyecto podría

27 Ley 25.326, sancionada el 4/10/2000, publicada en el B.O. el 2/11/. Reglamentada por Decreto 1558/01, publicado en el B.O. 1 3/12/ 2001.

28 Ley 25.831. Sancionada el 26/11/2003. Promulgada el 6/1/ 2004.

29 Decreto 1172/03, Publicado en el B.O del 4/12/2003 El mismo tiene como objetivo fundamental la reglamentación de cinco mecanismos que aseguran el acceso igualitario de los ciudadanos a la información estatal y la consiguiente participación en las decisiones de los asuntos públicos para los casos que corresponda según esta normativa.1) la Audiencia Pública habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse. Dichas opiniones –no obstante su carácter no vinculante- deben ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación por parte de la autoridad de fundamentar sus

desestimaciones. 2) La publicidad de la Gestión de Intereses “lobby” Se define la actividad entendida por intereses de gestión, “lobby”, de manera clara expresando que “Se entiende por Gestión de Intereses a los fines del presente, toda actividad desarrollada –en modalidad de audiencia- por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por sí o en representación de terceros –con o sin fines de lucro- cuyo objeto consista en influir en el ejercicio de cualquiera de las funciones y/o decisiones de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y de todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional”.3) La Elaboración Participativa de Normas es un procedimiento que, a través de consultas no vinculantes, involucra a sectores interesados y a la ciudadanía en general en la elaboración de normas administrativas y de proyectos de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación, cuando las características del caso –respecto de su viabilidad y oportunidad- así lo impongan. 4) El derecho de Acceso a la

Información Pública en el área del Poder Ejecutivo Nacional es un pre requisito de la participación que permite controlar la corrupción, optimizar la eficiencia de las instancias gubernamentales y mejorar la calidad de vida de las personas al darle a éstas la posibilidad de conocer los contenidos de las decisiones que se toman día a día para ayudar a definir y sustentar los propósitos para una mejor comunidad. 5) Las Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos han de permitir poner fin a uno de los reductos del secreto que suele encubrir corrupción o arbitrariedad en decisiones que afectan y, frecuentemente, perjudican a los usuarios. La presencia como oyente en la reunión permitirá, a quien esté interesado, conocer las opiniones que cada uno de los miembros del Órgano de Dirección adopta frente a las cuestiones que deben tratarse.

30 Véase BASTERRA Marcela, “ La Reglamentación del “Lobby” en Argentina. Análisis del Decreto 1172/03-. L.L 6/9/2004.

ser llevado al recinto en noviembre, no quedaría convertido en Ley, ya que el Senado le haría modificaciones al texto votado por la Cámara de Diputados, lo que retrasaría su sanción al menos un año, según estiman en el Congreso.

La propuesta permitirá a cualquier ciudadano monitorear y controlar la

gestión pública de los tres poderes del Estado, tanto como acceder y recibir información de cualquier órgano perteneciente al sector público nacional, del Poder Legislativo, de la Auditoría General, de la Defensoría del Pueblo y de entes autárquicos.

El derecho de acceso a la información

se constituye como herramienta legal para alcanzar la transparencia de los actos del Estado, pero también como medio de fiscalización y participación efectiva de todos los sectores de la sociedad sin discriminación, lo que habilitará la participación activa e informada sobre el diseño de políticas y medidas públicas que afectan directamente a la población



ESTADO SOCIAL DE DERECHO

por Edgardo Rubén Hughes

Ex – Convencional Constituyente de 1994. Presidente de la Comisión Redactora de la Reforma de 1994. Ex - Presidente del Superior Tribunal de Justicia de Chubut. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Postgraduado en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca.

A propósito del significado, contenido y origen de la expresión Estado Social y Democrático de Derecho en General, y en la Constitución de la Provincia del Chubut en particular.

I) INTRODUCCIÓN

La Constitución de la Provincia del Chubut sancionada en 1957, establecía en su art. 1 que: “La Provincia del Chubut, como parte integrante de la República Argentina de acuerdo con el régimen Federal de la Constitución Nacional que su Ley Suprema, organiza su gobierno bajo la forma Republicana Representativa y tiene libre ejercicio de todos los poderes y derechos que no hallan sido delegados al Gobierno Nacional.”

Por su parte, la Reforma Constitucional Provincial de 1994, modificó tal texto que quedó redactado de la siguiente forma: “La Provincia del Chubut, como integrante de la República Argentina de acuerdo con el régimen federal de la CN, que es Ley Suprema, su estructura como Estado Social de Derecho y organiza demográficamente su gobierno bajo la forma republicana y representativa. Tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que no hayan sido delegados al Gobierno Nacional.”¹

Incluía, en consecuencia, una caracterización sustancial que vinculaba a los poderes públicos con sus obligaciones de contenido social respecto de los habitantes o ciudadanos robusteciendo la inserción del Estado Constitucional en las modernas concepciones que describen a una etapa evolutiva importante del Derecho, como Estado Social de derecho asumiendo así el Estado la responsabilidad de proporcionar las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, lo que la doctrina germana ha calificado de “Procura existencial” (Daseinvorsorge)²

Se inscribía así, en consecuencia, en tal Estado, denominado a veces, además, como Estado asistencial o de bienestar, más no solo por tal definición ubicada en el pórtico de la Carta fundacional, si no esencialmente porque tal principio a la par de vincular a los poderes públicos, tal como *mutatis mutandi* se establece en el segundo párrafo del art. 21, 1ª oración de la Constitución Provincial, los principios que de allí derivan informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Se concierta así un círculo obligacional que vincula explícita e implícitamente, como además lo refuerza el art. 19 del mismo texto, con los habitantes o ciudadanos respecto de débitos sustanciales, cuestión que directamente se sostiene, además, entre otros, en el Capítulo segundo de la Sección Segunda del Título I, de la Parte Primera de la Constitución Provincial en los arts. que van del 23 en adelante.

En el seno de la Comisión Redactora y en el plenario, de la Honorable Convención Constituyente de la provincia del Chubut de 1994, se analizó con extensión el alcance del artículo, de la expresión

Estado Social de Derecho y sus fuentes.³

Allí se recordaba que la democracia es una forma del Estado, y el sistema republicano, representativo y federal, una forma de gobierno, y que el artículo sintetizaba ambos extremos, la forma de Estado y la forma de gobierno, lo que aparecía como ajustado a la evolución del derecho constitucional de un lado, y a una técnica legislativa que permitiera combinar la síntesis de la propuesta institucional con la extensión y comprensión del texto por otro.

Más en definitiva, la Provincia del Chubut que con sustento en las normas federales, más aún en su propia constitución de 1957 había incorporado la filosofía del constitucionalismo social, lo insertaba como texto positivo destinado a imprimirla en el accionar de los poderes del Estado, de allí que su artículo 1 estableciera que: “La Provincia del Chubut, como integrante de la República Argentina, que es su Ley Suprema, se estructura como Estado Social de Derecho y organiza democráticamente su gobierno, precisando en el art. 21, segundo párrafo, primera oración, que los derechos sociales y principios de políticas del Estado

1 Cfr. Artículo 1 de la Constitución de la Provincia del Chubut

2 Cfr. Perez Luño, Antonio, Los Derechos

Fundamentales, Pág. 192 y sgtes, Ed. Tecnos, Madrid 1998

3 Ver Plenario nro. 4 del 22 de septiembre de 1994

reconocidos en la constitución informaran la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

De allí, además, las prescripciones que en sintonía se ubican, entre otras y a título enumerativo en los arts. que van del 18 al 38 de la misma, sin que se agote allí la prescripción normativa, sino porque excede el cometido del presente.

II) ANTECEDENTES

Se tenía especialmente en vista, a tal fin, a la par de los antecedentes nacionales, donde la totalidad de las provincias se organizan como Estado Social de Derecho aún cuando no lo definan taxativamente, los extranacionales de aplicación, el texto de la Constitución Nacional de 1853 con sus reformas, entre otras la de 1949, que incorpora los principios de Justicia Social y Estado Social de Derecho, la de 1957, especialmente al través de sus art. 14 bis., y nuestra propia Constitución Provincial de 1957, con clara y definitiva incorporación al nuevo proceso constitucional que por su contenido se ha dado en denominar como Constitucionalismo Social, o Constitucionalismo Social y Democrático de Derecho, con terminología y características más ajustadas precisamente al Estado de Derecho.

No está de más reiterar que de poco valen las manifestaciones fundantes, aún cuando se lleven a la práctica, si no lo son en el marco del Estado Democrático de Derecho, pues valga la redundancia no pocos Estado de Derecho distan con gravedad de ser democráticos. Y sin democracia se tornan ilusorias las declamaciones respecto de cualquier derecho, especialmente los fundamentales por carecer precisamente del andamiaje que las torna efectivizables en todo tiempo

Así, entre otros, de modo más reciente, y por su atinencia, los arts. 1 y 2 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, los de La Rioja y San Juan; y la Constitución Española de 1978 en sus arts. 1.1 y concordantes.

Edicta esta última, en lo pertinente, y la acompaña profusa doctrina y jurisprudencia, a la que referiremos *brevitatis causae* en el presente, que: "España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que

propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

La Italiana, de 1948 que en su art. 3 estatuye que: "Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los adanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

Y las liminares, por lo precursoras, de México de 1917 y la de Weimar de 1919.

Así, es doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Central de Trabajo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la siguiente: "La publicación y entrada en vigor de la Constitución impone a todos los poderes públicos, por mandato de su artículo 9.2, la obligación de remover todos los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud democrática y de facilitar la participación ciudadana en la vida política, y en cumplimiento de tales obligaciones, es lícito que la Administración desarrolle y aplique las Leyes anteriores a la Constitución de conformidad con los principios democráticos, potenciando en tal sentido las posibilidades que los mismos conceden mediante la adaptación de sus preceptos a las exigencias que comportan los principios fundamentales en que se asienta el Estado Social y Democrático de Derecho (S. Sala 4.a, de 27-U4)."⁴

III) EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LA DOCTRINA NACIONAL Y LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Con independencia de que como ya lo hemos sostenido en otro trabajo y en otras exposiciones, ya la Constitución histórica de 1853/60, y el propio Alberdi, en su obra sobre "*Sistema económico y rentístico*"⁵ contenía los elementos básicos de lo que con la evolución de la doctrina y el Derecho Positivo Constitucional se erigiría como Estado Social de Derecho, o los principios que lo conforman.

Más yendo a los antecedentes normativos que contiene la Constitución Federal ha de recordarse por su

vinculación estricta con el tema, las reformas que contuvieran las enmiendas a la ley suprema proyectadas en 1949 y el art. 14 bis que, proveniente de la reforma constitucional de 1957, generara un eje medular instaurando con nitidez aspectos que hacen al Estado Social de Derecho y al Constitucionalismo Social, incluso la denominada Convención Constituyente de 1957 habría reconocido un espectro mayor de derechos que la de 1949, incluyendo entre las atribuciones del congreso, la de dictar el Código de Trabajo y la Seguridad Social, más dentro de un accionar normativo que sufriera distintas vicisitudes y concluyera con sus vicios de origen mediante la reforma de 1994 que hace suyo el art. 14 bis.

Norma la del 14 bis, que genera básicamente, *brevitatis causa*, tres tipos de derechos, los personales del trabajo en relación de dependencia, los colectivos del trabajo propio de las asociaciones gremiales y los derechos de la seguridad social atribuidos a las personas humanas, sean trabajadores en relación de dependencia o no.⁶

Su correlato, *mutatis mutandi*, lo encontramos en los arts. 23 y 24 de la Constitución de la Provincia del Chubut que consagra los derechos del trabajo y del trabajador.

A la norma indicada, es decir al art. 14 bis y sin agotar la enumeración, han de adicionarse las prescripciones del art. 75 inc. 23 que amplía, de algún modo, las mandas de aquella norma, incluyendo disposiciones referidas a la igualdad positiva y a la seguridad social.

Así refiere, a la igualdad de oportunidades y de trato y en pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Federal en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Léase que el Estado Argentino, en concordancia con obligaciones que ya asumiera en tratados internacionales, como el denominado Pacto de San José de Costa Rica, se obliga a proteger la vida del niño desde la concepción, dispositivo que en el orden provincial se ve complementado con el inciso 1 del art. 18 que además ha de vincularse con el art. 2 y el 4 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 Op. Cit. pg. 17.

5 Juan Bautista Alberdi, Sistema económico y rentístico, Ed. Ciudad Argentina, Bs.As.

1998.

6 Gelli, María Angélica, Constitución de la

Nación Argentina. Comentada y concordada, La Ley 2da. edición, páginas 116 y sgtes.

De otro lado, no menos relevantes son las precisiones del inciso 19 del mismo art. 75 en lo atinente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, a lo que suma las cuestiones vinculadas a la educación consagrando la responsabilidad indelegable del Estado en las áreas sustantivas que describe, señalando así las normas sustantivas expresas a las que han de sumárseles las implícitas del mismo texto constitucional y como se dijo, las que surgen de los Tratados Internacionales sin que agotemos la reseña de los Derechos Sociales.

