

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



45

Enero-Junio 2007

REVISTA IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2006, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación.....	7
Roberto Cuéllar M.	

Temas en derechos humanos

The right of women to be free from violence and the approach of the Inter-American System in individual cases: Progress and challenges.....	11
<i>Ximena Andión Ibáñez</i>	
The protection of economic, social and cultural rights in the Inter-American System through the use of precautionary and provisional measures	59
<i>Juliana Cano Nieto</i>	
Extrema pobreza: Entre los derechos humanos y el desarrollo, un umbral mínimo para la dignidad humana	87
<i>Leonardo Castilho</i>	
El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España. Un examen desde el derecho internacional.....	119
<i>Javier Chinchón Álvarez</i>	
El concepto de “minoría religiosa” en el ordenamiento jurídico español	235
<i>Carlos Jiménez Piernas y Björn Arp</i>	
Los (tímidos) aportes del derecho internacional a la construcción del derecho humano al agua	251
<i>Elizabeth Salmón Gárate</i> <i>Pedro Villanueva Bogani</i>	

Derecho internacional de los derechos humanos y práctica jurídica interna

La ejecución interna de la sentencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Ivcher Bronstein*. Una ejecución particular que maximiza la tutela supranacional 289
Joseph Campos Torres

Análisis sobre la interacción entre el orden jurídico nacional y el internacional en la protección de los derechos humanos: el caso de la ejecución de sentencias en México 319
Mónica Castillejos Aragón

Los derechos políticos como derechos humanos. Una aproximación desde la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina 353
Ángel Luis Moia

La Declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz

Estudio preliminar.....431
Carlos Villán Durán y Carmen Rosa Rueda Castañón

Declaración de Luarca sobre el derecho humano a la paz459

Estudios relacionados con el derecho humano a la paz:

El proyecto de Declaración sobre el derecho humano a la paz elaborado en el seno de la UNESCO 477
Carmelo Faleh Pérez

Hacia un derecho humano a la paz internacionalmente reconocido.....511
Jaume Saura Estapa

El derecho al desarme general y completo bajo control internacional 527
Santiago Ripol Carulla

Recensión

Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz. Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana, de Javier Chinchón Álvarez541
Celinda Sanz Velasco

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 45 de su Revista IIDH, correspondiente al primer semestre de 2007, con el que renueva el interés institucional de fomentar la discusión de temas de relevancia para la comunidad internacional de derechos humanos, con miras a seguir encontrando formas novedosas para enfrentar los desafíos que en esta materia supone el actual contexto regional e internacional, apuntando a que todas y todos los actores tengan una comprensión profunda de factores históricos y de elementos nuevos en el panorama de los derechos humanos de las Américas y en el mundo globalizado. En su labor hemisférica, el IIDH ha demostrado que la cultura de derechos es la mejor herramienta para erradicar el odio en la sociedad y, junto a la educación para vivir en democracia, es verdadera acción de lucha por un mundo más justo y más libre. Los aportes académicos de la Revista IIDH hacen parte de estos esfuerzos.

Esta entrega de la Revista IIDH está dividida en tres secciones. La primera recoge seis artículos de diversa temática. Los primeros son aportes de dos abogadas colombianas, Ximena Andión Ibáñez y Juliana Cano Nieto, quienes analizan desde el sistema interamericano de protección de los derechos humanos dos temas centrales: derechos humanos de las mujeres y derechos económicos sociales y culturales (DESC). Andión revisa el derecho de las mujeres a una vida sin violencia desde la perspectiva del sistema interamericano, estudiando los casos individuales, a modo de verificar progresos y desafíos en este campo temático. Cano aborda los DESC de una manera novedosa: desde las medidas provisionales y cautelares. Les sigue el trabajo de Leonardo Castilho (Brasil), especialista en desarrollo internacional, quien analiza el problema de la pobreza extrema desde el punto de vista de los derechos humanos y el desarrollo. Siguen dos estudios jurídicos desde el derecho interno español, a la luz del derecho internacional. Javier Chinchón Álvarez se pregunta a partir del proyecto de ley de memoria histórica por persecución y violencia durante la época de la guerra civil y la dictadura, lo que debió y debe hacer el Estado español, para lo cual considera las experiencias latinoamericanas. Carlos Jiménez Piernas y Björn Arp nos proponen reflexionar sobre el concepto de minoría religiosa, analizando el fenómeno religioso tanto en el orden jurídico español como en el derecho internacional a modo

de establecer las consecuencias que al respecto ha tenido la integración del mismo en el derecho interno español. La sección cierra con una invitación a pensar sobre el derecho humano al agua, desde los aportes del derecho internacional, estudio realizado por los abogados peruanos Elizabeth Salmón Gárate y Pedro Villanueva Bogan.

La segunda sección, *Derecho internacional de los derechos humanos y práctica jurídica interna*, recoge tres trabajos académicos presentados por participantes del XXIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 18 al 29 de julio de 2005), dedicado al tema *Democracia, derechos políticos y participación ciudadana*. Joseph Campos Torres (Perú) aborda el tema de la ejecución interna de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ivcher Bronstein. Mónica Castillejos Aragón (México) analiza la ejecución de sentencias en su país, a la luz de la interacción del orden jurídico nacional y el internacional de protección de los derechos humanos. Ángel Luis Moia (Argentina) nos ofrece un estudio de los derechos políticos como derechos humanos, desde la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de la República Argentina.

La última sección está dedicada a una serie de estudios relativos al derecho humano a la paz, en atención a los esfuerzos de la Asociación Española para el Desarrollo y Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIH) tendientes a la redacción de un proyecto de declaración universal de este derecho. Cuenta con un estudio preliminar sobre la Declaración de Luarca (además del texto completo de la misma) preparado por Carlos Villán Durán, Presidente de AEDIH, y Carmen Rosa Rueda Castañón, Directora Ejecutiva de dicha asociación, así como estudios relativos al tema de varios expertos españoles.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

**Derecho internacional
de los derechos humanos y
práctica jurídica interna**

Los derechos políticos como derechos humanos. Una aproximación desde la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina

Ángel Luis Moia*

Introducción

“Hay que aprender cosas útiles más bien que cosas admirables”.

San Agustín.

“La Convención- tiene como propósito consolidar un régimen de respeto por los derechos esenciales del hombre, estableciendo garantías para las personas y no para beneficio de los estados contratantes; en este sentido, la Corte Interamericana dispuso que ‘los Estados (...) asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’”.

CS, 27/9/01; Alianza Frente para la Unidad
s/oficialización listas de candidatos.

“Que el sufragio universal hace a la substancia del Estado constitucional contemporáneo. Todo otro sistema electoral niega la igualdad de los ciudadanos y, a diferencia del sufragio restringido, que clausura el acceso al poder al pueblo, su función es hacer posible el gobierno del pueblo o de una de sus mayorías, aproximando el ideal democrático a la realidad de la vida”.

CS; 9/4/02; Mignone, Emilio F.

El estudio de los derechos políticos como derechos humanos en la XXIII edición del Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos,

* Abogado en ejercicio de la profesión en la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos, República Argentina. Profesor de Derecho Civil en la Carrera de Abogacía en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe) y en la Universidad Católica Argentina (Paraná.) Profesor de Introducción al Derecho en la Carrera de Abogacía de la Universidad Católica Argentina (Paraná) y en la Carrera de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la misma casa de estudios, de las asignaturas Introducción al Derecho y Teoría y Derecho Constitucional.

ha sido un detonante de grandes inquietudes. Precisamente en estos momentos en que nuestra América enfrenta distintos procesos electorales y replanteos en torno a los derechos humanos, y que los derechos denominados Civiles han tenido un vasto reconocimiento, nos cuestionamos por esta especie en particular.

Generalmente considerados como deberes, vistos desde la óptica de las instituciones más que desde la persona, aspiramos a estudiar la realidad concreta de nuestro país, destacando una fuente concreta de análisis: la jurisprudencia de la Corte Suprema. Como intérprete último de la Constitución Nacional, su palabra sintetiza en gran medida el estado de la situación. Concomitantemente, buscamos presentar al lector una contextualización, no solo normativa sino también sobre la visión política que inspirara el modelo constitucional, hoy en replanteo. Respetando los límites del presente trabajo, presentamos en un anexo una sumaria descripción del cambio que se ha dado en el régimen de fuentes del derecho local, derivado de la expansión interna del sistema de derechos humanos.

Campea en el desarrollo de la presente investigación la convicción de que el derecho no se agota en la pálida y estéril descripción de normas jurídicas. Por el contrario, el derecho entendido como experiencia, como vivencia que tan acabadamente graficara Cueto Rúa citando a Pound al oponer el derecho abstracto (*Law in the books*), de la otra dimensión más dinámica y esencialmente vital, el derecho en acción (*Law in action*)¹, obliga a un estudio integrador que refleje el estado real de la situación y permita al operador del derecho su desempeño en la solución de conflictos y la concreción de la justicia. En esta búsqueda hemos tomado el derecho de voto como criterio de análisis

El campo de los derechos humanos, exige del operador una constante predisposición al cambio, y que ese cambio tenga un norte concreto, la plena vigencia de los derechos que estas convenciones proponen. Como dijera el profesor Roberto Garretón en su intervención en el Curso Interdisciplinario, conocer el estado de los derechos no puede llamarnos al conformismo, sino tomarlo como punto de partida para perfeccionarlo.

Por ello nos proponemos con el presente trabajo:

¹ Cf. Cueto Rúa, Julio César, *Una visión realista del Derecho. Los jueces y los abogados*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000. Pág. 14.

- Conocer el estado de situación sobre los derechos políticos en la normativa Argentina.
- Buscar una fundamentación material de los derechos políticos como derechos humanos.
- Ponderar las vinculaciones entre los derechos políticos como derechos humanos y la Democracia.
- Valorar la vigencia de la CADH en la materia de derechos políticos en Argentina.
- Construir una explicación histórica e interdisciplinaria al modelo constitucional previo a la reforma de 1994.
- Comparar ambos paradigmas.
- Comparar las soluciones jurisprudenciales locales en torno a los derechos políticos con las dadas por la Corte Interamericana.
- Valorar críticamente estas soluciones.
- Compartir y difundir en las instituciones educativas en las que intervengo los resultados.

Esperamos con este trabajo, generar una contribución que apoye la difusión de los derechos humanos, y que llame a la reflexión en torno a los derechos políticos, llave de la participación ciudadana y de la solución de varios de los problemas de nuestras democracias latinoamericanas. En este contexto de apatía política, valorar estos derechos es un principio para rescatarlos y hacerlos valer.

1. Los derechos humanos y el fenómeno político

A pesar de que entre algunos de los remotos antecedentes estudiados sobre los derechos humanos se hace mención a fenómenos de origen político (v.gr. la Democracia o la posibilidad del ciudadano de participar en las decisiones públicas)², no consideramos que se pueda hablar de su existencia como tal en aquellos lejanos tiempos. Hubo sí algunos planteos que giraban en torno a ciertos conceptos políticos, pero no reunían caracteres que permitieran hablar aún de derechos de toda persona. Quizás de derechos subjetivos, pero entendidos

² Cf. Picado Sotela, Sonia. "Democracia, derechos políticos y derechos humanos", ponencia en el XXIII Curso interdisciplinario de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 19/7/05.

como atribuciones particulares, a ciertos individuos³ por su calidad o status. Contrariamente, los derechos denominados civiles, tuvieron un reconocimiento más general y progresivo.

La materialización de los derechos políticos como derechos humanos es una tarea de reciente data, a pesar de integrar lo que, pedagógicamente se ha denominado *primera generación de derechos*. Es que el enunciado propio de estos, referido a *toda persona* (no podría ser de otro modo atento a sus fundamentos), no ha tenido real correlato⁴. Decimos de reciente data, pero que como todos los derechos humanos, requiere una constante toma de conciencia y actualización en el combate por su vigencia.

1.1 El contenido de estos derechos

Afirma con razón Dalla Vía⁵ que los derechos políticos conforman una categoría no siempre concisa que debe definirse por la enumeración de los supuestos comprendidos. Es entonces que la tarea de abordar los derechos políticos desde la óptica de la situación de un país concreto, nos emplace inicialmente a precisar conceptualmente el campo en el que vamos a trabajar.

Tomaremos como parámetro guía la circunscripción conceptual de la CADH⁶, que al considerar este tipo de derechos establece:

Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

³ Cruz Parceró, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo*. Fontamara, México, 1999.

⁴ Tómese como ejemplo que durante mucho tiempo, la referencia a la injerencia en los asuntos públicos se ceñía a determinados sectores con prescindencia de otros, sea por razones de educación, sexo o ingresos.

⁵ Dalla Vía, Alberto R. “Derechos políticos y garantías constitucionales”, en Albanese, Susana *et al*, *Derecho Constitucional*. Universidad, Buenos Aires, 2004; pág. 87.

⁶ Ampara también estos derechos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 21, 22, 25 y concordantes.

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

La referencia a este artículo no significa que se excluya el resto de la CADH. De hecho, es una realidad de los derechos humanos su articulación integral. No puede hablarse de derechos políticos sin considerar, por ejemplo, el principio de igualdad ante la ley que reconoce el Art. 24 de la misma. Siendo así, debe hacerse una lectura integradora, que parta desde aquí, pero que integre el resto del plexo de derechos humanos.

A partir de aquí nos interrogaremos sobre el por qué puede hablarse de estos derechos como un fenómeno unitario, y de qué manera en la Argentina dos de estos han sido establecido en los textos positivos.

En lo central del presente análisis, buscaremos integrar la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación sobre estos derechos con aquella de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nutridos por el marco hasta ahora desarrollado, trataremos de evaluar si el camino andado evidencia la consideración de estos derechos como humanos o no, buscando una lectura de la labor jurisprudencial local a la luz de la CADH y su interpretación por la Corte Interamericana.

1.2 Los derechos políticos en el campo de los derechos humanos

La identificación de los derechos puede intentarse a partir del reconocimiento que han hecho ciertos instrumentos internacionales. Esta empresa no ofrece mayores dificultades en esta materia en cuanto ha sido objeto de diversos tratados a distintos niveles. Sin perjuicio de ello, intentaremos cifrar sus datos caracterizadores, su materialidad, al margen de su localización formal.

a) La política como quehacer esencialmente humano y su relación con el derecho

En esta línea de análisis, podemos preguntarnos si los denominados derechos políticos integran ese núcleo de caracteres que hacen ontológicamente a la humanidad y que ganan por ello el rótulo de humanos. Repetimos las palabras de Massini Correas en torno a la fundamentación de este tipo de derechos. Enseña el maestro mendocino que “sea por su referencia al estatuto óntico del hombre, como por su vínculo con su perfección o actualización, es indudable que cuando se habla de derechos humanos se quiere significar que su raíz, título o fundamento se encuentra radicalmente en el carácter humano de sus titulares y en las principales dimensiones del perfeccionamiento de esa humanidad; o bien podemos decirlo de otro modo, en ciertas situaciones, estados o agrupaciones que aparecen como indispensables para el desarrollo acabado de los rasgos básicos del modo de ser humano”⁷.

b) El concepto de la política

De este modo, asumiendo que existe una relación ontológica entre el sujeto de derecho, la persona misma y estos derechos, debemos orientar nuestra mirada sobre la acción política. Posicionarnos en esta cuestión es intentar recorrer uno de los planteos fundamentales de la Ciencia Política, lo que excedería los márgenes del presente estudio, por lo que intentaremos formular un planteo liminar que nos ilustre sobre la importancia de estos derechos.

Resulta complejo escrutar el sentido de esta expresión en nuestra lengua, ya que resulta un término polisémico a diferencia de otros idiomas que poseen precisos términos para distinguirla⁸. Inclusive el diccionario decano de nuestra lengua resulta circular al conceptuarla relacionando el término con las cosas del gobierno.

Intentaremos pues, bucear en los orígenes de su empleo para orientarnos. Históricamente se puso de manifiesto la consustancial unidad de lo político con lo humano. Ya Aristóteles había sindicado

⁷ Massini Correas. Carlos I. *Filosofía del Derecho I. El derecho y los Derechos Humanos*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2001, pág. 87. Para ampliar este planteo, puede consultarse del mismo autor su obra *Los Derechos Humanos en el pensamiento actual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, en particular Caps. V y VI.

⁸ Sobre el particular cf. voz política en VV. AA. *Diccionario Electoral*. IIDH, San José, 2000.

la nota de político (πολιτικός) del hombre como su carácter distintivo del resto de las criaturas. Éramos el *zoón politikon*, el animal capaz de relacionarse con los demás, teniendo conciencia de sí. Consecuentemente, resulta inescindible esta condición con la existencia y contribución a una comunidad. Por ello es que los romanos tomarán este concepto y lo armonizarán con la *res publica*, el compromiso con las cuestiones que atañen al conjunto de los ciudadanos y que se proyectan en el bienestar general. Esta noción generó la imagen virtuosa de quien se encargaba de la realización de las tareas que beneficiaban al todo social, que buscaban el bienestar general.

El paso del tiempo y la consolidación del Estado como entidad harán migrar el sentido de lo político hacia esa institución, desdibujando la centralidad de la persona. Ya no se trata de una tendencia propia de la persona, sino de una construcción artificial que se justifica por su arbitrariedad. ¿Será entonces que lo político hará referencia a las instancias de poder dentro del Estado y más específicamente, en algunas versiones, al poder coactivo?⁹

Como puede verse, entre ambos extremos –la persona misma y el Estado– parece haber un abismo. Inclusive algunos teóricos lo han planteado como una dicotomía irreconciliable a lo largo de la historia¹⁰. Más consideramos que no existe tal contraposición en tanto y en cuanto el Estado existe en función de esa calidad ontológica de la persona, como articulador de esa convivencia social y gestor del Bien Común Político. En este sentido, resulta significativo que la CADH al correlacionar los derechos y deberes de las personas, en su Art. 32, hable de “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Estas dos coordenadas, la esencia social de la persona y la necesidad de ser considerado y participar en la gestión de las cosas de todos, o sea, de la administración de los asuntos de la comunidad, nos acercan más aún a un sustento concreto del fenómeno político dentro de los llamados derechos humanos.

⁹ Sobre este proceso se recomienda la consulta de Castaño, Raúl Sergio, *Defensa de la política*. Ábaco, Buenos Aires, 2003; caps. I y VII.

