

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA VISIÓN DEL ÓRGANO MÁXIMO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE ARGENTINA¹

HUMAN RIGHTS PROTECTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE HIGHEST COURT OF CONSTITUTIONAL JUSTICE OF ARGENTINA

VÍCTOR BAZÁN²

Profesor de grado, posgrado, Investigador máxima categoría y
Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional
y Derechos Humanos, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina)
vicba2002ar@yahoo.com.ar

RESUMEN: El presente trabajo pretende identificar las líneas jurisprudenciales centrales trazadas por la Corte Suprema de Justicia argentina en el ámbito de los derechos humanos, especialmente civiles y políticos y económicos, sociales y culturales; la influencia de la reforma constitucional de 1994 sobre el tema, y —entre otros puntos— el grado de cumplimiento que el Tribunal pone de manifiesto en relación con los estándares internacionales elaborados, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, el documento se centrará en las decisiones de la Corte Suprema generadoras de debate público e impacto social por su innovación y complejidad técnica.

ABSTRACT: This study aims to identify the principal centerline of the case-law described by the Supreme Court of Argentina in terms of human rights, especially regarding civil and political rights and economic, social and cultural ones; the influence of the 1994 constitutional reform on the subject and, among other things, the degree of compliance that the Court shows in relation to international

¹ Presentado el 8 de septiembre 2011, aprobado el 28 de septiembre de 2011.

² Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, República Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor de Cursos Intensivos de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), y de otros posgrados en Universidades argentinas y del exterior. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Director de la Sección “Derechos Humanos” de dicha Asociación. Miembro del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional e integrante de su Junta Directiva. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de la *International Association of Constitutional Law*, de la *International Academy of Comparative Law*, etc. Autor, coordinador y coautor de numerosos libros y artículos publicados en Argentina y el exterior sobre temas de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos.

standards, for example, adopted by the Inter-American Court of Human Rights. In particular, the paper will focus on Supreme Court's decisions that have generated public debate and social impact for their innovation and technical complexity.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales. Justicia constitucional. Aplicación de estándares internacionales en materia de derechos humanos.

KEY-WORDS: Fundamental rights. Constitutional justice. Application of international standards in the field of human rights.

I. APRECIACIONES PRELIMINARES

El presente trabajo tiene por objetivo central individualizar algunas de las sentencias y acordadas más relevantes del máximo órgano jurisdiccional en el derecho interno argentino: la Corte Suprema de Justicia (en adelante la Corte o la Corte Suprema), en materia de derechos fundamentales, esto es, aquellas que han provocado impacto y debate sociales, por su carácter innovador o su complejidad técnica.

Como puede comprenderse, el intento descriptivo que se emprenderá habrá de ser necesariamente limitado e incompleto, pues los fallos seleccionados son sólo una mínima muestra de un complejo sentencial sobre derechos humanos que se muestra polifacético y cuantitativamente muy nutrido.

Para comenzar a desandar el camino propuesto, en primer lugar enfocaremos la impronta de la reforma constitucional de 1994 en el campo de los derechos humanos, que ha establecido una serie de parámetros jurídico-axiológicos de los que la Corte y el resto de los poderes constituidos no podrían válidamente prescindir.

Seguidamente, se examinarán algunas señales que el Máximo Tribunal argentino viene emitiendo con el objeto de fortalecer su perfil institucional y privilegiar su labor en el marco de la jurisdicción constitucional.

Luego, se abrirá un espacio de indagación que se nutrirá de los puntos de convergencia de ambas cuestiones centrales abordadas en los apartados anteriores, para perfilar una doble línea de enfoque que abarcará, por una parte, algunos pronunciamientos importantes del Tribunal en materia de protección de derechos fundamentales y, por la otra, diversas acordadas también significativas en tan sensible ámbito temático.

A su tiempo, el epílogo vendrá de la mano de ciertas reflexiones de recapitulación de las ideas básicas que se pretende enfatizar en la presente contribución, que se añadirán a determinadas consideraciones valorativas intercaladas en el nudo de la misma.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Es indiscutible el intenso impacto que, al menos desde la perspectiva normológica, ha originado la última innovación constitucional argentina (operada en 1994) en el área de los derechos humanos.

Para comprobar tal aserto basta repasar los siguientes elementos: la ampliación de la nómina de derechos explícitos (por ejemplo, los arts. 37, 41, 42 de la Constitución Nacional [en adelante: C.N.]); la implementación *expressis verbis* de los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus* y *habeas data* (art. 43, *ibid.*); la delineación de un remozado paradigma en torno al principio de igualdad, que se hace patente a través de la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 16, *ibid.*), ya contenida en la versión anterior de la Constitución, y la *igualdad material o sustancial* (artículos constitucionales 37 y 75, incs. 2º, 19 y 23), infundida por la nombrada revisión constitucional; y la atribución de *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2º, *ibid.*) y a los que en el futuro el Congreso de la Nación acordare semejante nivel constitucional (art. 75, inc. 22, párr. 3º, *ibid.*).

Los instrumentos internacionales recipiendarios de *jerarquía constitucional originaria*, esto es la atribuida directamente por la Convención Constituyente de 1994, son: 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 Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A la nómina primigenia de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional originaria contenida en el art. 75, inc. 22, párr. 2º, de la Ley Fundamental, se han añadido, con idéntica alcurnia (aunque *derivada*, o sea, por medio del Congreso de la Nación), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³ y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁴.

³ A la que se ha asignado jerarquía constitucional mediante la Ley N° 24.820 (Boletín Oficial –en adelante: B.O.– de 29 de mayo de 1997).

⁴ Instrumento internacional al que se le conferido valencia constitucional por conducto de la Ley N° 25.778 (B.O. de 3 de septiembre de 2003).

La asignación de cotización constitucional a los instrumentos internacionales sobre derechos esenciales, a su vez, ha traído consigo la ampliación cuantitativa y cualitativa del plexo de derechos implícitos y expresos; fortaleciendo, además, la operatividad de los principios *pro homine* (tal vez sería más conveniente y abarcativo hablar de principio *pro persona*) o *favor libertatis* y *pro actione*, con las pautas que de ellos se desprenden, v.gr., *pacta sunt servanda* e interpretación de buena fe de los compromisos internacionales asumidos en la materia. Paralelamente, ha vigorizado el postulado que proscribe alegar la existencia o la inexistencia de normas de derecho interno para justificar la preterición de los compromisos internacionales; axioma que, de no ser respetado, desencadenaría la responsabilidad internacional del Estado.

Igualmente, la mencionada reforma constitucional también ha producido, *inter alia*, la citada exigencia de activar la renovada concepción sobre el principio de igualdad a través de *acciones positivas* y la inexcusable *implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres*, en un escenario donde es imposible perder de vista el caudal axiológico que suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”⁵.

Sin embargo, es innegable que la actividad de la magistratura jurisdiccional toda (con la Corte Suprema a la cabeza) adquiere singular importancia, ya que, como *mutatis mutandi* ha afirmado MÉNDEZ, una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por medio de diversos poderes del Estado, siéndole indiferente al derecho internacional que se lo haga por vía administrativa, legislativa o judicial, sin perjuicio de lo cual, agrega, “ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, *es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno*”⁶ –énfasis agregado–.

En síntesis, el cuadro descripto lleva a pensar que subyace con firmeza el requerimiento de asegurar la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos, circunstancia que constriñe al Estado argentino y lo convoca a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en tal ámbito.

⁵ Sobre el tema, véase BAZÁN (2003), pp. 303-336.

⁶ MÉNDEZ (1997), en ABREGÚ y COURTIS (comps.), p. 532.

III. LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA RENOVACIÓN DE SU PERFIL INSTITUCIONAL

Con mayor intensidad a partir de su actual composición⁷, y para alejar los *fantasmas* de la anterior Corte –cincelada en buena parte a su medida por el ex Presidente de la Nación Dr. Carlos Saúl Menem–, el Máximo Tribunal busca “relegitimarse”, ganar credibilidad, dar muestras a la sociedad de independencia y fortaleza, idear alternativas de solución para un número inmanejable de causas tramitadas en su seno y solidificar su rol político-institucional “marcando su terreno” como cabeza de uno de los Poderes de Estado.

A ello se suma el hecho de mostrarse decidido a concentrar sus esfuerzos y recursos de modo primordial en el tratamiento de cuestiones de real magnitud constitucional y relevante trascendencia jurídica, que en buena medida involucran la protección de los derechos fundamentales.

Tal escenario hace presumir que la Corte procura rediseñarse institucionalmente.

A modo de matización, y mientras se mantenga el escenario constitucional e infraconstitucional actual, aquella aserción que pone en evidencia el itinerario seguido por la Corte no implica abdicar del componente difuso o desconcentrado que secularmente ha tipificado el sistema de control de constitucionalidad de nuestro país.

Acaso pueda deslizarse que de modo embrionario se avanza funcionalmente en la línea de estructurar un esquema mixto de fiscalización constitucional.

Para comprender cabalmente algunas de las claves del proceso de reacomodamiento fisonómico e institucional de nuestra Corte Suprema, es preciso erradicar determinados preconceptos como el de la división maniquea entre el modelo “kelseniano” y el paradigma “norteamericano” (*Judicial Review*) de control de constitucionalidad, pues la realidad de la praxis procesal constitucional americana comparada demuestra el avance sostenido de la vertebración de magistraturas constitucionales especializadas, bien que con diversos rasgos morfológicos y localizaciones institucionales, y la “hibridación” de los sistemas de fiscalización constitucional, abriendo paso a numerosas fórmulas de combinación de aquellos regímenes “concentrado” y “difuso”.

⁷ El proceso de renovación se produjo principalmente entre 2003 y 2004. Hoy (segundo semestre de 2011), el Tribunal está integrado por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

Varios elementos sustentan nuestra percepción, en cuanto a las señales que la praxis de la Corte deja entrever en la orientación apuntada.

