



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Jurisdicción constitucional

Relatório Nacional (Argentina)¹

(Judicial Review: National Report - Argentina)

José María Salgado

Professor of Procedural Law at the University of Buenos Aires, Argentina.

Secretary of the Asociación Argentina de Derecho Procesal

Palavras-chave: Relatório Nacional. Argentina.

Keywords: National Report. Argentina.

Resumo: O presente artigo corresponde ao relatório nacional sobre o tema, apresentado no I Congresso Argentina-Brasil, que teve lugar em São Paulo, Brasil, 2012.

Abstract: The following paper was the Argentine National Report about the subject presented at the I Congress Argentina-Brazil of Civil Procedure, at São Paulo, Brazil, 2012.

Sumário: I.- Introducción; II.- El sistema de control de constitucionalidad y la cuestión federal; 1) El Recurso extraordinario federal; 2) Acción declarativa de inconstitucionalidad; 3) El *stare decisis*; III.- Los procesos constitucionales. 1) La acción popular; 2) El amparo; A.- El amparo colectivo; 3) El hábeas data; 4) El hábeas corpus; IV. Designación y remoción de Autoridades electivas y magistrados del Poder judicial.

¹ Texto preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual e apresentado em São Paulo, dezembro de 2012.



I.- Introducción.

Diversas son las cuestiones que deben considerarse a la hora de establecer el contenido y los sistemas que componen la jurisdicción constitucional. Algunas se refieren a su enfoque en general y otras a particularidades propias de la República Argentina.

En lo que hace al encuadre general, lo que en definitiva definirá e incidirá en su contenido, consideraremos integrantes de la jurisdicción constitucional a todos los instrumentos procesales establecidos en el texto de la constitución en forma explícita o derivados de una interpretación implícita de aquél. A ello sumaremos todos los sistemas que, sin formar parte de dicho ordenamiento, conforman los distintos sistemas destinados a reinstaurar el orden constitucional

En lo tocante a las particularidades que presenta la República Argentina, inevitablemente debemos considerar la organización federal del país como un condicionante de relevancia, que también incidirá en el contenido de la temática que estamos describiendo. Desde su fundación el país se ha organizado en base a dos estructuras diferenciadas: un gobierno central que se ocupa de la normativa federal cuyas materias están constituidas por los poderes delegados por cada una de las provincias que integran la Nación y otra legislación local que se ocupa de regular todas las materias mantenidas en las órbitas de los estados provinciales.

Dichas previsiones se encuentran en el art. 121 de la Constitución Nacional que señala que “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. Entre los poderes no delegados expresamente en el gobierno central está, por ejemplo, el derecho a dictar una Constitución local ordenada bajo los principios establecidos en la Ley Fundamental. Ello les permitirá, entre otras cosas, asegurar su propio régimen de administración de justicia. De dicha organización surge la existencia de una



legislación provincial o local, que rige en cada uno de los estados provinciales; y otra federal, dictada por el Congreso Nacional, de aplicación en todo el territorio nacional.

Por eso cuando nos referimos al jurisdicción constitucional de la República Argentina, no solo debemos atender a los aspectos que definen el concepto en sí mismo, sino que habrá que distinguir si estamos hablando de la federal o de la estructurada en cada una de las constituciones provinciales. En este último supuesto, contemplando la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como un *tertium genus* con su propia constitución, involucramos veinticinco cuerpos normativos –constituciones- dentro del territorio.

Aquellos, no está demás aclararlo, si bien no deben contravenir las pautas establecidas en la Constitución Nacional, pueden ampliar los sistemas de derechos y, además, diseñar los mecanismos locales de tutela y de control de las leyes provinciales. La variedad de institutos provinciales, en muchos casos no contemplados en el ordenamiento federal, conlleva a establecer sistemas adjetivos de matriz diferente a los que se manejan en la estructura nacional. Esta realidad propone muchas aristas de estudio. Desde la formación de operadores habituados a desenvolverse en distintos sistemas procesales, hasta el enriquecimiento de la doctrina que trabaja sobre diversas modalidades de actuar en la jurisdicción constitucional. También, porque no admitirlo, se genera la confusión del ciudadano lego que no alcanza a entender por qué determinadas propuestas son viables en algunos lugares y no en otros.

Frente a ese vasto panorama, el presente informe se limitará a abordar todos los instrumentos procesales regulados en la Constitución Nacional y aquellos que, aunque no estén previstos en su texto, son utilizados para reinstaurar el orden constitucional. Para hacerlo asumimos como premisa de trabajo, pensando en una labor comparatista, que el contenido de la jurisdicción constitucional es variable, puesto que estará integrado de manera distinta en cada realidad y contexto normativo concreto que se analice².

En definitiva, abandonando los preámbulos, el contenido de la jurisdicción constitucional federal en la Argentina, de acuerdo a los parámetros anotados, estará integrado

² Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Constitucional, tº 1, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2010, p. 35.



por: 1) la cuestión federal destinada a defender la supremacía de la Constitución nacional conformando un sistema de control de constitucionalidad, integrado por el Recurso Extraordinario Federal, por la pretensión declarativa de inconstitucionalidad y por la obligatoriedad de los precedentes; 2) los procesos constitucionales: la acción popular, el amparo, el habeas corpus, el habeas data; 3) los mecanismos para designar autoridades electivas y magistrados del Poder Judicial.

II.- El sistema de control de constitucionalidad y la cuestión federal.