¹⁰ Para una descripción de este proceso cf. Bobbio Norberto y Bovero, Michelangelo. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

c) El Bien Común como orientador de la política

Podemos legítimamente plantearnos entonces, ¿qué es ese Bien Común que justifica y sustenta el orden político y evidencia que este tipo de obrar es propiamente humano?

No resulta novedoso afirmar que este concepto ha sido definido de diversas maneras, las más de las veces partiendo desde una óptica ideológica¹¹. Sin embargo, en consonancia con la línea de trabajo que venimos desarrollando en la justificación de los derechos políticos como partícipes de esa nota connatural con la persona humana, diremos que es “el bien humano del que podemos participar todos y cada uno de nosotros (miembros de la comunidad política) en toda la medida del poder respectivo, y con el apoyo y la ayuda de los demás miembros”¹².

Es pues que la política, ahora empleada como gestión de la cosa común no puede apartarse de ese bien del que pueden participar todos y cada uno de los miembros de la comunidad, so pena de convertirse en un egoísta objetivo que desnaturaliza la propia esencia de lo comunitario. Si esto fuera así, carecería de sentido reconocer la existencia de un derecho a obtener las propias y singulares apetencias en un rango de preeminencia con respecto al resto. Por el contrario los denominados derechos políticos como especie plasman la necesaria participación de la persona en aquello que atañe al todo y a sí mismo. La descomposición de este concepto engendra un ámbito de corrupción, en sentido propio¹³. Dentro de este esquema, adquiere singular relevancia el modo de acceso del titular de este derecho a esas instancias.

No puede confundirse este concepto con el del ámbito público, como alguna vez se ha hecho, precisamente porque la existencia y preeminencia de lo público finca en la presencia preponderante (sin que esto excluya al ámbito de lo privado de su órbita), del Bien Común. De otra manera, carecería de sentido la expresión supra referida de la CADH sobre el Bien Común como contracara del reconocimiento de los derechos individuales. A mayor abundamiento, se confundiría con lo que en el mismo dispositivo convencional se denomina “derechos

¹¹ Cfr. Messner, Joannes, *La cuestión social*. Rialp, Madrid, 1960.

¹² Soaje Ramos, Guido, “Sobre la politicidad del derecho” en Calderón Bouchet, Rubén (Dir.), *Boletín de Estudios Políticos*. Universidad Nacional de Cuyo. Escuela de Estudios Políticos y Sociales N° 9, 1958.

¹³ Según el diccionario de la R.A.E. “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”.

de los demás” o “por la seguridad de todos”. A *fortiori* estamos en presencia de elementos distintos, ganando cada uno de ellos en autonomía conceptual, de ahí que no pueda entenderse como una simple sumatoria de bienes individuales, ya que lo mimetizaría con el resto de los conceptos allí enunciados.

d) La politicidad del derecho y la juridicidad de la política¹⁴

Siguiendo esta línea de razonamiento, hallaremos que existe una íntima relación entre la política (considerada en sí misma) y el derecho como ordenamiento.

El derecho, como ordenamiento social justo¹⁵ se halla ordenado por un plexo valorativo. Plexo que se orienta esencialmente por la justicia que ordena dar a cada uno lo suyo y que presupone la existencia comunitaria, ya que de otro modo carecería de sentido regular la conducta exterior de la persona¹⁶.

Estudiándolo en sí mismo, podemos afirmar que el derecho presenta una serie de causas, en sentido aristotélico. Según las categorías de análisis del estagirita¹⁷ podemos reconocer una causa material, o sea la conducta; una formal, o sea la Justicia; una causa ejemplar, o sea las normas y por último una causa final que aquella que atrae y ordena al agente, el Bien Común. Si no se tuviera esta meta, el derecho se vaciaría de contenido general, trocando por una imposición de una parcialidad al resto.

En cuanto a la política, resulta evidente que la misma tiene un fin concurrente con el derecho. En efecto el Bien Común en sí es el que justifica la existencia de la misma. Estos puntos comunes cimientan la frase con la que titulamos este apartad

¹⁴ Soaje Ramos, Guido, “Sobre la politicidad...”, op. cit.; Castaño, Sergio R. “Notas sobre la politicidad del derecho y sobre la necesidad de la enseñanza del Ciencia Política en la carrera de Derecho” en Muguillo, Roberto, *Revista Jurídica de Mar del Plata* N° 1, 2002; pág. 197.

¹⁵ Llambías, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tl.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

¹⁶ Massini Correas, Carlos, *Filosofía del Derecho...*, op. cit; pp. 34/39; García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa, México, 1970; pp. 15/22.

¹⁷ Vigo, Rodolfo Luis, *Las causas del Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.

1.3 Los denominados derechos políticos y su vinculación con la democracia

Ahora bien, luego de estos breves planteos introductorios podemos concluir que resulta una cuestión inherente de toda persona su contribución con la suerte de la comunidad política en la que vive. Las vicisitudes de la gestión común no le son ajenas, a la vez que por su sola presencia y naturaleza está llamado a participar. En ejercicio de su libertad puede decidir si hacerlo o no.

Sobre estas premisas debemos plantear un interrogante concordante. ¿Resulta indiferente el sistema político vigente? La respuesta negativa se impone.

Inicialmente podemos recurrir a los instrumentos que han tratado la materia para analizar la respuesta positiva. En la CADH expresamente se hace referencia a un sistema político concreto: la democracia. Su preámbulo expone entre los fines de la misma la consolidación de las instituciones democrática. Además, puntualmente al establecer el contrapeso para los derechos individuales, el ya citado Art. 32 enmarca la posibilidad de restringirlos a una sociedad democrática, a la vez que todos los documentos sobre la materia ponen el acento en este sistema, llegando a materializarse uno específico sobre él, la Carta Democrática Interamericana. En ella expresamente se manifiesta el derecho de los pueblos a ella.

Esta identificación no resulta caprichosa, en particular desde la óptica de los derechos políticos. Con razón se ha dicho tratando de perfilarla que:

La democracia moderna no sólo es, entonces, el gobierno del pueblo expresado a través de la mayoría de entre los iguales, sino que es el gobierno del pueblo, asumida como sociedad de personas humanas con derechos básicos inalienables, expresado por una mayoría de entre los iguales y con el límite fijado por el respeto a esos derechos. En el gobierno democrático, el pueblo en general, la sociedad que vive en ese territorio, tanto la mayoría como la minoría, deben de mantener como consecuencia de su aplicación, esa condición que no es posible alterar con normas que conviertan en inferiores a un grupo y en superiores a los demás. La igualdad no sólo debe estar presente en el momento en que se adopta una decisión, sino que en la democracia esa igualdad debe ser una vocación permanente¹⁸.

¹⁸ “Voz democracia” en VV. AA., *Diccionario Electoral*. IIDH, San José, 2000.

Existe pues, una compatibilidad natural entre este sistema y la generalidad de los derechos humanos, pudiendo afirmar sin hesitaciones que en sí misma la democracia es el sistema que mejor los garantiza. Es que resulta imposible que una verdadera democracia, y remarcamos esta característica ya que hay una pronunciada tendencia a abusar de esta palabra, no reconozca estos derechos fundamentales. Ontológicamente, si no se respetan y garantizan los derechos esenciales de la persona, inherentes a ella, el sistema perdería su esencia. ¿Cómo se atendería a la inalienabilidad de estos si se los desconoce? Ni aún la fundante regla mayoritaria del sistema podría dejarlos de lado, so peligro de convertirse en una tiranía de la mayoría. Una vez más lo afirmamos, los derechos humanos no dependen de un consenso transitorio, son en sí mismos como una exigencia ética insustituible¹⁹.

No resulta óbice para ello que, a diferencia del resto de los derechos humanos, que no todos las personas de una nación gocen efectivamente de ellos. Estos derechos, ha sostenido la Corte Interamericana, no son absolutos, y pueden ser reglamentados. Con claridad indica el apartado final que estos derechos pueden ser reglamentados estableciendo determinadas vedas. Pero estas restricciones no pueden responder a criterios caprichosos, sino que deben ser razonables²⁰. Así establece una cantidad de criterios: edad, salud mental, nacionalidad, etc., que *a priori*, resultan atendibles, pero que deben ser analizadas en cada caso puntual. Esto no reputa un acto discriminatorio sino una limitación originada en las necesidades de la conformación del cuerpo electoral.

En particular los derechos políticos tienen aristas consustanciales con la democracia. Amén de la íntima relación que existe entre todos los derechos humanos y el Estado como institución, éstos son una pieza clave en su configuración. Su articulación tiene una gravitante incidencia en el desenvolvimiento de la gestión del poder, sirviendo a su vez como reaseguro del resto de los derechos. La posibilidad de intervenir en la iniciativa de leyes o de ser consultados sobre ciertas medidas, admiten un permanente y decisivo control. Concomitantemente representan un reaseguro del mismo sistema democrático ya que su positivo y libre ejercicio consolida la formación ciudadana, solo alimentable con concretas y reales medidas. La política, como realidad sustancial, no proviene de contenidos teóricos, se vive y genera vida. Por ello se ha

¹⁹ Fernández, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Debate, Madrid, 1984.

²⁰ AEG, Art. 24 CADH y en especial CIDH, 23/6/05, caso Yatama, cons. 185, 195 y concordantes.

preferido, más que de un sistema político, hablar de un estilo de vida democrático. No sólo en la formalidad, sino transversalmente en todas las áreas del quehacer humano. Pero nada de eso sería posible sin que el mandato de la cosa común descansa sobre todos, con igual rango de posibilidades de participación. Tomemos como ejemplo el reciente proceso boliviano donde un principio de cambio democratizante se cristalizó a partir de una herramienta tan valiosa como estos derechos.

En síntesis, en un régimen democrático está garantizado el respeto a los derechos humanos, ahora en aquellos en los que no existe democracia, su violación es la que se encuentra garantizada.

Por otra parte, entre aquellos que han sido reconocidos como tales, y que hemos enumerado supra tomando como medida a la CADH, existe un fino equilibrio. No se puede hablar de respeto sólo a alguno de ellos, ya que el desconocimiento de alguno empaña la vigencia de otros. Por tomar un caso, no puede considerarse que la realización de prístinas elecciones, con voto igual, secreto y universal, según exige la Convención, sea suficiente para hablar de su respeto. Pensemos, recurriendo a casos concretos, que haya exclusiones disimuladas, por ejemplo por cuestiones de sexo, impidiendo la participación igualitaria en el menú de ofertas electorales²¹. O en el mismo caso, pero con un escenario de partidos concurrentes con una estructura que no condiga con los valores democráticos o que sus prácticas electivas no lo sea. No podría uno contentarse con agotar la democracia y los derechos que estamos tratando en una formalidad en torno a una urna. Como dijera Álvaro Artiga²² en su intervención en el último Curso Interdisciplinario, no es posible disociar prácticas antidemocráticas particulares de los participantes de una práctica democrática general. De otra manera se estaría *blanqueando* con la segunda la primera.

Sirva este caso como muestra del delicado equilibrio y de la gran complejidad que estos derechos poseen. Lejos de significar una llamada al desaliento, esperamos que sea un jalón para la toma de conciencia de la globalidad del tema y una llamada a la acción en el sentido de

²¹ CIDH, Informe N° 102/99; caso 11.307, María Merciadri de Morini; Argentina, 27 de septiembre de 1999.

²² Artiga-González, Álvaro, “Democratización de los partidos políticos. Retos y desafíos en el ámbito regional”, ponencia en el XXIII Curso interdisciplinario de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 26/7/05. Igualmente cf. Freidenberg, Flavia, “Abriendo la caja negra. Reforma partidista y dilemas democráticos en América Latina”, ponencia en el XXIII Curso interdisciplinario de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 26/7/05.

hacer realidad su vigencia, sin retaceos ni soluciones “parche” que tranquilicen las conciencias, aún las sabedoras del gran camino que falta recorrer.

2. Los derechos humanos en el sistema interno argentino

La Argentina no ha sido ajena al proceso de internacionalización de los derechos humanos. Más allá de que ya existían derechos de este tipo reconocidos internamente, la última reforma constitucional reorganizó el sistema de fuentes del derecho, incorporando con rango constitucional ciertos tratados de derechos humanos²³. El hecho de que nuestro constituyente haya particularizado la materia que puede tener acceso al máximo rango dentro del ordenamiento no es un dato menor.

En el seno de la Convención Constituyente se manifestó con claridad que: “Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, *erga omnes* y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional”²⁴. Este nuevo parámetro constituye un prisma desde el que debe releerse todo el sistema jurídico, desplazando por inconstitucionalidad sobreviviente aquellas normas que se encuentren reñidas con el plexo de Derechos Fundamentales.

A partir de aquí se han forjado aún pautas interpretativas que buscan superar desinteligencias internas del sistema. No ya pautas formales de lógica, sino parámetros que aprecian materialmente las normas en juego, orientadas por esta tan particular materia de los derechos esenciales de la persona. Un ejemplo es considerar la primacía de la norma más favorable a la persona, sea que provenga de la Constitución o de un tratado²⁵. Lo que comenzó siendo un simple cambio de piezas

²³ Este tema en particular, de singular interés pero ajeno al planteo troncal del trabajo ha sido tratado como anexo I del presente.

²⁴ De la presentación del Convencional Cafiero del despacho mayoritario en la Convención Constituyente de 1994 en torno a la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. *Diario de Sesiones*, pág. 2,831.

²⁵ Albanese, Susana, “La primacía de la cláusula más favorable a las personas”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1996-C-518.

normativas ha devenido una verdadera revolución que va reorientando el ordenamiento.

2.1 La importancia de la labor pretoriana

Esta titánica tarea de resignificar los derechos desde una perspectiva de derechos humanos, analizando las distintas respuestas anteriores a fin de adecuarlas a la protección esencial de la persona humana tiene como actor privilegiado al Juez.

Este actor no ha desempeñado el mismo papel a lo largo del tiempo. Claramente podemos distinguir diferentes concepciones que se han desenvuelto hasta el presente. Significativamente la inveterada frase de la Corte Suprema Nacional de que la sentencia debía ser derivación lógica y razonada de la ley, fue cambiando hasta enunciarse requiriendo que sea una derivación lógica y razonada *del derecho vigente*.

La figura del juez, no es indiferente al paradigma de derecho sobre el cual trabaja. Antes bien, se confunde con él. Así, los códigos decimonónicos perfilaban una imagen de magistrado, la que podemos denominar “boca de la ley”, mientras que el actual momento, donde esos cuerpos normativos, siguen existiendo, pero inmersos en una pluralidad que los ha desplazado, otro debería ser el tipo de juez que aplica el derecho. No por una cuestión generacional, sino porque aún la sociedad no aceptaría los mismos procedimientos de resolución de conflictos. La sociedad pide otra cosa de sus jueces.

a) El Juez como boca de la ley y la ignorancia del derecho

Esta expresión nace para resumir la postura no sólo del magistrado, sino del Poder Judicial (que más bien podría llamarse “Servicio de Justicia”) que no debía apartarse de los dictados del representante de la voluntad popular. Un sistema con una acentuada identificación entre la voluntad legislativa y la del pueblo, fundado en una fuerte legitimación primaria en la representación fue el marco para esto, en un momento histórico. Paradójicamente, pasado el tiempo en que se daban los factores para que este juez apareciese, siguió estando presente.

Debido a la fuente de legitimidad que primaba, y a la desconfianza revolucionaria en los jueces heredados de la monarquía, se decidió limitarlos, sujetarlos a los designios del pueblo, que se expresaba por medio de sus representantes. De esta manera, comenzó un sistemático

sometimiento del Judicial al Legislativo. El que inclusive, se arrogó la facultad de expresar la última palabra en cuanto al sentido y alcance de las normas, instaurando la denominada “interpretación auténtica”, que debía ser seguida obligatoriamente.

Aún dentro del propio Poder Judicial, la creación una policía de la jurisprudencia que disciplinara a los Tribunales, como fueron los Tribunales de Casación, y una rígida disciplina interna, terminó de crear un organismo perfecto y armónico, por el que circularía el producto más perfecto de la razón: La Ley. Fruto de la especulación y de la aséptica labor de un legislador racional y por ende no contradictorio, el juez debía concretar la obra codificadora en el caso concreto. Debía cerrar el círculo virtuoso de la codificación que no ofrecía problemas, y que siempre debía dar solución (por aplicación del principio del *non liquet*), aplicando una simple regla de lógica basada en el silogismo. La ley era la premisa mayor, los hechos del caso que se le traía para resolver era la premisa menor y la sentencia la resultante. Nada debía interferir en esa secuela, que solo admitía la presencia de normas, cualquier valoración que desviase al togado en su decisión, era impensable. Todo era seguridad y armonía, no había espacio para errores en el magnífico sistema de la Codificación orientada a la protección de los derechos patrimoniales antes que al respeto de los derechos de la persona. La persona, antes que ser humano, era calificada, no en sí mismo, sino a partir de su posición con respecto a ciertos bienes. Se era propietario o proletario, administrado, contribuyente²⁶.

El juez era un personaje lejano, abocado a la sagrada tarea de escrutar las normas para hallar la que coincidiese con la situación, y de la manera más pura posible, casi sin participar ni entrometerse, resolvía. Sus respuestas debían ser previsibles, ya que aplicaba una norma unívoca, dictada con toda claridad por mandato del pueblo. Si alguna duda lo atacaba, no debía ir más lejos del propio código, el Civil naturalmente, ya que poseía el manual de instrucciones para desenvolverse en el resto del sistema, para hallar la respuesta correcta. Recorría con solvencia los laberintos codificados, tratando de ser fiel al legislador. Primero acudiría a la letra de la ley, asumiendo que era una realidad transparente, casi mágica. Si aún no satisfacía su inquietud, debía volcarse a globalidad del cuerpo. Si aún persistía en su búsqueda, bucearía en la intención de la boca del pueblo al sancionarla. Pero si aún no estaba satisfecho le quedaba la alternativa de emplear el

²⁶ Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales de Derecho Privado*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.

método histórico y desplazarse en el tiempo de las normas para tratar de entender. Eso agotaba sus posibilidades. El Código, con toda su perfección, era la cárcel del intelecto judicial²⁷.

La dogmática, ciencia propia del estudio del derecho, en un momento donde la ciencia prometía ser la panacea de la civilización, debía ser la guía de nuestro magistrado, sin que se distrajese en tontas y ociosas especulaciones filosóficas.