Así, es posible verificar que con mayor asiduidad se permite incursionar o profundizar en: *i)* el diseño de modalidades sentenciales “atípicas”; *ii)* la modulación temporal de los efectos del control de constitucionalidad que realiza; *iii)* el tendido de lazos dialógicos con otros poderes u órganos de los Estados Nacional o Provinciales; *iv)* el avance en áreas inhóspitas del control de constitucionalidad, como la del Contralor respecto de las omisiones inconstitucionales; *v)* el examen de cuestiones *altri tempi* no justiciables; *vi)* el recurso a nuevas herramientas interpretativas en el marco constitucional; *vii)* la depuración de la competencia discernida por ley del Congreso en el contexto de los recursos ordinarios de apelación en materia previsional; *viii)* la traslación a la Cámara Nacional de Casación Penal y a los respectivos tribunales provinciales competentes de la labor revisiva amplia de los casos en materia criminal; *ix)* el diseño de un estándar más exigente para habilitar su competencia originaria; *x)* la apertura de vías de participación popular que conduzcan a una mayor democratización y transparencia del debate judicial en cuestiones dilemáticas y de envergadura constitucional, generando una atmósfera propicia para elaborar precedentes imbuidos de sustentable ejemplaridad; *xi)* la insistencia en calificar como “eminente” el ejercicio de la jurisdicción constitucional a su cargo, y *xii)* la prédica en torno a la necesidad de fortalecerse institucionalmente y vigorizar la independencia judicial⁸.

IV. SEÑALAMIENTO DE CIERTOS FALLOS SIGNIFICATIVOS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Liminar*

La importancia de la problemática de los derechos humanos aparece con renovado vigor en varios fallos recientes (y otros relativamente cercanos en el tiempo) emitidos por la Corte Suprema⁹.

⁸ Entre otros trabajos del autor, ver BAZÁN (2009), pp. 33-88.

⁹ Sería injusto omitir que, con distinta composición de la actual, ya en “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros” (Fallos, 315:1492), de 7 de julio de 1992, o sea, anterior a la reforma constitucional de 1994, la Corte sentó un muy valioso criterio en punto a la valencia prioritaria del derecho internacional convencional sobre el derecho interno y la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ya en algún pronunciamiento anterior a “Ekmekdjian c/ Sofovich”, la interpretación de la normativa de un instrumento internacional se patentiza embrionariamente en el caso registrado en “Firmenich, Mario E.” (Fallos, 310:1476, de 28 de julio de 1987), acerca de la hermenéutica “razonable” del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH– (ver consid. 4º, 6º y 7º de la mayoría).

Dicha impronta, enfocando principalmente –según corresponda– el marco de los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales y/o de los derechos de incidencia colectiva, se hace patente, por ejemplo, en: “Itzcovich Mabel c/ Administración Nacional de Seguridad Social [en adelante, ANSeS] s/ Reajustes varios”, de 29 de marzo de 2005¹⁰; “Verbitsky, Horacio”, de 3 de mayo de 2005¹¹; “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. –Causa Nº 17.768–”, de 14 de junio de 2005¹²; “Mendoza, Beatriz S. y otros c/ Estado Nacional y otros”, de 20 de junio de 2006¹³, y demás pronunciamientos derivados de tal causa matriz; “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/Reajustes varios” I¹⁴, de 8 de agosto de 2006, y II¹⁵, de 26 de noviembre de 2007; “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/Recurso de casación e inconstitucionalidad”¹⁶, de 13 de julio de 2007, y “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/Recurso de casación”¹⁷, de 31 de agosto de 2010; “Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén s/acción de amparo” I¹⁸, de 5 de septiembre de 2007, y II¹⁹, de 14 de octubre de 2008, y “Editorial Perfil S.A. y otro c. Estado Nacional –Jefatura de Gabinete de Ministros–”²⁰, de 2 de marzo de 2011; “Halabi, Ernesto c/P.E.N. –Ley Nº 25.873– Dto. 1563/04 s/Amparo Ley Nº 16.986”²¹, de 24 de febrero de 2009; “Arriola, Sebastián y otros s/Causa Nº 9.080”²², de 25 de agosto de 2009; y “Baldivieso, César Alejandro s/Causa Nº 4.733”²³, de 20 de abril de 2010.

Como puede comprenderse, sin perjuicio de las precitadas causas –que *infra* serán examinadas– y al solo efecto ilustrativo, puede añadirse otro cúmulo importante de sentencias en materia de derechos humanos, en muchas de las cuales

¹⁰ Fallos, 328:566.

¹¹ Fallos, 328:1146.

¹² Fallos, 328:2056.

¹³ Fallos, 329:2316.

¹⁴ Causa ‘B.675.XLI’ (Fallos, 329:3089).

¹⁵ Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota anterior.

¹⁶ Fallos, 330:3248.

¹⁷ Fallos, 333:1657.

¹⁸ Causa ‘E.1.XXXIX’ (Fallos 330:3908).

¹⁹ Es un segundo decisorio en la causa individualizada en la nota anterior.

²⁰ Fallos, 334:109.

²¹ Fallos, 332:111.

²² Fallos, 332:1963.

²³ Fallos, 333:405.

la Corte (fundamentalmente con su presente composición –tal como anticipábamos–) aplicó los parámetros internacionales de protección en la materia. La nómina que sigue es sólo un muestreo referencial al respecto, agrupado temática y no cronológicamente:

- “Tufano, R. A. s/Insania”²⁴ (de 27 de diciembre de 2005), en punto al *debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias*, y “María, Flavia Judith c/Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial”²⁵ (de 30 de octubre de 2007), visualizando al *derecho a la salud como derecho fundamental*;

- “Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi S.A.”²⁶ (de 7 de septiembre de 2004), “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidentes Ley 9.688”²⁷ (de 21 de septiembre de 2004) y “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/Despido”²⁸ (de 14 de septiembre de 2004), todos en el ámbito de los *derechos laborales*;

- “Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo”²⁹ (de 11 de noviembre de 2008), acerca del *derecho a la libertad de asociación sindical*;

- “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/Reajustes varios”³⁰ (de 17 de mayo de 2005) y “Elliff Alberto c/ANSeS s/Reajustes varios”³¹ (11 de agosto de 2009), respecto de la *movilidad y la actualización de haberes previsionales*; además de “Aban, Francisca América c/ANSeS”³² (de 11 de agosto de 2009), sobre *inaplicabilidad del tope máximo de haberes previsionales*;

- “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/Ejecución hipotecaria”³³ (de 15 de marzo de 2007), entre otros aspectos conflictivos, sobre la *defensa de la vivienda única y familiar*;

- “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/Acción declarativa de inconstitucionalidad”³⁴ (de 16 de noviembre de 2004), acerca del sensible asunto de la *discriminación por razones de nacionalidad*;

²⁴ Fallos, 328:4832.

²⁵ Fallos, 330:4647.

²⁶ Fallos, 327:3610.

²⁷ Fallos, 327:3753.

²⁸ Fallos, 327:3677.

²⁹ Fallos, 331:2499.

³⁰ Fallos, 328:1602.

³¹ Fallos, 332:1914.

³² Fallos, 332:1933.

³³ Fallos, 330:855.

³⁴ Fallos, 327:5118.

- “Casal, Matías Eugenio y otro s/Robo simple en grado de tentativa –Causa N° 1.681–”³⁵ (de 20 de septiembre de 2005), relativo a la *extensión de la revisión del fallo condenatorio en causas penales por la Cámara Nacional de Casación Penal*;
- “Quiroga, Edgardo Óscar s/Causa N° 4.302”³⁶ (de 23 de diciembre de 2004), “Llerena, Horacio L.”³⁷ (de 17 de mayo de 2005) y “Dieser, María G. y Fraticelli, Carlos A.”³⁸ (de 8 de agosto de 2006); todos en torno del alcance de la *garantía de imparcialidad del juez o tribunal*;
- “Benítez, Aníbal Leonel”³⁹ (de 12 de diciembre de 2006), sobre el *derecho a controlar la prueba de cargo*, y “Noriega, Manuel”⁴⁰ (de 7 de agosto de 2007), acerca del *derecho a una defensa técnica eficaz*;
- “Barra, Roberto E.”⁴¹ (de 9 de marzo de 2004), respecto del *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*;
- “Gramajo, Marcelo Eduardo s/Robo en grado de tentativa –Causa N° 1.573–”⁴² (de 5 de septiembre de 2006), en el que se elaboraron ciertas precisiones *sobre el concepto de peligrosidad, que se considera violatorio del principio de culpabilidad, pues la Constitución Nacional consagra un derecho penal de acto (y no de peligro)*;
- “Santillán, Francisco A.”⁴³ (de 13 de agosto de 1998), en el que se subraya que *la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable*;
- “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado –Causa N° 1.174–”⁴⁴ (de 7 de diciembre de 2005) y “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”⁴⁵ (de 2 de diciembre de 2008), acerca de *la situación de los menores en conflicto con la ley penal*, y

³⁵ Fallos, 328:3399.

³⁶ Fallos, 327:5863.

³⁷ Fallos, 328:1491.

³⁸ Fallos, 329:3034.

³⁹ Fallos, 329:5556.

⁴⁰ Fallos, 330:3526.

⁴¹ Fallos, 327:327.

⁴² Fallos, 329:3680.

⁴³ Fallos, 321:2021.

⁴⁴ Fallos: 328:4343.

⁴⁵ Fallos, 331:2691.

• “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado y asociación ilícita y otros –Causa N° 259–”⁴⁶ (de 24 de agosto de 2004), en cuanto hace a *la investigación y la sanción de graves violaciones a los derechos humanos*.

2. Somero repaso de algunos pronunciamientos relevantes

A. “Itzcovich” y el intento por despejar el camino procesal para la tutela de derechos previsionales fundamentales

Por mayoría⁴⁷, la Corte declaró la inconstitucionalidad (sobreviniente) del art. 19 de la Ley N° 24.463 –de “solidaridad previsional”⁴⁸–, que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquélla respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

La posición mayoritaria se enrola en una línea del Tribunal permeable a eludir algunas detracciones a la tarea de control de constitucionalidad en temas otrora impenetrables jurisdiccionalmente por entrañar cuestiones políticas no justiciables⁴⁹, sometiendo en este caso a fiscalización constitucional la facultad legislativa establecida en el art. 117 de la Ley Fundamental de regular la competencia por apelación del Tribunal, lo que significa un claro mensaje en punto a la reivindicación de su papel institucional.

De su lado, y para graduar temporalmente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, advirtió que la autoridad institucional dimanante de su pronunciamiento no privaba de validez a los actos procesales cumplidos ni dejaba sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor, toda vez que la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios jurisprudenciales habría de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los logros propuestos no se vieran malogrados en ese trance (consid. 15 de la mayoría). En línea con ello, y en orden a evitar la retrogradación de los procesos, decidió que las causas en las que ya hubiera sido notificada la sentencia de Cámara, con anterioridad al momento en que el fallo “Itzcovich” quedara firme, debían

⁴⁶ Fallos, 327:3294.