Enseña P.J. Frías, que el Estado Social de Derecho es la conjunción del estado de derecho con el constitucionalismo social, de la libertad con la igualdad, de la propiedad privada con su función social, de la libre iniciativa con la solidaridad, del sistema representativo con la participación popular.⁷

El maestro y asesor honorario de la reforma constitucional de 1994, para Chubut, Germán BIDART CAMPOS señalaba que al constitucionalismo clásico de los tradicionales derechos civiles se adicionaban los que se dieran en denominar como derechos sociales y económicos, agregaríamos junto a los culturales y otras descripciones que en rigor, rotan en torno a lo mismo, pero allí una adecuada aproximación a la noción nuclear de la cuestión que nos ocupa, que de otro lado también ha de decirse adquiere fisonomía multiforme a medida que en la misma materia se van contorneando o generando nuevos derechos.

Sostengo además, que a los derechos sociales en adecuada simetría han de asignársele las pertinentes y razonables obligaciones del mismo tenor a cargo no sólo del Estado sino también de los particulares, cuestión no siempre delineada pero que está llamada necesariamente a ser no sólo tenida en cuenta sino a ser consistente con los reclamos.⁸

IV) EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y ALGUNA JURISPRUDENCIA RELEVANTE SOBRE EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1.- Los derechos fundamentales son

elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1) (S. N° 251 81, de 14-7).

2.- La configuración del Estado como social de Derecho no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que determina la dicotomía Derecho Público-Privado (S. nO- 18/84, de 7-2).

3.- El principio de legitimidad democrática que enuncia el art. I, apartado 2º. de la Constitución es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (S. nO 6/81, de 16-3)

4.- El Tribunal Constitucional ha sostenido que el tratamiento diverso de o venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. I), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (SS n 34/81, de 10-1; N 3/83, de 25-1 y N 128/87, de 16/7).

5.- El art. 1.1. de la Constitución legaliza un bloque de moralidad, al que sitúa en la cima del ordenamiento jurídico, pretendiendo que las situaciones inspiradas en la justicia material y la ausencia de discriminación primen sobre las adoptadas en nombre de otros valores que le son inferiores (S Sala 4, de 9-5-85).⁹

V) EVOLUCION. BREVE RESEÑA

1.- El constitucionalismo clásico, de fines del siglo XVIII, en adelante, tuvo por finalidad limitar, la defensa de los derechos y libertades del hombre frente al Estado, procurando limitar su poder, generando derechos que se entendieron frente o contra el Estado, derechos públicos subjetivos que el Estado debía respetar y resguardar.

El constitucionalismo social, que adquiere impulso a partir de la primera posguerra, complementa al constituciona-

lismo clásico incorporando los derechos sociales y económicos, transformando así la democracia liberal en democracia social, con dos pautas centrales, la libertad y la igualdad, y en tal proceso de transformación advienen tres generaciones de derechos: los derechos civiles y políticos, de primera generación, propios del constitucionalismo clásico, los derechos sociales, económicos y culturales, de segunda generación, del constitucionalismo social, y los recientes de tercera generación que incluyen el derecho a un medio ambiente sano, a la cultura, etc.

El Estado Social y Democrático de Derecho traduce una fórmula constitucional de origen contemporáneo, posterior a la segunda guerra mundial, que se inserta originalmente en las constituciones de algunos Lander de Alemania Occidental como el de Hamburgo 3.1, Bremen 65, Baviera 3.1, etc., incorporándose a la Ley Fundamental de Bonn en sus arts. 20.1 y 28.

El primero define a la República Federal de Alemania como un Estado "Federal, Democrático y Social", y el segundo referido a la relación constitucional con los estados miembros establece que el orden constitucional de los Lander deberá responder a los principios del Estado de Derecho "Republicano, Democrático y Social".

Esta fórmula que ha sido seguida por pocas constituciones en Europa, a pesar de su trascendencia y reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, es incorporada por el constituyente español y se transforma así en fuente directa de nuestra propia información constitucional y recoge en tal concepto, un proceso que cristaliza luego de una larga evolución del Estado de Derecho.

Evolución que se inicia en busca de la limitación de los Poderes del Estado mediante la utilización de principios jurídicos racionales, buscando se circunscriba a determinadas y conocidas normas jurídicas, procurando que toda intervención en la libertad o la propiedad de los ciudadanos reconozca su origen en una ley generada con la participación de la sociedad, y conforme determinadas pautas que le den carácter de tal. Este proceso evolutivo seguiría en el ámbito del control, de limitación del poder del Estado, extendiendo el control a la acción de la Administración Pública en la lucha

⁷ Pedro J. Frías, Las nuevas Constituciones provinciales, , Pag. 5 y sgtes.

⁸ Bidart Campos, Germán, Tratado elemental de Derecho Constitucional, Tomo

1, Pag. 319 y sgtes.

⁹ Citas que extraigo de la obra Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales

(Doctrina Jurisprudencial), de Francisco Rubio Llorente, Editorial Ariel, Barcelona, página 1 y ssgtes.-

contra lo que García de Enterría describió como "las inmunidades del poder" extendiendo así el Estado de Derecho en dirección a la relación entre los ciudadanos y tal administración, y Otto Mayer como el "Estado de Derecho Administrativo bien ordenado".

Su nota característica, en consecuencia, sería la extensión del control judicial a la actividad administrativa del Estado cuestión que generara importante debate en la segunda mitad del siglo XIX y concluyera con una jurisdicción especializada -contencioso administrativa-, para reducir la actividad arbitraria, injusta o de cualquier modo abusiva del poder.

La tercera, y a su vez última fase evolutiva, correspondería al constitucionalismo democrático posterior a la primera guerra mundial, en la cual el tema central del Estado de Derecho sería la legitimación democrática del poder del Estado, manteniéndose y profundizándose los elementos que ya dotaban al Estado de Derecho, así Estado de Derecho y Estado Democrático se convierten en conceptos similares.

El Estado Social de Derecho contiene la transformación del Estado de Derecho garantista del individuo, de los primeros estadios, en un Estado Social que debe enderezar su actividad a todos los sectores de la sociedad marcando así los rasgos distintivos de tal conformación en este siglo.

La naturaleza de la fórmula y la necesidad de su inserción o no en los textos constitucionales, cuestión estrecha y estrictamente vinculada, ha generado diversas interpretaciones especialmente a partir del hecho de que diversos estados europeos democráticos, del siglo actual, son estados sociales sin que haya mediado una manda constitucional, y sin que puedan distinguirse por su actividad institucional de quienes la poseen.

La doctrina mayoritaria, casi unánime, afirma el carácter jurídico constitucional de la fórmula precisando no sólo su calidad de manda sino, además, la imposibilidad de disponer de la misma para alterar de manera significativa, no excepcional, el principio de constitución económica de la sociedad (K. Stern.); a esta interpretación adheriría el constituyente español de 1978.

La relación entre la constitución económica y la producción de sociabilidad se expresa en la fórmula Estado Social,

como mandato concreto fundamentalmente dirigido al legislador quien deberá dotarla de un contenido que no debe ser inferior a un *minimum*, donde el Estado es garante del mantenimiento de la misma en cierto y razonable nivel, compatible con sus posibilidades reales ajustadas además, a la evolución de los tiempos.

La Constitución de la Provincia del Chubut, en su art. 80, establece como obligación del Estado, la remoción de los obstáculos de orden económico y social, en las circunstancias que indica; el 20, primer párrafo, primera oración, que refiere a la función social de la propiedad y su sumisión a las obligaciones establecidas por la ley y con fines de bien común.

El art. 21, por lo tanto estatuye en el segundo párrafo, primera oración, que *los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva la practica judicial y la actuación de los poderes públicos*, sin que esto obste, como lo tenemos dicho, el análisis de la cuestión sino que lo dejamos indicado sólo a título referencial.

VI) A MODO DE SÍNTESIS

Como se ha anticipado y a modo de síntesis, los derechos sociales que surgen en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, lo que según Herman Héller, supuso, la extensión del Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes, de un lado en su acepción amplia refieren a los derechos económicos sociales y culturales y en la estricta a aquellos derechos fundamentales dirigidos a tutelar la actividad práctica del ser humano en su condición de trabajador.

Ese tránsito ha implicado que los poderes públicos asuman la responsabilidad de proporcionar prestaciones y servicios públicos para satisfacer necesidades vitales de los ciudadanos, en el marco de razonabilidad que debe vincular la acción positiva del Estado con la disponibilidad de sus medios, que también habrá de procurar en las medidas de sus posibilidades, más sin alterar los contenidos esenciales de los derechos.

De allí, que además, y primordialmente genere una impronta obligatoria para el Estado que ha de ser observada por los tres poderes que la componen, desarrollando acciones, ejecutándolas y

juzgando.

Tal impronta produce derechos de prestación que se traducen en el requerimiento de un dar o un hacer estatal.¹⁰

Por último, y como el Derecho no ha de reducirse solo a meras declamaciones que no pocas veces generan expectativas de imposible o dudoso cumplimiento, por falta de hacer, por falta de medios, o por exceso de promesas insustentadas, recuerdo textualmente la siguiente reflexión: "El Derecho es una idea práctica, es decir, indicar un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en si una antítesis, al fin y al medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones a las que el Derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto que, puede decirse, que el Derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes, más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un sólo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Más el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia."¹¹

VII) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Temas claves de la Constitución Española. Antonio Perez Luño. Páginas: 192 a 197

Derechos sociales: La Constitución social. Los derechos sociales en su aceptación estricta -amplia esta denominación y se utiliza como sinónimo de los derechos económicos, sociales y culturales- se refieren a aquellos derechos fundamentales dirigidos a tutelar la actividad práctica del *homo faber*; o sea, al ser humano en su condición de trabajador.

Los derechos sociales surgieron en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, que, en palabras de Hermann Heller, supuso «la extensión del Estado de Derecho a la esfera del trabajo y de los bienes».

En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad

10 Cfr. *Derecho Constitucional. Volumen 1. 5 Edición, Tirant lo blanch, Página 438 y*

sstges, Madrid, España

11 Cit. Rudolf Von Ihering, *La lucha por el*

derecho, Editorial Eliasta SRL, Página 1 y sstges.

de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de «procura existencial» (*Daseinvorsorge*). El Estado Social de Derecho considera como tareas propias ayudar a sus ciudadanos asegurándoles su asistencia frente al paro, la enfermedad, falta de vivienda, o la degradación del medio ambiente. De ahí que se le haya denominado, en ocasiones, Estado asistencias o Estado de Bienestar (*Welfare State*). Estas actividades -que ya no se conciben como meras exigencias morales, sino como auténticos deberes jurídicos para los poderes públicos- han sido el fruto histórico de un largo y trabajoso proceso reivindicativo de las clases trabajadoras, cuya lucha adquiere especial intensidad y relieve desde el pasado siglo. La historia del siglo XIX es, en gran medida, la historia de la conquista del protagonismo político por las clases trabajadoras, que obtuvieron uno de sus mayores intereses (art. 28.2), lo que contrasta con la situación imperante en la etapa política anterior, en que este derecho, lejos de ser reconocido, fue considerado como una actividad delictiva. Se reconoce también la posibilidad de los trabajadores de adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 2).

Se garantiza constitucionalmente el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios (art. 37. 1), lo que equivale a admitir las competencias autonormativas de los sindicatos.

Se consagra el derecho y deber al trabajo, a libre elección de profesión u oficio, a la proporción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades personales y familiares del trabajador (art. 35.1). En consonancia con tal reconocimiento, los poderes públicos se comprometen a fomentar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1). Se garantiza el mantenimiento de un régimen en público de seguridad social (art. 41); la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de jornada laboral y las vacaciones retribuidas (art. 40.2), así como los derechos sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42), las condiciones laborales de los reclusos, aboliéndose cualquier tipo de trabajos forzados (art. 5.2).

Por último nuestra Constitución, como ya se ha expuesto, compromete a los poderes públicos a promover la participación de los trabajadores en las

empresas, a fomentar las sociedades cooperativas, así como facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Junto a estos derechos sociales, que definen las líneas básicas del *status* laboral, nuestra Ley reconoce otros de diversa significación; entre ellos el derecho a la protección de la salud (art. 143), que tiene su lógico correlato en el diseño de una adecuada política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49) así como en la atención, a través de los pertinentes servicios asistenciales, a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50), y en la defensa de la salud de los consumidores (art. 51).

Estrechamente vinculado con el derecho a la salud, aunque guarde también íntima relación con los derechos de carácter económico y cultural, se halla el propósito constitucional de asegurar a todos una «digna calidad de vida» (Preámbulo), a través de la defensa de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45. 1). De este modo, nuestro texto normativo básico muestra su sensibilidad ante una de las inquietudes más acuciantes y reivindicadas por los sectores sociales más responsables de nuestra época, referida a las relaciones del hombre con el medio ambiente en el que se halla inmerso, que condiciona su existencia y por el que, incluso, puede, llegar a ser destruido en el supuesto de una catástrofe ecológica. La consagración constitucional del valor de la calidad de vida supone, al propio tiempo, una definida opción a favor de un modelo cualitativo de progreso integral de la sociedad, y el expreso rechazo de un mero desarrollismo cuantitativo, a tenor de la lógica del «Leviatán económico»; esto es, de la denominación ciega del mundo natural y humano por el imperio de leyes económicas que producen la alineación de las personas y conducen a un desastre planetario sin precedentes.