Prácticamente, el juez de estas líneas, no presenta mayores diferencias con una máquina, procesando una materia prima, que no ofrece mayores dificultades. Precisamente, una de las utopías que intentaba el modelo normativista decimonónico era el erradicar los problemas y las dificultades. Se consiguió así, artificialmente, que los problemas no se presentaran, o que si lo hacían fuesen ignorados y se aplicase a la resolución del caso las mismas premisas que al resto.

El juez, cumple en este modelo, la tarea de ser garante de la seguridad jurídica, afianzando las instituciones y regenerando hasta el infinito el propio sistema, sin poder agregarle ni un punto ni una coma²⁸. Antes que buscar una solución justa, estaba avocado al hallazgo de una solución previsible, adecuada a la ley sin más.

b) El juez del control de constitucionalidad y garante de los derechos

Casi paralelamente con la consolidación del modelo descrito en el apartado anterior, al otro lado del océano, se ensayaba una variante que tendrá especial incidencia en nuestro país. En los Estados Unidos, ante un conflicto generado en el seno del gobierno, se asienta la tesis del control de constitucionalidad por parte del Poder Judicial²⁹, controlando a la par la conducta del legislativo. Esta impensada

²⁷ Laurent adoctrinaba: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos”. Citado en Vigo, Rodolfo Luis (h), *Interpretación Jurídica. (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 16.

²⁸ Cf. Rotondi, Mario, *Instituciones de Derecho Privado*. Labor, Barcelona, 1953.

²⁹ Se trataba del caso “Marbury vs. Madison”, del que podemos transcribir como relevante las siguientes líneas “hay solo dos alternativas –demasiado claras como para ser discutidas–: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra el mismo nivel que las leyes,

innovación, abre un capítulo nuevo en la instrumentación del sistema de frenos y contrapesos.

La voluntad de la masa, si bien es el argumento fuerte de legitimidad, se ve limitada por la presencia del juez, que vela por el cumplimiento del pacto de convivencia que significa la Constitución. Estas tremendas facultades, que llamaron poderosamente la atención de un observador atento como fue Alexis de Tocqueville, son el cimiento para una participación real del Poder Judicial en la construcción del Estado de derecho. Se preguntaba el viajante francés, ¿cómo podía ser que un grupo reducido de individuos pudiesen jaquear la decisión de todo un pueblo, expresada por medio de una ley? Puntualmente, esto avizora un carácter propio del Poder Jurisdiccional, funcionando independientemente: su carácter contramayoritario³⁰.

Con caracteres distintivos del anterior modelo, éste intenta formar un cuerpo de jueces, que antes que la realización de la norma superior, se constituyan en garantes de los derechos subjetivos de los ciudadanos, evitando los desmanes de los otros poderes y haga posible la gestión del derecho. “Los gobiernos, generalmente, sólo tienen dos medios para vencer la resistencia opuesta a los gobernantes: la fuerza material que encuentran en sí mismos y la fuerza moral que las sentencias otorgan”³¹.

El rol del juez, excede el de policía de la ley, más bien, reconociendo que la certeza no agota la función judicial, sino que se debe orientar hacia la seguridad, una seguridad que se compatibilice con la justicia y que haga realidad los derechos fundamentales que las Convenciones y la Constitución prometen.

y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca.”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1.803).

30 Este carácter, es analizado en el magnífico estudio de Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; ensaya allí, un inventario de las respuestas que se han ido dando a esta cuestión. Es de particular importancia, la justificación que da al fallo antes mencionado, diciendo que se concebían como presupuesto para la sanción de una Constitución, e informaron a esta sentencia “Primero que las asambleas legislativas necesitaban urgentemente de instituciones y mecanismos que les sirvieran de ‘freno’. Segundo, que los miembros del poder judicial formaban parte de un grupo selecto y fiable, debido a una pluralidad de razones: sus estudios, el modo en que eran electos...” , pág 39.

31 Alexis de Tocqueville, citado por Zannotti, Francesca, “Las modificaciones del Poder Judicial en Italia: de un juez ‘boca de la ley’ a un juez de los derechos”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996-III-808.

Como lo sostuviera hace años la Corte refiriéndose a un caso en el que se hallaba comprometido el derecho a la integridad física y a la vida:

La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia³².

c) El fracaso del sueño de la codificación. El ocaso del juez “boca de la ley”

El modelo dogmático, fundado en la racionalidad derivada de la ley, con algunos matices, fue predominante en occidente, casi sin fisuras, por las ventajas que ofrecía, era rápido, seguro, impedía cualquier apartamiento de la legalidad, y no ofrecía dudas. Pero como se dijo anteriormente, el siglo XIX ha sido la tumba de los dogmas y su acelerada tendencia hacia los cambios, llevó a demostrar las falencias de ese juez que pronto no satisfizo a la sociedad, que cayó en la cuenta que más que seguridad, estaba en presencia de la consagración de un poder sin control, que era capaz de subordinar aún a la misma Constitución que debía ser respetada.

A partir de la segunda posguerra, la cuestión de la Justicia como tema de la agenda social, fue recurrente. La sola invocación a la legalidad, no aseguraba lo justo de las decisiones, pues se había visto que un poder la forma de ley podía contener arbitrariedades como las que originó el régimen nazi. Comenzó un movimiento uniforme de crítica hacia el modelo anterior, que se sustentaba en:

³² Doct. de Fallos citados en los consids. 2° y 4° y Fallos, t. 234, p. 482; t. 241, p. 277 y t. 249, p. 37. CS; 6/11/80; Seguir y Dib; Fallos 302:1,284.

- La falta de valores y la pretendida asepsia de las decisiones judiciales: la misión del juez, como se remarcó era puramente lógica, y jamás se teñía de subjetividades. Ese riesgo aventaba a su vez la posible consideración de una dimensión esencial del derecho, los valores que permiten orientar las decisiones. Además, se descubre la falacia que significaba la pretendida apoliticidad y ausencia de ideologías del sentenciante, ya que se asume que es no es posible en la práctica. Es imposible, concebir un sistema jurídico, que como tal no se oriente hacia la consecución de valores. La negación sistemática de ellos, no es más que su ocultamiento a los demás, pero de manera alguna la resignación a su inexistencia.
- La negación de la significación plural del lenguaje: entrado el siglo veinte, uno de los temas abordados con mayor profundidad, fue el lenguaje. Merced a estos estudios, se descubrió que no existía una univocidad general de los términos, y lo expuso como una trama de textura abierta. Ello, teniendo en cuenta que el operador del derecho trabaja primeramente con la herramienta lingüística, introdujo severas dudas sobre la inocencia de las palabras y sobre supuesta claridad con la que se manejaba el legislador³³.
- La negación del valor de los hechos: propio de un sistema que rendía culto a la ley, los hechos pasaban a un segundo plano, sin ser considerado, sino para hallar el encaje con la norma. La subsunción antes que un método aplicativo, acababa con los hechos que eran determinados por el juez en uno de los actos de mayor discrecionalidad, para determinar así la consecuencia jurídica correspondiente³⁴.

³³ Es de indispensable lectura en este aspecto, la obra de Carrió Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, en especial el capítulo I, donde se explicitan los problemas propios del lenguaje y su relación con el mundo jurídico.

³⁴ Los hechos desempeñan un papel capital en la vida del derecho, son ellos los que convocan a la norma y sobre los que se debe realizar el derecho. Con motivo de la renovada relevancia que se le otorgan, vale la pena recordar las palabras de Cueto Rúa "Es saludable que los jueces y otros funcionarios judiciales, como también los abogados y profesores de derecho (...) obtengan un conocimiento directo de cuanto acaece en el mundo de los acontecimientos humanos, incluido el ámbito particular de los juzgados y de los estudios de los abogados en el ejercicio de las respectivas funciones. Cuando como estudiante graduado me hallaba estudiando Equity, en la Escuela de Derecho de la Southern Methodist University, en Dallas, Texas, Estados Unidos, fui llamado por mi profesor, A. J. Thomas, para exponer en el aula cierto caso y formular un juicio sobre él. Ese era el primer llamado que se me hacía en clase siguiendo la técnica propia del método del caso. El intercambio entre el profesor y el alumno fue más o menos así: 'Profesor Thomas: Julio, por favor ¿puede exponer el caso "John Doe v. John Roe"? Julio: La doctrina del

- El error interpretativo de aplicar la lógica formal al derecho: el propio método interpretativo, imbuido por las ciencias físico-matemáticas, engeguecía con sus promesas de exactitud cartesiana a los jueces. Éstos en busca de un sistema de seguridades, se entregaba a resultados formalmente correctos, pero que dejaban de lado la corrección material de los mismos.
- La cerrada jerarquización de los cuadros judiciales: la codiciada univocidad, requería una disciplina interpretativa que no presentara fisuras³⁵. El conseguir esto, sacrificaba una de las garantías más necesarias del Poder Judicial, cual es su independencia, en su faz interna. Ya que las Cortes uniformadoras hacían prescindentes a los tribunales inferiores; a la vez que ignoraban las particularidades que diferencian a las culturas y los territorios bajo su competencia.
- El rechazo a toda otra fundamentación que no fuese normativa, obviando otros elementos del ordenamiento

Éstas fueron algunas de las causas que demostraron la insuficiencia del modelo decimonónico y que lo condujeron al fracaso, a pesar de que, aunque como paradigma está en retirada, subsisten exponentes aislados.

d) El marco del juez actual

El asedio de la posmodernidad no sólo al individuo, sino al Estado de derecho, hacen que el juez que se presenta como alternativa superadora del fallido modelo iuspositivista-legalista, deba afrontar las embestidas apuntadas anteriormente, sabiéndose guardián de los derechos fundamentales.

2.2 La situación

El marco en el que se desenvuelve el juez hoy, donde las instituciones de la República, incluso el propio Poder Judicial se ven

caso... Profesor Thomas (interrumpiéndome): Olvídense de la doctrina. ¡Deme los hechos del caso!” Cf. Cueto Rúa, Julio César, “Prefacio”, en Piaggi de Vanossi, Ana Isabel (Dir), *Poder Judicial, desarrollo económico y competitividad en la Argentina*. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. XXI; compulsar también, Cueto Rúa, Julio César, *Una visión realista del Derecho. Los Jueces y los Abogados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, en particular el capítulo II.

³⁵ Cf. Dromi, Roberto. *El Poder Judicial*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1984, pp. 44/60.

atacados y deslegitimados, requieren de él un especial compromiso con los valores de la República Democrática, de la que en gran medida es responsable.

Hoy como nunca, el Poder Judicial vive una expansión sin fin, a causa de un proceso de “judicialización” de la sociedad, de la política y de la economía³⁶. Esto acerca a la institución al colapso. Confluyen en este momento diversos procesos que paulatinamente ampliaron el acceso a la justicia de sectores que anteriormente no se hallaban amparados, a la vez que se incorporaron problemáticas consideradas como ajenas a la órbita judicial. Una de las consecuencias de la democratización de la sociedad, es el aumento de requerimientos al Estado, que no siempre son oídos por el gobierno, lo que genera una alternativa en el Palacio de Justicia. Así, los pedidos insatisfechos se guarecen en los Tribunales, en la espera de que se analice si procede atenderlos a pesar del rechazo de los otros poderes. No es menos cierto, que el ciudadano acude al los jueces, no porque los considere como un bastión de legitimidad, pues ellos también están en la picota de los cuestionamientos, sino porque acudir a ellos es lo último que le queda³⁷.

Alienta, de alguna manera este proceso de ocupación del Estado por la justicia, el hecho que el ciudadano ve que las inmunidades caen, y aquellos que detentaron el poder, caen detenidos. Es una pequeña medida de Justicia, de sujeción de todos a la ley que despierta esperanzas y hacen excusar las sospechas que pesan sobre los togados.

Este aglutinamiento a las puertas del Palacio de Justicia, deja ver también una profunda crisis, que significa la debilidad del Estado frente al mercado, y la del ciudadano de la democracia³⁸.

El sueño de la democracia directa, se presenta como ilusión y como riego, dando cabida a otros actores sociales que hacen las veces de jueces, juzgan y condenan, sin la menor garantía e influyen en la sociedad convenciendo de la inocencia o culpabilidad dirimida ante las

³⁶ Valga el ejemplo de la historia reciente, como es el aluvión de amparos presentados en la Justicia Federal de todo el país, con el fin de que el Poder Judicial haga retornar la razón a las medidas del gobierno. Le pedimos al poder judicial que solucione los problemas del medio ambiente, evite la suba de los precios, evite la quiebra de nuestro equipo de fútbol y salve a la Democracia.

³⁷ Prueba de ello, es la constante agitación contra la Corte Suprema, y el desprestigio que causa el constante vituperio hacia los magistrados, que ilustran diariamente los periódicos.

³⁸ Cf. Garapon, Antoine. *I custodi dei diritti. Giustizia e Democrazia*. Feltrinelli, Milán, 1996, pág. 15.

propias cámaras, o entre página y página de los diarios. De esta manera, el ciudadano se siente partícipe, socavando la presencia y legitimidad del Judiciario.

2.3 Un caso testigo del redimensionamiento del sistema en clave de derechos humanos.

El caso Simón

Dice el saber popular que para muestra basta un botón. Este proceso al que nos referíamos líneas atrás en un sentido general ha tenido concretas y profundas proyecciones en la vida nacional. Dentro de esta labor jurisprudencial, consideramos un hito en materia de derechos humanos en nuestro país la reciente resolución de la causa “Simón, Julio H. Y otros”³⁹, dictada el 14 de junio de 2005. Si bien no pertenece estrictamente al campo de los derechos políticos, es un jalón de singular importancia en la lucha por la vigencia general de los Derechos de la persona, que abre un camino sobre el cual no habrá, esperamos, marcha atrás.

a) Un estado de hecho. La seguridad jurídica y las nuevas posibilidades.

Uno de los puntos sobresalientes de este caso, que lo hace alentador en cuanto a las perspectivas de reinterpretación global es el hecho que constituye un violento cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Un cambio que no se dio aisladamente sino que fue el corolario de un movimiento general de los magistrados en pos de la vigencia efectiva de los Pactos de derechos humanos.

El caso versa sobre la validez de una serie de leyes dictadas a principios del gobierno de Raúl Alfonsín imponiendo cortapisas a la persecución penal de las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el último gobierno militar. En sendas ocasiones la Corte Nacional había declarado la constitucionalidad de estas normas⁴⁰.

³⁹ Jurisprudencia Argentina, Tomo IV del año 2005, pág. 378 (JA 2005-IV-378).

⁴⁰ Sirva como ejemplo CS.,22/06/87, Camps, Ramón Juan Alberto y otros; Fallos 310:1162, donde se sostuvo que “la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes. Esto es especialmente así cuando el Congreso de la Nación ejerce su elevada facultad de lograr la coordinación necesaria entre los distintos intereses, de modo que prevalezca el de la comunidad toda (causa R. 401. XX. ‘Rolón Zappa, Víctor Francisco s/jubilación’, fallada el

A pesar de ello, este año la Corte Suprema, ha re evaluado su decisión con fundamento en el plexo fundamental de derechos humanos. Afirmando la preeminencia de los Pacto internacionales de derechos humanos y la imprescriptibilidad de delitos contra los Derechos Fundamentales.

30 de setiembre de 1986). Cabe así recordar que no incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las decisiones de los otros poderes del Estado (Fallos: 251:21, 53; 293:163; 303:1029), sino que, antes bien, es misión de los jueces, en cumplimiento de su ministerio, como órganos de aplicación del derecho, coadyuvar en la legítima gestión de aquéllos (confr. Fallos: 245:351; 255:330; disidencias de los Jueces Caballero y Belluscio en la causa S. 32. XXI. 'Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María s/inconstitucionalidad del Art. 64 de la ley 2393' fallada el 27 de noviembre de 1986). 12) Que el legislador tiene amplias potestades en cuanto a introducir cambios en las leyes, ya que la modificación de éstas no da lugar a cuestión constitucional alguna, ni existen derechos adquiridos a la simple inalterabilidad de las normas (Fallos: 256:235 ; 259:432; 267:247; 268:228; 275:130; 288:279; 299:93); sin perjuicio de las situaciones que se hubieran creado al amparo de éstas y que puedan merecer la protección constitucional directa, como derecho fundamental. En consecuencia, el Poder Legislativo puede, válidamente, como lo hace el Art. 10 de la ley 23521, establecer la no punición de determinados hechos delictivos, como ocurre precisamente con los delitos para los cuales crea exención de pena en virtud de considerar prevaleciente una condición negativa de punibilidad (por ejemplo, Arts. 185, 232, 279 del Código Penal) fundada en la relación del autor con el hecho. Y esto es así, porque le está atribuido declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer o suprimir penas (Fallos: 11:405; 102:43; 207:261; 211:1670), como consecuencia de la facultad que le otorga la Ley Fundamental de dictar, entre otros, el Código Penal (Art. 67, Inc. 11, de la Constitución Nacional). 13) Que la ley 23521 ha establecido una causa objetiva de exclusión de pena que funciona como excusa absolutoria y aparta toda consideración sobre la culpabilidad de la gente en la comisión de los delitos atribuidos que continúan siendo tales. Esa potestad proviene del Art. 67, Inc. 11, de la Constitución Nacional en relación con el Inc. 28, en cuanto faculta al Congreso de la Nación para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes a fin de poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación. No es entonces admisible el argumento de que la ley sustrae indebidamente de los jueces causas cuyo conocimiento les incumbe, ni tampoco el referente a que desconoce sus decisiones o las altera, habida cuenta de que las facultades citadas del Congreso Nacional tienen, como se señaló, la fuerza suficiente para operar el efecto que la ley persigue, cual es dictar una modificación legislativa de carácter objetivo, que excluya la punición o impida la imputación delictiva de quienes, a la fecha de la comisión de los hechos, tuvieron los grados que señala y cumplieron las funciones que allí se describen. Ello no resulta irrazonable si se atiende a que esta Corte ha declarado que el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni implique un propósito de hostilidad o indebido privilegio; ya que la garantía de la igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, mientras las distinciones que se puedan establecer no traduzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas (Fallos: 298:286; 300:1084, entre otros)".

b) Los argumentos del fallo

Vale pues la pena recordar algunos pasajes de esta señera sentencia que resumen los puntos hasta aquí descriptos.