⁴⁷ El voto que encabeza la sentencia fue suscripto por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos éstos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

⁴⁸ B.O. de 30 de marzo de 1995.

⁴⁹ Queda a salvo el criterio que el doctor Belluscio expuso en su disidencia, al pronunciarse en contra de tal posibilidad fiscalizatoria por considerarla un poder discrecional del Congreso (ver consid. 3º, párr. 2º).

continuar su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad determinaba (id. consid.)⁵⁰.

El fallo procuró mitigar –al menos hacia el futuro– estériles dilaciones en reclamos judiciales contentivos de sustanciales derechos previsionales, que reclaman rápida respuesta estatal por involucrar aspectos que hacen a la subsistencia y la dignidad humanas.

El Tribunal construyó su razonamiento recurriendo a fórmulas argumentativas que involucran algunas pautas peculiares del test de razonabilidad, la ponderación de convergencia de una inconstitucionalidad sobreviniente⁵¹ y la asunción como realidad incuestionable de la elevada cotización de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, para cuya configuración ha contribuido el incesante desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la adjudicación de jerarquía constitucional, originaria o derivada, a un importante repertorio de documentos internacionales sobre aquella materia, tal como se anticipó.

El pronunciamiento adquirió relevancia como un soplo de oxígeno en un denso clima de postergación que consuetudinariamente ha vivido (y aún vive) la materia previsional (seguridad social), atraso constante que castiga a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad: *la ancianidad*; es decir, por irónica y dura paradoja, justamente uno de los segmentos de la comunidad que debería gozar de un plus protectorio según la clara directriz que en tal sentido contiene la C.N. en su art. 75, inc. 23⁵².

Por su parte, los efectos inductores del fallo se hicieron nítidos porque (además de haber sido éste publicado en el Boletín Oficial de la Nación –algo no demasiado

⁵⁰ Ver sobre el tema, entre otros trabajos de BAZÁN (2006-a), pp. 257-287.

⁵¹ Aunque el doctor Lorenzetti, en el considerando 13 de su concurrencia, sostiene la necesidad de diferenciar claramente la interpretación adaptativa, la inconstitucionalidad sobreviniente y la descalificación por los efectos derivados de la aplicación de una norma jurídica. Al respecto, y luego de observar que en el caso se trata de una norma que, a lo largo del tiempo de su aplicación, demostró un efecto contrario al que ella misma perseguía y al sistema de valores y principios constitucionales, advierte que debe tomarse como elemento a considerar no sólo el contexto de sanción de la norma, sino el de aplicación, de modo que pueda ser sometida a una prueba de verificación de la permanencia de su adaptación constitucional. Con ello, pareciera separarse de la hipótesis pura de inconstitucionalidad sobreviniente.

⁵² En el considerando 11 de su voto concurrente, el ministro Lorenzetti manifiesta que “la calificación constitucional de los ancianos como un grupo particularmente vulnerable, incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica”, añadiendo que “la norma cuya constitucionalidad se examina constituye una diferencia negativa en perjuicio del grupo constituido por las personas ancianas en el ámbito de las acciones judiciales”.

frecuente respecto de sentencias de la Corte—) pocos días después de su dictado, el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 26.025⁵³, por la cual derogó el citado art. 19 de la Ley N° 24.463.

B. “Verbitsky” y las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda privación de la libertad

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

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

Ello llevó al actor a plantear sendos recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia provincial, frente a lo cual dedujo un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que —por mayoría⁵⁴— revocó la sentencia en cuestión.

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

- Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley N° 24.660, *configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención*;

⁵³ B.O. de 22 de abril de 2005.

⁵⁴ La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también disidentemente —aunque sólo en forma parcial—, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

- Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta (60) días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos;

- Instruir al mencionado órgano judicial y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, suprima toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal;

- Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta (30) días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco (5) días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;

- Disponer que cada sesenta (60) días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a la Corte Nacional las medidas que adoptase para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;

- Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, y

- Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitaría a la accionante y a las restantes organizaciones presentadas como *amici curiarum*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a la Corte de la Nación cada sesenta (60) días de los avances logrados.

El fallo fue novedoso (aunque sigue resultando de dificultoso cumplimiento), entre otros aspectos, porque la Corte –activismo mediante– diseñó un remedio jurisdiccional para combatir las *omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga*⁵⁵ en que incurren las autoridades

⁵⁵ Sobre el tema en general, ver BAZÁN (2010-a), pp. 151-177.

provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultan violatorias, v.gr., del art. 18 de la C.N. (“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...” y de los arts. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo “tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”), 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”) y 5, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH– (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término) [ver consid. 39 de la mayoría].

En el sentido expuesto, el Tribunal eleva al nivel de estándar básico infranqueable a las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas”, recogidas por la Ley Nº 24.660, como cartabón de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cfr. id. consid.).

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

C. “Simón”, la invalidez constitucional de las leyes de “punto final” y “obediencia debida”, y la investigación en torno a los delitos de lesa humanidad

El Tribunal afrontó el complejo tema del análisis de constitucionalidad de las 23.492⁵⁶ de “punto final” y 23.521⁵⁷ de “obediencia debida”, a las que por mayoría⁵⁸ declaró inconstitucionales.

Al mismo tiempo, determinó a todo evento de ningún efecto, además de dichas leyes, a cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los pro-

⁵⁶ B.O. de 29 de diciembre de 1986.

⁵⁷ B.O. de 9 de junio de 1987.

⁵⁸ El esquema de votación fue el siguiente: la moción que encabeza el fallo fue firmada por el doctor Petracchi. Por su parte, en sendas concurrencias se pronunciaron los ministros Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti (los cuatro coinciden con los consid. 1 a 11 del voto del doctor Petracchi), Argibay (quien concuerda con los consid. 1 a 6 del mencionado voto del ministro Petracchi) y Boggiano. Finalmente, el doctor Fayt se expidió en disidencia.

cesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación argentina.

Presentado en breves líneas, se observa que en el consid. 23 de la moción triunfante la Corte Suprema puntualizó que las dudas con respecto al alcance concreto del deber del Estado argentino con relación a aquellas leyes habían quedado esclarecidas a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el “Caso Barrios Altos vs. Perú”⁵⁹.

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

Debe advertirse que el fallo generó polémicas y despertó algunas críticas en punto a que la tendencia del Tribunal se dirige a generar una suerte de estándar dual: ser permeable a la reapertura de procesos en contra del denominado “terrorismo de Estado”, y paralelamente refractario a adoptar idéntico criterio en causas contra lo que algunos denominan el “terrorismo subversivo”.

D. “Mendoza I” y resoluciones posteriores, en torno a la protección del ambiente

El decisorio inicial (resuelto por mayoría⁶⁰) será identificado como “Mendoza I” y se dictó en el marco de un proceso que gira en torno a la contaminación ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo y que originó varios pronunciamientos

⁵⁹ La referencia completa es la siguiente: Corte IDH, “Caso Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.

⁶⁰ Formaron la mayoría del Tribunal los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay. A su tiempo, por su voto se expidió el doctor Fayt.

ulteriores sobre contingencias procesales puntuales⁶¹, incluso el *dictum* definitivo de 8 de julio de 2008⁶², en el que, por medio de una sentencia colectiva, prefigura un plan a cumplir obligatoriamente por la Autoridad de la Cuenca

⁶¹ Con posterioridad al de 20 de junio de 2006 se dictaron otros resolutorios que conforman la saga “Mendoza”, de acuerdo con el detalle que sigue (que no abarca –por ser objeto de referencia separada– a la sentencia definitiva de 8 de julio de 2008 ni a las resoluciones proferidas con posterioridad a ésta): de *24 de agosto de 2006*, en el que la Corte admitió que el Defensor del Pueblo de la Nación actúe como tercero en el proceso aunque rechazó la pretensión de aquél en punto a que se ampliara la acción respecto de varios municipios bonaerenses; de *30 de agosto de 2006*, en el que frente a la presentación como terceros de varias asociaciones y fundaciones (art. 30 de la Ley N° 25.675) que solicitaron se condene al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a varias empresas privadas, a que lleven a cabo acciones necesarias para el inmediato cese de la actividad contaminante y la recomposición del daño ambiental colectivo, el Tribunal admitió la participación de cuatro entidades cuyos objetos estaban relacionados con la protección del medio ambiente, y la rechazó respecto de las restantes; de *23 de febrero de 2007*, por el que se ordena la intervención de la Universidad de Buenos Aires a los efectos de que intervenga como perito en la causa; de *20 de marzo de 2007*, en el que admite la participación de la asociación de derechos humanos que solicitó ser tenida por tercero y rechazó la petición de varias personas que eran actrices en otra causa en la cual impetraron una medida cautelar innovativa y autónoma ante la contaminación que padecían, determinando, además, el Tribunal que en lo sucesivo serían rechazadas todas las presentaciones por las cuales pretendiesen incorporarse terceros al proceso, al estar ya suficientemente representada la condición de afectados y/o interesados en cuanto al daño colectivo; de *12 de junio de 2007*, por la que convocó a una audiencia pública para que las partes y los terceros intervinientes expresaran las observaciones que estimaren conducentes con respecto al Plan Integrado para el Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo presentado, en materia de prevención y recomposición, por el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como con relación al informe formulado por la Universidad de Buenos Aires sobre la factibilidad del mencionado plan, y de *22 de agosto de 2007*, a la que más adelante nos referiremos en el texto identificándola como “Mendoza VII”.

⁶² El fallo fue suscripto por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

Después de la sentencia definitiva, se dictaron otros resolutorios: el de *23 de julio de 2008*, en el que la Corte rechazó la comunicación que le dirigiera el Procurador General de la Nación por la cual señalaba que no se le había otorgado participación con carácter previo al pronunciamiento definitivo pese a que, según su opinión, el dictamen del Ministerio Público Fiscal era de carácter imperativo a fin de preservar las funciones que a dicho órgano le reconoce la Constitución Nacional. Al respecto, el Alto Tribunal entendió que al no presentarse en el proceso ningún planteo de inconstitucionalidad ni introducirse cuestión alguna concerniente a la distribución de competencias entre el Estado Nacional y los Estados federados, el asunto remitió a cuestiones inequívocamente valorativas, de hecho, y a la definición de mandatos prestacionales y reglas para la actuación procesal ulterior, que no requerían dictamen previo del mencionado órgano, conforme las atribuciones reconocidas en el art. 33, inc. ‘a’, de la Ley N° 24.946 (B.O. de 23 de marzo de 1998), cuando actúa por ante la Corte en causas que corresponden a su competencia originaria, y el de *12 de agosto de 2008*, por el que se desestimó la petición de la Presidenta de la Autoridad de Cuenca en punto a que la Corte dicte un pronunciamiento expreso en torno a diversas cuestiones resueltas en la decisión definitiva, considerando al respecto el Alto Tribunal que ésta era suficientemente clara y no había incurrido en errores materiales ni omisiones.

creada por la Ley N° 26.168⁶³ (entidad a la que pone en funcionamiento), imponiendo sanciones para el caso de incumplimientos o demoras, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente del Estado Nacional y de la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires.