El *judicial review of law* norteamericano, conforme lo resaltó Cappelletti, es el iniciador de una nueva y espléndida época en materia de control de la legitimidad de las leyes. Ello desde que la Constitución norteamericana (1787) abrió la era del constitucionalismo y de la supremacía de una carta de derechos rígida que no puede ser modificada o derogada mediante leyes ordinarias, sino que se necesita un procedimiento especial para lograrlo³.

Lo paradójico, en el caso, es que el sistema norteamericano encontró los fundamentos de su nacimiento, a partir del cual se instaura la supremacía del poder de los jueces, justamente en un sistema en el cual hoy dicha supremacía recae en el parlamento⁴. El sustento teórico sobre el que se asienta el control de constitucionalidad difuso no abreva de mayores complicaciones, por lo menos no diversas a aquellas que usualmente se utilizan para la aplicación de normas jurídicas. Así fue razonado por Hamilton en *El Federalista*⁵, advirtiendo que la función de todos es la de interpretar la ley para aplicarla a casos concretos. Una de las

³ Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 41.

⁴ Nos referimos al célebre caso *Bonham* de 1610 que introdujo en Inglaterra, hasta la revolución de 1688, la prevalencia de la teoría de Coke según la cual los jueces eran los garantes de la supremacía del *common law* contra el poder del soberano y del parlamento. Luego la *Glorious Revolution* impuso la teoría vigente hasta el día de hoy según la cual el Parlamento es quien ejerce esa supremacía. Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, tomo 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002.

⁵ Hamilton, Jay and Madison, *The Federalist, on the new constitution*, Vol. II, Nº LXXVIII, titulado: *A view of the constitution of the judicial department, in relation to the tenure of good behaviour*, New York, Published by Williams & Whiting, 1788, p. 232



pautas más obvias de esa interpretación es aquella según la cual, cuando dos disposiciones legislativas se encuentran en contradicción el juez debe aplicar aquella prevalente. Tratándose de dos normas de igual rango, la prevalente será indicada con el usual criterio, “*lex posterior derogat legi prior*”, “*lex specialis derogat legi generali*”, etc. El mismo criterio debe aplicarse en el control de constitucionalidad, teniendo en cuenta que “*lex superior derogat legi inferiori*”, dado que se trata de disposiciones de distinta fuerza normativa⁶.

Luego, esta misma línea de pensamiento fue recogida por Marshall para fundar definitivamente el control difuso de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial. El eminente jurista se preguntó si era posible que la Constitución fuera modificada por una ley emanada del Congreso o si esta debía prevalecer sobre los actos legislativos sin que, frente a tal interrogante, pudiera existir una posibilidad o camino intermedio. Ante esa disquisición estableció claramente la primacía de una Constitución rígida que no podía ser modificada por las normas dictadas por el Poder Legislativo⁷, por ello constituía un deber para los jueces no aplicar ese tipo de normas⁸.

Siguiendo este modo de razonar, el sistema de control difuso tendrá las siguientes características: i) podrá ser ejercido por cualquier juez, sea estadual o federal, en cualquier instancia; ii) es incidental, por acción o defensa, es decir sin una vía directa o principal a tal efecto, sino cuando sea necesario su ejercicio para resolver un conflicto sobre una relación jurídica; iii) debe efectuarse en el marco de un caso o controversia, cualquiera fuera la naturaleza del conflicto; iv) podrá efectuarse siempre que el análisis de la normativa sea relevante y necesario para arribar a la decisión; v) deberá procurarse, siempre que sea posible, la interpretación que favorezca la constitucionalidad de ley cuestionada⁹.

⁶ Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario, ob cit., p. 60.

⁷ 5 U.S. 137 (Cranch), William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States, February Term, 1803.

⁸ La primera declaración de inconstitucionalidad de una norma por parte de la Corte estadounidense se dio en el caso Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87, 1810.

⁹ Lucifredi, Pier Giorgio, Appunti di diritto costituzionale comparato, 3. Il sistema statunitense, Milano, settima edizione, Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 128.



La argumentación en torno a la inconstitucionalidad del precepto puede efectuarse alegando que la norma es inconstitucional por sí misma y en cualquier tipo de circunstancias, *a facial challenger, on its face*, es decir por un confronte internormativo con la Constitución¹⁰. O bien puede argumentarse como un *as-applied challenge*, es decir que la norma deviene inconstitucional en algunas circunstancias determinadas tomando elementos concretos del caso en examen¹¹.

En Argentina, en el orden federal, el control de constitucionalidad se efectúa en el marco de un sistema difuso puro, fiel reflejo del sistema imperante en los Estados Unidos de América. Es en dicha matriz en la que se originó el mecanismo. Las particularidades del sistema radican en que el control de la validez de las normas y su comparación con el bloque de constitucionalidad –integrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales equiparados a dicha jerarquía en el art. 75 inc. 22- puede ser ejercido indistintamente por cualquier juez siempre que se encuentre frente a un caso o controversia sustentada en una relación jurídica –art. 2 de la ley 27, 116 y 117 de la Constitución Nacional- y que su análisis resulte necesario para resolver la cuestión sometida a decisión. La legitimación está restringida a aquellas personas que titularizan esa relación jurídica y sus efectos, consecuentemente, tendrán alcance –en principio- sobre ese caso concreto.