El voto concurrente destaca la importancia de la pauta orientadora de las decisiones de los tribunales internacionales en la materia de derechos humanos y brega por la aplicación de los instrumentos tuitivos de estos derechos por la judicatura toda. Así se dijo:

Que desde ese momento hasta el presente el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el Art. 75 Inc. 22 CN– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza (...) 15) Que, en efecto, a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 el Estado argentino ha asumido frente al Derecho Internacional, y en especial frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del *sub lite*. 17) Que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Fallos 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas). (...) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales. Por cierto, sería posible encontrar diversos argumentos para distinguir uno y otro caso, pero tales distinciones serían puramente anecdóticas. Así, por ejemplo, la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, “exactamente” iguales a las de Punto Final y Obediencia Debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas

leyes con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de “auto amnistía”. Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes *ad hoc*, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos.

Resulta de interés también analizar la interpretación sobre la posibilidad de incorporar nuevos tratados con rango constitucional y su armonización con el resto del ordenamiento, así como agregar fundamentos al razonamiento ya planteado. En esta dirección se inscribe el profundo voto del Dr. Zaffaroni, quien sostiene:

26) Que se aproxima mucho más al núcleo del problema la posición que funda la legitimidad de la nulidad de las leyes de marras en el Derecho Internacional vigente como derecho interno. Tal como se ha señalado, es claro que las leyes que se pretende anular chocan frontalmente con la ley internacional. Pueden citarse varios textos incorporados a nuestra Constitución en función del Inc. 22 del Art. 75, pero basta con recordar la mencionada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 14/3/2001 en el caso “Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú)”, serie C, n. 75: “Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. La Corte Interamericana considera que “... las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”. (...) Esta jurisprudencia es –sin duda– aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25779, y, conforme a ella, es claro que la eficacia de éstas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23492 y 23521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto

internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme al criterio firmemente asentado respecto del Perú, caso en el que este país, después de serias resistencias, debió allanarse. Tal como también se señaló, no vale para el caso argumentar sobre la base de que la Convención Americana no estaba vigente al momento de los crímenes a cuyo juzgamiento obstan las leyes 23492 y 23521. Cualquiera sea el *nomen iuris* y la verdadera naturaleza jurídica de estas leyes, lo cierto es que el principio de legalidad penal es amplio, pero no ampara la eventual posibilidad de que el agente de un delito sea amnistiado o beneficiado con cualquier otra cancelación de tipicidad o impedimento de procedibilidad en alguna ley sancionada en el futuro. Lo cierto es que la Convención Americana fue ratificada en 1984, y en el mismo año se reconoció la competencia plena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir que la sanción de esas leyes es claramente posterior a la ratificación de la Convención, y, por ende, cualquiera sea el juicio que éstas merezcan, de conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, son actos prohibidos por la Convención. El ilícito internacional –del que sólo puede ser responsable el Estado argentino– lo constituyen las leyes sancionadas con posterioridad a esa ratificación. 27) Que la ley 25778, sancionada simultáneamente con la 25779, ambas publicadas en el B.O. del 3/9/2003, otorga “jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26/11/1968 y aprobada por la ley 24584. Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa “Arancibia Clavel” ya citada, no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del Derecho Internacional Público consuetudinario; siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley, y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal. Se argumentó en el debate parlamentario que sería contradictorio que el Congreso Nacional otorgase jerarquía constitucional a esta Convención y mantuviese cualquier efecto de las leyes que se pretenden anular, o sea que prácticamente la ley 25779 sería una consecuencia necesaria de la ley 25778 (67). No nos parece que se trate de una consecuencia necesaria, porque ninguna de las leyes cuestionadas está referida a la prescripción y, en último análisis, la prescripción sería

sólo uno de los obstáculos legislativos al ejercicio de la acción penal, pero en modo alguno agotaría los opuestos por las leyes de marras. Si lo que se pretende es asentar la excepcionalidad en la incongruencia de otorgar jerarquía constitucional a una norma que remueve el obstáculo de la prescripción y, al mismo tiempo, dejar intactos otros obstáculos, éste es un buen argumento de política penal, pero no alcanza para explicar la excepcionalidad de la situación que habilitaría al Congreso Nacional a anular dos leyes penales. 28) Que el orden jurídico debe ser interpretado en forma coherente, no contradictoria, pero la coherencia del orden jurídico no habilita tampoco al Congreso Nacional a anular una ley penal. Si la contradicción entre normas vigentes facultase para la anulación de leyes, no sería difícil anular la mayoría de las leyes, si las entendemos en sentido literal. La no contradicción no se basa en la ilusión de legislador racional, que es un legislador ideal, inventado por el derecho o por el intérprete, y que no es el legislador histórico. El legislador puede incurrir en contradicciones y de hecho lo hace, pero es tarea de los jueces reducir las contradicciones, porque lo que no puede ser contradictorio es la interpretación del derecho, y ésta, como es sabido, incumbe a los jueces. Por ende, si se tratase sólo de anular una ley en razón de su contradicción con otras leyes, no sería tarea que incumbiese al Poder Legislativo, sino al Judicial. (...) Por otra parte, por mucho que la coherencia interna del orden jurídico sea un valor positivo, en función de la necesaria racionalidad de los actos de gobierno como requisito del principio republicano, esto no autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución (o del Derecho Internacional incorporado a ella) sobre otra, desconociéndose la vigencia de esta última. No es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece. Más aún, el propio Derecho Internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine*. Ello es así, porque al admitirse la jerarquización de las normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución. Cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. Éste fue el procedimiento a través del cual se racionalizó el desbaratamiento de la Constitución de Weimar, sosteniendo sus detractores que si la Constitución expresa valores fundamentales, no puede admitirse que su texto otorgue

garantías ni espacio político a los enemigos de estos valores, especialmente en situaciones anormales o caóticas (así, Schmitt, Carl, “*Legalität und Legitimität*”, 1933, Berlín). Pero la propia experiencia nacional es muy ilustrativa en este sentido, puesto que ningún golpe de Estado argentino negó formalmente los valores constitucionales, sino que afirmaron todos que violaban la Constitución para salvarlos. Todas las violaciones a la Constitución Nacional se fundaron en una pretendida jerarquización de sus normas, incluso las que esgrimían la doctrina de la seguridad nacional y cometieron los crímenes cuyo juzgamiento obstaculizan las leyes 23492 y 23521.

Finalmente, y a riesgo de abusar de la paciencia del lector, le proponemos unas líneas del voto del Juez Lorenzetti, quien resume las anteriores posturas afirmando la superioridad del derecho de los Derechos Humanos, resignificante del sistema argentino. Por ello, afirmó que:

16) Que la fuente del derecho a la que debe recurrirse para calificar a los mencionados delitos es la Constitución Nacional (Art. 31 CN.), en tanto norma fundamental de reconocimiento del Estado de derecho. Para estos fines, aquélla debe ser entendida como un sistema jurídico que está integrado por las reglas que componen su articulado y los tratados que “... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la parte 1ª de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (Art. 75 Inc. 22 CN.). 17) Que para comprender el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino no cabe reeditar discusiones doctrinarias acerca del dualismo o monismo. La idea de que existe un doble derecho integrado por las normas internacionales que deben ser adoptadas o incorporadas a nuestro derecho interno, o de que configuran normas constitucionales de segundo rango, no se compadece con la clara disposición de la Constitución argentina ya citada en materia de derechos humanos. Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos (Fallos 315:1492; 318:514). La incorporación de los tratados sobre derechos humanos especificados en el Art. 75 Inc. 22 CN., es una decisión de los constituyentes que los poderes constituidos no pueden discutir. La función de los jueces es claramente interpretativa, basada en un juicio de ponderación, con sustento en los

principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones. 18) Que estas fuentes revelan la existencia de un derecho humanitario constitucionalizado (Art. 75 Inc. 22 CN.) que debe ser interpretado conforme al principio de legalidad (Art. 18 CN.), para proveer de la suficiente seguridad jurídica que reclama el Estado de derecho. La invocación de un derecho supralegal para desconocer límites de legalidad no permite aventar los riesgos que la experiencia histórica ha revelado, ya que hay numerosas versiones del derecho natural. Sin entrar en mayores detalles que no vienen al caso, es claro que hay un derecho natural de raíz escolástica, otros de claro origen contractualista liberal y absolutista, pero también hubo derechos naturales –con ese u otro nombre– autoritarios y totalitarios. Es suficientemente conocido que la legislación penal del nacionalsocialismo apelaba a un pretendido derecho natural fundado en la sangre, la raza y el suelo, o que el stalinismo se fundó en principios de la sociedad socialista. Sin embargo, la reacción alemana frente a las atrocidades del nazismo provocó un poderoso movimiento teórico de resurgimiento del iusnaturalismo, del que se hicieron eco varias sentencias emanadas del Tribunal Constitucional de dicho país. La apelación a un derecho supralegal se llevó a cabo especialmente por la vía de la “naturaleza de las cosas”. (...) La consagración de los derechos humanos se obtuvo primero en las Constituciones Nacionales y luego se globalizó, en una evolución que llevó siglos. Los padres liberales del derecho penal de los siglos XVIII y XIX necesitaron poner límites al poder estatal desde lo supralegal, pues carecían de Constituciones. Por ello Feuerbach consideraba que la filosofía era fuente del derecho penal y Carrara derivaba su sistema de la razón. La incorporación de derechos en las Constituciones sirvió para positivizar en el plano nacional estas normas antes supralegales, pero luego las Constituciones fallaron, los Estados de derecho constitucionales se derrumbaron y tampoco tuvieron éxito los intentos internacionalistas de la Liga de las Naciones. Los totalitarismos de entreguerras barrieron con todos esos obstáculos, y muchos años después, pasada la catástrofe y superadas etapas de congelamiento posteriores, los derechos humanos se internacionalizaron y globalizaron. En efecto, a partir de las declaraciones de derechos realizadas en las revoluciones estadounidense y francesa, y en los dos siglos posteriores, se producen los dos procesos que Treves llamó de “positivización” de los derechos y principios contenidos en ellas –al primero de ellos– y, luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, de “internacionalización” de los mismos derechos positivizados. Este

último fenómeno de positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico al clásico debate entre positivismo y iusnaturalismo, sin que, por supuesto, pierda importancia teórica y tampoco cancele sus consecuencias prácticas, porque nada garantiza que el proceso de positivización no se revierta en el futuro. Ello es consecuencia del ambiente cultural y político del cual nacen la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, y, por lo tanto, como afirma Ferrajoli, el antifascismo es el rasgo de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial. Tras comprobar que las mayorías requieren de límites que están en las propias Constituciones estatales, y que los mismos Estados requieren de límites supranacionales, surge un nuevo enfoque basado en la democracia constitucional. 19) Que la afirmación de que la fuente normativa es el derecho Internacional Humanitario positivizado permite seguir admitiendo una regla de reconocimiento de lo que es legal y de lo que no lo es, lo que no impide dos aseveraciones complementarias. El derecho es un sistema de reglas y de principios, y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho. Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del derecho, lo cual, en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos. Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insoportable contradicción con la justicia, y que el ciudadano no debe obedecer. El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en cuanto “derecho injusto”, deba retroceder ante la justicia. Ésta es la “fórmula Radbruch”, que si bien tiene un claro origen iusnaturalista, puede ser ajustada al canon hermenéutico de la previsibilidad por la vía del control ético y del principio lógico interno del derecho. En este sentido, puede decirse que la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica. Este criterio fue aplicado recientemente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (caso “Guardianes del Muro” – “Mauerschützen”, del 24/10/1996) en una decisión ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso “Streletz, Kessler

y Krenz v. Alemania”, Estrasburgo, 22/3/2001), en la que ambos tribunales negaron legitimidad a la excusa que invocaron los guardianes del Muro de Berlín para asesinar en cumplimiento de la ley. Se afirmó en dichos fallos que existían principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles en el origen mismo de la acción, por lo que no puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley ni violación alguna al principio de legalidad. La segunda vertiente complementaria es la existencia del “Derecho de Gentes”, reconocido tempranamente en el derecho argentino. El Art. 118 CN. recepta esta fuente, y se ha reconocido la competencia de los jueces nacionales para juzgar conforme al Derecho de Gentes (Arts. 4 ley 27 y 21 ley 48). Ello implica admitir la existencia de un cuerpo de normas fundadas en decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho consuetudinario, opiniones de los juristas, que constituyen un orden común a las Naciones civilizadas. Se trata de una antigua tradición valorada por los más antiguos e importantes juristas de la tradición anglosajona e iberoamericana. El Derecho de Gentes es claro en sus efectos, ya que se reconoce su carácter imperativo (*ius cogens*), pero su contenido es todavía impreciso en las condiciones actuales del progreso jurídico, por lo cual es necesario obrar con suma cautela y reconocerle el carácter de fuente complementaria a los fines de garantizar su aplicación sin que se lesione el principio de legalidad (Art. 18 CN.). Es necesaria la prudencia extrema en el campo de la tipificación de los delitos internacionales con base en el denominado Derecho de Gentes. No obstante, en lo que respecta a esta causa, la violación de derechos humanos y el genocidio están ampliamente reconocidos como integrantes del Derecho de Gentes.

Quedan sentadas así las líneas maestras de un proceso de materialización de derechos humanos, abonados por instrumentos internacionales dentro del sistema argentino. Lejos de ser una lectura teórica o divorciada de la realidad, las consecuencias concretas de estas medidas están a la vista. No sólo tomando las sentencias en sí mismas, sino que han sido acompañadas de una amplia difusión, generadora de un proceso de concientización social y de un profundo debate. Debate que estaba adormecido desde hacía años.

Esta es la punta del iceberg. Un tema tan sensible como las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, nos sirve de llave para ilustrar sobre un movimiento que, hacemos votos, sea más amplio e involucre a la totalidad de los derechos humanos. La democracia como sistema político, como estilo de vida presupone,

necesita indispensablemente que éstos estén no sólo consagrados, sino garantizados.

Fuera del campo de los derechos civiles, hemos escogido a los derechos políticos para nuestro estudio. Luego de este planteo geográfico que nos ubica en la realidad argentina, abordaremos nuestra específica incumbencia.

3. El supuesto de análisis: la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y su vinculación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana

En el caso concreto de Argentina, y ceñidos al fin del presente trabajo, haremos un doble abordaje del tema. Partiendo de la consideración global de estos derechos según optáramos por la enunciación del Art. 23 CADH analizaremos su presencia en la fuente interna, intentando explicar sus vicisitudes.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Nacional, estudiaremos el presente período democrático (a partir de 1983, con la reinstauración de gobiernos civiles elegidos por el pueblo), escrutando aquellas decisiones que se hayan referido al tema, preferentemente posteriores a la reforma constitucional de 1994. Misma labor realizaremos con la jurisprudencia de la Corte Interamericana a fin de compatibilizar los criterios seguidos por ambos tribunales y para interrogarnos, a la luz del reordenamiento del sistema de fuentes y de la pauta de orientación que cumplen estos tribunales internacionales.

3.1 Constitución Nacional y los derechos políticos de la visión liberal-excluyente a la renovación democrática

a) El proyecto político de 1853

Explicar el proyecto político que inspiró nuestra Constitución Nacional y que en gran medida fue común al resto de los países de América Latina, sería un trabajo ímprobo que exorbitaría los márgenes del presente. Por ello, nos limitaremos a explicar, desde los pilares teóricos que la sustentaron, cuál era la visión subyacente. Trabajaremos con las fuentes materiales de aquella Constitución

Se impone, previamente aclarar que dentro de las fuentes del texto Constitucional, la obra de Juan Bautista Alberdi tuvo gravitante influencia, al punto que el proyecto de Constitución por él presentado es prácticamente el que fuera aprobado por la Asamblea Constituyente de

1853. De ahí la relevancia de sondear en su obra más difundida, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*. Tomaremos como muestra, por su proyección hacia el resto de los derechos políticos la variable del derecho a voto, sin perjuicio de recomendar para su acabada comprensión una lectura general de la obra⁴¹.

En ella podemos leer en cuanto a la llave del sistema de derechos políticos que “la política –no la justicia– consulta el voto del que manda, del que influye, no del que obedece, cuando el que manda puede ser y sirve de obstáculo; respeta a la República oficial, tanto como a la civil, porque es la más capaz de embarazar. ¿Podéis acabar con el poder local? No, acabaréis con el apoderado, no con el poder; porque al gobernante que derroquéis hoy, con elementos que no tendréis mañana, le sucederá otro, creado por un estado de cosas que existe invencible al favor de la distancia”. Agregando más adelante como consejo a los convencionales que “para no tener que retocar o innovar la Constitución, reducídla a las cosas más fundamentales, a los hechos más esenciales del orden político. No comprendáis en ella disposiciones por su naturaleza transitorias, como las relativas a elecciones”.

Resulta evidente que, por lo menos, en esta materia la desconfianza hacia el voto universal se hace presente, así como que las elecciones no representan un hito en la vida del país, sino una cuestión contingente. El horizonte del país según la generación ideológica a la que perteneció el autor apuntaba a una democracia con una restringida participación de las personas.

Si bien los derechos civiles les eran prodigados a todos los habitantes, tratando de fomentar la tan ansiada inmigración que el propio Alberdi en sus páginas llama a fecundar la realidad local con su sangre europea, el manejo de las instituciones correspondía a algunos de entre los ciudadanos. Como lo describe con realismo Bendix refiriéndose a la construcción del concepto de ciudadanía, este aspecto incluso en un principio contenía una serie de requisitos que establecían de hecho una distinción que en la teoría no existía. De ahí que no todos fueran ciudadanos en la cabalidad de los términos, existiendo una fuerte

⁴¹ Se lo puede consultar on line en la dirección <http://www.alberdi.org.ar/archivos/BasesYPuntos.pdf>.

calificación material que expulsaba de la gestión política a una gran mayoría de los habitantes⁴².

En resumidas cuentas, todos podrían tener acceso a la generalidad de los derechos civiles, derechos para todos. Más aquellos que significaban una injerencia directa en la conducción de la cosa pública, no eran para todos. Sólo algunos estaban capacitados para tan grande empresa.

b) El sufragio fuera de la agenda constituyente

A la luz de estas notas resulta de sumo interés analizar el texto originario de nuestra Constitución. Aunque parezca llamativo, no había ninguna mención directa al plexo de derechos políticos. A diferencia de los anteriores ensayos constitucionales de 1819 y 1826 que expresamente instauraban un sistema de voto calificado y estamental, en la Constitución sancionada en 1853 campeaba el silencio.