En “Mendoza I” la Corte declaró su *incompetencia originaria* en razón de la distinta vecindad o de extranjería –art. 117 de la C.N.– frente a reclamos resarcitorios dirigidos contra la Nación, un Estado Provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ciertas empresas, *por lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta de la agresión al ambiente* –en el caso, debido al vertido de residuos tóxicos y peligrosos en cursos de la mencionada cuenca–, al no verificarse el recaudo de “causa civil” exigido por el señalado art. 24, inc. 1º, del Decreto Ley N° 1.285/58.

Paralelamente, *habilitó aquella modalidad competencial originaria* en relación con la pretensión tendiente a recomponer el ambiente frente a la degradación o contaminación de sus recursos y *resarcir un daño de incidencia colectiva* –a causa del vertido de dicho tipo de residuos en el curso de la aludida cuenca– frente al carácter federal de la materia en debate –art. 7 de la Ley N° 25.675 (Ley General del Ambiente)⁶⁴–, al haberse demandado conjuntamente, entre otros sujetos, a la Nación y a un Estado Provincial.

En otras palabras, declaró su *incompetencia originaria* para conocer de la demanda por el resarcimiento de los *daños y perjuicios individuales* y, por la otra, abrió su *competencia originaria en relación con las* pretensiones concernientes a *la prevención, la recomposición y el resarcimiento del daño colectivo*.

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

⁶³ B.O. de 5 de diciembre de 2006.

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

⁶⁴ B.O. de 28 de noviembre de 2002.

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

Este fallo, como otros (por ejemplo el citado “Verbitsky”), está resultando de muy complejo cumplimiento en el plano fáctico.

E. “Badaro I y II” y el resguardo de la movilidad de los haberes previsionales frente a la omisión inconstitucional legislativa

a) En “Badaro I”, unánimemente⁶⁵ el Tribunal detectó la omisión legislativa inconstitucional⁶⁶ consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Carta Magna; se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión; difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un lapso que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un *plazo razonable*, adoptasen las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

b) En “Badaro II”, de 26 de noviembre de 2007, y al haber transcurrido un lapso de tiempo prudencial (un poco más de quince meses) sin haber recibido una respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar la omisión legislativa que la Corte había advertido

⁶⁵ El decisorio lleva la firma de los siete integrantes con que el Tribunal contaba al momento de emitirlo (y que aún hoy siguen integrándolo, aunque ahora bajo la presidencia del doctor Lorenzetti que sucedió en dicho cargo a su colega Petracchi), ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

⁶⁶ Sobre el tema, *vid.* entre otros trabajos del autor, BAZÁN (2007-b), en CARBONELL (coord.), pp. 75-270.

y el daño derivado de ella”, en forma unánime⁶⁷ declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2º, de la Ley N° 24.463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los \$ 1.000) se ajustara, entre el 1º de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, ordenando, además, a la ANSeS que abone el nuevo haber y practique liquidación de las retroactividades pertinentes más los intereses de acuerdo con la tasa pasiva.

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

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

Por lo demás, y luego de “Badaro II”, el Congreso de la Nación procedió a dictar la Ley N° 26.417⁶⁸ de Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público, que algunos analistas han criticado por insuficiente, por no ofrecer solución a numerosos problemas sobre actualización de haberes anteriores a 2009 y porque tal vez la fórmula de movilidad que implementa origine un nuevo flujo de litigiosidad dirigido a cuestionarla.

A riesgo de ser reiterativos, el criterio sentado por la Corte Suprema en “Badaro”, que resulta aplicable a miles de causas previsionales está siendo cumplido por el Poder Ejecutivo de la Nación a un *ritmo ralentizado*.

F. Los casos “Mazzeo” y “Videla” y el control de convencionalidad

a) En “Mazzeo”, por mayoría⁶⁹ y para moldear su plataforma argumental en un *hard case*, aportó un relevante enfoque institucional en torno a la invalidez

⁶⁷ Votaron los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

⁶⁸ B.O. de 16 de octubre de 2008.

⁶⁹ Los alineamientos fueron: por la mayoría, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; en disidencia se expidió el ministro Fayt y en disidencia parcial lo hizo la doctora Argibay.

constitucional de la atribución presidencial de emitir indultos que beneficien a sujetos acusados de cometer delitos de lesa humanidad (cfr., por ejemplo, el consid. 31 de la moción triunfante).

Para conformar tal matriz de razonamiento, receptó expresamente la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, donde ésta sostuvo: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, *el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*” (remarcado añadido)⁷⁰.

En otras palabras, la Corte IDH *retransmite* un claro mensaje a los magistrados internos de los Estados Partes de la CADH. En “Mazzeo” es particularmente relevante el consid. 21 de la posición triunfante del Máximo Tribunal argentino en punto al deber del poder judicial local de realizar *una especie de control de convencionalidad*, lo que –añadimos por nuestra parte– significa discernir si una norma interna es o no “convencional”, ya que –como expuso la Corte IDH en el “Caso Boyce y otros vs. Barbados”–, no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH⁷¹.

Sin perjuicio de todo lo mencionado, debe ponerse de manifiesto la controversia dialéctica que entre los miembros del Tribunal y en el plano doctrinario provocó la

⁷⁰ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

También lo ha expresado, v.gr., en el “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

⁷¹ Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia sobre Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, N° 169, párr. 78.

sentencia recaída en “Mazzeo”, en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto en crímenes de lesa humanidad *vis-à-vis* las garantías constitucionales de la cosa juzgada y de *ne bis in idem*, que seguramente seguirá causando lecturas dispares por la doctrina autoral en tanto la cuestión es altamente controversial.

Consideramos que el *control de convencionalidad*⁷² *por la magistratura local debe ejercerse de oficio*. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte IDH subrayó que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”⁷³.

b) Justamente y por su parte, en el citado fallo “Videla”⁷⁴, la Corte Suprema argentina se apoyó en la doctrina de la Corte IDH en el nombrado “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, en cuanto al deber de los *órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ ex officio* (consids. 8º y 10).

Entre otros argumentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad –que representa una manifestación de la observancia por el juez local de la jurisprudencia internacional– puede explicarse –utilizando *mutatis mutandi* las palabras de JIMENA QUESADA– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [, ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁷⁵.

c) Tal obligación, subrayada por la Corte IDH, lejos está de ser una entelequia. Es realidad tangible y obligatoria que involucra al Poder Judicial Nacional y

⁷² Sobre el control de convencionalidad, entre otros trabajos del autor, ver BAZÁN (2011), pp. 15-44.

⁷³ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.

⁷⁴ Votaron de modo coincidente los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

⁷⁵ Jimena QUESADA (2009), en Revenga SÁNCHEZ (coord.), p. 542, pp. 542-543 y nota 96 a pie de página.

a los de las Provincias (e incluso *a todas las autoridades públicas* según el estándar trazado en una jurisprudencia reciente de aquel Tribunal Interamericano⁷⁶), en cuyo arsenal de insumos analíticos con que cuenta para dar vida a la argumentación de sus sentencias no puede estar ausente la letra de la CADH —ni las del resto de los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* básico en materia de protección de los derechos humanos⁷⁷—; como tampoco sería válido prescindir de la lectura que del texto y el espíritu de tal pacto ha realizado dicha Corte con asiento en Costa Rica⁷⁸.

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

De ello da buena explicación GARCÍA RAMÍREZ, para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y el funcionamiento de la Corte IDH, “no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional —lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos—, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y apli-

⁷⁶ En efecto, recientemente, la Corte IDH ha expandido de modo muy intenso las fronteras de operatividad del control de convencionalidad. Así, sostuvo: “...la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” —remarcado agregado— (Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia sobre Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, párr. 239).

⁷⁷ En esa línea, el doctor Sergio García Ramírez ha señalado en su voto razonado a la sentencia de la Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, cit. en la nota 73 a pie de página, deja sentado su criterio en punto a que al referirse al control de convencionalidad si bien el Tribunal ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la CADH, tal función se despliega “en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera” (párr. 2).

⁷⁸ Ver para ampliar, BAZÁN (2008-a), pp. 315-373; y más recientemente BAZÁN (2010-b), pp. 359-388.

cación', éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida –insisto– merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”⁷⁹.

G. Las sentencias recaídas en “Editorial Río Negro S.A. I y II” y “Editorial Perfil S.A.”, la protección de la libertad de expresión y el examen de sensibles cuestiones como la distribución de la publicidad oficial por los órganos gubernamentales

a) Incuestionablemente, el pronunciamiento matriz recaído en “Editorial Río Negro S.A.” ostenta magnitud institucional y valencia exógena, al sentar una posición y fijar ciertas directrices que exceden el marco del caso puntual.

En la causa, de competencia originaria de la Corte Suprema, subyace el propósito de la Corte en orden a preservar la libertad de expresión⁸⁰, reiterar su enorme trascendencia en una nación democrática y republicana y penetrar en el sensible tema del manejo de la publicidad oficial por el Estado.

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

Por razones de brevedad, nos limitaremos a bosquejar de modo sumario algunos puntos que hacen al patrón elaborado por la mayoría⁸¹ del Tribunal (consid. 11), que sostuvo que: *i*) había mediado supresión y reducción sustanciales de la publicidad oficial al diario demandante; *ii*) no concurrían motivos razonables

⁷⁹ *Loc. cit.* en nota 77, párr. 8.

⁸⁰ En torno al asunto, entre otros estudios del autor, ver BAZÁN (2008-b), pp. 103-154.

⁸¹ Conformaron la mayoría los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni; votando concurrentemente con ellos el ministro Fayt. Por su parte, las disidencias correspondieron en forma individual al doctor Maqueda y conjunta a los ministros Petracchi y Argibay.

para ello, dejándose sentado que la existencia de los mismos debe ser probada por el Estado; *iii*) se había configurado un ejercicio irrazonable de facultades discrecionales, y *iv*) si bien no podía afirmarse la existencia de un derecho de los medios a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, sí existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos.