Aún cuando no existen dudas ni discrepancias sobre lo expuesto, el ordenamiento constitucional argentino, como ocurre en Estados Unidos, no prevé en forma expresa un mecanismo de control de constitucionalidad. Sin embargo, emulando a su par del norte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó la viabilidad de que aquel fuera ejercido por los jueces en casos contenciosos que fuesen llevados a su conocimiento. Así traspoló al medio nacional la doctrina instaurada en el celebre caso “*Marbury v. Madison*”¹², asumiendo que se trata de una facultad implícita del poder judicial. Lo hizo en el caso “Eduardo

¹⁰ Dorf, Michael C., Challenges to State and Federal Statutes, 46 Stan. L. Rev. 235; Fallon, Richard H. Jr., As-applied and facial challenges and third-party standing, 113 Harv. L. Rev. 1321; Isserles, Marc E., Overcoming overbreadth: facial challenges and the valid rule requirement, 48 Am. U.L. Rev. 359.

¹¹ Shapiro, Steven, The American Civil Liberty Union, en La giustizia costituzionale ed suoi utenti, Atti del convegno internazionale, Università degli Studi di Milano, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, p. 33.

¹² 5 US (1 Cranch) 137 – año 1803-.



Sojo”¹³, en el cual reprodujo muchos párrafos del precedente norteamericano y más decididamente al año siguiente en “Municipalidad de la Capital c/ Isabel G. de Elortondo”¹⁴.

Frente a tantas similitudes, existe una cuestión que no sigue la misma lógica y que, aunque queda subyacente, brinda efectividad al sistema, lo que hace que no pueda ser desatendida. La Argentina es un país de raíz civilista en el que no opera –o lo hace con gran debilidad- la tradición del seguimiento de los precedentes o *stare decisis*¹⁵ a diferencia de lo que sucede en los países del *common law*. Más adelante retomaremos esta cuestión cuando nos ocupemos de la efectividad de los pronunciamientos.

Como señalamos, todo juez puede realizar el escrutinio en concreto siempre que se encuentre ante un caso o controversia, con lo cual no podemos hablar de un proceso específico para realizar el examen de constitucionalidad, si no que todos los procesos pueden resultar idóneos; por tanto, todos los jueces –sin distinción- poseen jurisdicción para hacerlo. En ese marco, deben destacarse dos herramientas primordiales, aunque no excluyentes, que conforman el sistema: El recurso extraordinario federal y la acción declarativa de inconstitucionalidad.

1) El Recurso extraordinario federal.

El recurso extraordinario federal también se ha inspirado en el derecho norteamericano; concretamente en la *Judiciary Act* del año 1789. Aquel fue tomado en nuestro país por la ley 48, cuyo artículo 14 dispone los supuestos en que los pleitos radicados ante los tribunales provinciales, donde deben ser tramitados y fenecidos, pueden llegar a la revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por intermedio de esta apelación extraordinaria con la finalidad de mantener el orden jerárquico establecido en el art. 31 de la Constitución

¹³ Fallos 32:120 de 1887.

¹⁴ Fallos 33:194.

¹⁵ Trionfetti, Víctor R., El sistema de control de constitucionalidad en la Argentina, en Falcón, Enrique M. –director- Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 443.



Nacional, que determina la supremacía del bloque de constitucionalidad sobre el resto de las normas¹⁶.

La Corte Suprema, a través de su extensa jurisprudencia en la materia, ha ido estableciendo los requisitos de procedencia dividiéndolos en “comunes” y “propios”¹⁷. Dentro de los primeros se encuentran: a) intervención previa de un tribunal de justicia del cual emane la decisión recurrida; b) existencia de un juicio o caso judicial; c) que se trate de una cuestión justiciable; d) que exista gravamen actual y no conjetural en el recurrente; e) que persistan los requisitos en el momento de la decisión¹⁸.

Entre los requisitos “propios” encontramos: a) cuestión federal que versa sobre cuestiones de derecho, quedando –en principio- al margen del mismo las cuestiones de hecho. Esta suele dividirse en simple, cuando se trata de interpretar el alcance de algunos preceptos constitucionales, leyes federales, tratados internacionales, reglamentaciones de leyes federales u otras normas federales o actos federales de autoridades de la Nación, no encontrándose en juego ningún enfrentamiento con otra norma o acto; en cuestión federal compleja, cuando se presenta ante la interferencia en la interpretación de normas, que a la vez se subdivide en: complejas directas, cuando existe un enfrentamiento entre una norma o un acto que se considera incompatible con la letra de la Constitución Nacional; y en complejas indirectas, cuando el enfrentamiento se produce entre una norma o un acto con otra norma o

¹⁶ Art. 14. – Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

¹⁷ A la par de los dos grupos de requisitos que enunciaremos, la Corte estableció una serie de requisitos formales destinados a reglar la forma y extensión de la presentación mediante la Acordada nº 4/2007.

¹⁸ Imaz, Esteban y Rey, Ricardo E, *El Recurso Extraordinario*, Buenos Aires, 1943; Sagüés, Néstor P., *Recurso extraordinario, Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992; Hitters, Juan Carlos, *Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación*, La Plata, Ed. Platense, 1984.



acto que de acuerdo a la Constitución Nacional tiene carácter preeminente, por lo que en forma indirecta se la afecta.