DERECHO CONSTITUCIONAL

Volumen I

El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos.

5 Edición. Tirant lo blanch. Páginas: 438 a 442.

Los principios rectores de la política económica y social.

Además de los derechos individuales del contenido económico (propiedad,

fundación, libre empresa), y siguiendo una orientación característica del constitucionalismo del siglo XX, se recogen en nuestra Constitución un conjunto de derechos sociales, que están directamente vinculados con la definición de la forma del Estado, como Estado Social (art. 1.1. CE). Se trata de derechos que no consisten en la exigencia de un abstencionismo estatal, o en la garantía de un ámbito de autonomía o de dominio individuales, sino que generalmente pueden interpretarse como derechos de prestación, que se traducen en el requerimiento de un dar o un hacer estatal.

Es cierto que esa característica no es exclusiva de los derechos sociales y que también es propia de otros, como el derecho a jurisdicción, integrante del núcleo paradigmático de los derechos fundamentales. Pero la función de aquéllos es muy diferente, porque persiguen la satisfacción de determinadas necesidades básicas para todos, lo que exige prioritariamente, no tanto la actividad del Estado- juez, sino, sobre todo, del Estado prestador de servicios.

Por eso, no deja de ser llamativo que la Constitución haya realizado una enumeración de derechos sociales, especialmente extensa y pormenorizada, cuando la crisis económica de la década de los setenta parecía haber trastocado, en todas partes, los fundamentos financieros del Estado social o de bienestar. Pero hay que tener en cuenta que, al proclamar los derechos sociales, la Constitución no sólo comprometió al Estado al cumplimiento de aspiraciones sociales muy arraigadas, sino que también «racionalizó» ese compromiso, mediante un esquema normativo que expresaba la conciencia implícita de su difícil realización.

De ahí que la «racionalización» de los derechos sociales en nuestra Constitución, pueda compararse con la «racionalización» del parlamentarismo, que llevaron a cabo las Constituciones de entre guerras; puesto que en ambos casos se trataba de consagrar un modelo constitucional participativo, pero también de acotarlo, para impedir su desbordamiento por tensiones políticas inconciliables o por demandas excesivas para las capacidades del sistema.

La Constitución incluye su prolija enumeración de derechos sociales (con la excepción del derecho al trabajo, que no es un derecho social típico, porque carece de significado prestacional) en el capítulo III del título, dotándoles de una fuerza normativa y de un sistema de garantías atenuados, en comparación con los de los

restantes derechos constitucionales. En eso consiste el planteamiento «racionalizador», antes aludido. Los preceptos que integran ese Capítulo, bajo la denominación de “Principios rectores de la política social y económicas”, distan, sin embargo, de ser homogéneos, tanto desde el punto de vista de su contenido, como atendiendo a su estructura jurídica. Realmente, su unidad se basa tan sólo en los rasgos formales de su régimen jurídico.

Por lo que respecta a su *contenido*, los preceptos del Capítulo III pueden agruparse, a efectos expositivos, en las siguientes categorías (que no integran una clasificación exhaustiva porque hay artículos, como el 52, que difícilmente encaja en alguna de ellas):

a) Normas relativas a la *protección de la familia*. Se trata, principalmente, del art. 39 CE, que exige de los poderes públicos una protección «social, económica y jurídica de la familia».

Una de las características más relevantes de este precepto es que no lleva a cabo una vinculación necesaria entre la familia y el matrimonio. De tal suerte que puede amparar, tanto las unidades familiares basadas en el matrimonio (derecho fundamental reconocido en el art. 32 de la CE), como las unidades estables de convivencia que no se fundan en ese vínculo. Unas y otras no deben recibir necesariamente el mismo tratamiento legal, pero no son compatibles con el art. 39 de la CE las normas que privan injustificadamente de protección a las segundas (STC 2221 92, caso *Art. 58 de la LA U*).

La protección constitucional se concreta, en relación con los hijos, a quienes se declara «iguales ante la ley, con independencia de su filiación»; y la aplicabilidad de esta regla viene facilitada por la previsión de que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Objeto de protección han de ser igualmente las madres, «cualquiera que sea su estado civil» y también las personas de «tercera edad», respecto de las cuales el art. 50 CE reconoce la existencia de “obligaciones familiares”.

El Tribunal Constitucional ha invocado el art. 39 de la CE en distintas Sentencias, la más importante de las cuales es, sin duda, la STC 45189, caso *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. En ella se declara que la familia sólo puede ser tomada en cuenta por la legislación fiscal para dispensar a los integrantes de la misma un trato más favorable, y que, por consiguiente, es inconstitucional la consideración de la

familia como unidad contribuyente (en vez de serlo sus respectivos miembros), por cuanto implica una diferencia de trato con consecuencias perjudiciales.

b) Normas relativas a la *protección de los trabajadores*, como son las contenidas en los arts. 40, 41, y 42 de la CE. Entre ellas destacan la exigencia de que los poderes públicos garanticen: la formación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40. l), y el seguro de desempleo (art. 41).

Asimismo, es muy relevante la consagración, en el art. 41, de un régimen público de la Seguridad Social (sin perjuicio de que la asistencia y prestaciones complementarias sean libres). Supone reconocer que la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad es una función del Estado, y aunque los derechos de los ciudadanos en esta materia sean de estricta configuración legal, este precepto -conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional- prefigura un sistema de prestaciones que no puede estar únicamente basado en el equilibrio cuota prestación, y en el que las cuotas de los afiliados, así como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, no pueden de venir determinadas por un régimen contractual, de acuerdo de voluntades, sino por reglas legales que se integran en el ordenamiento jurídico (STC 65187, caso *Presupuestos 1984* y STC 37194, caso *reforma Ley General de la Seguridad Social*).

Hay que tener en cuenta, además, que

la Seguridad Social no aparece considerada en la Constitución como un derecho exclusivo de los trabajadores, sino de «todos los ciudadanos» (razón por la cual, bien pudiera incluirse en el epígrafe siguiente de esta clasificación). Por consiguiente, el art. 41 de la CE ofrece cobertura para un sistema de protección social pública complejo, que además de las prestaciones provisionales o contributivas, ofrezca otras de tipo no contributivo, ya sean sanitarias o asistenciales (estas últimas pueden relacionarse también con los arts. 43, 49 y 50 de la CE).

Finalmente, cabe también en este apartado la obligación estatal de velar por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (art. 42).

c) Normas relativas a la *protección de sectores sociales específicos*, como son: los niños, respecto de los cuales, el art. 39.4 dispone que gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos; los jóvenes, cuya participación en el desarrollo político, social, económico y cultural, debe ser promovida por los poderes públicos (art. 48); los ancianos, cuya suficiencia económica debe ser garantizada por los poderes públicos “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas” (aunque el legislador puede negar la actualización de las pensiones que superen un cierto tope), y para quienes el art. 50 de la CE también exige un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio; los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, respecto de los cuales el art. 49 de la CE ordena que se realice una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración.



LA REFORMA POSIBLE ¿GOBERNABILIDAD O REPRESENTATIVIDAD? (Una discusión que lleva dos Constituciones)

por Carlos Alberto Torrejón

Abogado (UBA, 1976). Convencional Constituyente Provincial (Chubut, 1994). Diputado Provincial (1991/1995). Mediador (Ministerio de Justicia de Nación, 1999). Convencional Constituyente Municipal (Trelew, 1989). Convencional Constituyente Municipal para la Reforma de la Carta Orgánica (Trelew, 2001)

Toda visión o consideración sobre la constitución tiene, a no dudarlo, una carga de subjetividad relacionada íntimamente con las expectativas que albergó cada uno de los constituyentes en oportunidad de su redacción.

En el sentido expuesto muchos llegamos a la Convención movidos por el convencimiento del que el tiempo era propicio para intentar una profunda reforma política, por lo que más allá de la inclusión de los nuevos derechos, se procuró (mediante la inserción de distintas cláusulas) restablecer el equilibrio perdido entre los Poderes del Estado.

El escenario nos mostraba tanto a nivel nacional como provincial un control político desdibujado, con un Ejecutivo acrecentado en cuanto a su cuota de poder lo que sumado

al descreimiento generalizado sobre el Poder Legislativo, hizo que prevaleciera el primero no sólo sobre éste, sino también sobre el Judicial, conspirando tal situación, a no dudar, contra la consolidación del sistema que elegimos como forma de vida y transformando al Legislativo en un órgano que apurado por urgencias coyunturales, perdió iniciativa y capacidad de respuesta.

En el ánimo de modificar la situación apuntada, se incorporó la visión de la gente en cuanto se refiere a la elección de los Magistrados, mediante la creación del Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular, habilitándose al mismo tiempo y para descongestionar el Poder, los llamados jueces de refuerzo, que alivianen la labor sin que ello signifique un incremento sustantivo en el presupuestario.

En el ámbito Legislativo, se colocó al poder en tiempo real, dándole agilidad con los procedimientos de urgencia y de comisión, además de incorporar (para mejorar el control) mecanismos específicos al texto constitucional, como lo son la comisión investigadora, o la nueva integración del Tribunal de Cuentas de la Provincia, donde se previó que dos de los cinco vocales resulten elegidos por la legislatura a propuesta, uno de la mayoría y el otro por la primera minoría, durando en sus funciones idéntico periodo al de los diputados que lo eligieron. Al mismo tiempo para cuestiones de trascendencia institucional donde se debe estar más allá de una posición partidista, se establecieron mayorías agravadas (y en algunos casos la consulta posterior al pueblo), como condición de vigencia de determinadas leyes.

Como se ve, los esfuerzos fueron muchos, pero no alcanzaron para cambiar un sistema electoral donde el ciudadano sigue estando obligado a optar (y aunque la opción no tenga nada que ver con sus preferencias) ante listas partidarias que sólo traducen la despersonalización que significa compartir una lista sábana, manteniéndose de esta manera la redacción pensada por los constituyentes del 57, sentada en el principio de gobernabilidad, que prioriza el hecho de que el Ejecutivo Provincial mantenga supremacía en la Cámara de Diputados.

Sigo pensando que la fórmula original debió ser cambiada, ya que su falta de cambio desmerece todo intento de reinstalar el poder que se pudiera haber llevado adelante, pero dicho cambio, que obviamente presupone un cambio de filosofía (que fuera alentada por las distintas fuerzas políticas con

representación en la convención tal como surge de los discursos de cierre de los convencionales EZPELETA, TRISTAN GARCIA y SALA, calificando este último como de asignatura pendiente la falta de modificación del sistema de elección de candidatos), no fue acompañado lamentablemente por UCR con su voto.

Hoy, los nuevos vientos reiteran el reclamo de cambio, como única alternativa que devuelva a cada órgano su verdadera capacidad, logrando con ello una mayor eficacia del mandato representativo popular a través de una representación mas justa de las fuerzas sociales

No hago por la presente mas que reinstalar una discusión que lleva ya dos Constituciones, para ello basta con recordar que en la Convención Constituyente de 1957 se instaló la polémica hoy reeditada, y pese a los cambios producidos, a la diferente instancia histórica-institucional, nos volvemos a encontrar por un lado con las mismas preguntas, y por otro lamentablemente a muchos, con las mismas viejas respuestas.

Se sostuvo en la Convención Constituyente de 1957 (ZAMIT) la necesidad de la representación proporcional como forma de integrar la legislatura, desechando la posición que

se sustentaba en la necesidad de contar con una mayoría del mismo partido del Poder Ejecutivo para que hubiese gobernabilidad.

Todavía hoy se discute en torno a la pregunta que se hicieran los convencionales de 1957, esta es cuál debe ser el argumento de mayor peso: la gobernabilidad o la representatividad? A lo que deberíamos contestar con otra pregunta, Gobernabilidad o Independencia de los Poderes?, aclarando que la premisa en el sentido de que no exista a priori una forma de representatividad perfecta, no puede ser utilizada en forma arbitraria para impedir todo cambio.

Creo que llegan los tiempos de ir olvidando el viejo esquema de oposición, basado en la muchas veces irresponsable y solitaria minoría parlamentaria, por que los nuevos tiempos nos reclaman un necesario consenso en el proceso de formación de las leyes y una participación necesaria en el diseño de las políticas del Estado.

Pero no todo está perdido; sabiamente el artículo 117 inc. 13 establece con carácter obligatorio en el sistema educativo el estudio de la constitución y la práctica de sus normas, lugar desde donde seguramente los espíritus estén mejor preparados para abordar nuestras asignaturas pendientes.



COMPARACIÓN ENTRE LAS ATRIBUCIONES DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL Y EL PROVINCIAL A 10 AÑOS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

por Gustavo Menna

Abogado (UBA, 1990). Convencional Constituyente Provincial (1994). Diputado provincial. Profesor universitario (Derecho Constitucional, Esc. Sup. de Derecho de la UNPSJB, Comodoro Rivadavia) y Legislación ambiental en la Facultad de Humanidades y Cs. Sociales de la UNPSJB. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

1º) Introducción:

Han transcurrido diez años desde la reforma integral de la Constitución de la Provincia del Chubut.

La conmemoración de un evento de semejante trascendencia institucional, histórica y política permite múltiples abordajes.