En la primera parte de la misma, denominada “Declaraciones, derechos y garantías”, que contenía propiamente los derechos reconocidos a la persona, existía un generoso enunciado de derechos civiles. Llamativamente no se distinguía para nada entre ciudadanos y extranjeros⁴³. El problema de la participación ciudadana, siguiendo quizás el consejo de Alberdi, resultaba ajeno. Solamente se establecía

⁴² La construcción del concepto de ciudadanía, es correlativo con la noción de Estado Moderno y de Industrialización. Una vez superado el sistema feudal, suprimido el sistema de división social que reputaba, se asumió el mito de la igualdad absoluta de las personas. Todos los antiguos señores y los antiguos siervos eran considerados como iguales, debiendo ser protegidos de las formaciones intermedias que subvertirían esta situación. Siendo ciudadanos, a secas, el Estado se encargaría de tutelar sus derechos, evitando la injerencia arbitraria de otros y sería garante de la conservación de su individualidad. Sobre éste proceso, esencial para comprender la particularización que se da en la actualidad, Cf. Bendix, Reinhard, *Estado Nacional y Ciudadanía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974; pp. 41/60.

⁴³ Es una singularidad de la Constitución argentina el hecho de que, prácticamente en ningún punto se distingue la calidad de nacional o extranjero. Desde su preámbulo se manifiesta que se la dicta “con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Y más adelante se agrega en su articulado que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”, Art. 20.

en lo que hoy es el Art. 22 que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”.

Quedaba así configurado un sistema de democracia representativa, sin que se explicitara garantía política alguna para la ciudadanía. El hecho de adoptar una democracia indirecta, se fortalecía, entre otros elementos, por la incorporación de un colegio electoral (según el modelo norteamericano), para la elección del Presidente.

Lo que podríamos llamar *político* se encontraba confinado a la segunda parte, llamada “Dogmática”, referente a la composición del gobierno. Se lo veía más como un aspecto estructural del poder que como un derecho inherente a toda persona. Gráficamente lo explica el historiador Félix Luna al poner en boca del ex Presidente Julio A. Roca la siguiente reflexión “la idea que implícitamente fundamentaba nuestro régimen no era otra que la que habían expuesto treinta años antes Alberdi y Sarmiento: una sociedad de amplias libertades civiles, conducida por una clase dirigente ilustrada y patriota hasta que se crearan las condiciones que permitieran al pueblo gobernarse por sí mismo”⁴⁴.

c) La reforma de 1860 y el Art. 33

Este escenario normativo sufrió en la reforma de 1860 una pequeña modificación en lo cuantitativo, pero inmensa en lo cualitativo.

A raíz de las desavenencias políticas entre Buenos Aires y el resto del país, se desencadenaron una serie de batallas tendientes a recomponer la unión nacional. En 1859 se resuelven en el escenario de la batalla de Cepeda, consolidándose dos años después en la Batalla de Pavón, reincorporándose así definitivamente la provincia de Buenos Aires.

Al ingresar a la Unión, el estado de Buenos Aires propone una reforma de la Constitución de 1853 a fin de armonizar las legislaciones

Entre las modificaciones introducidas, se agrega un artículo de gran importancia para este tema. El Art. 33 de la Constitución Nacional reza “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no

⁴⁴ Luna, Félix, *Soy Roca*, Sudamericana, Buenos Aires, 1992; pág. 272.

enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Inspirado en la IX enmienda de la Constitución Norteamericana, ha dado cabida a una fecunda labor pretoriana, abriendo la inagotable usina de los *derechos implícitos*, que tantas veces ha utilizado la Corte Suprema⁴⁵. A diferencia del texto estadounidense, incorporado para solucionar la falta de un elenco de derechos en la Constitución de 1787, el artículo bajo comentario explicita cuáles son los pilares sobre los que se apoyan estos derechos implícitos. Habla del principio de soberanía del pueblo y, naturalmente ya que así se dispuso al definir la forma de gobierno en el Art. 1 CN, de la forma republicana.

La presencia de estos fundamentos no resulta una cuestión menor, ya que hay un preciso mandato constitucional que impone al intérprete la noción de la soberanía popular como fuente de derechos. La soberanía del pueblo inequívocamente exige un involucramiento en la cosa común que genere una ida y vuelta. No sólo una manifestación aislada cada tanto que en unas urnas, sino que plantea un compromiso del mismo y del Estado en la formación de la ciudadanía. Un compromiso en la consolidación de una sociedad democrática, que significa mucho más que un simple acto comicial, representa la necesidad de formar y alimentar al ciudadano.

Enrolados en una interpretación dinámica de la Constitución, las posibilidades abiertas en materia de derechos políticos por esta innovación son incontables. Desgraciadamente los tribunales han sido remisos a usarlo para ampliarlos, desoyendo las claras palabras del constituyente.

Concretamente de él se ha inferido la esencia de los distintos derechos políticos que no se hallaban explicitados pero que se fueron aplicando⁴⁶.

⁴⁵ En él se ha encontrado fundamento positivo para el derecho a la vida, Fallos 302:1.284; Derecho a conocer la verdadera identidad filiatoria, Fallos 322:2.139, del derecho de reunión, Fallos 156:81, entre otros.

⁴⁶ La Corte Nacional ha reconocido este artículo como fundamento del derecho a conformar partidos políticos, Fallos 235:133 y 310:819, entre otros.

3.2 El replanteo democrático

El funcionamiento institucional del esquema constitucional, contextualizado por una inestable y precaria democracia, fue bastante irregular. Se ensayaron distintos sistemas, de diversa índole, pero las más de las ocasiones antojadizos y orientados a favorecer determinados intereses sectarios. Basta para muestra poner a consideración el régimen vigente hasta 1912, año de la primera reforma integral electoral, conocida como ley Sáenz Peña, que buscó sanear las prácticas espurias. Hasta ese momento, en líneas generales, el voto era voluntario, público o cantado, y a lista completa.

Las restricciones impuestas artificialmente a este derecho, incluso se justificaban con invocaciones a su naturaleza misma. Citaremos uno de los textos de doctrina constitucional más corrientes en la primera mitad del siglo pasado en la Argentina. Enseñaba González Calderón⁴⁷ sobre este fundamental derecho político

La calificación del voto es necesaria. Si ha de ser consciente y verdadero electo por el cual el ciudadano contribuirá con su voluntad a la organización del gobierno y si al efecto deberá tener una noción clara de los intereses generales de la Nación o de la Provincia, no puede concebirse como el (...) descalificado moralmente (...) el analfabeto, el subordinado por una disciplina estricta a otra voluntad que la propia, la mujer que se debe toda al hogar, base de la sociedad, donde tiene reservada una misión grandiosa y trascendental, no puede concebirse (...) cómo alcanzarán a medir el significado y las proyecciones graves del acto que han de realizar. La Constitución argentina ha callado atinadamente sobre todas estas calificaciones necesarias, dejándolas libradas al criterio circunstancial del Congreso al dictar leyes electorales (...) Nuestras leyes han incluido siempre en el cuerpo electoral a los analfabetos, lo que ha ocasionado la consecuencia de que las masas incoherentes formadas por ellos hayan desempeñado un papel decisivo y preponderante en los comicios, pero perjudicial para la pureza y el progreso de las instituciones.

Huelgan las palabras.

Más adelante, al intentar justificar constitucionalmente el voto calificado, agregaba refiriéndose al sentido en que la Constitución se refería al pueblo, “la palabra ‘pueblo’ está empleada en su

⁴⁷ González Calderón, Juan A. *Derecho Constitucional Argentino, T II*. Lajouane, Buenos Aires, 1931, pp. 324/326.

sentido restringido, y equivale a cuerpo electoral, esto es al pueblo calificado...”.

Otro ejemplo concreto es el de las exclusiones por motivos de sexo. Ya lo vemos en las líneas antes citadas la mujer carecía de ese derecho, casi enfocado como un privilegio. En Argentina recién fue con la ley 13.010, de 1947, que se amplió la base electoral comprendiendo a la mujer. Antes el gobierno de todos era elegido sólo por algunos hombres.

No resulta ajena tampoco la imposibilidad de ejercer del derecho electoral pasivo, el poder ser elegido. Aquellos sujetos excluidos del voto, menos podían aspirar a ser elegidos como representantes.

Un punto que llamó a la reflexión sobre la necesidad e sanear el sistema en clave de derechos humanos fue la ratificación de la CADH, cuyos Arts. 1 y 2 establecen el deber de respetar los derechos reconocidos por la misma y de tomar las medidas internas necesarias para efectivizarlos, removiendo los obstáculos internos.

a) Las reformas de 1994

Todas las propuestas de reforma constitucional, desde el recupero de la democracia en nuestro país, incluían la decisión de constitucionalizar el problema de los derechos políticos. La Convención de 1994 trató expresamente el tema, a la par de la elevación de Pactos con ese contenido a nivel constitucional.

De los debates mismos se puede deducir un gran interés en esta materia. Se dijo en tal oportunidad:

Consideramos que ha llegado el momento de que el tema tenga categorización constitucional ya que queremos que se garantice el pleno ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos. Es así que los dictámenes de las comisiones de Participación Democrática y de Redacción quieren establecer en el texto de la Constitución estas garantías como base y principios de la soberanía popular. Además, pretendemos declarar que el sufragio es un derecho y un deber de todos los ciudadanos y que debe ser igual, es decir, que a cada ciudadano le corresponde un voto sin discriminación alguna, cualquiera sea su condición social. En este sentido, el voto debe seguir siendo secreto y obligatorio. Por otra parte, la Comisión de Participación Democrática había querido sentar que el principio del voto secreto, obligatorio e igual debía regir para la integración de los cuerpos parlamentarios

latinoamericanos. Lamentablemente, no hemos tenido la suerte de que la Comisión de Redacción interpretara lo mismo. De todas formas, garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para el acceso a los cargos electivos es un avance. La Comisión interpreta que la participación de la mujer, reflejada en el dictamen, debe estar garantizada por las acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y los regímenes electorales. En este sentido, no se podrá retroceder en lo referido al porcentaje de representación de la mujer, ya que no podrá ser inferior al vigente, sancionado antes de esta reforma. Pretendiendo interpretar lo que la Comisión de Participación Democrática ha querido traer a este recinto y tratando de defender lo consensuado en la Comisión de Redacción, sin que esto signifique dejar de lado algún criterio que pueda aparecer en el transcurso de la discusión, queremos que el dictamen en consideración, que es el posible, se incorpore al texto constitucional que estamos tratando de reformar.

Es evidente que paralelamente con la incorporación de la CADH se pretendió armonizar el contenido del derecho interno, con el rango sustancial que el tema amerita, con el derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En dos artículos, el 37⁴⁸ y el 38⁴⁹, agregados en la nueva parte titulada Nuevos derechos y garantías, se cubrió el silencio constitucional

⁴⁸ “*Artículo 37.* Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

⁴⁹ “*Artículo 38.* 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”.

sobre la materia. Los artículos 39⁵⁰ y 40⁵¹ incorporan un nuevo tipo de participación mediante instituciones de la denominada democracia semidirecta y que amplían las posibilidades de intermediación entre el ciudadano y los representantes.

La inclusión del voto

En una esperada medida, la Convención incorporó la previsión de que el voto sería universal, secreto y obligatorio, garantizando el pleno ejercicio de los derechos políticos. Superando viejas exclusiones se dispuso un reaseguro sobre la igualdad de oportunidades, sin distinción de sexos en cuanto a la elegibilidad.

Los partidos políticos como actores necesarios del sistema

Por primera vez se disciplinó abiertamente a los partidos políticos, calificándolos como “instituciones fundamentales del sistema democrático”, previendo un plan de democratización y transparencia en su funcionamiento.

La participación inclusiva

Aún manteniendo el principio general de la democracia indirecta consagrado por el Art. 22 C.N., cuestión que no podría haber sido tratada debido a la particular convocatoria de la Convención y los retaceos de las facultades de la misma, se lo flexibilizó por la incorporación de la iniciativa popular y de la consulta popular.

⁵⁰ “*Artículo 39.* Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal”.

⁵¹ “*Artículo 40.* El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el Presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular”.

3.3 La aplicación jurisprudencial

a) La CADH y su funcionamiento

Habiendo visto ya el enunciado que de estos derechos hace la CADH, intentamos analizar los pronunciamientos de la Corte específica sobre ellos. Nos encontramos en este escenario con un panorama similar al que hallamos en el ámbito interno. Existe una escasa jurisprudencia interpretativa del Art. 23 CADH.

Hemos examinado el reciente caso Yatama referido a la exclusión de la contienda electoral de una comunidad indígena de Nicaragua. Este fallo es rico en elementos para fijar directrices de acción en el campo político. En particular, son fecundas sus proyecciones en nuestro país, que ha definido como pauta orientadora de la interpretación de los Tratados de derechos humanos a estas decisiones.

En este caso se sentó como principio que los derechos políticos –y cualquiera de los enunciados por la CADH– sean objeto de acciones concretas por parte de los estados a fin de que puedan ser efectivamente ejercidos. No basta con la sola adopción de textos positivos que contemplen estos derechos, que ya se tienen naturalmente, sino que ellas vayan acompañadas de medidas superadoras de las limitaciones que obstan su ejercicio. En palabras de la Corte:

El Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.

Las claras premisas fijadas nos llevan a cuestionar los fundamentos dados para operar lisa y llanamente la exclusión del universo electoral por cuestiones de educación o ingresos. Si bien en ciertos casos puede, según lo reconoce la misma CADH, resultar una restricción razonable, no puede validársela cuando representa una perpetua marginación de un sector de la sociedad. Un Estado que no arbitra los medios superadores que mejoren la situación de esos grupos, no puede, legítimamente, imponer una discriminación de ese tipo. Insistimos el hecho de la

democracia no se agota en la preparación de un momento puntual como un comicio y luego se desvanece hasta la próxima edición.

La calidad de esa democracia descansa en un continuo mejoramiento de las condiciones de vida y formación de los habitantes⁵². Lo que se reconoce como obstáculo para el pleno ejercicio de un derecho de esta magnitud, no puede ser consentido, casi con resignación. Por el contrario, debe ser tomado como una meta para aumentar la inclusión electoral que, en definitiva, no es más que agrandar la base de legitimación de los gobernantes y materializar un derecho que asiste a toda persona.

Ningún gobierno, merced a la reglamentación que de este derecho haga, puede simplemente cercenar el goce de estos derechos. Si, como la misma CADH lo reconoce puede reglarlo, razonablemente, imponiendo entonces un piso de edad, postergando su ejercicio por cuestiones de madurez o sanidad, pero nunca negarlo. La posibilidad de reglamentación, debe, según ha dicho la Corte Interamericana:

Observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue.

Consecuentemente todas las restricciones que a este derecho se impongan son pasibles de control de razonabilidad en base a estas premisas.

A ellas se suma la claridad de sus disposiciones, tratando de evitar la arbitrariedad administrativa. La legalidad que se le exige a las

⁵² Se recomienda consultar el valioso análisis que hace Bidart Campos sobre esta pauta y los valores que informan a la democracia, cf. Bidart Campos, Germán J. *Los valores de la democracia argentina*. Buenos Aires, 1983.

limitantes⁵³ no puede verse burlada por un ejercicio abusivo de las facultades interpretativas del órgano administrador, como se deja ver sucedió en el caso Yatama.

b) Los casos resueltos por la Corte Argentina

Llamativamente, en el período en análisis hemos encontrado pocas sentencias referidas a cuestiones políticas, y en particular al sufragio. Si se contrasta la realidad de las situaciones cotidianas que se fueron dando, resulta extraño que tan pocos planteos se hayan formulado. Un aspecto que nos acerca una respuesta, como antes lo dijimos, es la poca formación existente sobre el valor de estos derechos y su condición de derechos humanos. Comúnmente se los ha circunscrito a cuestiones de graves violaciones referidas a la vida o la integridad física, desechando otro tipo de restricciones.

Otra respuesta posible que explique la escasez de fallos sea la aplicación por los tribunales inferiores, y el consentimiento por parte de los actores de la denominada teoría de las cuestiones políticas no justiciables⁵⁴. Esta línea jurisprudencial ha excluido del control judicial ciertas medidas que se consideran propias, y por ende reservadas a otros poderes del Estado. Bajo el pretexto de no invadir la órbita propia de otros órganos, sistemáticamente se ha negado la posibilidad de cualquier planteo judicial. Se han reconocido dentro de este ámbito el control parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia⁵⁵, la intervención a una provincia⁵⁶, la declaración del Estado de sitio⁵⁷, entre otros.

Compartimos la opinión de Bidart Campos en cuanto a la ilegitimidad de esta interpretación, no sólo por cuanto nuestra Constitución Nacional somete al control judicial *todas las causas*

⁵³ Debe tenerse presente lo establecido en la OC 6/86 sobre el sentido de la palabra ley a los fines de limitar el ejercicio de derechos reconocidos en la CADH.

⁵⁴ Sobre el tema cf. Cassagne, Juan Carlos, "Sobre la judicialización de las cuestiones políticas", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, ejemplar del 14/12/05. Hemos podido comprobar en nuestra compulsa, el sistemático rechazo de pretensiones relativas a estos derechos, alegando que son ajenos al control jurisdiccional.

⁵⁵ C.S., Rodríguez, Jorge en Nieva, *Alejandro y otros c.*, Poder Ejecutivo Nacional; *Revista Jurídica Argentina La Ley* 1997-F-884.

⁵⁶ Fallos 251:340.

⁵⁷ C.S., 03/12/1985, Granada, Jorge H. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1986-B-213.