A la vez, continuando con los requisitos “propios”, se exige que la cuestión federal tenga (b) relación directa e inmediata con el fondo de la controversia y que (c) la resolución recurrida sea contraria al derecho federal invocado por las partes –con ello principalmente se resguarda la potestad de los estados locales de nulificar sus propias normas a favor del derecho federal-. El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que el recurso sólo puede interponerse contra (d) una sentencia definitiva, es decir la resolución que pone fin al pleito, impide su continuación o causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior; además, para acceder al tribunal, dicha decisión debe emanar del (e) superior tribunal de la causa, es decir que deben agotarse todas las instancias recursivas previas¹⁹.

Frente a lo que podría denominarse recurso extraordinario por existencia de una cuestión federal, a la que nos hemos referido hasta ahora, la Corte Suprema a lo largo de su historia ha creado, en forma pretoriana, otros supuestos en los que ha admitido la viabilidad de la herramienta para acceder a la vía revisora. De este modo, en estos casos, se fueron ampliando a los supuestos de arbitrariedad de la sentencia²⁰ – donde se incluyó las cuestiones de derecho común, de hecho, de apreciación de la prueba o de trámite de la causa²¹, a la gravedad institucional²² –es decir, cuando peligra el orden institucional del país y la cuestión no cuadra como federal-, el *per saltum* o salto de instancia²³ -para evitar el tránsito por las instancias intermedias y llegar directamente al Superior tribunal federal-.

Evidentemente, la versión originaria, por distintos motivos, se fue diversificando y perdiendo su especificidad. Ello condujo a una ampliación inusitada de la

¹⁹ En este punto debe reverenciarse el precedente “Strada”, Fallos 308:490.

²⁰ CSJN, 2/12/1909, “Rey, Celestino c/ Rocha, Alfredo y Eduardo”, Fallos: 112:384, en “obiter dictum” para consagrarse en CSJN, 28/6/39, “Storani de Bordanich, Victoria e hijos c/ Ansaldi, Imperiale y Bovio”, Fallos 184:137.

²¹ Carrió, Genaro, El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

²² CSJN, 1960, “Jorge Antonio”, Fallos 248:189

²³ CSJN, “Dromi”, Fallos 313:863.



competencia apelada extraordinaria del Máximo tribunal, que se acumuló a los procesos que arriban a su sede por apelación ordinaria y a los que tramitan en instancia originaria ante sus estrados.

El procedimiento a observar para la interposición y desarrollo del Recurso Extraordinario Federal fue legislado en 1968 al dictarse el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –ley 17.454-. En la actualidad, luego de una serie de modificaciones legislativas, está regulado en los arts. 256 a 258, 280 y 285 a 287 del citado cuerpo de normas.

Es de hacer notar, dada la gran cantidad de causas que recibe el Máximo Tribunal, que en aquellos casos en que la cuestión sea considerada intrascendente o insustancial la Corte federal puede desestimar el recurso por intermedio de un *certiorari* negativo, incorporado en el art. 280 del CPCCN por la ley 23.774. Se trata de una facultad discrecional de la Corte que le permite seleccionar, sin tener que expresar los fundamentos de la decisión, en qué casos habrá de intervenir. El mayor beneficio que puede obtenerse de la herramienta es evitar la dispersión jurisprudencial y los fallos contradictorios, cuya aparición es proporcional a la cantidad de sentencias que emite un tribunal.

2) Acción declarativa de inconstitucionalidad.

Otra herramienta relevante para efectuar el control de constitucionalidad es la pretensión meramente declarativa. La evolución del instituto, como ocurrió en los casos que venimos comentando, también vivió una historia similar en Estados Unidos²⁴ y en Argentina. El

²⁴ En EEUU hubo que esperar hasta 1933 para lograr un dispositivo que permitiera ejercitar una pretensión preventiva. Hasta ese año la Corte sostuvo que los *declaratory judgments* no estaban admitidos en el procedimiento federal porque eran asimilados a consultas académicas o a simples dictámenes. Entonces se exigía un derecho violado y un daño efectivo. Borchard, Ewin, *Declaratory Judgments*, Cleveland, Banks-Baldwin Law Publishing Co., 1934, p. 249. Luego, en 1934, se sancionó la Ley Federal de Sentencias Declarativas –Federal Declaratory Judgment Act-, que pudo ser examinada por la Corte declarando su constitucionalidad. Allí afirmó que la controversia debía ser definida y concreta y afectar relaciones legales de las partes que tuvieran intereses contrapuestos. La controversia debía tener su remedio específico en el dictado de una sentencia, por oposición a la



reconocimiento de la mera declaración de inconstitucionalidad como un mecanismo preventivo que podía ejercerse en el marco de un “caso” susceptible de ser resuelto por los jueces demandó mucho tiempo y trabajo. El error radicaba en asimilar la pretensión a una simple consulta sin observar que ella se sustentaba en una relación jurídica que buscaba evitar perjuicios inminentes. Lo dicho motivó que su reconocimiento transitara un camino lleno de equívocos. De hecho, el primero de ellos, es su denominación ya que no se trata de una acción, sino de una pretensión que sólo busca la declaración como medio de despejar un estado de incertidumbre generado por una norma que se reputa inconstitucional en torno a las modalidades y alcances de una relación jurídica.

Al igual que su par norteamericano, la Corte vinculaba el concepto de “caso” o “controversia”, siempre necesario para habilitar la intervención del Poder Judicial de acuerdo a los postulados del art. 2° de la ley 27, a la existencia de un reclamo de condena²⁵. Entonces se consideraba que la pretensión declarativa constituía un planteo hipotético o conjetural, llegando a postular la inexistencia de la acción declarativa en el orden federal²⁶.