Dada la contemporaneidad entre el proceso de reforma de la Constitución Nacional y el de la Provincia del Chubut, me parece válido efectuar la comparación entre algunos de los institutos que ambas introdujeron -o potenciaron-, con la consigna de morigerar el "cesarismo" del Poder Ejecutivo, mejorar el proceso de selección y designación de magistrados, fortalecer la independencia de los poderes y propiciar la participación popular.

A tal fin, el presente trabajo se propone considerar el caso de los decretos de necesidad y urgencia; la legislación delegada; el veto parcial y el Consejo de la Magistratura, de modo de apreciar las marcadas diferencias entre uno y otro régimen constitucional, que arrojan un saldo, a mi juicio, notoriamente favorable para las instituciones del Chubut, en

la consecución de los fines invocados a la hora de encarar sendos procesos de reforma.

2º) Decretos de necesidad y urgencia (DNU):

Si bien es cierto que la incursión del Poder Ejecutivo Nacional en competencias propias del Congreso de la Nación constituía una práctica que registraba antecedentes desde la organización misma de nuestro Estado Federal, lo cierto es que la tendencia fue *in crescendo* hasta tornarse en práctica corriente en la última década del siglo pasado.

La Corte Suprema había reconocido la atribución del Presidente de la Nación para atender situaciones de emergencia dictando medidas legislativas en el caso "*Crisólogo Andrade*" (Fallos 11:405). A partir de allí esa fue la posición del más Alto Tribunal (Fallos 23:257), convalidando de este modo una práctica institucional de características *paraconstitucionales*.

El proceso desembocó en un verdadero abuso, sobre todo desde el inicio de la década pasada, fenómeno que aún persiste.

En ambas convenciones constituyentes se sostuvo la conveniencia de incorporar el instituto al texto constitucional, como una forma de limitar y regular una atribución ejercida de hecho por el Poder Ejecutivo y tolerada por la jurisprudencia y la doctrina.

Es así que la Constitución Nacional estructura en los párrafos segundo, tercero y cuarto del inc. 3 del art. 99, un mecanismo que contiene pocas precisiones y, en cambio, muchos aspectos delegados a una ley a dictar por el Congreso de la Nación.

La norma mencionada define a) la prohibición para el Poder Ejecutivo de emitir disposiciones de carácter legislativo, como regla; b) la habilitación para hacerlo en "*circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios*" previstos para la sanción de las leyes; c) la imposibilidad de dictar los decretos en cuestión en temas de naturaleza penal, tributaria, electoral y régimen de los partidos políticos, aún cuando se configurasen tales circunstancias extraordinarias; d) el dictado en acuerdo general de ministros, con la firma del jefe de gabinete; e) la remisión del decreto a la Comisión Bicameral Permanente dentro de los diez días, tarea encomendada en forma personal al jefe de gabinete; f) el despacho favorable o adverso al decreto por parte

de la Comisión en el término de los diez días subsiguientes, para su consideración y tratamiento por el pleno de cada Cámara.

Como puede apreciarse, no se definen las consecuencias jurídicas del no tratamiento de los DNU e incluso de su no remisión a la Comisión Bicameral. Tampoco la composición de la Comisión.

Al remitir la regulación del instituto a una ley, a diez años de la reforma tenemos que la Comisión no se ha constituido y la ley reglamentaria nunca fue sancionada. Conclusión: los decretos de necesidad y urgencia siguen dictándose en el ámbito federal como práctica corriente y sin el control parlamentario que estructura la Constitución.

La Constitución del Chubut en cambio, ha regulado minuciosa y taxativamente el instituto en su art. 156, limitando la figura y otorgándole un carácter residual y de último recurso para afrontar situaciones excepcionales.

Al igual que la Constitución Federal, el art. 156 veda al Poder Ejecutivo, emitir disposiciones de carácter legislativo, como regla.

También autoriza tales atribuciones con carácter extraordinario y para casos "*de grave necesidad que tornen urgente, impostergable e imprescindible la adopción de medidas legislativas para asegurar los fines de esta Constitución*".

Dispone la norma constitucional que los DNU deben ser decididos en acuerdo general de ministros y que en ningún caso pueden versar sobre materia tributaria, penal, presupuestaria, electoral o régimen de los partidos políticos. El decreto así dictado, debe ser remitido a la consideración de la Legislatura dentro de los cinco días corridos de su dictado.

Hasta allí las semejanzas, ya que la Constitución del Chubut define: a) las consecuencias de la no remisión a la Legislatura en el plazo establecido; b) la situación de las relaciones jurídicas nacidas a su amparo hasta el momento de su tratamiento legislativo; c) las mayorías necesarias para su ratificación legislativa; d) el plazo con que cuenta la Legislatura para considerarlo; e) las consecuencias de la omisión de su tratamiento parlamentario; f) la actitud que puede asumir el Poder Ejecutivo ante el rechazo legislativo del decreto; g) las consecuencias que opera el decreto en el Poder Legislativo si este se encontrase en receso al tiempo de su dictado; h) la limitación que tiene la Legislatura respecto del trámite legislativo que puede imprimir

a la cuestión.

Es así que el art. 156 dispone la "*automática derogación*" del decreto de necesidad y urgencia de no ser remitido a la Legislatura dentro de los cinco días corridos desde su emisión.

Prescribe también que las relaciones jurídicas nacidas a su amparo tienen cobertura legal, permaneciendo vigentes, al menos, hasta su eventual rechazo legislativo.

El control legislativo no es en el modelo de la Constitución Provincial una mera formalidad, sino que los DNU deben ser expresamente aprobados por la Legislatura para continuar vigentes, debiendo reunirse el concurso de los dos tercios del total de los diputados para tal cometido.

El silencio de la Legislatura ante los DNU puestos a su consideración —o si se prefiere, su no tratamiento— en el término de treinta días contados desde la comunicación efectuada por el Poder Ejecutivo, provoca que el decreto en cuestión "*pierde efectos jurídicos*". En otras palabras, el DNU queda de este modo derogado.

Naturalmente, también pierde vigencia el decreto si la Legislatura lo rechaza expresamente dentro de los treinta días o si, aún expidiéndose favorablemente la mayoría de los legisladores, no se reuniesen los dos tercios de los votos favorables.

En el diseño de poder de la Constitución del Chubut, la balanza se inclina de este modo hacia el titular natural de la potestad legislativa: el Poder Legislativo.

En el mismo orden de ideas, el art. 156 no le reconoce al Gobernador la potestad de vetar el rechazo.

Tanto ha sido el recelo del constituyente del '94, que también se cuidó de disponer que si cuando le es comunicado un DNU el Parlamento, se encontrase en receso, la remisión del mismo hace las veces de convocatoria a extraordinarias.

De esto último puede extraerse como conclusión que aún cuando el DNU se dictara fuera del período de sesiones ordinarias establecido por el art. 131 de la Constitución, el Poder Ejecutivo está igualmente obligado a remitirlo a la Legislatura, y que tal notificación hace las veces de una convocatoria a sesión extraordinaria de pleno derecho. Esto también implica que durante el receso no

se suspende el curso de los treinta días, y que en caso de no reunirse la Legislatura, el decreto deberá entenderse rechazado al cabo del plazo constitucional.

Finalmente, el art. 156 veda el tratamiento de los DNU en las comisiones parlamentarias, atribución esta que la Constitución reconoce en su art. 138 a las mismas para el caso de los proyectos de ley calificados como "no generales".

Como corolario podemos afirmar que si se confrontan no sólo ambas Constituciones en su aspecto formal, sino también lo que ha sido la vivencia institucional cotidiana en uno y otro ámbito, tenemos que mientras en el ámbito federal los DNU terminó constitucionalizándose y cristalizándose un claro avance del Poder Ejecutivo en desmedro del Congreso; en el de la Provincia del Chubut, por virtud de su Constitución, estos fueron "reconocidos" y "tolerados" como un dato de la realidad preexistente, e incorporados en el texto constitucional para su limitación y regulación efectiva, propósito este que, a estar por lo actuado por los poderes constituidos hasta el presente, puede considerarse cumplido.

3º) Legislación delegada:

Sin dudas, uno de los procesos que desembocó en el deterioro institucional de nuestro país fue la constante delegación de atribuciones del Congreso en el Poder Ejecutivo. Parte de la doctrina constitucional justificó tal obrar en la teoría del poder residual del Poder Ejecutivo, en la doctrina de los poderes implícitos del Congreso, la de los poderes no prohibidos por la Constitución y la del estado de necesidad.

Resulta paradójico entonces que habiendo sido propósito de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 la limitación de las atribuciones del Poder Ejecutivo, se le haya acordado al Congreso de la Nación en el artículo 76, la potestad de delegar en aquel la posibilidad de incursionar en materia legislativa en cuestiones de administración y emergencia pública.

La Constitución del Chubut en cambio, ratifica en su artículo 12 la previsión ya contenida en el 40º de la Constitución del '57, respecto de la imposibilidad de que los poderes públicos deleguen las facultades que les confiere la Norma Fundamental.

La reforma de 1994 innova respecto del artículo 40º de la Constitución

originaria, en que el artículo 12 actual, expresamente prevé la nulidad de lo que eventualmente se obre como consecuencia de una delegación.

Cabe aclarar asimismo que si bien el texto parece formular una excepción al disponer que deja a salvo "los casos expresamente previstos en su texto", queda claro que se refiere, exclusivamente, a lo que surge de la propia Constitución, esto es, la limitada atribución con que cuenta el Poder Ejecutivo Provincial para dictar DNU.

De ningún modo podría una ley ampliar el número o especie de las excepciones.

4º) Veto parcial:

El régimen del veto parcial incorporado en el artículo 142 de la Constitución provincial restringe fuertemente las atribuciones colegislativas del Poder Ejecutivo, al establecer que un proyecto parcialmente vetado requiere algo más que autonomía normativa y no afectar la unidad del proyecto para promulgar la parte no vetada, siendo requisito también la intervención legislativa ulterior, aceptando con una mayoría calificada de dos tercios lo actuado por el Gobernador.

Como se ve, nuevamente se inclina en este aspecto la balanza a favor del Poder Legislativo, a diferencia de lo que acontece con el régimen federal, en donde asiduamente el Poder Ejecutivo "mutila" las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, "observando" artículos y hasta párrafos de ellos, y mandando publicar como ley vigente el resto de la norma.

5º) Designación de magistrados judiciales:

También en este caso la convención constituyente provincial diseñó un esquema superador del que rige en el orden federal.

En primer lugar porque los artículos 187 a 193 precisaron la integración y modo de elección de los integrantes del Consejo de la Magistratura, lo que, sumado a la pronta sanción de su ley orgánica por parte de la Legislatura del período 1991/1995, permitieron que este organismo comenzara a cumplir con su cometido constitucional a menos de un año de la entrada en vigencia de la nueva Constitución.

En segundo lugar porque incluyó entre sus integrantes, a representantes populares directamente elegidos por la

ciudadanía en elecciones generales. De este modo se introdujo una cuña en los tradicionales esquemas de representación corporativa de estos organismos, propiciando la participación popular en lo relativo a designación de magistrados.

En tercer lugar, porque excluyó al Poder Ejecutivo o representantes de éste, y al Poder Legislativo o representantes de éste, en la integración del Consejo, reforzando de esta manera la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Y en cuarto lugar, porque a diferencia del orden federal, los miembros del Ministerio Público son seleccionados y designados con intervención del Consejo de la Magistratura, del mismo modo que los jueces.

Además de lo apuntado -continuando en este aspecto una pauta de la Constitución del '57-, excluye también al Poder Ejecutivo de intervenir en el *iter* que lleva a la designación de un juez, fiscal o defensor oficial: el pliego de quien resulta primero en el orden de mérito de un concurso para llenar una vacante, es remitido directamente a la Legislatura para el acuerdo que prevé el art. 166. No hay "escalas" en el Poder Ejecutivo.

De modo que el mecanismo de designación de nuestra Constitución asigna roles sumamente acotados a los dos poderes políticos del Estado: el Poder Ejecutivo queda directamente excluido, tanto por no integrar el Consejo de la Magistratura como por no tomar parte en el proceso de selección. El Poder Legislativo no integra el Consejo, y si bien debe prestar el acuerdo al candidato propuesto, el artículo 166 condiciona tal atribución al exigir una mayoría agravada de dos tercios para desechar la propuesta del Consejo de la Magistratura, como así también al disponer que la falta de tratamiento del pliego respectivo en el término de treinta días corridos provoca la aprobación tácita del mismo.

6º) Conclusión:

Podemos concluir entonces que la reforma de la Constitución provincial de 1994 satisfizo los objetivos declamados de producir una mejora en las instituciones, transparentar la cosa pública y afianzar el principio republicano de división de poderes.

Pero esta conclusión no sólo se deriva de la letra de la Constitución sino que, al menos en los puntos abordados en este trabajo, la normatividad ha venido a

coincidir con la normalidad, esto es, con lo que en definitiva ha sido la práctica cotidiana de los poderes constituidos, por cuanto los decretos de necesidad y urgencia han sido escasos y dictados con apego a las prescripciones constitucionales; el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo por delegación de la Legislatura prácticamente no ha tenido lugar; no se

han publicado en el Boletín Oficial ni se ha pretendido la vigencia de las partes no vetadas de un proyecto de ley sin la aprobación del veto parcial por parte de la Legislatura y, finalmente, la designación de magistrados e integrantes del Ministerio Público ha sido en todos los casos con ajuste a lo constitucionalmente dispuesto.

posición como Estado Provincial, sentamos precedentes sumamente importantes y, lo que es tan importante como esto, creamos conciencia de la importancia que para los habitantes del Chubut tienen el mar y sus recursos.