Con relación a esto último, la Corte argumentó que el Estado puede dar o no dar publicidad oficial, pero si decide hacerlo debe cumplir dos requisitos constitucionales: *i*) no puede manipularla, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios, y *ii*) no puede utilizarla como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión (*id. consid.*).

Por lo demás, confirmó que es un deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático (*consid. 10 de la moción mayoritaria*). Asimismo, se remitió a ciertas pautas sentadas por la Corte IDH en la Opinión Consultiva (O.C.) 5/85 sobre “La colegiación obligatoria de periodistas”⁸² y en las sentencias recaídas en los casos “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”⁸³, “Ivcher Bronstein vs. Perú”⁸⁴ y “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”⁸⁵, para concluir reafirmando que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y otra social, y que dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento, y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (*id. consid.*).

En síntesis, admitió la demanda condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones fueran adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas; no obstante lo cual, entendió que las modalidades de

⁸² Corte IDH, O.C. 5/85, de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A: “Fallos y Opiniones”, N° 5, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1985, párr. 69.

⁸³ Corte IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de febrero de 2001, Serie C, N° 73, párr. 65.

⁸⁴ Corte IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, párr. 149.

⁸⁵ Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, párr. 108.

ejecución deberían diferir necesariamente de las usuales, por lo que en función de tales condiciones, requirió a la demandada la presentación en un plazo de treinta (30) días de un esquema de distribución de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informaban la decisión que el Tribunal adoptó.

b) El segundo decisorio, consecuencia del precedente principal, se dictó a causa de la presentación que la Provincia vencida efectuó, en la cual aseguraba dar cumplimiento a la obligación indicada mediante el esquema de distribución de publicidad que manifestaba adoptar.

En el consid. 3º, al analizar tal presentación, el Tribunal advirtió que pese a que “el contenido del mandato impuesto en la sentencia condenatoria no está sometido a contornos objetivamente verificables, al punto que el texto del fallo reconoce el *grado de elasticidad que la cuestión requiere*, la presentación efectuada por la demandada no alcanza el umbral necesario para considerar, aun con un amplio criterio valorativo como el adelantado, que el deber de conducta ordenado ha sido cumplido o, en todo caso, que su ejecución se encuentra encauzada a partir de un punto de partida aceptable en tanto se lo considere apto para integrarse, ulteriormente, con ciertos datos faltantes a incorporar por la obligada” (énfasis del original).

Desde esa óptica, estimó en el consid. 4º, que la presentación “se limita a exponer una serie de consignas y un conjunto de buenos propósitos, cuya extrema generalidad no permite referirlos con un grado mínimo de precisión con respecto a los términos y principios sentados en la sentencia condenatoria”. Añadió que “es objetable la pretensión de excluir del esquema al poder judicial, al poder legislativo y a las empresas con patrimonio estatal, pues soslaya que la sentencia fue pronunciada contra la Provincia del Neuquén y, desde la premisa de la unidad jurídica, institucional y teleológica del Estado, alcanza a toda la publicidad oficial con prescindencia de los departamentos del gobierno local o del carácter autárquico de ciertas agencias o empresas provinciales” (id. consid.).

Es sustancial la aseveración que el Tribunal realiza al expresar de modo claro que “el esquema al que remite el pronunciamiento necesariamente *exige un umbral que está dado por la formulación de ciertos y definidos parámetros objetivos que permitan un adecuado escrutinio judicial acerca de la ilegalidad o irrazonabilidad en la conducta u omisión estatal en la asignación de los fondos gubernamentales destinados a la distribución de la publicidad oficial, pues de no establecerse un estándar verificable, se mantendría una situación de discrecionalidad extrema en cabeza de las autoridades públicas que, precisamente, ha sido descalificada por inconstitucional en el fallo que manda sancionar un esquema que haga predecible y controlable la distribución de publicidad oficial*” —destacado agregado— (consid. 5º).

En definitiva, declaró que la presentación realizada no cumplía con el mandato de hacer establecido en la sentencia y dispuso intimar a la Provincia del Neuquén para que en el plazo de quince (15) días presentara el esquema de distribución de publicidad oficial que imponía el fallo, bajo apercibimiento de disponer las medidas conminatorias que correspondiesen⁸⁶.

c) El núcleo del esquema de razonamiento elaborado en “Editorial Río Negro S.A. I” ha sido ratificado recientemente *in re* “Editorial Perfil S.A.”, consolidando por mayoría⁸⁷ la matriz argumental sobre el particular, con el plus de importancia que supone que, a diferencia del primero de los casos citados, en este último la sentencia se refiere al Estado Nacional y no a uno Provincial como en “Editorial Río Negro S.A.”.

Los antecedentes de la causa revelan que “Editorial Perfil S.A.” y “Diario Perfil S.A.” dedujeron acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional –Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros– con el objeto de que se ordene a esa autoridad el cese inmediato de la política discriminatoria que aquellas empresas alegaban y que consistía en excluir de la pauta publicitaria a todas las publicaciones de aquélla. En primera instancia se rechazó la acción, aunque luego el Tribunal de Alzada revocó la sentencia. Contra esta última decisión, el Estado Nacional dedujo recurso extraordinario, que fue concedido parcialmente. A su tiempo, la Corte Suprema confirmó el fallo recurrido.

En definitiva, apoyándose en el *dictum* “Editorial Río Negro S.A. I”, la mayoría del Alto Tribunal (conformada por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Zaffaroni) reafirmó que:

- la decisión del Estado de dar o no publicidad permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal, pero si decide darla debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: *a)* no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios sobre la base de criterios discriminatorios, y *b)* no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión, por lo que tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice debe mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones, y

- el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que

⁸⁶ El resolutorio lleva las firmas de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Zaffaroni.

⁸⁷ Por la mayoría votaron los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Zaffaroni; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los ministros Petracchi y Argibay; mientras que en concurrencia individual lo hizo el doctor Maqueda.

llegan indirectamente a ese resultado, es decir, que basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad, no resultando necesarios la asfixia económica o el quiebre del diario, supuesto que, por otro lado, se configuraría en casos de excepción, y la afectación económica debe examinarse no sólo en relación con la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios, en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública.

Por su parte, del voto concurrente de los doctores Petracchi y Argibay, se desprende lo siguiente: si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo y si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla; la intención ilícita no es condición *sine qua non* para que se configure una violación a la libertad de prensa, por lo que es irrelevante que se haya actuado o no con ánimo de discriminar al medio en razón de sus ideas y que éste haya probado o no tal intención, ya que, a los efectos de brindar la protección que deriva de los arts. 14 y 32 de la C.N., es suficiente con que resulte un tratamiento desparejo y que éste no se encuentre debidamente justificado.

Finalmente, el ministro Maqueda –reenviando a su disidencia en “Editorial Río Negro S.A. I”, aunque adaptándola al presente caso–, advirtió que, teniendo en cuenta que si un medio de prensa demuestra una restricción en la distribución de la publicidad oficial que lo afecta podría llegar a considerarse una afectación legítima [sic] al ejercicio de la libertad de expresión, en tanto esa conducta podría tener por objetivo una voluntad de silenciamiento de un medio opositor; el Estado Nacional debía cumplir con la carga de aportar algún tipo de justificación independiente y suficiente de la conducta discriminatoria en la que había incurrido y, al no haber aportado ningún elemento en ese sentido, correspondía concluir que se habían configurado los requisitos que habilitaban la procedencia de la acción de amparo, por lo que procedía confirmar la sentencia recurrida.

d) Sea como fuera, y pese a la importancia de dichos fallos que cristalizan un criterio laudable y jurídicamente sustentable, justo es reconocer que la situación del reparto de la publicidad oficial (sin duda, una “moderna forma de censura”), continúa siendo un área sensible de manejo discrecional.

Por ello, y como afirma SAFADI MÁRQUEZ, resulta “necesaria la existencia de una regulación para la publicidad oficial, que la limite tanto en su contenido como en

su temporalidad y que fije criterios objetivos y razonables de distribución, [pues] de lo contrario su mala utilización y el uso discrecional será inevitable, con los consecuentes vicios que socavan a la república”⁸⁸.

H. “Halabi” y las acciones de clase (*‘class actions’*)

En este fallo, por mayoría⁸⁹, la Corte *verificó la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” (*‘class actions’* en el derecho anglosajón) y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el cuerpo legisferante, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza* que se dedujeran en dicho lapso temporal.

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

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

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

⁸⁸ SAFADI MÁRQUEZ (2010), pp. 1 y s.

⁸⁹ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

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

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

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

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

I. “Arriola”, el derecho a la intimidad y la tenencia de estupefacientes para consumo personal

Al resolver este caso, la Corte da un nuevo giro a su proteica jurisprudencia en torno al controversial tema de la validez constitucional de la figura legal que

sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Esto es, si tal incriminación afecta el principio de reserva o intimidad contenido en el nombrado art. 19 de la C.N.

Sin duda, y como anticipábamos, el movimiento jurisprudencial al respecto ha sido pendular, pues en “Colavini, Ariel Omar”⁹⁰ (de 28 de marzo de 1978) se pronunció a favor de la criminalización; en “Bazterrica, Gustavo M.”⁹¹ y “Capalbo, Alejandro C.”⁹² (ambos de 29 de agosto de 1986), por mayoría⁹³ se separó de tal doctrina; y en “Montalvo, Ernesto A.”⁹⁴ (de 11 de diciembre de 1990) retomó –mayoritariamente⁹⁵– a la posición favorable a la incriminación de la tenencia para consumo personal.

Justamente en “Arriola” vuelve a mudar de rumbo, retornando a la doctrina de “Bazterrica”. Es importante señalar que la Corte⁹⁶ destacó que “una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así, la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones”.

Asimismo, enfatizó que “este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional”.

⁹⁰ *Fallos*, 300:254.

Votaron coincidentemente los ministros Gabrielli, Rossi, Frías y Daireaux.

⁹¹ *Fallos*, 308:1392.

⁹² *Fallos*, 308:1392.

⁹³ En ambos casos los alineamientos fueron los siguientes: la mayoría se integró con los ministros Belluscio y Bacqué; en voto concurrente se expidió el doctor Petracchi; mientras que en disidencia conjunta lo hicieron los doctores Caballero y Fayt.