Un primer atisbo de cambio fueron las incipientes disidencias²⁷ y excepciones²⁸ en la jurisprudencia, luego se consagró el art. 322 del CPCCN²⁹ y, finalmente,

posibilidad de pretensiones consultivas sobre cuestiones hipotéticas. El caso, receptado en la jurisprudencia argentina fue, “Aetna Life Insurance Co. v. Haworth”, 300 US 227, 241 (1937).

²⁵ Este largo período de tiempo puede ser dividido en cuatro etapas a efectos de indagar sobre los distintos escenarios evolutivos: i) la primera hasta 1967 de carácter absolutamente negatorio; ii) un segundo período marcado con la sanción del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que contiene un precepto específico que la posibilitaba (el art. 322); iii) el tercero desde 1967 hasta 1985, en el cual se siguió negando el control aunque se encontrara legislada una vía específica y; iv) una cuarta etapa en la que se reconoce la viabilidad de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad. La evolución detallada de estas etapas la hemos efectuado en el capítulo La Acción de Inconstitucionalidad en Falcón, Enrique M. –director-, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 902/1049.

²⁶ Citamos algunos casos relevantes que demuestran esta tendencia. CSJN, 13/3/59, “Provincia de Mendoza v. Nación Argentina”, Fallos 243:176; CSJN, 28/12/59, “H.I.R.U. SRL c/ Federación Argentina de Trabajadores de la Industria Gastronómica”, Fallos 245:552; CSJN, 2/3/61, “Aserradero Clipper SRL”, LL, 103-315; CSJN, 7/4/61, “Traverso, Conrado T.”, LL, 106-415; CSJN, 13/3/63, “Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro”, Fallos 255:86; CSJN, 26/6/63, “Banco Hipotecario Nacional v. Provincia de Córdoba”, Fallos, 256:104.

²⁷ CSJN, 11/3/66, “Leguiza, Luis E. c/ Gobierno Nacional”, LL, 122-338.

²⁸ CSJN, 29/3/67, “Outon, Carlos, y otros”, LL, 126-293; CSJN, 7/12/1967, “Empresa Mate Larangeira Mendes S.A. y otros”, LL, 130-556.

²⁹ Norma sobre la cual mucho se puede escribir. Dado que su errada ubicación metodológica y su deficiente redacción responden a presiones políticas y a la voluntad de consagrar la norma emanada de la comisión



recibió el impulso dado por un meduloso dictamen del Procurador General de la Nación Eduardo Marquardt en “Hidronor S.A. c. Provincia de Neuquén”³⁰.

Así, el 20 de agosto de 1985, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en el caso “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”³¹, y reconoció jurisprudencialmente en el orden federal la viabilidad de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad como medio preventivo para controlar, en casos concretos, la constitucionalidad de la normas, encauzándola en la vía del art. 322 al que nos hemos referido.

3) El *stare decisis*³².

Dentro de la tradición jurídica del *common law* el derecho se forma a través de los precedentes judiciales³³. Estos, si bien en orden jerárquico se encuentran por debajo de las leyes (*statute law*) –motivo por el cual la ley puede dejar sin efecto un precedente- han constituido la fuente histórica de su derecho.

La doctrina del *stare decisis et non quieta movere*, impone que las decisiones de los jueces o tribunales, tomadas después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo

redactora. Carli, Carlo, La demanda civil, Buenos Aires, Lex, 1973, p. 41; Ayarragaray, Carlos A. y De Gregorio Lavié, Julio, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, Buenos Aires, Zavalia, 1968, p. 360.

³⁰ Allí se daba cuenta de la evolución verificada en los Estados Unidos. CSJN, 28/2/73, “Hidronor S.A. c Provincia de Neuquén”, LL, 154-515, con nota de Bidart Campos, Germán J., La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad.

³¹ CSJN, 20/8/85, “Provincia de Santiago del Estero c/ Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, ED, 115-361, con nota de Bidart Campos, Germán J., Procedencia de la Acción Declarativa de Certeza en jurisdicción federal.

³² Cueto Rúa, Julio Cesar, El “*common law*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; Farnsworth, E. Allan, Introducción al sistema legal de los Estados Unidos, Buenos Aires, Zavalia, 1990; Sagüés, Néstor P., El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina, en la obra colectiva Temas de Derecho Procesal Constitucional, Masciotra, Mario (dir.), Buenos Aires, Lajouane, 2008, p. 343; Smith, Juan Carlos, La autoridad del precedente judicial en el “*common law*” estadounidense, LL, 134-1364.

³³ Micheli, Gian Anotnio, Contributo allo Studio della formazione giudiziale del diritto: Case law e stare decisis, Pavia, Pubblicazioni della R. Università di Pavia, Studi nelle scienze giuridiche e sociali n° 83, 1938, p. 14.



tribunal y para los tribunales de igual o inferior rango en los casos que se presenten en el futuro en los que se debata la misma cuestión³⁴.

La implementación y vigencia de la doctrina del *stare decisis* se justifica en base a la prevalencia de distintos valores: i) igualdad, dado que la aplicación de la misma regla en sucesivos casos análogos redundaría en un mismo trato para todos los que deben ser juzgados; ii) previsibilidad del sistema para futuros casos; iii) economía, por cuanto el uso de criterios ya establecidos para resolver nuevos casos ahorra tiempo y energías; iv) respeto, dado que al adherirse a decisiones anteriores se evidencia el reconocimiento a la sabiduría y experiencia de las generaciones de anteriores jueces³⁵.