El desarrollo de la economía, el aprovechamiento de los recursos naturales, el cuidado del medio ambiente, la creación de la figura del amparo ambiental como forma de asegurar nuestra calidad de vida y recursos, son todos reconocimientos constitucionales de mayor importancia.

Para el mejor funcionamiento del Estado se buscó afianzar y actualizar los Poderes del mismo.

También se trató de consolidar los órganos de contralor de las actividades de los diferentes gobiernos a los que corresponda administrar los bienes del Estado.

Ello como una gran concepción, tomando en cuenta la temporaneidad de los gobiernos o administraciones y la permanencia de la Provincia y el Estado como tal, con las variaciones de las que pudieran ser objeto.

Ciertamente es el presente una síntesis incompleta y poco específica de esa obra que es la Constitución Provincial, pero resulta imposible realizar un estudio pormenorizado de la misma en tan poco tiempo y sería necesario escribir más de un libro para tratar de abarcar todo lo que la Constitución comprende.

Chubut como Provincia tiene una antigüedad menor que las demás Provincias que existían al momento del Dictado de la Constitución Nacional.

De todas maneras, ya sea por nuestra particular historia, por la realidad de nuestra geografía, y en especial por el espíritu cívico de nuestros ciudadanos, nos hemos convertido en una Provincia modelo para el país.

Modificamos una Constitución ya considerada entre las más progresistas de la República, pero la convertimos ahora en una herramienta más actualizada para la consecución de sus fines, que se pueden sintetizar en una frase pequeña pero con una enorme trascendencia e importancia: el bienestar de los habitantes de la Provincia del Chubut.

Fue el anhelo, creo yo, de quienes integramos el cuerpo de la Convención Constituyente, que la Constitución fuera la guía permanente e indefectible de los

DIEZ AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

por Marcelo Luis Lizurume

Escribano. Abogado. Ex Convencional Constituyente Provincial (1994). Ex Asesor en la Cámara de Diputados de la Nación. Ex Director Jurídico Contable de la Fiscalía de Estado de la Provincia del Chubut. Profesor universitario (Derecho Internacional Público, Escuela Superior de Derecho de la Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco). Delegado de la Universidad Notarial Argentina en el Chubut.

Asistimos a un hito en la historia de la Provincia del Chubut.

Hace diez años se produjo la reforma de la Constitución Provincial y, desde entonces, hemos recorrido un camino de aprendizaje, rico en experiencias pero aún inconcluso, sobre la interpretación y aplicación de la misma.

Registramos en el dictado de nuestra Carta Magna, la inserción de una serie de instituciones jurídicas que fueron dándose con el correr del tiempo y que, hasta ese momento, no tenían rango constitucional.

Así, tal el ejemplo del juramento de los funcionarios públicos, la indelegabilidad de facultades, la publicidad de los actos, las competencias del Gobierno Provincial, Derechos Sociales, Habeas Data, Derechos Difusos, telecomunicaciones y radiodifusión, el Consejo de la Magistratura, etcétera.

Un grupo de mujeres y hombres de distintos orígenes políticos, realizamos el mayor esfuerzo para consensuar el texto de la actual Constitución Provincial.

No era tarea fácil, y más difícil aún era realizar el ciclópeo esfuerzo de no cometer errores, y para quien como yo, fui el Convencional Constituyente más joven, fue un verdadero desafío que me enorgullezco de haber enfrentado en virtud de la confianza depositada por nuestros conciudadanos. Creo, en gran medida, que se logró el objetivo, tomando en consideración que se trata de una obra humana, y como tal, perfectible.

La Constitución Provincial como tal, es la guía que habrá de regirnos y tal guía

debía ser, en la medida de lo posible, exacta, previsible, precursora, abarcativa y contemplativa.

En gran medida se logró aunque, como ya mencionara, es perfectible aún, como toda obra humana.

Dentro de los muchos temas tratados, todos del mismo nivel de importancia, cabe destacar algunos que revelarán lo acertado de nuestra intención como chubutenses.

Dejaremos para las generaciones futuras el anhelo de quienes adoptaron esta tierra como propia, y el de quienes, como yo, nacimos, nos criamos, vivimos en la Provincia del Chubut, y esperamos poder ver hacer lo mismo a nuestros descendientes y coterráneos.

Marcando la importancia fundamental que para nuestra Provincia significa el Océano Atlántico y los recursos que en él se encuentran, se agregó un Departamento a los que ya tenían vigencia en la constitución anterior, como división política de la Provincia, incorporándose el Departamento Atlántico.

Gran avance que permitirá a las generaciones futuras asegurar y contener el recuso.

Grandes tribulaciones ha merecido, y merecerá en el futuro, la situación de las Provincias con litoral marítimo, pero en la medida en que contemos con decisiones como la tomada por los Convencionales Constituyentes de 1994, estaremos garantizando la posibilidad de contar con los recursos que del mar provengan.

Reforzamos jurídicamente nuestra

gobernantes de esta Provincia, la herramienta para el progreso, la protección para sus habitantes, y que quienes no cumplieran con estos preceptos fueran justamente castigados.

La enunciación específica de los Poderes del Estado y sus competencias,

la determinación de las funciones, es de una prístina claridad.

Ciertamente, en la medida que los hombres a los que les toque regir los destinos de nuestras instituciones así lo comprendan tendremos un futuro venturoso.

Ese fue, en resumen, el anhelo de quienes redactamos la Constitución de 1994, de los que con todas nuestras virtudes y limitaciones, brindamos lo mejor de nosotros mismos en aras de un porvenir que merecemos todos los habitantes de esta maravillosa Provincia del Chubut.



ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

por Aldo Luis De Cunto

Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Trelew. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la Escuela Superior de Derecho de la U.N.P.S.J.B. Profesor Adjunto de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N.P.S.J.B.

I.- Introducción

El propósito de este trabajo es compartir algunas reflexiones respecto del control judicial de constitucionalidad de oficio en general y relacionarlo con el artículo 10 de la Constitución del Chubut en particular. Me han motivado a escribir sobre este tema varias circunstancias, algunas de ellas recientes. En primer lugar, y entre las razones recientes, cabe mencionar que la Suprema Corte de Justicia ha reafirmado la jurisprudencia que admite el control de constitucionalidad de oficio, por lo cual, si hasta ahora existían algunas dudas acerca de la posición del más alto tribunal, actualmente, más allá de que se comparta o no la postura de la Corte, no es posible desconocer que la misma ha fijado una posición en tal sentido. Otras de las motivaciones que debo enumerar es la lectura de cierta doctrina que con sólidos argumentos cuestiona el control judicial de constitucionalidad "per se", no ya de oficio, posición que lógicamente y "a fortiori" deslegitima el control judicial de oficio. A raíz de la búsqueda de argumentos que "dejen a salvo" el control judicial de constitucionalidad, una posible solución me ha llevado a razonar en forma desfavorable al control judicial de oficio, al menos parcialmente. Y por último diré que tales argumentos me conducen a que encuentre necesario efectuar algunas precisiones en torno a la norma del artículo 10 de la Constitución Provincial. Esto en lo personal no deja de representar un conflicto importante, ya que los jueces provinciales, universo del que formo parte, están obligados a ejercer un control judicial de oficio de constitucionalidad en cumplimiento de dicha norma, sin dejar de considerar la jurisprudencia ejemplar de la Corte en el mismo sentido. Sin embargo no puedo dejar de evaluar las dificultades que el cumplimiento irrestricto de la mencionada norma pueda generar a los jueces, quienes al aplicar determinadas leyes, estarían desobedeciendo una manda constitucional. Las posibles conclusiones a las que pretendo arribar al final de este artículo, creo que podrían llegar a considerarse un intento de solución de tales dificultades y de conciliar el control judicial de constitucionalidad de oficio con los reparos y críticas que el mismo me merece desde la teoría constitucional.-

II.- El artículo 10 de la Constitución del Chubut y su "sintonía" con el control judicial de constitucionalidad de oficio

El artículo 10 de la Constitución Provincial establece: "Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permita o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces". Ante dicho texto cabe resaltar, en primer lugar, la tésis loable de "prevenir" el dictado de normas infraconstitucionales que disminuyan la protección de los derechos y garantías consagrados por la carta magna local. Ahora bien, resulta evidente que los

jueces están obligados al menos a no aplicar tales normas y si bien el artículo no impone expresamente la declaración de inconstitucionalidad de oficio, resulta de toda lógica jurídica que los jueces deben efectuar esta declaración en base a la norma constitucional en cuestión, como argumentación razonada que motive la no aplicación de la norma infraconstitucional. Y este control de constitucionalidad debe ser de oficio, ya que el artículo 10 establece una manda de "no aplicación", sin necesidad de que lo requiera la parte afectada.

Es así que la norma que analizamos se hace eco decididamente de la postura que propicia el control de constitucionalidad de oficio. Sería tedioso enumerar las distintas opiniones, tanto

doctrinarias como jurisprudenciales, en favor del control de constitucionalidad de oficio. Antes de la recepción jurisprudencial de esta posición, Bidart Campos se había mostrado como un férreo defensor de que los jueces efectúen este control sin necesidad de la petición de parte interesada. Para el recordado maestro la cuestión importaba una aplicación del principio "iura curia novit", por el cual el juez suple el derecho que las partes no le invocan o le invocan mal, por lo que el magistrado depende de las partes en lo que "tiene" que fallar, pero no en "cómo" debe fallar y para esto último tiene que tomar en cuenta la estructura jerárquica y escalonada del orden jurídico, prefiriendo la norma superior frente a la inferior que la ha transgredido¹.

¹ conf. Bidart Campos, Germán J.: "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed Ediar, Tº II, pág.499.-

Agregaba que el juez debe aplicar “bien” el derecho y para subsumir el caso concreto dentro de la norma, debe seleccionar la que tiene prioridad constitucional, ya que si aplica una norma inconstitucional está aplicando “mal” el derecho. En suma, para el autor citado, el control de constitucionalidad está dentro de la función de administrar justicia y en cuanto a que es inherente a su obligación de fallar y de fundar el fallo en el orden jurídico vigente como conclusión razonada y razonable, el juez debe efectuar la fiscalización constitucional sin necesidad de pedido de parte². En sentido concordante dice Sagüés que la teoría que veda la declaración de inconstitucionalidad de oficio es inconstitucional porque viola el principio de supremacía constitucional del art. 31³, así como es la opinión de Bianchi, Haro, Hitters y Alvarado Belloso, quienes en sentido concordante afirman que el control de constitucionalidad es una función de la actividad judicial y no le es dado a los jueces renunciar a ella⁴.

La jurisprudencia de la Corte, evolucionó desde una primera etapa fundacional en la cual el máximo tribunal ejerció el control de constitucionalidad oficiosamente -como en el precedente “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”, siguiendo al “leading case” norteamericano: “Marbury v. Madison” del que también se desprende un control oficioso-, a una segunda etapa inaugurada por el fallo: “S.A. Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina”, en la cual la Corte se decidió abiertamente por la exigencia de la petición de parte para la declaración de inconstitucionalidad⁵. Esta postura comenzó a tener fisuras con las disidencias manifestadas a partir de la Corte nombrada en 1983, considerando Fayt que comienza así un tercer período hasta 2001, en el cual la minoría disidente se pronuncia a favor del control oficioso de constitucionalidad⁶. La cuarta y última etapa sería inaugurada con el fallo “Mill de Pereyra” del 27/09/01, en el cual la hasta entonces minoría pasó a ser mayoría, sosteniendo, entre

otros argumentos para fundamentar el control de oficio, que el derecho de defensa de las partes no se ve menoscabado por el ejercicio de dicho control, ya que si así fuese debería descalificarse toda aplicación de oficio de toda norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso⁷. Esta última postura ha sido recientemente ratificada en el fallo: “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación BCRA) s/ quiebra” del 19/08/04, con lo que se ratifica el reconocimiento jurisprudencial al nivel del máximo tribunal federal del control judicial de constitucional de oficio.