⁹⁴ *Fallos*, 313:1333.

⁹⁵ La mayoría se integró con los doctores Levene (h.), Cavagna Martínez, Barra, Nazareno, Oyhanarte y Moliné O'Connor; en voto concurrente se pronunció el ministro Fayt, y en sendas disidencias se expidieron los jueces Belluscio y Petracchi.

⁹⁶ La posición que encabeza el fallo fue suscripta por los doctores Highton de Nolasco y Maqueda; al tiempo que en votos concurrentes individuales se pronunciaron los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Zaffaroni y Argibay.

Todas las referencias que se efectuarán en el texto corresponden a lo que podríamos llamar la moción mayoritaria, constituida por los ministros Highton de Nolasco y Maqueda.

Subrayó que “no hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico”, por lo que no parecía “irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización” (consid. 19).

En síntesis, en un fallo que despertó varias interrogantes y polémicas (también numerosas adhesiones) no estuvieron ausentes –*inter alia*– los siguientes nutrientes argumentales: *i*) que la incriminación del consumo personal de estupefacientes no disminuyó la magnitud del consumo ni del comercio de éstos (consid. 14); *ii*) la importancia del principio de dignidad del hombre (consid. 18), y *iii*) el principio *pro homine* (consid. 23). Así, sustentándose en lo resuelto en “Bazterrica”, declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la Ley N° 23.737⁹⁷, por conculcar el art. 19 de la C.N., en la medida en que invadía la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales y “en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (consid. 36).

Por lo demás, exhortó a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscriptos por el país.

J. “Baldivieso” y el conflicto entre el derecho a la vida y el interés del Estado en la persecución de delitos

En octubre de 2002, el Sr. César Baldivieso sufrió una fuerte descompostura que lo obligó a concurrir a la guardia de un hospital en la ciudad de Salta (provincia del mismo nombre). Resultó que se había tragado 26 envoltorios de látex que contenían clorhidrato de cocaína, y que le causaron una severa obstrucción intestinal. Si bien pudo expulsar 13 envoltorios por la vía normal, hubo que recurrir a una cirugía para extraerle los restantes.

Presuntamente advertida por los facultativos, la policía recogió los envoltorios y el Sr. Baldivieso fue encausado, procesado y condenado por un tribunal salteño a prisión, multa, inhabilitación y accesorias como autor del delito de transporte de estupefacientes.

⁹⁷ B.O. de 11 de octubre de 1989.

Planteado el recurso extraordinario, el mismo fue denegado. En consecuencia, el Sr. Baldivieso acudió en queja directamente ante la CSJN, que sin disidencias (aunque con votos que discurren distintas sendas argumentales, pero que en su gran mayoría reenvía a la opinión del Procurador General)⁹⁸, admitió el planteo, anuló todo lo actuado y absolvió al recurrente del delito imputado.

Ponderando entre el derecho a la vida y el interés del Estado en la persecución de los delitos, y entre las pautas básicas que conformaron la argumentación de la Corte, cabe subrayar que:

- en concreto y en el caso, el tribunal entendió que no se trataba de un conflicto entre la intimidad y el interés del Estado en la persecución de los delitos, sino “nada menos que (...) entre el derecho a la vida y ese interés del Estado” —pues el Sr. Baldivieso enfrentaba un riesgo cierto de muerte—, cualquiera fuera la gravedad de los delitos y sin que cupiera tomar en cuenta distinciones contenidas en disposiciones procesales, pues “esta ponderación no puede resolverse con otra base que la jerarquía de valores y bienes jurídicos que deriva de la propia Constitución Nacional”;

- la Corte reafirmó la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara del Crimen en el Plenario “Natividad Frías” (1966), porque más allá de las distintas razones de la concurrencia al hospital, en aquél como en este caso el procesado se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena, frente al “inhumano dilema: la muerte o la cárcel”;

- reiteró que la “la dignidad de la persona es un valor supremo en nuestro orden constitucional, que es claramente personalista y que, por ende, impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento señalado por ese marco general”;

- que, “en consonancia con éste, el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado”, y

- que el “argumento alguna vez esgrimido de que el riesgo de muerte inminente resulta de la propia conducta del procesado es insostenible, pues remite a un *actio libera in causa* que podría llevarse hasta cualquier extremo, dado que son excepcionales los riesgos que en alguna medida no sean previsibles y reconducibles a conductas precedentes”.

⁹⁸ El voto que encabeza el fallo fue suscripto por los doctores Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en voto concurrente conjunto se pronunciaron los ministros Highton de Nolasco y Petracchi y en concurrencia individual lo hizo la doctora Argibay.

V. SUCINTO RELEVAMIENTO DE ALGUNAS ACORDADAS RELEVANTES

1. *Introducción*

La trascendencia de los derechos humanos imprime igualmente su huella en algunas acordadas del Tribunal, que enfocan aspectos significativos orientados a la protección de aquéllos.

Pasamos a enunciarlas brevemente.

2. *Nómina de acuerdos*A. *Nº 28/2004*

Dictada el 14 de julio de 2004, en ella reglamentó –por mayoría⁹⁹– la intervención de “amigos del Tribunal” (*amicus curiae*¹⁰⁰) en procesos judiciales correspondientes a su competencia originaria o apelada en los que se debatan asuntos de trascendencia colectiva o interés general, sin contar con una ley genérica que implemente la figura en cuestión.

Adicionalmente, cabe recordar que por medio de la Acordada Nº 14/2006, de 3 de mayo¹⁰¹, se agregó como inc. 7º del art. 1 de la Acordada Nº 1/2004 (que prevé la página web de la Corte), el siguiente texto: “Una lista con todas las causas en trámite ante esta Corte que, con arreglo a lo dispuesto en la Acordada Nº 28/2004, sean aptas para dar lugar a la intervención de los Amigos del Tribunal. La información necesaria para integrar ese listado y mantenerlo actualizado será remitida semanalmente a la Dirección de Sistemas por los secretarios generales, previa conformidad del Tribunal”. Según expresó el Máximo Tribunal el temperamento adoptado se fundamentaba en que por tratarse la actuación de los “Amigos del Tribunal”, de “situaciones en que se da intervención a personas que no actúan en el proceso –en condición de parte ni de terceros– y de que el plazo para llevar a cabo las presentaciones que se contemplan es breve y perentorio, el logro del alto propósito institucional buscado con este provechoso instrumento de participación ciudadana en la administración de justicia debe ser acompañado por la difusión pública de las causas aptas para la actuación de que se trata, mediante su inclusión en la página web prevista en la Acordada Nº 1/2004”.

⁹⁹ La acordada en cuestión contó con la rúbrica aprobatoria de los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco, y las disidencias de los doctores Belluscio, Fayt y Vázquez.

¹⁰⁰ Para un acercamiento a la figura del *amicus curiae*, ver BAZÁN (2004), pp. 251-280; y BAZÁN(2006-b), pp. 15-50.

¹⁰¹ Suscripta por los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

Los lineamientos generales del acuerdo N° 28/2004 pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Pueden intervenir en calidad de “amigos del tribunal” tanto las personas físicas como las jurídicas que, no siendo parte en el pleito (art. 1, párr. 1°), ostenten reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el mismo (art. 2, párr. 1°);

- La presentación, que no deberá superar las veinte carillas de extensión (art. 2, *in fine*), podrá realizarse dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia (art. 1, párr. 2°);

- En ella, el presentante deberá fundamentar su interés en participar de la causa, informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso (art. 2, párr. 1°) y constituir domicilio en los términos del art. 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 1, *in fine*);

- Si el Tribunal estimara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (art. 3);

- La presentación, que puede concretarse en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada de la Corte en los que se debatan asuntos de trascendencia colectiva o interés general (art. 1, párr. 1°), habrá de ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundadas sobre el objeto del litigio (art. 1, párr. 2°), en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante (art. 2, párr. 2°);

- La opinión o la sugerencia tendrán por objeto ilustrar a la Corte Suprema, la que, aun cuando no quede vinculada por ellas, podrá tomarlas en cuenta en el pronunciamiento que dicte (art. 5), y

- El “amigo del tribunal” no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas; al tiempo que su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales (art. 4).

Posteriormente, la Corte fue perfilando los alcances de la figura. Así lo hizo, básicamente, en “Juplast S.A. c/Estado Nacional y A.F.I.P. s/amparo”¹⁰², de 31 de octubre de 2006, donde rechazó numerosas presentaciones de *amici* por considerar que ellas tenían por objeto “que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado. En el indicado supuesto, la existencia

¹⁰² *Fallos*, 329:4590.

El decisorio fue firmado por los doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Argibay.

de tal interés determina la improcedencia de la intervención como Amigos del Tribunal de quienes lo tuvieren, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de éstos” (consid. 3º).

Basó primordialmente tal conclusión en que no se satisfacía el recaudo establecido en la Acordada Nº 28/2004, en cuanto a que las presentaciones deben ser efectuadas por terceros ajenos a las partes que cuenten con una conocida competencia en la cuestión debatida, “con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio” (consid. 2º).

Algunos de los lineamientos trazados en “Juplast” nos parecen opinables, pues proyectan una imagen restrictiva del instituto, ya que –como advierte COURTIS– cuando el Tribunal requiere “imparcialidad” como recaudo a cumplir por los presentantes, puede hacer suponer que éstos nunca podrían favorecer a alguna de las posiciones sustentadas por las partes¹⁰³. Añade tal autor que si “éste es el sentido de las palabras de los magistrados para definir ‘imparcialidad’, entonces ‘Juplast’ representa un retroceso en materia de admisibilidad del *amicus*. Pues es sumamente plausible que si entendemos a la práctica jurídica como una tarea eminentemente argumentativa, toda razón que se induzca para que el magistrado decida de una u otra manera está revestida de un ‘interés’. Si la imparcialidad implica desconocer o –peor aún– exigir que esto no exista, resultaría desconocer una de las características mismas de la práctica argumentativa e interpretativa. Por último, la acordada en su art. 2º exige, por un lado, una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el caso, y, por otro lado, fundar un interés para participar en él. En cuanto a la primera exigencia, creo que ésta da buenas razones para presuponer que un *amicus* goza de un genuino interés de defensa de la cosa pública. Y en cuanto a la segunda exigencia, la propia Corte presupone un interés de quien se presenta y, con éste, la intencionalidad de influir en la decisión final que recae en manos de los magistrados. De allí que aquello que aparece como un requisito para la procedencia del *amicus* no podría entenderse como un impedimento para el mismo”¹⁰⁴.