(Art. 116 CN) y no sólo algunas de ellas, sino porque en tal caso se estaría retaceando la garantía de control judicial que la misma CADH reconoce (Art. 8). Afortunadamente, parecería ser, a juzgar por algunos precedentes recientes, que se está empezando a dismantlar este cerramiento de la jurisdicción. Así, citaremos el caso Bussi⁵⁸, donde se sostuvo que:

La amplia y vaga extensión dada a aquéllas condujo a que el dismantelamiento de la doctrina anterior se hiciera a través de pronunciamientos dictados en temas muy diversos. Así, lisa y llanamente entró a conocer en causas que se referían al desenvolvimiento de la vida de los partidos políticos (Fallos: 307:1774 y sus citas); trató el tema de la admisibilidad de la presentación de un candidato independiente para diputado nacional (Fallos: 310:819) y revisó resultados electorales al dejar sin efecto resoluciones de juntas electorales provinciales (Fallos: 308:1745). También conoció de la legalidad del procedimiento de formación y sanción de las leyes (Fallos: 317:335) y aun de la competencia del Senado de la Nación para determinar la designación de sus integrantes (Fallos: 321:3236, disidencia de los jueces Fayt y Bossert; disidencia del juez Belluscio y disidencia del juez Petracchi) o de sus facultades para decidir la detención de personas (Fallos: 318:1967 y 319:1222)". Que la Suprema Corte de los Estados Unidos en "Powell v. Mc Cormack", afirmó la facultad del Poder Judicial para revisar la exclusión dispuesta por la Cámara de Representantes respecto de un legislador. En tal sentido, resolvió: a) que se estaba en presencia de un "caso" que surgía bajo la constitución en el sentido del Art. III (fuente del Art. 116, Constitución Nacional); b) que para esclarecer la no justiciabilidad alegada por los demandados con base en el Art. I, Sec. 5 (fuente del Art. 64, Constitución Nacional), esto es, para determinar "cuándo ha sido dada una clara atribución constitucional a un departamento del Gobierno de igual rango constitucional, debemos interpretar la Constitución. En otras palabras, debemos primero determinar qué poder ha concedido la Constitución a la Cámara de Representantes mediante el Art. I, Sec. 5, antes de que podamos determinar con qué extensión, si alguna, el ejercicio de ese poder está sujeto a la revisión judicial" y c) finalmente, rechazó la alegación de la Cámara –fundada en que la citada Sec. 5 le concedía un amplio poder y que, por ello, podía determinar cuáles eran las calificaciones necesarias para ser miembro de ella– y

⁵⁸ CS, 04/11/2003; Bussi, Antonio D. Caso Estado Nacional (Congreso de la Nación-Cámara de Diputados); *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2004-D-3.

tuvo por ilegal la “exclusión” impugnada, considerando que el Art. I, Sec. 5 citado, es “a lo sumo” una “clara atribución” al Congreso para juzgar “sólo las calificaciones expresamente expuestas en la Constitución. Por ende –añadió– la formulación, en la doctrina de las ‘political questions’, de la existencia de una ‘clara atribución’, no impide a las cortes federales hacer lugar al reclamo del peticionario”. 7. Que esta es, precisamente, la situación que se plantea en autos. El actor sostiene que la Cámara de Diputados no tiene competencia para actuar como lo hizo, esto es, que habiendo sido proclamado legislador por las autoridades electorales pertinentes y reuniendo todos los requisitos que la Constitución Nacional exige para ser diputado, sólo corresponde proceder a su incorporación. Esa determinación es una cuestión justiciable. Dicho con otro giro, planteada una causa, no hay otro poder por encima del de esta Corte para resolver acerca de la existencia y los límites de las atribuciones constitucionales otorgadas a los departamentos legislativos, judicial y ejecutivo, y del deslinde de atribuciones de éstos entre sí y con respecto a los de las provincias. No admite excepciones, en esos ámbitos, el principio reiteradamente sostenido por el Tribunal, ya desde 1864, en cuanto a que él “es el intérprete final de la Constitución” (Fallos: 1:340).

c) Los casos propuestos⁵⁹

En materia de derecho de legitimación electoral, tanto pasiva como activa, existen dos casos señeros, y aislados, que tratan el tema con expresa referencia a la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos, por ser posteriores a la reforma constitucional de 1994.

En ambos casos se debatió la incidencia de la prisión preventiva, esto es la detención previa al dictado de la sentencia en los procesos penales o sea que se restringe la libertad sin una condena, sobre los derechos políticos.

El primero de ellos, el caso “*Alianza Frente para la Unidad s/oficialización listas de candidatos*”⁶⁰, se recurría al rechazo de la lista de candidatos propuesta por hallarse en prisión preventiva uno de sus miembros. El Superior Tribunal de la provincia de Corrientes,

⁵⁹ Tomamos como antecedente la causa Ríos, resuelta por la Corte en 1987 y de contenido vinculado a los “leading cases” estudiados.

⁶⁰ CS, 27/9/01, publicado en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2001-F-542.

entre otros argumentos sostuvo que la Constitución local⁶¹ impedía que procesados con prisión preventiva decretada sean Diputados provinciales. Concurrentemente se afirmó en la resolución impugnada que competía a la provincia el decidir sobre la idoneidad del candidato a gobernador, estando justificada la exclusión por hallarse comprometido el interés general.

En un aleccionador fallo, la Corte revocó la decisión exclusoria, haciendo docencia en torno a los derechos políticos.

Entre las premisas establecidas, bajo el amparo de la CADH, se reafirmó el deber de los estados firmantes:

no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, concepto que implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de la Convención, en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Dada la estructura federal de la Argentina, la provincia de Corrientes puede establecer sus propias normas, pero en modo alguno puede desconocer principios básicos que informan a la legislación nacional o a la jerarquía del ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia no resulta ajeno al deber asumido de garantizar el goce efectivo de estos derechos.

Asimismo, se pone de relieve la restrictividad con la que deben interpretarse las restricciones impuestas a los derechos humanos. La mención que la CADH hace a *“la condena, por juez competente,*

61 “Artículo 53. No pueden ser Diputados los procesados, con auto de prisión preventiva firme; los que hayan sido condenados a pena de reclusión o prisión; los quebrados o concursados civilmente no rehabilitados y los afectados de enfermedad física o mental que los imposibilite para cumplir con el mandato. Cualquier diputado o habitante de la Provincia puede denunciar ante la Cámara de Diputados el mal desempeño, inconducta o delito cometido, a efectos de que se trate la acusación, trámite que será admitido con la aprobación de la mayoría absoluta de sus miembros”. Esta norma resulta aplicable por remisión a otros cargos electivos.

en proceso penal” (Art. 23 Inc. 2 *in fine*), no puede ser extendida a cualquier supuesto de limitación de la libertad ambulatoria que se de en un proceso penal. Únicamente mediando una condena que la valide, puede extenderse la restricción a los derechos políticos. Por ello se sostuvo que “la expresión ‘condena por juez competente en proceso penal’ tipificada en la convención como uno de los exclusivos supuestos que autoriza a reglamentar los derechos políticos reconocidos en el Art. 25, no genera en lo que respecta al caso –en que se examina la situación de un procesado– dificultades en cuanto a su alcance, por lo que es de aplicación la pauta de hermenéutica que establece que cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación”. Casi amonestando al juez *aquo*, la Corte resalta lo delicado de la labor interpretativa en esta materia, por hallarse comprometidos derechos humanos.

Finalmente, y reafirmando una vez más la plena operatividad de los derechos consagrados por los instrumentos internacionales, la Corte rebate un argumento empleado para aplicar la exclusión. Se alegó en defensa de ella que la provincia de Corrientes no tenía contemplado en la legislación interna una reglamentación adecuada. Por ello, adujo, no resultaba aplicable la Convención. En respuesta a ello, la Corte recordó su consolidada jurisprudencia, según la cual las garantías de los derechos humanos son plenamente aplicables, por el solo hecho de existir, más allá del olvido legislativo⁶². La persona goza de las promesas constitucionales por no estar sujetas a la voluntad del legislador. Es a esa persona a la que se le debe la responsabilidad de cumplir con los compromisos internacionales, y no a otros Estados⁶³. En palabras de la Corte:

⁶² Sostienen los jueces Belluscio y Bossert que “en modo alguno puede aceptarse el argumento invocado por el tribunal *a quo* para concluir que esta norma de la Convención carece de vigencia en el ámbito de los derechos electorales provinciales, pues desconoce que la norma de origen internacional cuenta con jerarquía constitucional. Además, el Art. 1º de la Convención obliga al Estado Argentino a respetar los derechos reconocidos a toda persona bajo su jurisdicción, condición que es predicable de los candidatos que la recurrente pretende oficializar. Por otro lado, al examinar la cuestión en orden a la armonización de la disposición en juego con respecto a la distribución de competencias entre la Nación y las provincias que efectúa la Constitución Nacional con respecto a la designación de las autoridades locales, el tribunal a quo ha incurrido en un encuadramiento notoriamente erróneo del asunto, pues no se trata de juzgar si se adecua a la Constitución Nacional, o no, una nueva norma que concierne a la organización del régimen atinente a las autoridades provinciales, sino de un instrumento que –según el preámbulo de la Convención– tiene como propósito consolidar un régimen de respeto por los derechos esenciales del hombre, estableciendo garantías para las personas y no para beneficio de los estados contratantes”. Cons. 10.

⁶³ CIDH, OC. 2/82, 24 de septiembre de 1982.

La falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna (Fallos: 315:1492 –La Ley, 1992-C, 543–; 321:2767). Esta conclusión armoniza con la doctrina de esta Corte que recuerda que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias” (Fallos: 239:459 –La Ley, 89-531–) (...) Que, en el caso, las normas de rango constitucional examinadas permiten derivar con nitidez –como se dijo supra– los perfiles básicos del derecho reclamado, motivo por el cual resulta superada la ausencia de normas regulatorias de los nuevos contenidos de la Ley Fundamental, pues en situaciones como la descripta incumbe a los órganos jurisdiccionales habilitar su ejercicio, lo cual no va en desmedro de las facultades reglamentarias que pudiese ejercitar el Congreso, dentro de los límites impuestos por el nuevo ordenamiento (doctrina de Fallos: 315:1492, consid. 22; 321:2767).

En consideraciones más generales, la Corte reafirmó el principio esencial que la legitimidad de las autoridades en el moderno estado democrático depende en gran medida la solidez de su representatividad, la que está indisolublemente ligada al correcto y sano ejercicio del voto⁶⁴.

Y es precisamente ese sufragio universal el que “hace a la sustancia del Estado Constitucional Contemporáneo”⁶⁵ agregando que “el cabal ejercicio de los derechos políticos constituye un valor fundamental de todo el orden constitucional”⁶⁶.

Con similares argumentos, poco tiempo después la Corte resolvió el caso “*Mignone, Emilio Fermín*”⁶⁷. En dicha oportunidad se impugnó la constitucionalidad de la prohibición de votar de los detenidos sin condena.

Al igual que en el caso A.F.U., la Corte acogió el planteo de inconstitucionalidad, con la particularidad que también reconoció la legitimación de una entidad colectiva para promover la acción. En efecto, Mignone intervino como representante legal del Centro de

⁶⁴ Voto concurrente de los Dres. Fayt y Vázquez.

⁶⁵ Idem, cons. 9.

⁶⁶ Idem, cons. 16.

⁶⁷ CS; 9/4/02; publicado en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2002-C-377.

Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.), invocando un interés colectivo. Resulta innovador y altamente positivo el reconocer en este tipo de causas la legitimación de entidades intermedias, que de alguna manera garantizan la realización de este tipo de planteos. Prácticamente no hemos encontrado casos llevados por personas individuales contra violaciones de derechos humanos, lo que no significa que las violaciones no hayan existido ni mucho menos.

Siguiendo la línea jurisprudencial que aplicara esta legitimación colectiva en materia de derecho a la salud y en materia de derecho de los consumidores, admitió esta amplia legitimación. En ese sentido sostuvieron los Dres. Fayt y Petracchi que:

la actora –el Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.)– es una asociación entre cuyos fines se encuentra –según surge de su estatuto– la “... defensa de la dignidad de la persona humana, de la soberanía del pueblo, del bienestar de la comunidad (...) promover o ejecutar acciones administrativas y judiciales destinadas a procurar la vigencia de estos principios y valores. Asumir la representación de personas o grupos afectados en causas cuya solución suponga la defensa de aquéllos (...) bregar contra las violaciones, abusos y discriminaciones que afecten los derechos y libertades de las personas y de la sociedad por razones religiosas, ideológicas, políticas...”. En este marco y a la luz de lo decidido por esta Corte en Fallos: 320:690, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina” y en Fallos: 323:1339, “Asociación Benghalensis y otros” corresponde concluir que la actora se encuentra legitimada a demandar como lo ha hecho pues, con palabras de este último precedente, aquélla no ha ejercido sino el derecho que le “asiste para accionar para el cumplimiento de unas de las finalidades de su creación”. Asimismo –y en íntima vinculación con la conclusión expuesta– debe desecharse la idea de que en el presente no existe causa o controversia que habilite la intervención judicial pues, claramente, se configura un caso contencioso en los términos del Art. 116 de la Constitución Nacional y del Art. 2° de la ley 27 toda vez que existe un perjuicio concreto y actual derivado del impedimento legal que se cuestiona.

Adicionalmente, algunos de los magistrados votantes, propusieron instar al Poder Legislativo y al Ejecutivo a que tomaran las medidas

conducentes para materializar este derecho y evitar que la declaración de inconstitucionalidad fuera abstracta⁶⁸.

d) Algunas repercusiones

Ambas causas, han generado un resonante eco que ha contribuido a la ruptura de la inercia existente. A partir de ellas, la Cámara Nacional Electoral, órgano máximo en la materia y cuyos fallos son vinculantes en todo el territorio nacional ha reproducido esta apertura en derechos políticos. Baste recordar la causas: “Partido Nuevo Distrito Corrientes s/oficialización de listas”⁶⁹ y “Zárate, Marcelo s/ amparo”⁷⁰.

Igualmente, en el caso de la segunda sentencia, la misma entidad que la promovió llevó adelante una sólida campaña de difusión sobre su contenido. Esto ha repercutido muy favorablemente en la sociedad, concientizando sobre la importancia de estos derechos y saldando un importante deuda: la de saber qué derechos se tienen en estos ámbitos, valorándolos. Sólo en esa medida se puede estimar la importancia de la participación política y bregar por la vigencia de estos derechos.

El derecho a voto ha costado tanto a la sociedad, que no puede dejárselo morir en la apatía social que parece imponerse en estos días. Creemos que una de las causas es la desinformación sobre su contenido y sus proyecciones.

⁶⁸ A la fecha de publicación de este trabajo, la causa Mignone ha tenido recepción normativa. En un reciente decreto del Poder Ejecutivo, y de frente a las elecciones presidenciales de octubre de este año 2007, se ha dispuesto la operativización del sufragio para los detenidos.

⁶⁹ CNE; 09/12/2003; Partido Nuevo distrito Corrientes; *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2004-B-996. En esta causa se precisó la aplicación del criterio sentado en las causas testigo explicadas en el texto, aclarando que no resultan aplicables a los condenados, cuya sentencia no se halle firme. “La presunción de inocencia de la que goza una persona condenada por sentencia penal que no adquirió firmeza, no enerva el criterio según el cual corresponde considerar que carece de la condición de idoneidad suficiente para ser candidato el cargo público que pretende –en el caso, senador nacional por una provincia–, ya que dicha condena goza de la presunción de certeza y legitimidad que le asiste por haber sido dictada por un tribunal competente, conforme a derecho y con todas las garantías del debido proceso legal”.

⁷⁰ Sentencia inédita, citada en Dalla Vía, Alberto R., “La jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral Argentina, (2001-2004)”, *ED*, ejemplar del 25/4/05.

4. Conclusiones

Generales

- Los derechos políticos pueden definirse materialmente a partir de considerar su pertenencia ontológica a las inclinaciones naturales de la persona, en otras palabras como situaciones, estados o agrupaciones que aparecen como indispensables para el desarrollo acabado de los rasgos básicos del modo de ser humano.
- La política como gestión de la cosa pública o comunitaria se orienta hacia el Bien Común, sin que se contraponga este con el Bien particular. La anteposición de intereses privados a los generales en la gestión política representa una corrupción de la función misma de la política.
- El orden al Bien Común asocia a la política y al derecho, plasmándose la denominada *politicidad de lo jurídico y la juridicidad de la política*. En ese campo se desenvuelven los derechos humanos.
- Los derechos políticos se hallan estrechamente vinculados con el sistema democrático, máxima expresión de su funcionamiento.
- La democracia no es solamente un sistema electivo, sino que se constituye en la actualidad en un modo de vida inspirado en el respeto a los derechos fundamentales y en la igualdad de consideración, de acuerdo a un contenido axiológico determinado.
- El ejercicio de los derechos políticos puede ser reglamentado razonablemente por leyes que establezcan excepciones fundadas en causales expresamente previstas por el sistema de derechos humanos, sin que ello signifique la privación permanente del derecho.
- Existe un equilibrio global que compromete a todos los derechos políticos en su ejercicio, resultando indispensable para su real vigencia.
- El sistema positivo argentino ha sido fundamentalmente alterado por la incorporación expresa de Convenciones internacionales de derechos humanos con rango constitucional.
- A partir de esta mutación se han operado diversos procesos de reacomodamiento normativo y lógico en la operación del derecho, tendientes a operativizar la vigencia de estos derechos.

- Una pieza preeminente en este proceso es la magistratura democrática.
- El juez actualmente no representa un simple “aplicador” del derecho, sino que se constituye en garante de los derechos consagrados por los distintos instrumentos de derechos humanos, debiendo hacer primar la protección de la persona.
- El juez de derechos humanos en la actualidad debe ser un magistrado con compromiso social, haciendo explícitos los valores con los que opera y reconociendo su compromiso con la consolidación de la democracia.
- El juez debe ser el factor de resignificación del sistema en clave de derechos humanos, asegurando su plena vigencia y goce por la sociedad.
- Es necesaria una concientización social sobre el valor de estos derechos y sobre la necesidad del conocimiento masivo de su existencia y promoción de su ejercicio. No es posible ejercer los derechos que no se conocen.

Específicos

- La Argentina proviene, normativamente, de un paradigma liberal individualista excluyente.
- Este modelo propugna una democracia representativa que minimiza la participación del ciudadano a los actos comiciales sin contemplar una paulatina inclusión en el ejercicio democrático y el crecimiento cualitativo de la población.
- Existen, en este paradigma fuertes tendencias hacia la calificación de la participación, por ejemplo distinguiendo conceptualmente “pueblo” de “electorado”.
- Como correlato de esto, nuestro constituyente no incluyó expresamente los derechos políticos entre los derechos consagrados en la Carta Fundamental.
- La ciudadanía es un elemento calificante del goce efectivo de los derechos humanos.
- Resulta valiosa y operativa la incorporación de una cláusula de cierre sobre derechos implícitos, destacando que el fundamento de tales derechos es “el principio de la soberanía del pueblo y de la

forma republicana de gobierno”, sustentando claramente un modelo democrático.