III.- Críticas al control judicial de constitucionalidad

En este punto me detendré en analizar los argumentos brindados desde la teoría política y constitucional, no ya para descalificar el control judicial de oficio, sino para cuestionar directamente el control judicial de constitucionalidad. Los autores que efectúan este cuestionamiento, lo hacen a partir de la tensión existente entre constitución y democracia, por cuanto la constitución limita o cercena el autogobierno que implica la democracia como forma de gobierno. La mayor, aunque no única, relevancia práctica que encontramos en esta tensión radica en la impugnación de inconstitucionalidad de decisiones de los órganos de gobierno -básicamente el legislativo, por su condición de portavoz de las diferentes opiniones de la población- y el consecuente rol que debe asumir el órgano judicial en el ejercicio de dicho control. No debe sorprendernos que entre las posiciones más críticas del control judicial se ubique a Waldron, ya que se trata de un jurista del área del “Commonwealth” -neocelandés de origen y docente en Gran Bretaña-, ya que los países que integran dicha comunidad carecen en sus sistemas políticos del citado control judicial, y ello es así porque carecen de una constitución codificada y porque en ellos, en mate-

ria de derechos la “última palabra” la tiene el parlamento y no la justicia. En apretada síntesis, Waldron entiende que el problema en estudio debe encararse desde la perspectiva de una teoría de la autoridad y no desde una teoría de la justicia o de los derechos⁸. Y ello es así porque, dado que existe desacuerdo entre las personas respecto a qué es justo y cuáles derechos deben ser reconocidos, una teoría democrática de la autoridad exige que sea el pueblo, y en la democracia representativa a través de los legisladores, quien decida tales cuestiones. En consecuencia, dice Waldron, resulta insultante para los miembros de una comunidad que un grupo de jueces, que incluso pueden decidir por mayoría -y hasta por un voto- tal como lo hace el parlamento o el pueblo mismo, sea quien decida qué alcance o contenido cabe asignar a una norma o a un derecho referido en ella, con lo cual se manifiesta contrario no sólo al control judicial de constitucionalidad, sino también a la introducción de un “bill of rights” con jerarquía constitucional supralegal⁹.

En el país donde nació el control judicial de constitucionalidad y donde existe un “bill of rights” a través de las enmiendas constitucionales, también existen cuestionamientos a aquél. Entre los autores norteamericanos que, al menos, ponen en duda parcialmente el control judicial de constitucionalidad, encontramos a John Ely. Este autor entiende, en consonancia con el respeto de la regla de la mayoría, que las decisiones acerca de valores sustanciales -v.gr.: aborto, derecho de propiedad- debe ser tomadas por la “política”, es decir por el pueblo a través de sus representantes y el control judicial debe limitarse a los valores “procedimentales”, esto es a garantizar que las decisiones sobre los valores sustanciales sean tomadas con la más amplia participación de los interesados, destacando la protección de las minorías en el acceso a esta participación. De allí que la función judicial se asemeje a la arbitral, en el sentido de que se debe limitar a permitir que “todos jueguen”

2 conf. Bidart Campos, *op.cit.*, *idem*, pág. 500.-

3 conf. Sagüés, Néstor: “Recurso extraordinario”, *Ed. Astrea, T° I*, págs.145/146.-

4 ver citas de los autores citados en Toricelli, Maximiliano: “El sistema de control

constitucional argentino”, *Lexis Nexis, Depalma*, págs. 141/142.-

5 ver en Fayt, Carlos S.: “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. *Leading Cases y holdings. Casos trascendentes*”, *Ed. La Ley*, págs. 166/169.-

6 ver en Fayt, *op. cit.*, págs. 169/170.-

7 ver en Fayt, *op. cit.*, pág. 170.-

8 ver en Waldron, Jeremy: “Law and disagreement”, *Oxford University Press, cap. I*, pág. 6.-

9 ver en Waldron, *op. cit.*, *cap. I*, págs. 13/14 y caps. X a XIII.-

en la toma de decisiones, a controlar la regular aplicación de los procedimientos constitucionales¹⁰. Otro autor que podemos ubicar en una línea "cuestionadora" del control judicial es Ackerman, quien con su concepción de la democracia dualista, entiende que en el sistema democrático se pueden distinguir dos tipos de decisiones: las de índole constitucional -materialmente suprallegal, aunque formalmente puede ser legal- que toma el conjunto de la ciudadanía, y las meramente legislativas que el pueblo adopta a través de los gobernantes. Las segundas no pueden contradecir a las primeras, por lo que el control judicial de constitucionalidad debe limitarse a "revertir" las segundas cuando se da esa contradicción, mas no puede revisar a las decisiones constitucionales, que pueden darse no sólo con una reforma de la carta magna, sino también cuando existe una masiva participación y discusión popular sobre temas centrales, por caso, integración racial o política económica. En tales situaciones, los jueces deben acatar la expresión del pueblo, evitando asumir un rol contramayoritario, si bien pueden "bloquear" nuevos acuerdos mayoritarios, llamando a la "reflexión" a quienes tomen esas nuevas decisiones, como ocurrió con el rol de la corte norteamericana durante el "New Deal"¹¹.

En la doctrina argentina encontramos la solitaria opinión de Gargarella, quien enrolado en una postura cercana a la de Waldron, cuestiona decididamente el control judicial de constitucionalidad en su obra "La justicia frente al gobierno"¹². Comienza por analizar los orígenes del control judicial de constitucionalidad en Estados Unidos, los que se encuentran netamente ligados a la desconfianza de las clases pudientes a las legislaturas estatales y al poder popular, arribándose así al célebre fallo "Marbury v. Madison", en el cual el control de constitucionalidad declamado no es más que un "obiter dicta" y no el "holding" de la decisión de fondo, la cual por otra parte fue favorable a la decisión

gubernamental¹³. En apretada síntesis, Gargarella comparte la idea de democracia como autogobierno a la que alude Waldron, pero excluye de la regla de la mayoría las materias que hacen a la moral privada, respecto de las cuales cada persona debe ser la última autoridad en cuanto al modelo de vida que prefiere desarrollar. El resto de las cuestiones que trascienden la moral privada, deben ser decididas por la regla de la mayoría luego de un adecuado proceso de reflexión colectiva¹⁴. Como consecuencia de estas ideas básicas, comparte la idea que expone Ely en cuanto a la labor judicial como árbitro a fin de asegurar las condiciones del debate democrático, y en cuanto al control de constitucionalidad judicial, el mismo debe limitarse a proteger el ámbito de decisión de los individuos en la esfera de la moral privada, evitando el dictado de leyes "perfeccionistas" al respecto, en cuyo caso debe ceder la regla de la mayoría. También esboza como alternativa a un control judicial que sea la "última palabra", el establecimiento de un diálogo entre los jueces y los legisladores a través de la técnica del "reenvío", como manera de exigir una nueva reflexión al parlamento cuando los tribunales entienden que su decisión es inconstitucional¹⁵.

IV.- Una posible defensa del control judicial de constitucionalidad que no alcanza a defender totalmente al control de oficio

Se han esgrimido distintas respuestas a las críticas que, como las reseñadas, deslegitiman el control judicial de constitucionalidad por la falta de legitimación democrática del poder judicial y que ven en ese control un "gobierno de los jueces" fundamentado en una concepción epistémica elitista y aristocrática, por argumentarse que los jueces son quienes, por formación y hábito laboral, están en mejores condiciones de decidir las cuestiones constitucionales¹⁶. Una defensa del control judicial de constitucionalidad se ha basado en el origen representativo de

los magistrados, ya que si bien ellos no son elegidos directamente por la población, lo son de modo indirecto y en segundo grado, ya que en su designación intervienen los otros dos poderes que sí son elegidos directamente, sin perjuicio de señalar que a partir de la reforma de 1994 el proceso de selección de los jueces inferiores se cumple a través del Consejo de la Magistratura donde también están representados los órganos elegidos directa y popularmente (conf. arts. 99, inc. 4 y 114 de la Constitución Nacional)¹⁷. Y si se trata de nuestro sistema provincial, podemos esgrimir mayores "títulos democráticos" en la designación de los jueces inferiores, ya que el Consejo de la Magistratura se integra con representantes elegidos popularmente (conf. art. 187 de la Constitución Provincial). Entiendo que esta defensa es endeble por cuanto si bien cabe reconocer un origen representativo indirecto en la judicatura, dicho reconocimiento no alcanza a justificar por qué debe ser un órgano con representación indirecta y no sujeto a una responsabilidad electoral inmediata -como el judicial-¹⁸ y no otro con representación popular directa -como el legislativo- quien tenga la "última palabra" en materia constitucional.

Desde esta publicación, Hitters ha reseñado y vertido interesantes argumentos a fin de controvertir la falta de legitimidad democrática del poder judicial y a su vez la condición de organismos democráticos mayoritarios de los órganos ejecutivo y legislativo¹⁹. En efecto, con distintas citas, pone en duda esa condición de los departamentos ejecutivo y legislativo, los cuales más que portavoces de la voluntad popular muchas veces son una compleja estructura de ciertos grupos que buscan ventajas entre los varios centros de presión, o al menos la voluntad genuina del electorado no siempre resulta emanada de los parlamentos; es así que en más de una oportunidad el cuerpo legislativo resulta influenciado por distintos factores de poder, por lo que no gozaría de mayor consenso que el

10 ver en Ely, John: "Democracia y desconfianza", Univ. de los Andes cap.IV.-

11 ver en Ackerman, Bruce: "We the people", págs. 6/7.-

12 ver Gargarella, Roberto: "La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial", Ed. Ariel.-

13 ver en Gargarella, op. cit., págs. 38/47.-

14 ver Gargarella, op. cit., pág. 262.-

15 ver Gargarella, op. cit., págs. 174/176 y 263.-

16 ver Gargarella, op. cit., cap. 2, págs. 48/59.-

17 conf. Fayt, op. cit., págs. 34/36.-

18 ver Gargarella, op. cit., pág. 265.-

19 ver Hitters, Juan Carlos: "Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad", en El Reporte, Año 3, N° 11, Noviembre de 2003.-

judicial, que está más cerca de quienes reclaman justicia, es decir de la población en general²⁰. Con relación a esta falta de legitimidad popular real de los órganos políticos -en especial el legislativo-, si bien el diagnóstico puede ser acertado, el mismo no justifica “per se” al control judicial, ya que se puede responder que en todo caso se trataría de un problema de reforma política a fin de asegurar la mayor representatividad de los cuerpos legislativos. Como dice Gargarella, la crítica a los controles “populistas” de constitucionalidad deja vigente a la impugnación al carácter contramayoritario del control judicial. Si se cuestionan a las asambleas legislativas por representar sólo un pálido reflejo de la voluntad ciudadana, mucho más se debe criticar al poder judicial -en su capacidad para decidir cuestiones constitucionales-, ya que no se encuentra sujeto a elección ni remoción popular²¹. Entre otros argumentos que desgrana Hitters en defensa de la legitimación democrática del poder judicial y del control judicial de constitucionalidad, considera que en dicho poder se da una mayor participación popular por el “trato directo” que los juzgadores deben tener con las partes, ante él, el pueblo actúa en forma directa mientras que ante los otros departamentos del gobierno lo hace en forma mediata. En síntesis, agrega que como la tarea judicial consiste en tratar con “casos reales” -creo que la expresión apropiada es “casos particulares”- tiene la posibilidad de ser realmente “representativa, próxima y sensible” de las necesidades de la población²². Encuentro esta visión demasiado optimista respecto a la cercanía del poder judicial hacia la población. Es un dato de la realidad que se trata de un órgano respecto del cual la opinión pública ha tenido y tiene, en los últimos tiempos, una imagen muy deteriorada. Y si esta percepción popular resultara como producto de problemas de comunicación mediática, lo que parcialmente puede ser cierto, en todo caso ello habla de un problema “comunicacional” que revelaría una carencia de “proximidad y sensibilidad” hacia la población. Entiéndaseme bien,

no quiero con esto argumentar que el poder judicial deba hacer constante “publicidad” de su tarea, sino solamente apuntar que del hecho de “tratar” diariamente con “casos particulares” no se deduce derechamente que los jueces estén más en contacto con la realidad de la gente, de hecho se critica y muchas veces con razón, que los magistrados “tratan con papeles y no con personas”. A ello cabe añadir los argumentos de Gargarella, que compartimos plenamente, en cuanto a que los jueces también se encuentran sujetos o son permeables a las presiones los otros dos poderes o de grupos de presión que puedan distorsionar su contacto con la ciudadanía, o bien corren el peligro de aislarse de la misma manera hasta el grado de perder contacto con ella, al riesgo de burocratizar su funcionamiento²³.

Luego de esta crítica a estas “defensas” del poder judicial y del control de constitucionalidad ejercido por el mismo, parecería que no hay mayores argumentos para sostener a este último frente a la objeción “democrática” que concibe a este control como manifestación de un “elitismo gnoseológico”. Voy a intentar esbozar una respuesta a esta objeción, desde una cierta “defensa democrática” del control judicial. Para ello necesito referirme, aunque sea en forma muy apretada, a la concepción de la democracia deliberativa que enunciara Carlos Nino²⁴. Muy resumidamente podemos decir que para Nino el valor de la democracia es de carácter epistémico, en cuanto es el sistema en el cual las decisiones se toman mediante el diálogo racional. Nino habla de un “constructivismo epistemológico” que sostiene que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada no por el consenso que es el resultado de la discusión moral sino por la satisfacción de los presupuestos procedimentales y sustantivos de esa discusión. El fundamento del valor epistémico de la discusión moral radica en la participación en ella de todos los afectados por las soluciones que se proponen, ya que dicha participación maximiza la probabilidad de que la que

resulte aceptada sea la solución válida, en el sentido de que sería aceptable en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes²⁵. A su vez nuestro autor indica que el valor epistémico de una democracia requiere que se cumpla con ciertos prerrequisitos sin los cuales no existirá una razón para diferenciar los resultados de la democracia y esas condiciones incluyen: la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones, la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación, la ausencia de minorías congeladas y aisladas y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación²⁶.