Sea como fuera, las pautas de viabilidad de las presentaciones de los “amigos del tribunal” sentadas en “Juplast” han sido confirmadas posteriormente. Así, en el caso “Loñ, Carolina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros”¹⁰⁵, de 13 de noviembre de 2007, la Corte rechazó el pedido de los actores

¹⁰³ COURTIS (2008), p. 344, nota 44 a pie de página.

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ Causa “L.470. XLII”.

Resolución firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

en punto a que se desglosara una articulación formalizada por quienes comparecieron como “amigos del tribunal”, ya que consideró que la presentación se ajustaba a lo establecido en la Acordada N° 28/2004, sin que se advirtiera que hubiese tenido por objeto que la causa fuera resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se estableciera así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados fueran parte o tuvieran un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado.

Ya en un pronunciamiento más reciente, “Rot Automotores S.A.C.I.F. c. Sevel Argentina S.A. y otro s/Ordinario”¹⁰⁶, de 29 de junio de 2010, la Corte reiteró que *el recaudo de tener como única finalidad expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio no se cumple cuando la presentación del Amigo del Tribunal tiene por objeto que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado*, lo que ocurre en el caso de la presentación realizada por la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina, en tanto es representante de numerosas empresas que han promovido acciones judiciales –muchas radicadas ante el Tribunal– por la misma cuestión debatida en los presentes autos (consids. 2º, 3º y 4º).

B. N° 17/2005

Dictada el 2 de agosto de 2005¹⁰⁷, *dispuso asignar a su Secretaría Judicial N° 6 el trámite de las causas concernientes a su competencia apelada, en las cuales se pusiera en juego, de manera directa, inmediata y trascendente, la interpretación y aplicación del derecho de los derechos humanos*. La trama argumental que da sustento a la acordada (y que por razones de extensión no podemos recrear aquí) trasunta la posición institucional que adopta el Tribunal al reforzar axiológica y jurídicamente su compromiso, como Poder del Estado, frente a tan sensible materia en las causas que lleguen a sus estrados.

¹⁰⁶ Fallos, 333:1140.

Votaron los doctores Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay.

¹⁰⁷ Suscripta por los doctores Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay.

C. N° 5/2006

Con propósito coincidente a la anterior, el 3 de abril de 2006¹⁰⁸ se dictó el acuerdo que indica el epígrafe. Mediante él, y en atención a los fines de protección de los derechos humanos que persigue la Corte IDH, “cuyo respeto y aplicación ha procurado también el Tribunal, y por resultar común a ambas instituciones la necesidad de unir esfuerzos para lograr una mejor aplicación y difusión de los instrumentos internacionales rectores de tales derechos y llevar a cabo proyectos de investigación conjunta” (cfr. parte considerativa de la acordada en cuestión), *se suscribió un Acuerdo Marco de Cooperación entre la Corte Suprema y el mencionado Tribunal Interamericano*.

D. N° 30/2007

Emitida el 5 de noviembre de 2007 y firmada por todos sus integrantes¹⁰⁹. Por su intermedio, el Tribunal dio un paso institucional adelante (y consumó un nuevo intento por fortalecer su legitimación social) al implementar formalmente el régimen de *audiencias públicas*, aunque debe advertirse que antes de tal acuerdo ya las había utilizado en algunas causas¹¹⁰. Al fundar el acuerdo, y luego de dejar en claro que el mismo se dictaba en el marco de decisiones de diversa naturaleza que el Tribunal venía adoptando “como titular de este Departamento del Gobierno Federal, *para elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el Estado Constitucional de Derecho vigente en la República*”, manifestó que la participación ciudadana en dichas audiencias y la difusión pública del modo en que conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer *la jurisdicción más eminente que le confiere la C.N.*, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país la eficacia y objetividad de la administración de justicia que el Tribunal realiza¹¹¹ (remarcados agregados).

Se prefiguran tres clases de audiencias públicas (pto. 2): *i) informativa*, para escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso por decidir; *ii) conciliatoria*, que tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones

¹⁰⁸ Que lleva la firma de los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

¹⁰⁹ O sea, rubricada por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

¹¹⁰ Así, en las citadas causas “Verbitsky” y “Mendoza I”, de evidentes interés y repercusión públicos.

¹¹¹ El párrafo transcrito corresponde al dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Penjerek”, al que remite la sentencia de la Corte de 14 de noviembre de 1963 (*Fallos*, 257:134).

no adversariales, y *iii) ordenatoria*, en orden a tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.

En el pto. 6 de la acordada, en el marco de las *audiencias informativas*, se establece que cada parte podrá designar un abogado para que haga un alegato cuya duración no podrá exceder de veinte minutos, añadiendo que el abogado deberá presentar un resumen escrito de su exposición con 48 horas de anticipación, para concluir señalando —en conexión con el citado Acuerdo N° 28/2004— que “[l]os Amigos del Tribunal podrán ser citados para que presenten alegatos orales” (énfasis agregado).

E. N°s. 16, 22 y 24/2007 y 10/2008

Bajo el sello fundante del tándem de acuerdos mencionados en los subaps. c) y d), se alinean otros, tales como los N°s. 14 (al que aludiremos *infra*), 16¹¹², 22¹¹³ (ambos sobre subrogaciones de magistrados) y 24/2007¹¹⁴ (subrogancia de secretarios de todas las instancias) y N° 10/2008¹¹⁵ (que indica que la resolución recaída *in re* “Rosza”¹¹⁶ de la Corte Suprema *sobre* jueces subrogantes obedecía a un “inexcusable propósito de alta política institucional”), que plasmaron medidas de superintendencia *para factibilizar el desarrollo de procesos por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar discurrida entre 1976 y 1983*.

Para no extendernos demasiado, sólo abordaremos brevemente la Acordada N° 14/2007¹¹⁷, de 11 de julio, en la que, sustentándose en que había tomado

¹¹² De 17 de julio de 2007, con la firma de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.

¹¹³ De 4 de septiembre de 2007, con la rúbrica de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y el voto concurrente de la ministra Argibay.

¹¹⁴ De 18 de septiembre de 2007, signada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni.

¹¹⁵ Firmada por los ministros Highton de Nolasco, Maqueda y Argibay. Por su voto, se pronunció el doctor Fayt.

En tal acuerdo, dispuso principalmente “prorrogar las designaciones de todos los jueces subrogantes hasta que, en los términos previstos en el art. 2 del Código Civil, se produzca la entrada en vigencia del nuevo régimen de subrogaciones sancionado por el Congreso de la Nación [refiriéndose a la Ley N° 26.376]” y “disponer que hasta tanto se instrumente el procedimiento de reemplazo previsto en la ley, frente a toda situación que se presente en materia de subrogaciones que no esté contemplada por el texto legal sancionado, se aplicarán por las Cámaras Nacionales y Federales, en lo pertinente, las reglas establecidas por esta Corte en las acordadas 16, 22 y 24, todas del 2007”.

¹¹⁶ *Fallos*, 330:2361.

Algunas ideas en torno a esta polémica sentencia, pueden verse en BAZÁN (2007-c), pp. 23-33.

¹¹⁷ Firmada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

conocimiento de diversas circunstancias de naturaleza administrativa y funcional, que obstaculizaban o dificultaban la adecuada tramitación de gran cantidad de causas penales concernientes a la presunta violación de derechos humanos en hechos ocurridos antes del 10 de diciembre de 1983, radicadas ante tribunales federales de distinta instancia en todo el territorio de la República Argentina; creó en su ámbito una *Unidad de Asistencia y Seguimiento de las Causas Penales en las que se investiga la desaparición forzada de personas*, que hubiesen acaecido antes de aquella fecha, unidad que operaría transitoriamente hasta concluir con la misión encomendada.

F. N° 42/2008

Luego del relevamiento realizado por el Alto Tribunal –por medio de la Unidad identificada en el párrafo inmediatamente precedente– de los factores que generaban la demora en la evolución de las causas, dictó la presente acordada¹¹⁸ el 29 de diciembre de 2008, por la que: crea en su ámbito una *Unidad de Superintendencia para delitos de lesa humanidad*; recuerda a los jueces encargados de la investigación o juzgamiento de tal modalidad de crímenes el deber de extremar los recaudos para acelerar el trámite de las causas pendientes; exhorta a aquéllos a evaluar con urgencia (y en lo posible y procedente previa consulta con el Ministerio Público) las decisiones a tomar a efectos de que sean las más conducentes para dar celeridad al trámite; exhorta al Consejo de la Magistratura a implementar en un plazo razonable el plan de justicia digital, proveer la cantidad de salas de audiencias necesarias para realizar los juicios orales en las distintas jurisdicciones del país, y proveer los recursos para la puesta en marcha de las oficinas judiciales creadas por la Ley N° 26.374¹¹⁹; e invita a los poderes públicos del Estado, al Ministerio Público Fiscal y al Consejo de la Magistratura a coordinar los esfuerzos para resolver las dificultades que provocan demoras en la sustanciación de procesos judiciales.

G. N° 36/2009

Suscripta el 9 de septiembre de 2009¹²⁰. Advierte la Corte que, en el marco de sus atribuciones jurisdiccionales como Máximo Tribunal del Poder Judicial,

¹¹⁸ Rubricada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

¹¹⁹ B.O. de 30 de mayo de 2008.

¹²⁰ Lleva la firma de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay.

debe adoptar decisiones que tienen gravitación en el desenvolvimiento de las actividades económicas que se realicen en el país (consid. 1º).

Añade que al precisar en los casos concretos los alcances jurídicos de normas constitucionales que aluden (v.gr.) a “salario mínimo, vital y móvil”, “participación en las ganancias de las empresas”, “jubilaciones y pensiones móviles”, “compensación económica familiar” (todos correspondientes al art. 14 bis de la C.N.); “desarrollo humano”, “actividades productivas” (art. 41 de la C.N.); “intereses económicos”, “defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”, “control de los monopolios naturales y legales”, “calidad y eficiencia de los servicios públicos” (id. art.); “grado equitativo de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional” (art. 75, inc. 2º, de la C.N.); “progreso económico con justicia social” (art. 75, inc. 19, de la C.N.); es decir, a contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica, las resoluciones del Tribunal constituyen también un dato relevante para quienes actúan en la producción, intercambio y consumo de bienes y en la prestación de servicios y para quienes, *en función del bienestar general y la equidad*, regulan y controlan la realización de esas actividades (consid. 2º).