- A partir de este elemento es posible una interpretación dinámica y armonizadora con las Convenciones de derechos humanos, vigentes en el sistema americano.
- La Argentina vive un proceso de replanteo de ese paradigma, transitando en un modelo democrático inclusor, basado en la plena vigencia de los derechos humanos, en particular los políticos.
- La expresa consideración de distintas instituciones participativas a nivel constitucional como la realizada en 1994, resulta un auspicioso acogimiento de los parámetros internacionales en cuanto a los derechos humanos políticos.
- La configuración actual de nuestra Constitución en materia de derechos políticos tiende a acoger una democracia participativa, complementando el modelo representativo puro.
- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos representa un valioso elemento interpretativo de las Convenciones sobre derechos humanos que debe ser seguido por los tribunales nacionales.
- Existe escasa jurisprudencia sobre derechos políticos, tanto a nivel interamericano como a nivel local, lo que evidencia, no una ausencia de lesiones a esos derechos, sino una falta de consideración general del real tenor de estos derechos.
- Los Estados se hallan comprometidos a adoptar acciones concretas y positivas para hacer realidad los derechos consagrados en las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos, especialmente armonizando su normativa interna con ellas. En caso contrario puede incurrir en responsabilidad internacional.
- Cada Estado puede limitar el goce de los derechos políticos reconocidos por la Convención, pero solo en el marco de variables que la misma reconoce, de modo razonable, mediante ley y sin que ello represente un acto discriminatorio.
- En Argentina, un factor que explicaría la escasez de resoluciones sobre derechos políticos es la ilegítima exclusión de estos temas de los estrados judiciales por la aplicación de la tesis de las cuestiones políticas no justiciables.

- La Corte Nacional mantiene una postura de constante adecuación de la normativa nacional con las premisas emergentes de los Pactos Internacionales de derechos humanos
- Estos son plenamente operativos aún ante una falta de reglamentación, en cualquier ámbito.
- No existe una tendencia general en este sentido, presentándose serios problemas a nivel de ejecución administrativa, debiendo forzosamente llegarse a la instancia judicial para concretar estas armonizaciones.
- En nuestro país se ha reconocido la centralidad de los derechos políticos como sostén de una real democracia participativa.
- El correcto ejercicio de los derechos políticos, contribuye a la consolidación de la legitimidad de los gobiernos democráticos, a la vez que en el seno de una democracia participativa resultan formativos de un pueblo educado democráticamente.
- Las circunstancias que permiten limitar el goce de los derechos políticos no son extensibles por analogía, debiendo interpretárselas restrictivamente.
- Existe un interés colectivo en el resguardo de estos derechos, lo que legitima a instituciones intermedias a intervenir, directa o indirectamente, en su defensa.

Bibliografía

VV. AA., *Diccionario Electoral*. IIDH, San José, 2000.

Albanese, Susana, “Los derechos políticos de las personas detenidas sin condena: el principio de inocencia y el efecto útil de la declaración de inconstitucionalidad de una norma”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-III-504.

- “Los derechos políticos en el contexto de los pactos internacionales incorporados al derecho interno”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1987-B-1066.

- *et al*, *Derecho Constitucional*. Universidad, Buenos Aires, 2004.

- “La primacía de la cláusula más favorable a las personas”. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1996-C-518.

Badeni, Gregorio, “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, *Jurisprudencia Argentina*, edición del 80º aniversario, pág. 37. Buenos Aires, 1998.

Bendix, Reinhard, *Estado Nacional y Ciudadanía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974.

Bianchi, Alberto B., “Orígenes históricos del Derecho Constitucional. (Un estudio sobre la formación de la Constitución inglesa)” en Mertekikian, Eduardo (Dir.), *Revista Argentina del régimen de la Administración Pública*; X/02, año XXV, nº 289, pág. 71.

Bidart Campos, Germán José, “Democracia, procesos electorales, derecho a elegir y a ser elegido”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 2004-C-312.

Bidart Campos, Germán J. *Los valores de la democracia argentina*, Buenos Aires, 1983.

Bidart Campos, Germán José, *Manual de la Constitución Reformada*. Ediar, Buenos Aires, 1998.

Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y Sociedad. Por una teoría General de la Política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

Bobbio, Norberto y Bovero, Michelangelo, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

- Carrió Genaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.
- Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Las fuentes de las normas en el tiempo actual", *Jurisprudencia Argentina*, edición del 80° aniversario, pág. 141/155. Buenos Aires, 1998.
- Colautti, Carlos E., *Derechos Humanos Constitucionales*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- Colautti, Carlos E., "Los derechos políticos como derechos humanos", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1992-D-1219.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*. Fontamara, México, 1999.
- Cueto Rúa, Julio César, *Una visión realista del Derecho. Los Jueces y los Abogados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- D'Agostino, Francesco, "Los derechos y deberes del hombre" en Saldaña, Javier (Coord.) *Problemas actuales sobre Derechos Humanos. Una propuesta filosófica*. UNAM, Ciudad de México, 1997.
- Dalla Vía, Alberto R., "La jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral Argentina (2001-2004)", *ED*, Buenos Aires, ejemplar del 25/4/05.
- Dromi, Roberto, *El Poder Judicial*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1984.
- Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. IIDH, San José, 2004.
- Fernández, Eusebio, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Debate, Madrid, 1984.
- Fix Zamudio, Héctor, "Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional" en Ferrer Mc. Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional, T III*. Editorial Porrúa, Ciudad de México. 2002.
- Garapon, Antoine. *I custodi dei diritti. Giustizia e Democrazia*. Feltrinelli, Milán, 1996.
- García Huidobro, Joaquín, "Derecho y Derechos Humanos. Introducción a un problema" en Saldaña, Javier (Coord.) *Problemas*

- actuales sobre Derechos Humanos. Una propuesta filosófica.* UNAM, Ciudad de México, 1997.
- Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.* Ariel, Barcelona, 1996.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada.* La Ley, Buenos Aires, 2003.
- Gil Domínguez, Andrés, “Los derechos políticos y el Pacto de San José de Costa Rica”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 2001-D-1.314.
- Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos.* Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005.
- Hobsbawn, Eric, *Historia del Siglo XX.* Crítica, Barcelona, 1998.
- Loñ, Félix, “Acumulación de votos en la elección de senador. (La causa Béliz-Bravo)”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2002-II-700.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado.* Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.
- Luna, Félix, *Soy Roca.* Sudamericana, Buenos Aires, 1992.
- Massini Correas, Carlos, *Filosofía del Derecho. El derecho y los Derechos Humanos.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.
- *Los Derechos Humanos en el pensamiento actual.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.
- Messner, Joannes, *La cuestión social.* Rialp, Madrid, 1960.
- Midón, Mario A., “Una ley contradictoria omisiva y claudicante”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, ejemplar del 29/8/06.
- Onaindia, José Miguel, *Instituciones de Derecho Constitucional.* Buenos Aires, 2004.
- Palacio de Caiero, Silvia B., “El siglo de las reivindicaciones femeninas. Evolución de los derechos civiles y políticos de la mujer en la República Argentina”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1998-E-1.034.
- Pérez Sammartino, Osvaldo A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”, *Revista*

- Jurídica Argentina La Ley*, suplemento Actualidad del 17/8/06, Buenos Aires.
- Picado Sotela, Sonia, *Democracia, derechos políticos y derechos humanos* ponencia en el XXIII Curso interdisciplinario de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 19/7/05.
- Piaggi de Vanossi, Ana Isabel (Dir), *Poder Judicial, desarrollo económico y competitividad en la Argentina*. Depalma, Buenos Aires, 2000.
- Rotondi, Mario, *Instituciones de Derecho Privado*, Labor, Barcelona, 1953.
- Sagués, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- Soaje Ramos, Guido, “Sobre la politicidad del derecho” en Calderón Bouchet, Rubén (Dir.), *Boletín de Estudios Políticos*. Universidad Nacional de Cuyo. Escuela de Estudios Políticos y Sociales; N° 9, 1958.
- Vigo, Rodolfo Luis (h), *Interpretación Jurídica. (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- Vigo, Rodolfo Luis, *Las causas del Derecho*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983.
- Zannotti, Francesca, “Las modificaciones del Poder Judicial en Italia: de un juez ‘boca de la ley’ a un juez de los derechos”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996-III-808.

Anexo

Estructura de fuentes normativas en Argentina. Los instrumentos de derechos humanos

Dado el abordaje esencialmente local que el presente trabajo tiene, es menester precisar los contornos del sistema normativo en la Argentina y de su realidad jurisprudencial, a fin de contribuir con una acabada comprensión de la dinámica dentro del mismo. Las profundas mutaciones que la reforma constitucional de 1994 le imprimió, así como la constante adecuación pretoriana, imponen una constante lectura del mismo a fin de ajustar su aplicación. Este es indispensable también para valorar el proceso de afianzamiento de los Derechos Humanos en general, siendo que luego enfocaremos el estudio en los derechos políticos.

En el acotado margen del presente trabajo, ofrecemos una vista panorámica del estado de situación en el que se desenvuelve nuestro estudio dentro del cuerpo de anexos que permite la reglamentación.

El esquema clásico previo a la reforma de 1994

Tradicionalmente las fuentes positivas del derecho se ordenaron en función de un concepto casi absoluto de soberanía que presentaba al mundo como una sumatoria de estados aislados y completamente soberanos. Su voluntad manifestada por medio del monarca se constituía en una norma *per se* jurídica, incuestionable por los súbditos, que debían acatarla ciegamente. El poder se confundía con el Derecho, y toda orden formalmente emanada del soberano constituía derecho.

Los distintos movimientos reformadores plantearon dentro de este esquema una fuerte limitación al imponer un fraccionamiento del poder estatal, incorporando el elemento representativo en la toma de decisiones. Resulta conocida, a guisa de ejemplo, la historia del Parlamento inglés en la lucha por un espacio limitante de los omnímodos poderes del rey. Estos primeros pasos, abrieron el camino a un más profundo replanteo sobre la función del derecho y el deber de obediencia del ciudadano a las disposiciones estatales⁷¹. La noción de que la sola voluntad del rey no basta para obligar a las personas, debiendo ser complementada por la voluntad general, emergente del

⁷¹ Sobre este proceso se recomienda la provechosa lectura de Bianchi, Alberto B., "Orígenes históricos del Derecho Constitucional. (Un estudio sobre la formación de la Constitución inglesa)" en Mertekikian, Eduardo (Dir.), *Revista Argentina del régimen de la Administración Pública*, X/02, año XXV, N° 289, pág. 71.

debate y el consenso de distintos estamentos, resulta uno de los pilares de la moderna democracia. El camino fue largo, pero del súbdito se pasó a la valoración del ciudadano. El problema remanente era la valoración de la persona, más allá del ciudadano.

A pesar de este replanteo, permaneció intacta la idea de aislamiento sobre la base de la soberanía omnímoda de cada estado.

En este marco se acuñó la teoría clásica de las fuentes del Derecho, hija del racionalismo y de la Revolución Francesa. El Estado es el único proveedor de normas jurídicas, emanadas de un órgano determinado, con alguna participación coadyuvante del resto de los órganos. Siendo esta una cuestión política, el pueblo tenía escasa, sino nula, injerencia en la gestación de estas normas.

Ahora bien, más que un conjunto de normas, la teoría de las fuentes apunta a ordenar un sistema normativo, lo que significa la presencia de notas distintivas como la coherencia y la jerarquía, indispensables para su funcionamiento. En el caso de la segunda de estas características, la máxima expresión de soberanía política era del dictado de un documento político básico, dirigido a encaminar el accionar del Estado: una Constitución. Ella resultaba, consecuentemente la cúspide de esta jerarquía, condicionando formal y materialmente al resto de las normas inferiores.

El constituyente argentino de 1853 no se apartó de los cánones clásicos disponiendo la supremacía de la Constitución y encargando al Congreso, con implícita exclusividad, la misión de legislar, debiendo el Ejecutivo implementar dichas normas⁷². El órgano judicial, pieza fundamental del control difuso de constitucionalidad establecido, era el encargado de velar por la legitimidad de las normas inferiores.

Se estableció una organización vertical, no vinculante formalmente para los Tribunales, dependiendo de una Corte Suprema de Justicia, cuya composición dependería de la selección presidencial con acuerdo de la Cámara Alta. La producción normativa de estos órganos, debían adecuarse esencialmente a los mandatos legales. Así inveteradamente la Corte ha sostenido que la sentencia debe ser derivación lógica y razonada de la ley vigente.

⁷² Dispone el Art. 31 de la CN: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas...”.

Asimismo, el sistema federal adoptado para nuestro país, determinaba una necesaria articulación de las distintas unidades políticas autónomas (provincias) con el gobierno nacional, debiendo acomodar su legislación local, que se halla subordinada a la nacional⁷³.

Gráficamente podríamos resumir esta composición, siguiendo el clásico esquema propuesto por Kelsen, de la siguiente manera:



Paralelo a este esquema se plantea uno similar, subordinado, perteneciente a cada una de las provincias. La misma Carta Constitucional preveía la posibilidad de cada provincia de dictar su propia constitución, debiendo respetar el sistema político adoptado a nivel federal, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional (Art. 5 C.N.).

Este sencillo esquema plasmado por la Constitución formal, en la realidad de los hechos se fue complejizando por distintos avatares políticos. Surgieron de esta manera nuevas normas y nuevas funciones que recibieron una paulatina legitimación jurisprudencial.

El camino a la reforma. Los tratados internacionales y los Decretos de Necesidad y Urgencia

Una serie de interrogantes no resueltas directamente por el Constituyente fueron abriendo brechas interpretativas sobre la prelación de las normas en nuestro país.

⁷³ Establece el Art. 1 de la CN: "La Nación argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana federal, según lo establece la presente constitución".

Los tratados internacionales

El primero de ellos refería a la relación existente entre el derecho de fuente interna y el de fuente convencional. Si bien a juzgar por el texto del Art. 31 de la C.N. podríamos arriesgar una composición de solución, la jurisprudencia fue errática.

Inicialmente la jurisprudencia sentó el criterio de que ambos órdenes, el nacional y el internacional eran distintos, debiendo atenerse el juez al ordenamiento nacional, y luego al ordenamiento internacional, sea cual fuera la materia⁷⁴. Dado el procedimiento establecido para la adhesión a un tratado internacional, mediante una ley del Congreso, con participación en otras instancias del Ejecutivo, se consideró que al ser internalizado como ley, a los ojos de nuestro ordenamiento, tales convenciones ocupaban el lugar de las mismas, recibiendo igual trato. Por ende se hallaban sometidos al texto constitucional y podían ser modificados por cualquier ley posterior que se dictara.

La entrada en vigencia de la Convención de Viena sobre tratados internacionales, adoptada por la Argentina mediante ley 19.865/72, significó un serio replanteo. En efecto, sus Arts. 27 y 42 establecen el deber de los Estados ratificantes de respetar los tratados internacionales, salvo cuando existiera una flagrante violación a una norma de fundamental importancia de su derecho interno. La pauta de dualismo fijada por la Corte, debía ser revisada.

Ante distintos planteos, la Corte Suprema fue reconociendo la operatividad de los tratados internacionales aún ante el silencio de la ley. El caso testigo en esta materia se dio con respecto al derecho de réplica. En el resonado precedente *Ekmekdjian c/ Sofovich*⁷⁵ resuelto en 1992. En esta ocasión se dijo:

18) Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados

⁷⁴ En este sentido la Corte Nacional en el caso *Chantraín, Alfonso*, resuelto el 1/1/47, estableció que los tratados debían respetar la supremacía constitucional, a la que estaban naturalmente sometidos por imperio del Art. 31 de la misma. Fallos 208:84.

⁷⁵ Fallos 315:1.492.

internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el Art. 27 de la Convención de Viena, según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (...) Que la necesaria aplicación del Art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado Art. 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente. 20) Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. En el supuesto del Art. 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La norma expresa: 1. “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su

rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. 2. “En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido”. 3. “Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

La interpretación textual según la cual toda persona “tiene derecho a...”, despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que “la ley debe reconocer” (Art. 17) o “estará prohibido por la ley” (Art. 13, 5).

De esta manera se abría una nueva senda en la relación entre los tratados internacionales y el derecho interno, particularizando la materia de los Derechos Humanos. La preeminencia de dicho instrumento con respecto a las leyes ordinarias, la necesidad de aplicar sus preceptos aunque no exista reglamentación interna y la premisa de su efectividad, fueron coordinadas principales en esta nueva lectura.

Es más, en materia de Derechos Humanos, la Corte sostuvo el valor orientador de la jurisprudencia de los organismos internacionales existentes, ratificándose de esta manera lo anteriormente establecido con relación al derecho en cuestión. Así sostuvo que:

21) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, Art. 1º), Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el Art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá “en las condiciones que establezca la ley”, quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” [Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (Arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, Nº 7, p. 13, par. 14]. Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el Art. 14.1, “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible” (Ibídem, p. 19, letra A) y que la frase “en las condiciones que establece la ley” se refiere a cuestiones tales

como “si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc.” (Ibídem, p. 14, par. 27), pero que “el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las obligaciones que aquéllos han contraído conforme el Art. 1.1 (...) En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por ‘toda persona’ sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención” (p. 15, par. 28).

Esta renovada interpretación tuvo corta vida como innovación jurisprudencial ya que casi un año después se produjo una reforma en la Constitución Nacional que introdujo un tratamiento orgánico del tema. Estos lineamientos fijados daban respuestas generales, pero abrían un sinfín de interrogantes sobre los diversos tipos de tratados, sobre su relación con las demás fuentes, etc.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia y la delegación normativa

Un derrotero similar se dio en el caso de las facultades legislativas del Ejecutivo. Si bien por principio éste tenía vedado el legislar, limitándose a reglamentar las leyes del Congreso, o disponiendo *ad intra* de su propia estructura disposiciones generales, en situaciones de excepción ejerció tal atribución.

Dado el vacío constitucional, la costumbre en la materia fue tolerando que el Congreso le confiara al Ejecutivo ciertas materias para que llevara adelante su formación. En este sentido señala Sagués que: “antes de la reforma de 1994 existía una regla de derecho consuetudinario constitucional que había adosado al antiguo Art. 67 (aquel que contenía las atribuciones del Congreso), la atribución de delegar en el presidente roles legislativos, y al anterior Art. 86, Inc. 2, de la Const. Nacional, la facultad presidencial del dictar decretos en materia de legislación, siempre que sean de asuntos determinados, no importen cesión o transferencia perpetua, e incluyan ciertas directrices acerca de cómo debe legislar el presidente”⁷⁶.