A la luz de los argumentos de Nino en favor del valor epistémico de la democracia, encuentro que puede esgrimirse una defensa del control judicial de constitucionalidad que “sintonice” con dicho valor epistémico. El razonamiento sería que el proceso judicial, por sus características, impone una suerte de “mini” discusión moral, en el sentido que una persona expone sus argumentos a favor de su pretensión y los explica a un juez al que recurre libremente -la excepción estaría dada en el proceso penal oficioso- y éste le confiere traslado a la parte contraria para que a su vez exponga sus argumentos para dictar luego una decisión que deberá hacerse cargo de los argumentos de uno y otro. Como se puede apreciar, existe una participación libre e igual de los interesados -y si bien la decisión la toma el juez, esta decisión puede ser objeto de varias revisiones a instancia de los interesados-; la orientación de la comunicación -tanto de las partes como del juez- tiende a brindar argumentos que justifiquen las pretensiones de aquéllas como la decisión de éste; a través del proceso judicial tienen acceso muchas veces “minorías congeladas y aisladas” que de otra manera no podrían hacer oír sus intereses; y el marco emocional de dicho proceso es, por su diseño, más apropiado para la argumentación que el del proceso parlamentario, en primer lugar porque la argumentación se concentra en el caso particular donde se aprecian mejor

20 ver Hitters, *op. cit.*, pág. 4 y 6.-

21 ver en Gargarella, *op. cit.*, pág. 103.-

22 ver Hitters, *op. cit.*, ág 5.-

23 ver Gargarella, *op. cit.*, pág. 104.-

24 para ampliar sobre el tema ver las obras

de Carlos S. Nino: “Ética y derechos humanos”, “Fundamentos de derecho constitucional” y “La constitución de la democracia deliberativa”.-

25 ver en Nino: “Fundamentos de derecho constitucional”, pág. 203.-

26 ver en Nino: “La constitución de la democracia deliberativa”, pág. 192.-

los intereses individuales en juego mientras que en el proceso parlamentario lo que se tiene en cuenta son necesidades generales que justifiquen la sanción de una ley, y en segundo lugar la labor legislativa es proclive a la toma de decisiones donde lo emocional y lo marcadamente ideológico prevalezca sobre una argumentación racional, lo que no ocurre en una sentencia, y si ello ocurre la misma puede ser dejada sin efecto por la tacha de arbitraria. Es así que la "legitimación democrática" del poder judicial no radica en su representación indirecta o en que sus miembros están más cerca de la realidad cotidiana, sino en que las propias características del proceso y la función judicial permiten una argumentación racional que importa una "discusión moral particularizada". Si estos argumentos justifican la labor judicial, cabe decir por extensión que el control judicial de constitucionalidad implica una "reapertura" del debate democrático, que permite a quien se considera afectado por una norma infraconstitucional -y que muy posiblemente no pudo hacerse escuchar en forma previa al proceso parlamentario- peticionar que dicha norma no le sea aplicada porque entiende que contradice normas constitucionales. Ahora bien, este razonamiento, más allá de sus valores persuasivos si es que los tiene, justifican el control judicial a pedido de parte, pero no el de oficio, ya que hacemos radicar su valor en la participación y argumentación de los peticionantes afectados por una supuesta inconstitucionalidad y digo supuesta porque ésa es la condición que debe asignársele mientras no recaiga decisión judicial firme. El fundamento de una concepción deliberativa de la democracia que legitime democráticamente al poder judicial y al control de constitucionalidad por parte del mismo parecería así que sólo alcanza a justificar el control a pedido de parte.

Esta argumentación está en cierto modo presente en el voto del ex juez de la Corte Moliné O'Connor en su disidencia en el caso "Mill de Pereyra"²⁷. En dicho voto, entre diversos argumentos, se expresa que para ejercer el control judicial de constitucionalidad es necesario que una persona intente

resistir la aplicación de una ley a un caso concreto y de ese modo solicite la ayuda del Poder Judicial para que se declare su inconstitucionalidad. Asimismo se entiende que dentro del orden constitucional según el cual los legisladores son los encargados de dictar las leyes, constituye una "anomalía" que un individuo (el juez) o un grupo mínimo (los miembros de la Corte) puedan adoptar decisiones contrarias a los actos del Congreso y del presidente. En todo caso esta "anomalía", que importa la "inaplicabilidad" de la norma en el caso concreto, estaría justificada cuando importe una manifestación genuina del principio de soberanía del pueblo, es decir cuando el individuo, ante la invasión de sus derechos no delegados, decide no aceptar la norma inconstitucional y reclama el control judicial. Continúa diciendo el voto que en esa zona de "reserva" de aquellos derechos no delegados, así como no pueden ingresar los poderes políticos tampoco cabe el ingreso del poder judicial, si el individuo los ha reservado tiene total autonomía para decidir qué hacer frente a la extralimitación de sus representantes y una de las decisiones posibles es consentirla, sin que nadie -por tratarse del más puro autogobierno- ni siquiera los tribunales, puedan sustituir su libre determinación. De esa manera el ejercicio de la petición de inconstitucionalidad de un acto de gobierno ante los estrados judiciales constituye la expresión máxima de autonomía del ciudadano. Finalmente se concluye con una aseveración que armoniza prolijamente con la idea fuerza de autonomía personal que subyace en la concepción de la democracia deliberativa. La misma señala que el control judicial de constitucionalidad de oficio importa de parte del magistrado una suerte de paternalismo impropio que podría suprimir -según su particular criterio y valoración- la norma dictada por los órganos de gobierno representativos de los justiciables. He preferido realizar una cita casi textual de algunos párrafos del voto, para evidenciar su consonancia con los argumentos arriba expuestos. Agregaré solamente que, de acuerdo a los argumentos que fincan en la concepción de la democracia deliberativa, las per-

sonas tendrían un "derecho a acatar la norma inconstitucional", lo cual es consistente con el principio de "dignidad de la persona", formulado por Nino como el que permite a la persona tener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contra obligaciones, asumir responsabilidades y perder derechos, dándose así un proceso dinámico en el cual los derechos pueden ser transferidos y perdidos de modo que algunos individuos puedan disminuir su autonomía en favor de acciones de otros²⁸. Respecto de este principio, encuentro conveniente aclarar que se justificaría suplir judicialmente la voluntad de quienes por razones legalmente establecidas no se encuentran en dominio pleno de su autonomía, como los menores o quienes sufran algún tipo de discapacidad que afecte su voluntad, respecto de cuyos intereses sí cabría el control judicial de constitucionalidad de oficio.

V.- Un escollo más, el principio "iura curia novit" y la distinción entre principios y normas como eventual solución al mismo

Sin dejar de apreciar la racionalidad y consistencia de las razones expuestas en el punto anterior para justificar el control judicial de constitucionalidad a instancia de parte y no el oficioso, entre los diversos argumentos que se esgrimen para defender a este último, el del principio "iura novit curia" parece ser un sólido y fuerte fundamento que merece que nos detengamos en él. De manera vehemente Alvarado Velloso considera que el control judicial de oficio no es más que la consecuencia inevitable de la función judicial, ya que es al juez y no a las partes a quien incumbe seleccionar el medio que empleará, escogiendo de entre las diversas normas posibles aquella que por fuerza debe preferirse, es decir atenerse a la Constitución cuando las normas legales no se concilien con ella. Y agrega que, en orden al fin, siendo la Constitución el plan de justa convivencia social, sería inconcebible dejar librada a las partes la posibilidad de que ese fin se conquiste

27 ver dicho voto en JA 2002-I, págs. 752/755.-

28 ver en Nino: "La constitución de la democracia deliberativa", pág. 80.-

o se pierda, resultando un absurdo que se entregue a las partes nada menos que la posibilidad del pleno imperio del orden jurídico en sus bases primordiales²⁹. Respetuosamente, encuentro el argumento expuesto un tanto retórico, ya que no alcanzo a percibir que sea un gran absurdo dejar a los propios interesados, en este caso a las partes, la aplicación del orden jurídico en lo que se refiere al ejercicio de derechos propios -y no en cuanto a afectar derechos ajenos-, es más ello no sería más que una aplicación del principio de la autonomía de la persona. Pero también se ha defendido de manera muy consistente por un juez de la Corte -Fayt- el control oficioso en virtud del principio "iura curia novit", argumento que mencionáramos en el punto II. En realidad el principio "iura novit curia" como fundamento del control de constitucionalidad de oficio debe ensamblarse con el concepto de función judicial y respecto de éste expresa Fayt que el juez tiene que decidir no sólo sobre los hechos sino también sobre el Derecho y consiguientemente examinar si la ley que pretende aplicar es realmente válida, si ha sido creada en la forma prescripta por la Constitución, debe interpretarla, determinar su sentido y en particular si -formal y materialmente- guarda relación de correspondencia con la Constitución³⁰. En sentido concordante el voto de la mayoría en "Mill de Pereyra" argumenta en un párrafo, en el que se paragona el control de constitucionalidad de oficio con la aplicación del principio "iura curia novit", que no puede verse en dicho control menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso³¹.-

Este es sin duda un argumento fuerte, pero si es así ¿por qué quienes lo arguyen enfatizan al mismo tiempo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de

suma gravedad que debe ser ejercido con prudencia por los jueces?. Si la cuestión es asimilable a la aplicación del principio "iura curia novit", no se alcanza a comprender tal prevención, al menos que también consideremos que la aplicación del "iura curia novit" sea un acto de suma gravedad y que deba ser ejercido con prudencia por los jueces, lo cual sí es un absurdo, ya que dicha aplicación es unánimemente entendida como una actividad ordinaria de la función judicial. El mismo voto de la mayoría que recién citáramos en el párrafo siguiente al comentado efectúa esta prevención, explicando que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio no importa desconocer que la invalidez constitucional de una norma sólo puede ser declarada cuando la violación de aquélla sea de tal entidad que justifique la abrogación en desmedro de la seguridad jurídica³². Otro autor ya citado que defiende el control oficioso, Hitters, toma en cuenta que el control de constitucionalidad resulta ser un arma muy poderosa que se pone en manos de los jueces y por ello, con cita de Cappelletti, expresa que el gran problema es el de la índole y los límites de la función judicial y de la legitimidad de los jueces, quien al interpretar las normas, llenan con su propia jerarquía de valores los conceptos demasiado vagos que surgen de las constituciones. Y agrega que conceder a los magistrados ese tremendo potencial no es bueno ni malo "a priori", depende de la forma en que lo ejerzan y de los medios de los demás poderes para contrarrestarlo, resultando muy difícil fijar en forma abstracta una línea que determine hasta qué punto puede llegar la inspección judicial³³. A esto se le podría responder sencillamente que para prevenir tales eventuales excesos de los jueces, debe admitirse el control de constitucionalidad exclusivamente a instancia de parte y que lo contrario sería convalidar esa suerte de "paternalismo judicial" mencionado en el voto de Moliné O'Connor, en suma de "elitismo gnoseológico".

Con todo no hemos dado una

respuesta convincente a la postura que asimila el control de constitucionalidad de oficio a la aplicación del principio "iura curia novit", tan sólo y de manera algo dialéctica, puntualizamos que si se da tal asimilación no se alcanzan a comprender las prevenciones respecto del control de constitucionalidad de parte de quienes defienden su ejercicio oficioso. Lo que intuyo en tales prevenciones es que en el fondo no existe tal asimilación, o al menos no hay una asimilación total entre el control de constitucionalidad y la aplicación del principio "iura curia novit". Para explicar esta intuición me habré de referir a una distinción que ya tratara de precisar en esta publicación³⁴. La distinción es la que efectúa Dworkin entre normas y principios, quien al intentar diferenciar unos de otros, señala que si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida y la decisión respecto de cuál es válida no depende de las mismas normas en cuestión, sino de consideraciones que las trascienden; así el sistema jurídico puede dar solución al conflicto mediante otras normas que impongan una determinada regla como la validez de la norma posterior o la especial o puede preferir la norma fundada en los principios más importantes³⁵. El profesor Caracciolo, comentando a Dworkin, sostiene que las normas o reglas determinan en forma concluyente un resultado, por ello son aplicables "si es" que se tienen de hecho las condiciones de aplicación³⁶. En base a ello concluí que los estándares del articulado de la parte orgánica de la Constitución responden a la caracterización de normas, ya que están expuestas en su texto las condiciones de aplicación mentadas, ya que se hace referencia a una acción o situación jurídica determinada, pudiéndose dar como ejemplos el art. 68 que establece la inmunidad de opinión de los legisladores, el art. 80 que dispone la facultad del veto presidencial o el art. 89 que enumera los requisitos para ser presidente. En tales supuestos el constituyente tuvo en mente un determinado número de circunstancias

29 ver cita de dicho autor en Toricelli, op. cit., pág. 142.-

30 ver en Fayt, op. cit., pág. 39.-

31 ver fallo citado en JA 2002-I, pág. 741.-

32 ver fallo citado en A 2002-I, pág. 741.-

33 ver Hitters, op. cit., pág. 6.-

34 ver el artículo de mi autoría "Normas,

principios y valores en el texto constitucional", en El Reporte, Año 3 N° 10, Julio de 2003.-

35 ver en Dworkin, Ronald: "Los derechos en serio", Ariel Derecho, pág. 78.-

36 conf. Caracciolo, Ricardo: "Discreción, respuesta correcta y función judicial" en

"Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law", aut. varios, Editores del Puerto S.R.L., pág. 218.-

37 ver mi artículo: "Normas, principios y valores en el texto constitucional", pág. 11.-

fácticas, de allí que respecto a las normas las respuestas son previsibles porque con mayor o menor precisión existe en ellas un diseño de situaciones que las mismas están destinadas a regular. Tan es así que si en el mismo texto constitucional existieran normas que decidieran de manera diversa las mismas situaciones, no dudáramos en señalar la contradicción, no podrían ambas ser válidas y deberíamos optar entre ellas según algún criterio "externo" a las mismas³⁷.