El sistema de control de constitucionalidad, entonces, aún cuando es efectuado en el marco acotado de un caso desaplicando la norma contraria a la constitución en una relación jurídica determinada, se ve completado por el principio del *stare decisis* que hemos enunciado. Este le otorga una verdadera eficacia *erga omnes* al decisorio e importa la eliminación de la norma del sistema. Más aún cuando la sentencia emana de la Corte Suprema³⁶. Obviamente que la referencia es a los Estados Unidos. Todo ello sin perjuicio de que, como se ha escrito, el principio de la obligatoriedad de los precedentes, en virtud de la conformación orgánica federal de los Estados Unidos, no esté asentado con la misma fuerza que en Inglaterra³⁷.

³⁴ Hemos desarrollado la aplicación del *stare decisis* en la Argentina en el capítulo "La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Suprema", en Falcón, Enrique M. –director-, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, tº II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 783/899.

³⁵ De la definición se extraen dos dimensiones del *stare decisis*, una horizontal en tanto los tribunales están obligados a seguir sus propios precedentes y otra vertical cuando deben conformar sus decisiones a los precedentes de sus superiores jerárquicos o concurrentes. Sin embargo no todo el contenido del antecedente tiene fuerza obligatoria, sino sólo el *ratio decidendi* o el *holding* del caso, es decir las razones que llevaron al tribunal a fallar de una determinada manera, quedando fuera de ese espectro, por tanto, aquello que suele denominarse *obiter dictum* que está conformado por las expresiones incidentales o colaterales del tribunal. Legarre, Santiago y Rivera (h), Julio César, Naturaleza y dimensiones del "stare decisis", LL, 2005-F, 850. Aunque, como ocurre a menudo, la línea que separa lo principal de lo accesorio es poco clara o no se encuentra nítidamente definida. Cueto Rúa, Julio César, El common, ob. cit., p. 118.

³⁶ Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario, ob. cit., p. 66.

³⁷ No debe olvidarse que, a diferencia de Inglaterra, nos enfrentamos a un sistema fuertemente descentralizado, en el cual los trece estados fundadores son entes dotados de una organización política, económica, judicial propia. Bianchi, Paolo, La giustizia costituzionale negli Stati Uniti, ob. cit., p. 4; Farnsworth, E. Allan, Introducción al



La cuestión en el derecho argentino no es sencilla³⁸. En principio porque el punto de partida es bastante débil debido a la tradición jurídica bicéfala de la que abreva nuestro ordenamiento³⁹ que, imbuida en parte del derecho continental y en parte del *common law*, no ha profundizado las técnicas de utilización de los precedentes y su tratamiento. Tampoco existen normas positivas que en forma directa indiquen que el seguimiento del precedente sea un elemento condicionante de la validez de los pronunciamientos⁴⁰.

Sin embargo, también puede señalarse la existencia de preceptos legales y extralegales que, en nuestra opinión, llevan a concluir que existe un deber de seguimiento condicionado de los fallos de la Corte.

En la mirada vertical del *stare decisis*, más vinculada a este análisis, debe distinguirse la materia federal o aquellas asimilables –federales atípicas– de las cuestiones locales. Esa diferenciación sitúa al primer grupo de cuestiones en un plano de sujeción condicionada legal y al segundo en uno de sujeción condicionada persuasiva⁴¹.

Entre los fundamentos legales que dan cuerpo a esos asertos encontramos la coordinación de las autonomías provinciales con las cuestiones delegadas al Estado federal (art. 5º de la C.N.) y la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), en conexión con la

sistema, b. cit., p. 20; Monaghan, Henry P., Las sentencias de la Corte Suprema deben ser tomadas en serio, traducido por Garay, Alberto F., JA 2004-I-965.

³⁸ Oteiza, Eduardo D., La jurisprudencia en Argentina. Estudio de algunos problemas con respecto a su consistencia, en Acceso al derecho procesal civil, Morello, Augusto M. (dir.), Buenos Aires, Librería Editora Platense – Lajouane, 2007, p. 507/539.

³⁹ Ha recibido la impronta norteamericana en la Constitución, la francesa en el derecho administrativo, el procedimiento español, el derecho comercial italiano e influencias alemanas en derecho penal.

⁴⁰ Existieron antecedentes mediante los cuales se instauró legalmente la vigencia de una especie de *stare decisis* en nuestro país, aunque luego fueron dejados sin efecto. Un primer supuesto fue el art. 95 de la Constitución de 1949, “La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales”. Otro, más reciente materia previsional, fue el art. 19 de la ley 24.263, “Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas.”, también dejado sin efecto por primero por la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego por la ley 26.025.

⁴¹ Hitters explica que “...al no haberse instituido normativamente la casación nacional, y toda vez que el más Alto Órgano de Justicia de la Nación se ha abstenido de manejar el recurso extraordinario para unificar la interpretación jurisprudencial contradictoria de las leyes nacionales de carácter común, o de derecho local, respecto de situaciones de hecho similares, no resulta pertinente extender la autoridad absoluta de sus fallos a otros temas que no sean constitucionales o federales.” Hitters, Juan Carlos, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, La Plata, Ed. Platense, 1984, p. 235.



competencia fijada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de unos de los poderes federales en la ley 48 en las diversas variables de acceso al Máximo Tribunal⁴². Ello no violenta la división de poderes puesto que el legislativo en todo momento podrá emitir normas que sigan o controvertan materias abordadas por los precedentes y el judicial interpretarlas o someterlas al correspondiente test de constitucionalidad⁴³.