⁷⁶ Sagués, Pedro N., *Elementos de Derecho Constitucional*, T I. Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 603.

En ciertos casos de extrema inestabilidad institucional, ante situaciones apremiantes, aún no existiendo delegación de funciones por parte del Congreso, se había reconocido que el presidente contaba con la posibilidad de dictar normas generales. Esta excepción, escasamente utilizada, tuvo –y tiene– un particular auge durante la última década, circunstancia que los ubicó en el centro del debate.

Al igual que en el caso de las facultades delegadas, la Corte Nacional admitió su legitimidad, tratando de establecer límites que los contuvieran. En la causa Peralta, Arsenio c/ Gobierno Nacional⁷⁷ relativa a la conversión, por decreto de estas características, de los depósitos bancarios privados en títulos de la deuda pública la Máxima Instancia judicial se expidió avalándolos en los siguientes términos

Procede reconocer la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90 (Adla, L-A, 58), dictada por el Poder Ejecutivo nacional, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; 2) porque —y esto es público y notorio— ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a lo cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece concebible por medios distintos a los arbitrados.

De esta manera, se admitió la validez de estas normas, a la vez que calificó su excepcionalidad, imponiéndole límites.

En resumidas cuentas, al margen de la Constitución, la jurisprudencia admitió distintas especies normativas, redefiniendo el esquema de fuentes en nuestro derecho y permitiendo una progresiva limitación de los derechos individuales por medio de estas difusas normas. Gran parte de estos aportes fueron receptados en la última reforma constitucional.

La reforma de 1994. El esquema actual de fuentes

La Convención Constituyente de 1994 significó la concreción de dispares anhelos. Por un lado se trataba de matizar el duro presidencialismo vigente e incorporar expresamente la materia de los Derechos Humanos al texto constitucional, y por el otro se intentaba

⁷⁷ *Jurisprudencia Argentina*, 1991-II-556.

aumentar las atribuciones del ejecutivo, permitiendo entre otras cosas la reelección presidencial.

Los tratados internacionales y su incorporación al sistema interno

Según testimonian las actas de la Convención, uno de los principales temas fue la manera de materializar la vinculación de los tratados internacionales al derecho interno⁷⁸. Un fuerte condicionante fue la manera que había sido convocada la reunión reformadora.

Nacida de un pacto político de los partidos mayoritarios, conocido como el “Pacto de Olivos”, se la encorsetó mediante una cláusula limitativa del contenido a reformar. La ley declarativa de la necesidad reforma estableció un núcleo cerrado de temas que debían ser tomados en conjunto, decidiendo globalmente por su aceptación o su rechazo⁷⁹.

⁷⁸ *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*; pp. 2.826/2.925.

⁷⁹ En su parte pertinente la ley 24.309/93 establece “*Núcleo de coincidencias básicas. Regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos para agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes.* a) Decretos de necesidad y urgencia. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución, el ejercicio de atribuciones propias del Congreso por razones de necesidad y urgencia será decidido en acuerdo general de ministros, con el refrendo del jefe de gabinete y los restantes ministros. El jefe de gabinete, personalmente y dentro de los diez (10) días de su sanción, someterá la medida a consideración de una comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar las proporciones de las minorías (*). Por agregado del inciso 23 al artículo 86 de la Constitución Nacional. b) Legislación delegada. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública y con plazos fijados para su ejercicio. Es necesario el refrendo del jefe de gabinete para el dictado de decretos por el Poder Ejecutivo que ejerzan facultades delegadas por el Congreso Nacional. Esos decretos se hallan sujetos al control de la comisión bicameral permanente mencionada en el apartado anterior. La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio, caducará automáticamente a los cinco (5) años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso Nacional ratifique expresamente por una nueva ley. La caducidad resultante del transcurso de los plazos previstos en los párrafos anteriores no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa. *Artículo 3º.* Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: ... *Temas que son habilitados por el congreso nacional para su debate por la convención constituyente* ... I.- *institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales.* (*)Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional (...) *Artículo 6º.* Serán nulas de nulidad absoluta todas las

El fruto de esta modificación fue un complejo sistema de constitucionalización de algunos tratados internacionales (los atinentes a Derechos Humanos) y la determinación de un rango supralegal para el resto de los tratados.

Dentro de las facultades del Congreso (Art. 75) se incorporó una cláusula que le permite aprobar y desechar instrumentos internacionales. A renglón seguido se incorporan con rango constitucional, sin que signifiquen la derogación o modificación de la primera parte de la misma los siguientes instrumentos internacionales de Derechos Humanos:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- La Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.
- La Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos pueden ser denunciados por el Ejecutivo en cualquier momento debiendo contar con una mayoría agravada, 2/3 de la totalidad de los miembros del Parlamento. Con igual mayoría el Congreso puede incorporar nuevas convenciones en materia de Derechos Humanos con rango constitucional.

modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración. *Artículo 7º.* La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”.

El resto de los tratados cuenta con una jerarquía superior a las leyes, sin especificar su materia.

Finalmente, se prevé que pueden existir tratados que deleguen funciones de gobierno en organismos supranacionales, promoviendo la integración preferencial dentro del ámbito latinoamericano.

En líneas generales puede reconocerse en la actualidad cuatro tipos de tratados internacionales. Siguiendo el planteo esquemático de Badeni⁸⁰, podemos reconocer:

- Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional, sean por estar expresamente enunciados en el Art. 75 Inc. 22 o porque el Parlamento les otorgue ese rango.
- Tratados de integración (Art. 75 Inc. 24).
- Los restantes tratados internacionales.

Todos ellos poseen rango superior a las leyes, estando alojados en la misma Constitución los primeros. Según terminología de Bidart Campos que se ha impuesto en la doctrina nacional, ahora la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico aloja a lo que, parafraseando a la moderna doctrina francesa, ha denominado *bloque de constitucionalidad*⁸¹. El mismo está integrado no sólo por el Código Constitucional sino también por este valioso agregado de instrumentos internacionales en armonía con el texto fundamental de la Constitución⁸².

Resulta necesario aclarar que cuando nos referimos a estos tratados internacionales hacemos referencia al texto que se hallaba en vigencia en el país al momento de su elevación al rango constitucional. El constituyente expresamente estableció que los tratados se incorporaban “en las condiciones de su vigencia”, lo que ha sido interpretado como el texto adoptado por el gobierno argentino. Un ejemplo concreto y práctico de esta particularización es el caso de la Convención sobre Derechos del Niño, a la que nuestro país efectuó una reserva al

⁸⁰ Badeni, Gregorio, “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales”. *Jurisprudencia Argentina*, edición del 80º aniversario, pág. 37.

⁸¹ Bidart Campos, Germán José, *Manual de la Constitución Reformada*, T I. Ediar, Buenos Aires, 1998; pág. 276.

⁸² Aisladamente un sector doctrinario ha propuesto una suerte de jerarquía interna dentro de ese bloque, subordinándolo a la mentada primera parte de la Constitución, que no se puede ver derogada por los tratados incorporados. Para todos, ver Badeni, Gregorio, *La jerarquía constitucional*, op. cit.

adherir a él⁸³. De ahí que más allá del contenido general del Tratado, en la Argentina este sea el tenor del instrumento que goza de rango constitucional⁸⁴.

Las facultades legislativas del Ejecutivo

Como se viera del texto de la ley habilitante de la reforma, se buscó sanear estas prácticas, regulándolas expresamente.

De esta manera se innovó disciplinando la delegación legislativa permitiendo una temporaria concentración de facultades en cabeza del ejecutivo, y los decretos de necesidad y urgencia, que se han convertido, lamentablemente, en una herramienta cotidiana de la gestión nacional.

La delegación legislativa

En torno a la delegación legislativa, el Art. 76 C.N., con mala técnica legislativa la prohíbe, para seguidamente establecer los parámetros en los que procede⁸⁵. Dentro de la sistemática de la Constitución

⁸³ Mediante ley 23849/90 se ratificó la Convención, fijando la siguiente reserva “Artículo 2°. Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones”: La República Argentina hace reserva de los incisos b), c), d) y e) del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta. Con relación al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. Con relación al artículo 24 inciso f) de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina, considerando que las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a principios éticos y morales, interpreta que es obligación de los Estados, en el marco de este artículo, adoptar las medidas apropiadas para la orientación a los padres y la educación para la paternidad responsable. Con relación al artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que es su deseo que la Convención hubiese prohibido terminantemente la utilización de niños en los conflictos armados, tal como lo estipula su derecho interno el cual, en virtud del artículo 41, continuará aplicando en la materia”.

⁸⁴ Sobre este punto se recomienda la lectura de la intervención del convencional Barra al tratar este tema obrante en la pág. 2,837 del Diario de Sesiones de la Convención.

⁸⁵ “Artículo 76. Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo

debe referirse esta facultad con algunas prohibiciones expresas como que establece el Art. 29 del mismo cuerpo. Esta norma veda al Congreso la posibilidad de conceder al Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarle sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de la población queden a merced de gobiernos o persona alguna. Si esto sucediera, resultaría insanablemente nulo, quedando imputados sus responsables como infames traidores a la patria.

Ahora bien, allende las limitaciones que el propio texto impone a la delegación legislativa y como consecuencia de la incorporación de los tratados internacionales supra referida y del acogimiento de las directrices de los tribunales específicos de aplicación de los mismos, consideramos que existen otras restricciones. Si bien la delegación resguarda la formalidad de la fuente normativa específica, debe tenerse especial cuidado al momento de ponderar su pertinencia para limitar derechos fundamentales.

Hacemos propio el juicio de Gelli⁸⁶ en cuanto una norma dictada en ejercicio de esta delegación no puede satisfacer acabadamente el requisito de legalidad exigido por el Art. 30 de la CADH.

Como sostuviera la CIDH en la Opinión Consultiva 6/86:

No es posible desvincular el significado de la expresión *leyes* en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención “de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un “principio” reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (Art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

Agregando más adelante a fin de precisar estos conceptos:

anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

⁸⁶ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. La Ley, Buenos Aires, 2003; pág. 623.

32. La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de *leyes* a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (ver supra 23). Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común (ver supra 22).

Es que no existe otra posible interpretación que armonice con el principio político de la Democracia, transversal al sistema de Derechos Humanos, y única garantía efectiva de la real vigencia de los mismos. En este sentido, en la citada Opinión consultiva se dijo que:

No es posible desvincular el significado de la expresión *leyes* en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención “de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (Convención Americana, Preámbulo, párr. 1). La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un “principio” reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (Art. 23), que son de aquellos que, en los términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema.

Esta consideración resulta reafirmada por la Carta Democrática Interamericana que reconoce a la Democracia como un derecho de los

pueblos americanos, debiendo los estados agotar sus esfuerzos para garantizar su vigencia⁸⁷.

La misma Opinión Consultiva en estudio contempla la posibilidad de la existencia de mecanismos de delegación legislativa en los ordenamientos nacionales (Cons. 36). La delegación legislativa no debe ser automáticamente rechazada. Por el contrario, debe tolerársela, pero apreciar con singular estrictez su validez, en cuanto restrinja derechos humanos.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia

También dentro de las formalmente negadas facultades legislativas del Poder Ejecutivo, se hallan los denominados usualmente Decretos de Necesidad y Urgencia. Como se viera, éstos surgieron de la práctica y en la última reforma recibieron carta de ciudadanía.

Dentro del capítulo referente a las atribuciones presidenciales se establece la manera en la que participa en la formación de las leyes. Expresamente se veda la potestad legislativa, haciendo la salvedad de que lo podrá hacer “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral y el régimen de partidos políticos”⁸⁸. Queda claro pues, que el ámbito político resulta extraño a las normas que emita el Ejecutivo.

Como recaudo se exige la intervención del Parlamento en la revisión de estas medidas. Una Comisión Bicameral será la encargada de examinar estos decretos y convalidarlos o rectificarlos. Tal Comisión no ha sido constituida, ni la ley especial que la Constitución exige se ha dictado.

Es de destacar que en los últimos tiempos, merced a la profunda crisis experimentada en nuestro país, el tema de estos decretos ha tenido una abundante respuesta jurisprudencial. Concretamente se dictaron una serie de medidas atinentes a Derechos Humanos Civiles, en particular sobre la propiedad de los depósitos bancarios que tuvieron dispar resolución. Inicialmente fueron declarados inconstitucionales las medidas adoptadas por el gobierno para paliar la crisis ya que

⁸⁷ Cf. Arts. 1, 2, 4, 7, 17, 18 y concordantes.

⁸⁸ Art. 99 Inc. 3 CN.

desnaturalizaban el derecho en cuestión⁸⁹ resultando en consecuencia irrazonables y por lo tanto repugnantes al derecho.

Más recientemente, con una nueva integración, el Máximo Tribunal consideró que esas medidas no resultaban exorbitantes ni arbitrarias, inclinándose por la declaración de validez de las mismas⁹⁰. Un dato importante de este último pronunciamiento es que ha generado prácticamente una rebelión de los tribunales inferiores.

Sin perjuicio de que no existe una norma determinada que fije la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema, no hay en Argentina una función casatoria propia en esta instancia, tradicionalmente se han seguido sus criterios. A partir del dictado de la causa Bustos, avalando las medidas oficiales de pesificación⁹¹ las Cámaras de Apelaciones Federales de todo el país se han mantenido en su postura contraria en un capítulo inédito en la jurisprudencia nacional.

Finalmente, debemos marcar una diferencia entre esta especie de decretos las decisiones presidenciales en ejercicio de facultades delegadas. Éstas no poseen una limitación que excluya la materia política, como sí sucede con los decretos de necesidad y urgencia. Es por ello que insistimos con nuestra observación en cuanto al respeto a la formalidad de la ley exigida como recaudo para la limitación legítima de los derechos, en los términos de la CADH.

Recientemente se ha dictado una ley que regula conjuntamente la labor del Congreso Nacional ante los Decretos de Necesidad y Urgencia, la delegación legislativa y la promulgación parcial de leyes. La ley 26.122/06 fija un trámite especial de revisión ante una Comisión Bicameral Permanente de tales especies, la que elaborará un dictamen que será luego elevado al pleno de cada Cámara. Serán éstas las encargadas de aprobar o rechazar estas normas, verificando su validez formal y material.

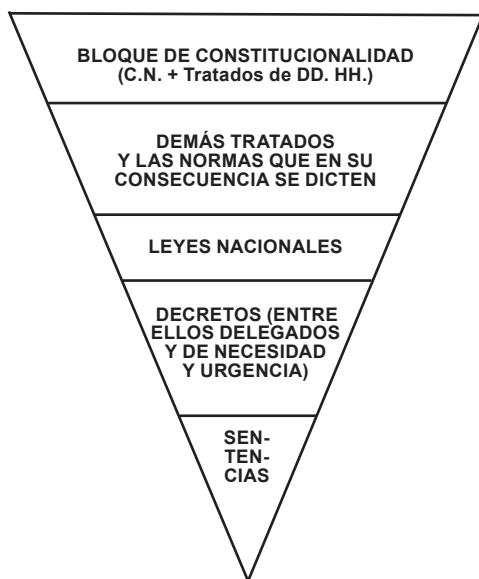
⁸⁹ C.S.; 01/02/2002; “Banco de Galicia y Buenos Aires s/solicita interv. Urgente” en Smith, Carlos A. con P.E.N. s/sumarísimo; *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2002-A-770.

⁹⁰ C.S.; 26/10/2004; Bustos, Alberto R. y otros, “Caso Estado nacional y otros”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2005-A-136.

⁹¹ Término de amplia difusión empleado para referirse a la conversión compulsiva de los depósitos bancarios en moneda extranjera a pesos, moneda de curso legal, según lo estableció el DNU 214/02.

En caso de rechazar el decreto presentado para su estudio, éste quedará derogado como tal, dejando a salvo los derechos adquiridos bajo su vigencia (Art. 24)

Desgraciadamente, esta ley viene a llenar formalmente una laguna existente con una marcada inoperancia, y una “*claudicación del Poder Legislativo*”, como ha dado en denominarla la doctrina especializada⁹². Es que bajo el ropaje de una regulación orgánica de estos distintos temas, se ha legitimado una paulatina concentración de poder con un mero pasaje por el Parlamento, verdadero titular de la función legislativa.



Colofón

Las consideraciones realizadas nos llevan indudablemente a considerar que a partir de la reforma de 1994 existe un renovado aire en el derecho nacional. Durante su debate, quedó claro que “la Argentina no puede participar de ningún proceso de globalización si no ordena progresivamente sus normas; y participa en un proceso de globalización en la medida que pueda sujetar los derechos de las personas, porque de

⁹² Midón, Mario A., “Una ley contradictoria omisiva y claudicante”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, ejemplar del 29/8/06. En el mismo sentido Pérez Sammartino, Osvaldo A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, suplemento Actualidad del 17/8/06.

lo contrario no le interesa el proceso de globalización”⁹³. Al margen del debatido y polémico proceso de globalización económica que tanta prensa y estudios ha generado, la Argentina se incluyó en un proceso más importante y trascendente que un ensayo de ensanchamiento de los mercados: la globalización de los Derechos Humanos.

En esa misma reunión se sostuvo que “los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, conforman una obligación para todos, *erga omnes* y todo Estado debe estar jurídicamente interesado en la protección del derecho del hombre. El Estado no puede sustraerse de su responsabilidad con el pretexto de que es un ámbito —esencialmente— de su competencia nacional con un concepto antiguo de la soberanía, porque, de lo que se trata, es de la protección internacional. La persona es el sujeto del derecho internacional”⁹⁴. El haber modificado la ordenación de fuentes y haber empezado a repercutir ésta en todos los ámbitos de la vida nacional, nos sitúa en un escenario particular en un tiempo de definiciones provisionales que se van construyendo continuamente, pero que no admite el darle la espalda a estos derechos tan largamente postergados.

Sin dudas que forjar una cultura de los Derechos Humanos no es tarea de una simple modificación normativa. Pero los decididos pasos que se han dado, a los que más adelante nos referiremos, y el eco social que han tenido nos convence de que estas pautas que se describen en este apartado son necesarias para que cualquier lector sepa ubicarse en el momento presente del país.

⁹³ De la presentación del Convencional Cafiero del despacho mayoritario en la Convención Constituyente de 1994 en torno a la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. *Diario de Sesiones*, pág. 2.831.

⁹⁴ Ídem.