De tal manera, concluye que la importancia de las cuestiones reseñadas justifica que sobre ellas se realice un razonable juicio de ponderación en el cual no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo (consid. 3º).

En mérito a lo expuesto, se dispuso la creación de una unidad técnica a la cual se le pueda solicitar una opinión fundada acerca de los efectos macroeconómicos, que derivarían de decisiones que eventualmente puedan adoptarse en expedientes en trámite ante el Tribunal. Fijó así las pautas para el advenimiento de la *Unidad de Análisis Económico*, que actuará en la órbita de la Secretaría General de Administración.

Finalmente, y antes de dar paso a las observaciones de cierre de este trabajo, cabe apreciar que la acordada deparó posiciones dispares: algunos aplaudieron que se legitimara institucionalmente el Análisis Económico del Derecho¹²¹; otros, la criticaron sosteniendo que parece menoscabar que existe un solo orden público, concepto normativo que recepciona los cuatro elementos del bien común: social, cultural (fundantes), económico y político (instrumentales), soslayando que de acuerdo con la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos, todos

¹²¹ Cfr. DÍAZ (2009), pp. 1-3.

los derechos humanos son interpenetrables y elige el mal llamado “orden público económico”¹²².

VI. REFLEXIONES FINALES

1. La reforma constitucional de 1994 ha traído –al menos desde el plano normológico– modificaciones sustanciales al ordenamiento jurídico, entre las que se cuentan: un postulado de autoafirmación de su fuerza normativa; la ampliación del plafón de derechos explícitos y la resignificación de algunos que constaban en la letra de la Ley Fundamental en la versión anterior a su última modificación; la literalización de los procesos constitucionales de amparo, *hábeas corpus* y *hábeas data*; el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal con la igualdad material o sustancial, por medio de acciones positivas; la adjudicación de cotización constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la atribución congresal posreforma de tal alcurnia a otros dos documentos en esa área temática; y el acrecimiento del plexo de derechos implícitos por conducto de los que, perteneciendo a tal categoría, provienen de fuente internacional.

2. La jerarquización constitucional (originaria y derivada) de un conjunto de instrumentos internacionales ha tornado más compleja y demandante la labor de los jueces en general, introduciendo nuevos elementos de ponderación a la labor hermenéutica y aplicativa a su cargo.

Las importantes cláusulas de apertura internacional implementadas por conducto de la modificación constitucional de 1994 han sido realizadas operativamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por caso, en punto a la existencia de la obligación en cabeza de los magistrados de realizar el *control de convencionalidad* –incluso de oficio– tomando en cuenta no sólo el contenido literal de la CADH, sino la interpretación que de la misma ha realizado la Corte IDH.

3. Correlativamente, se ha intensificado el tenor de exigencia del patrón impuesto a la Corte Suprema, como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en la labor de argumentación de sus sentencias, principalmente de aquellas con trascendencia constitucional que involucran derechos fundamentales, como presupuesto de su propia legitimidad institucional.

Así, al demandársele un mayor esfuerzo en la justificación razonable de sus decisiones (como sustento de la legitimidad del Tribunal), se ve impelida a

¹²² CAPÓN FILAS (2009), *www.newsmatic.e-pol.com.ar*.

abandonar atavismos y a recurrir a herramientas interpretativas más sofisticadas, no por esnobismo constitucional sino para reforzar el calibre de las posiciones jurisdiccionales que, en casos complejos, generen precedentes imbuidos de ejemplaridad.

4. Se presentan también otras circunstancias para analizar la labor de la Corte Suprema, que a primera vista pueden parecer “pedestres”, aunque ni lo son ni pueden ser soslayadas en un análisis sobre el rol que en la hora actual le toca jugar a dicho Tribunal.

Éste, en su nueva composición, intenta desprenderse de la “vieja Corte”, casi mecánicamente asociada en la percepción popular a la denominada “mayoría automática”, que en no pocos ni insignificantes fallos avaló la política del ex Presidente Dr. Carlos S. Menem.

Se patentiza, así, la consecuente premura de la “nueva Corte” de “legitimarse” ante la sociedad, dando muestras de independencia y fortaleza para sumar respeto y credibilidad.

5. Con mayor nitidez desde su remozada composición, en algunas de sus sentencias y acordadas el Máximo Tribunal argentino viene exhibiéndose determinado a tonificar su rol institucional “marcando su terreno” como cabeza de uno de los poderes de Estado y a concentrar sus esfuerzos y recursos de modo primordial en el tratamiento de cuestiones de real magnitud constitucional y relevante trascendencia jurídica.

6. Revela, además, una intensa propensión a plasmar en sus pronunciamientos los dictados del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en lo que hace a las cláusulas de los instrumentos internacionales (incluso algunos de *soft law*), como respecto de la interpretación de los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de los distintos sistemas protectorios en la materia. Ello se verifica respecto del esquema *interamericano*, con la Corte IDH en la cúspide; cuanto de las instancias *universales*, encarnadas –*inter alia*– en el Comité de Derechos del Niño, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos.

Semejante temperamento jurisdiccional no se ha focalizado exclusivamente en aspectos vinculados a los derechos civiles y políticos, sino que ha abarcado a los derechos de incidencia colectiva y a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), generando un significativo aporte para eliminar los obstáculos que suelen impedir el goce real de estos últimos, que no tienen menor entidad que los civiles y políticos y que, por tanto, no pueden mantenerse mediatizados al influjo de un malentendido concepto de *progresividad*, pues ésta no significa letargo o pasividad estatales *sine die*.

7. Además de la línea de doctrina judicial del Alto Tribunal Nacional permeable a la protección de los derechos fundamentales, la citada tendencia se hace igualmente perceptible en ciertas acordadas en las que subyace una clara impronta que muestra el sitio preferente que dicha problemática ocupa en su agenda de preocupaciones y prioridades.

8. La sustentabilidad del esquema de pensamiento y acción que en el espectro de los derechos humanos ha venido moldeando la Corte Suprema, no ha impedido que los criterios implementados en ciertos fallos (y en algunas acordadas, como las relativas a la figura del *amicus curiae* y la que creó la Unidad de Análisis Económico) hayan originado algunas dudas y posiciones críticas por parte de determinados sectores de la doctrina.

Por ejemplo (específicamente en cuanto a la órbita sentencial), en torno a la suerte de estándar dual que viene modelando al mostrarse permeable a reabrir procesos en contra del denominado “terrorismo de Estado” y refractaria a hacerlo en causas contra lo que se ha dado en llamar el “terrorismo subversivo”; la controversia dialéctica que entre los miembros del Tribunal y en el plano doctrinario ha originado la declaración de inconstitucionalidad de los decretos de indulto en crímenes de lesa humanidad *vis-à-vis* las garantías constitucionales de la cosa juzgada y de *ne bis in idem* (“Mazzeo”); o acerca de la inconstitucionalidad de la incriminación de tenencia de droga en bajas dosis para consumo personal (“Arriola”).

9. Con todo, desde nuestra percepción el balance de la línea de fallos y acordadas de la Corte Suprema en materia de protección de derechos fundamentales arroja un saldo positivo, según corresponda, por su impacto y debate sociales, por su carácter innovador o por su complejidad técnica.

10. En un contexto donde crece la circulación de reglas iusinternacionales y se intensifica la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, y teniendo en miras la defensa multinivel de aquéllos, siempre habrá de tomarse en cuenta que la Constitución, con la magnitud normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía homóloga a ella conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: *la protección y la realización de los derechos humanos*, que son, ni más ni menos, que *expresión directa de la dignidad de la persona*.

BIBLIOGRAFÍA

BAZÁN, Víctor (2011): “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de

convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (Nº 16, 2º Semestre de 2010), (Valencia, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos), pp. 15-44.

BAZÁN, Víctor (2010-a): “En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconveniencias omisivas”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (Edición 2010), (Montevideo, Fundación Konrad Adenauer), pp. 151-177.

BAZÁN, Víctor (2010-b): “El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Estudios Constitucionales*, (Año 8, Nº 2), (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), pp. 359-388.

BAZÁN, Víctor (2009): “La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (Nº 13), (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 33-88.

BAZÁN, Víctor (2008-a): “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, (Nº 73, septiembre-diciembre de 2008), (Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia –UNED–), pp. 315-373.

BAZÁN, Víctor (2008-b): “El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Estudios Constitucionales*, (Año 6, Nº 1), (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), pp. 103-154.

BAZÁN, Víctor (2007-a): “La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina”, en *Estudios Constitucionales*, (Año 5, Nº 2), (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca), pp. 137-183.

BAZÁN, Víctor (2007-b): “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, Miguel (coord.): *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, (2ª ed.), (México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 75-270.

BAZÁN, Víctor (2007-c): “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, *Jurisprudencia Argentina*, (15 de agosto de 2007), (Buenos Aires, LexisNexis), pp. 23-33.

- BAZÁN, Víctor (2006-a): “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (Nº 5, enero/junio 2006), (México, D.F., Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa), pp. 257-287.
- BAZÁN, Víctor (2006-b): “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (Nº 10), (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), pp. 15-50.
- BAZÁN, Víctor (2004): “*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (Edición 2004, Tº II), (Montevideo, Fundación Konrad Adenauer), pp. 251-280.
- BAZÁN, Víctor (2003): “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en AA.VV.: *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, (Tº I), (Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba), pp. 303-336.
- COURTIS, Christian (2008): “Sobre el *amicus curiae*”, en GARGARELLA, Roberto (coord.): *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, (Tº I), (Buenos Aires, AbeledoPerrot), pp. 321/347.
- DÍAZ, Rodolfo (2009): “Una Acordada ‘Alberdiana’. La ‘Unidad de Análisis Económico’”, *La Ley*, (13 de noviembre de 2009), (Buenos Aires, La Ley), pp. 1-3.
- CAPÓN FILAS, Rodolfo (2009): “Acordada 36/2009. Comentario”, (edición Nº 53, 4 de octubre de 2009), (Equipo Federal de Trabajo), www.newsmatic.e-pol.com.ar.
- JIMENA QUESADA, Luis (2009): “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.): *El Poder Judicial*, (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch), pp. 495/544.
- MÉNDEZ, Juan E. (1997): “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, (Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto), p. 532.
- SAFADI MÁRQUEZ, Carlos: “La regulación de la publicidad oficial”, *La Ley*, (19 de enero de 2010), (Buenos Aires, La Ley), pp. 1 y s.