Como fundamentos extranormativos debemos mencionar, por una parte, la existencia de una línea jurisprudencial de la Corte que predica la existencia de un deber de seguimiento condicionado⁴⁴; a lo que puede agregarse la importancia de la credibilidad de los justiciables en el sistema jurisdiccional a partir del correcto manejo de la argumentación para mantener o modificar los precedentes⁴⁵.

Todo ello conduce a establecer que en el sistema existe un deber condicionado de los tribunales de seguir los precedentes, en tanto no se verifiquen condiciones contextuales nuevas que indiquen que es tiempo de reconsiderarlos. De tal suerte, precaviendo que difícilmente puedan agotarse en un fallo todos los argumentos que podrían esgrimirse y

⁴² Ibarlucía, Emilio A., Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ED, Constitucional, 2006, 215; Bianchi, Alberto B., De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del stare decisis), EDCO, 00/01-335.

⁴³ Berizonce, Roberto O., Sobrecarga, misión institucional de los tribunales superiores y desahogo del sistema judicial, en Berizonce, Roberto O., Hitters, Juan C. y Oteiza, Eduardo D. (coords), El papel de los de los tribunales superiores, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2008, vol. 1, p. 451.

⁴⁴ C.S.J.N., 9/4/1870, "Videla, Magdalena c/ García Aguilera, Vicente", Fallos 9:53; C.S.J.N., 23/6/1883, "Pastorino, Bernardo capitán de la barca "Nuovo Principio" c/ Ronillon Marini y Cía.", Fallos 25:364; C.S.J.N., 1948, "Santín, Jacinto s/ Impuestos Internos" Fallos 212:51; C.S.J.N., 1948, "Pereyra Iraola, Sara c/ Provincia de Córdoba", Fallos 212:160; C.S.J.N., 6/10/1948, "García Rams, Horacio, y Herrera, Carlos", Fallos 212: 251; C.S.J.N., 17/11/81, "Balbuena, César A.", LL 1982-B, 150; C.S.J.N., 4/7/85, "Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo", Fallos 307:1094. La doctrina se repite en C.S.J.N., 25/8/88, "Rolón Zapata, Victor Francisco s/ queja", Fallos 311:1644; íd., 2/3/93, "Losa, Miguel c/ Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires", Fallos 316:221; C.S.J.N., 7/10/82, "Lopardo, Rubén A. c. Municipalidad de la Capital", Fallos 304:1459. Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, tomo 1, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 353; Sagüés, Néstor P., El valor del precedente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EEUU y Argentina, en la obra colectiva Temas de Derecho Procesal Constitucional, Masciotra, Mario (dir.), Buenos Aires, Lajouane, 2008, p. 343

⁴⁵ Garay, Alberto F., La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes. (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso "Montalvo"), JA, 1991-II-870.



que el conocimiento, jurídico y extrajurídico, se encuentra en permanente cambio, dicho condicionamiento debe ser calificado como atenuado⁴⁶.

La explicación brindada, si bien luce consistente y transmite en forma sintética el parecer de parte de la doctrina y el nuestro sobre la cuestión, no llega a ejercer de cláusula de cierre del sistema de control de constitucionalidad como ocurre en los Estados Unidos. En primer lugar, dado que es un principio aún más atenuado que en aquel país, carente de una fuerte tradición. Y, además, porque la percepción de los tribunales inferiores sobre este punto, elemento primordial a la hora de ponderar su eficacia, no tiene una suficiente constricción⁴⁷.

En los modelos que analizamos, como principio, cualquier juez tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en el marco de un caso concreto y con efectos dentro de ese caso específico. Sin embargo, como hemos visto, esta es una verdad a medias, dado que dicha declaración en los Estados Unidos se verá propulsada por el principio del *stare decisis* según el cual los efectos indirectos de la sentencia pueden influir en los casos posteriores⁴⁸.

La introducción del sistema de control norteamericano en países en los cuales no rige ese principio puede acarrear diversas consecuencias: i) la misma norma puede devenir

⁴⁶ Garay, Alberto F. y Toranzo, Alejo, Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, JA 2005-IV-1085

⁴⁷ Rivera, Julio C. (h) y Legarre, Santiago, La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores, JA 2006-IV, 1333. S.C.B.A., 29/09/1992, “Olivera, Enrique”, LL, 1993-A, 397. El fallo fue comentado por Morello, Augusto M., Suprema Corte de Buenos Aires versus Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acerca de la obligatoriedad general de la jurisprudencia del Tribunal Federal), ED 153.919. CNCrim. y Corr. Fed., Sala I, 23/4/08, “V., D. J. Y otro”, LL Online. La jurisprudencia se repite en íd., 4/12/08, “Ferreira, Franco M. y otro”, LL Online. Sup.Corr..Men., Sala I, 28/8/07, “Rutimann, Giselle c/ Carbelli, Valerio y otros”, LL online; la doctrina de la Sala es reiterada, por ejemplo, 25/6/07, “Pacheco Devia, Teresa C/ Fernández, Walter A. y otro”, LLGran Cuyo 2007 (julio) y en lo referente a la existencia de un *stare decisis* vertical en 8/8/07, “De Pellegrín, Danilo en: Municipalidad de la Capital c/ Danilo De Pellegrín”, LLGran Cuyo 2007 (noviembre), 1025.