En cambio los principios asumen una estructura y función diversa a las normas. Los principios suministran una respuesta a las situaciones planteadas que sólo "prima facie" es correcta y ello es así porque varias respuestas suministradas por distintos principios pueden estar en conflicto pero aquellos siguen siendo válidos a la vez. La respuesta final correcta dependerá del "peso" de cada principio respecto del caso particular a resolver, ese "peso" es relativo, no puede generalizarse, de allí que en otro caso semejante podría prevalecer otro principio que en ese "otro caso" tuviera "mayor peso"³⁸. Los principios no determinan una solución como las normas, sino que "orientan" una solución, podríamos decir que no regulan situaciones determinadas, sino que "inspiran" regulaciones a tales situaciones³⁹. Luego de caracterizar de tal forma a los principios, encontraba que la mayoría de los artículos que integran la parte dogmática del texto constitucional consagran principios y no serían normas en el sentido que distingue Dworkin. Así podía interrogarse ¿qué solución determinada brinda el artículo 15 en cuanto establece que todos sus habitantes son iguales ante la ley, o el artículo 17 al ordenar que la propiedad es inviolable?. Mayor imprecisión de la solución encontramos en los artículos 19 y 28, que consagran los principios de reserva y razonabilidad, ya que resulta difícil definir el concepto de orden o moral pública del artículo 19 -tampoco el "perjuicio a un tercero" consagra una decisión determinada, aunque es un estándar más preciso-, y menor precisión encontramos en la prohibición de alteración de los derechos por las leyes que constituye el meollo del

artículo 28⁴⁰.-

Efectuada la distinción anterior, creo que podemos decir que estamos en presencia del principio "iura curia novit", cuando tenemos un conflicto de normas, en el sentido "dworkiniano" del término, es decir cuando tenemos dos estándares jurídicos que brindan una determinada regulación a una determinada situación. Pero no veo factible poder decir que estamos frente a un problema de aplicación del "iura curia novit" si nos enfrentamos a un conflicto de principios o de principios con normas, porque los principios no brindan una solución determinada a una cierta situación, sino que orientan una cierta regulación o solución. En consecuencia si una ley, decreto u ordenanza, que regula de manera determinada una situación jurídica entra en conflicto con una norma "dworkinianamente hablando" constitucional, podemos decir que estamos frente a un caso de aplicación del principio "iura curia novit", por cuanto la aplicación de una excluye la de la otra. En tal caso encuentro que es perfectamente válido ejercer el control de constitucionalidad de oficio, pudiendo dar como ejemplo la declaración de inconstitucionalidad por razones formales de un estado de sitio por motivos de conmoción interior dictado por el Presidente, estando en sesiones el Congreso, en abierta violación de los arts. 75, inc. 29 y 99, inc. 16 de la Constitución Nacional. En cambio si una ley tributaria resulta confiscatoria en violación del artículo 17 que prohíbe dicha confiscatoriedad, el juez para aplicar dicho principio de inviolabilidad de la propiedad necesita que la parte le argumente por qué la norma legal resulta contraria a la "orientación" que emana de dicho principio, por lo tanto no percibo que estemos frente a un caso de aplicación del principio "iura curia novit". Como expresé que la mayoría del articulado de la parte dogmática consiste en principios y no en normas, me veo en la obligación de efectuar ciertas precisiones. Hay artículos, como el 15, en cuanto prohíbe la esclavitud, que son claramente normas en el sentido de Dworkin, por lo tanto una ley que permita celebrar un contrato de tales

características, brindaría una solución determinada contraria a la constitucional, por lo que sería pasible de control oficioso. Y podríamos agregar que lo mismo ocurre cuando la norma infraconstitucional "anula" la vigencia del principio, por ejemplo una ley laboral o un convenio colectivo de trabajo que desconozca el derecho del descanso semanal.-

Con las aclaraciones precedentes, estimo que la distinción que se propone tiene varias ventajas. Ante todo resulta consistente con una teoría que justifique el control judicial de constitucionalidad desde una legitimación democrática que enfatiza el carácter de "discusión moral" y la "participación de los interesados" en el proceso judicial, propiciando que si el conflicto se da entre normas y principios o principios entre sí, debe requerirse la instancia de parte para brindar la oportunidad de argumentar los motivos por los que se considera que la norma infraconstitucional contradice la orientación de un determinado principio constitucional. En segundo lugar se compatibiliza con la vigencia del principio "iura curia novit", ya que el mismo se presenta cuando estamos frente a un conflicto de normas "propiamente dichas", que regulan una situación de diversa manera, tal como ocurre cuando un juez civil tiene que decidir si una cuestión de responsabilidad médica resulta regulada por los artículos que regulan la responsabilidad contractual o la extracontractual. Más allá de la norma que se le invoque, el juez está en condiciones de determinar con precisión cuál es la norma aplicable, como en la hipótesis de un ley esclavista que un juez no debe aplicar por más que no se le haya peticionado su inconstitucionalidad. En ese caso encuentro factible el control judicial de oficio. Y por último, la distinción apuntada bloquea los temidos excesos judiciales de imponer valoraciones propias, o al menos confiere más precisión a los límites de la función judicial, por cuanto exige esperar la argumentación del interesado en lo que se refiere a la violación de un principio. Justamente en materia de principios es donde resultan más opinables las valoraciones de las partes y del juez, por lo que exigir

38 ver en Caracciolo, op. cit., págs. 218/219.-

39 ver en Dworkin, op. cit, pág. 89.-

40 ver mi artículo: "Normas, principios y valores en el texto constitucional", pág. 11.-

la instancia de parte en el control de constitucionalidad en tales casos implica asimismo respetar la autonomía y la dignidad personal.

VI.- Algunas conclusiones referidas a nuestro artículo 10

Para culminar, esbozaré algunas conclusiones a la luz de lo razonado en los puntos precedentes. Se podría interrogar acerca de la utilidad de tratar esta cuestión, dado que a nivel nacional la Suprema Corte ha consagrado pretorianamente el control de constitucionalidad de oficio y en el orden local el artículo 10 de la Constitución Provincial lo establece normativamente. Ante todo creo que la cuestión no deja de tener su interés, ya que más allá de la alta autoridad de la jurisprudencia de la Corte, de lo que se trata es de brindar justificaciones basadas en argumentos de racionalidad y no de autoridad, y atento que en las mismas "ciencias duras", ninguna verificación empírica puede tenerse por definitiva -ya que siempre existe la posibilidad de una "contraprueba" en el futuro-, con mayor razón cabe reabrir los debates en las ciencias sociales como el derecho, colocándonos en la más optimista de las posiciones de

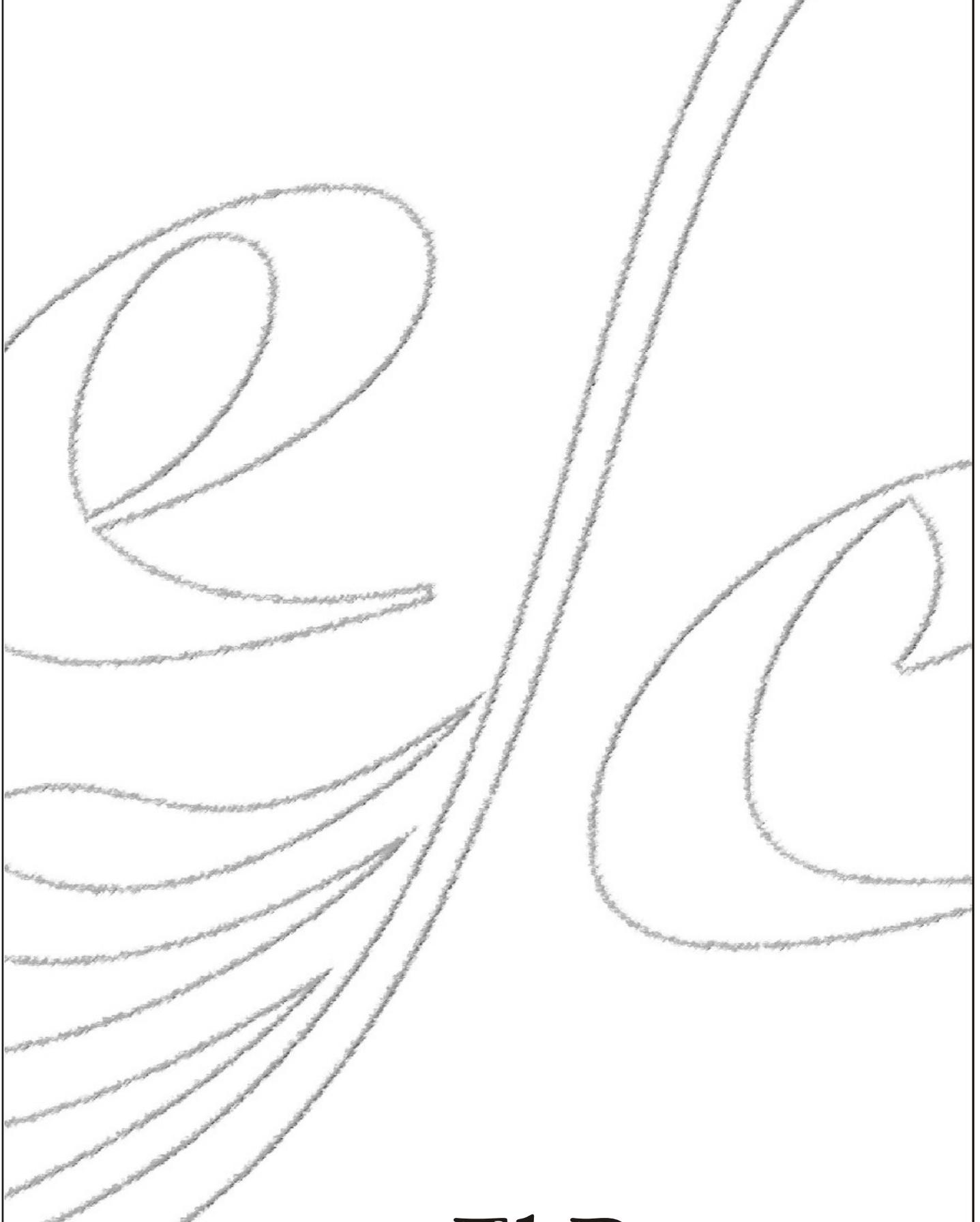
considerar a la jurídica como una ciencia. En segundo lugar, las razones expuestas a lo largo de este trabajo nos revelan las dificultades que presenta el tema, dificultades que se evidencian de manera manifiesta con el texto del artículo 10. Ello es así por cuanto la referida norma se refiere a la discordancia entre normas infraconstitucionales que restrinjan derechos o libertades reconocidos constitucionalmente y las restricciones que la Constitución permite, o si privasen de garantías que ella asegure. Como se aprecia la materia de la norma es la parte dogmática de la Constitución, y hemos explicado que en dicha sección la mayoría del articulado se dirige a consagrar principios más que a establecer reglas de derecho. Es así que los jueces, muchas veces, se encuentran con gran dificultad, para cumplir con la no aplicación de oficio de tales normas infraconstitucionales. Por supuesto, que si el artículo constitucional en cuestión importa una regla de derecho -o norma en el sentido de Dworkin- procederá la inconstitucionalidad de oficio, ello ocurriría si la ley de amparo prohibiera la declaración de inconstitucionalidad en la sentencia definitiva en abierta contradicción con lo dispuesto por el

artículo 54 "in fine" de la Constitución Provincial o si se permitiera la ejecución de una condena a muerte en infracción al artículo 42 de la misma carta magna. Quizás en materia de garantías, es de considerar que estamos en presencia de reglas de derecho o normas en el sentido estricto y la privación de ellas por normas infraconstitucionales no presente gran dificultad para la aplicación del artículo 10. Sí creo que la dificultad se presenta con las restricciones infraconstitucionales a los derechos reconocidos constitucionalmente, ya que la corrección de la restricción la suministra el principio de razonabilidad contenido en el artículo 9 de la Constitución Provincial y 28 de la Constitución Nacional. Y en este sentido, además de que la razonabilidad es un estándar jurídico vago que cabe precisar en el caso concreto, que sólo orienta pero no determina la solución del mismo, debe recordarse en homenaje a los principios de autonomía y dignidad personal, que cada persona es quien está en mejores condiciones para apreciar sus intereses y reclamarlos jurídicamente, con lo cual no resultaría violatorio del artículo 10 dar la oportunidad de que las partes insten el ejercicio de control de constitucionalidad.

ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT



Rivadavia y Jones - Tel.: (02965) 482331/332/334 - E-mail: escuela@juschubut.gov.ar - (9103) - Rawson - Chubut Argentina



El Reporte

A diez años de la reforma constitucional del Chubut