⁴⁸ Summers y Taruffo al referirse la efecto vinculante de los precedentes en el *common law* mediante el *stare decisis* o en el *civil law* donde sólo existe un valor persuasivo de los fallos de los superiores tribunales, anotan que aún la fuerza persuasiva de este último es comúnmente muy fuerte y que, en sustancia, no existen diferencias entre ambos sistemas no obstante sus fundamentos teóricos. Y que los fallos de los superiores tribunales tienen mucho peso sobre los tribunales inferiores y sobre las propias decisiones ulteriores de dichos órganos cimeros. Summers, Robert S. y Taruffo, Michele, Interpretation and comparative analysis, en Interpreting statutes coordinado por McCormick, D. Neil y Summers, Roberts, Vermont, Dartmouth Publishing Company Limited, 1991, p. 487.



declarada inconstitucional por algunos jueces y seguir siendo aplicada por otros; ii) el mismo órgano judicial que tomó partido en un sentido, aplicando la norma, luego puede mudar su parecer y declararla inconstitucional en el futuro, sin tener en consideración la decisiones de órganos de jerarquía superior o concurrente como medios de uniformidad normativa; iii) puede importar la emergencia de controversias entre órganos superiores e inferiores respecto a la consideración de una norma; iv) impone que, ante la declaración de inconstitucionalidad de una ley en un *leading case*, todos los interesados en lograr la misma solución se vean obligados a concurrir a los tribunales⁴⁹.

Ese es uno de los motivos por los cuales los países de la Europa continental, *civil law*, han optado por el sistema concentrado incorporado en 1920 en la Constitución Austríaca, demostrando la desconfianza en relación a los jueces para llevar adelante la delicada tarea⁵⁰. En este sistema hay un órgano destinado a ocuparse de juicio de legitimidad de las normas, que es efectuado en abstracto, generalmente por vía principal⁵¹ y con efectos generales, conceptualizado como un legislador negativo. Es que de otra forma no habrían arribado a una declaración *erga omnes*⁵².

Normalmente los países del *civil law* que han adoptado el sistema difuso han diseñado instrumentos que permitan unificar la aplicación del derecho hacia casos futuros,

⁴⁹ Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario, ob. cit., p. 62.

⁵⁰ Aunque ambos sistemas, el de Marshall y el de Kelsen, tienen como objetivo la defensa de la superioridad de constitución y de la jerarquía de las normas. Pasquino, dentro del modelo concentrado identifica tres tipologías ideales de tribunales: i) el juez del gobierno o de la mayoría, en el caso francés; ii) el juez del juez, en los casos alemán y español y; iii) el juez de la ley en el esquema italiano. Pasquino, Pasquale, Tipología della giustizia costituzionale in Europa, en La giustizia costituzionale ed suoi utenti, Atti del convegno internazionale, Università degli Studi di Milano, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, p. 15.

⁵¹ Hay sistemas como el italiano que admiten la postulación incidental cuando la cuestión emerge en el contexto de un juicio, permitiendo que los jueces remitan el estudio de sobre la legitimidad, si lo encuentran suficientemente fundado, a la Corte Constitucional, según la ley 87 del año 1953, art. 23.

⁵² Volpe indica que hubiera bastado para evitar tales inconvenientes y carencias atribuir al órgano supremo de la justicia ordinaria poderes de decisión susceptibles de extenderse más allá del caso concreto y decidir la eliminación con eficacia *erga omnes* de la ley inconstitucional. Sin la necesidad de crear órganos *ad-hoc*. Cita como ejemplo el caso Suizo. También reconoce los antecedentes histórico-políticos que motivaron que el sistema norteamericano confiara en los jueces antes que en los legisladores para efectuar esta labor. Y como la *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa una expresión de desconfianza en los jueces y la necesidad de reestablecer el poder del Parlamento. Volpe, Giuseppe, L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977, p. 156.



como ser la posibilidad de que el órgano superior en la jerarquía judicial efectúe una declaración de inconstitucionalidad con carácter abrogatorio de la norma, todo tendiente a evitar las graves fallas sistémicas que hemos anotado.

En Argentina, a nivel federal, se ha mantenido el sistema difuso puro y, no obstante a la debilidad del virtual dispositivo uniformador de las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes, no se incorporó a lo largo de la historia ningún instrumento que permita un viraje hacia un sistema mixto, como lo hicieron otros ordenamientos del *civil law* que incorporaron la modalidad de control norteamericana. Una modificación de esta naturaleza, estimamos, sería conveniente para hacer más efectivo el sistema, aunque debería ir acompañada de un trabajo serio que profundice la precaria utilización de los precedentes y su sistematización.

III.- Los procesos constitucionales.

1.- La acción popular ⁵³.

A diferencia de las acciones privadas, que son las que se conceden a las personas en la defensa de su propio derecho particular, las acciones populares son aquellas que se conceden al individuo singular, no ya considerado como titular particular de un derecho, sino como participe de un interés público y como defensor del mismo.

Constituyen la expresión más extensa de la legitimación en tanto permiten tutelar un interés público a cualquier ciudadano sin la necesidad de invocar derecho o interés propio o diferenciado. Su ejercicio se activa con la decisión de un ciudadano de pretender ejercer una defensa, protección o tutela de un interés público o general, sin tener para ello una prerrogativa distinta a un interés simple, es decir, diferenciado del interés del resto de las personas ciudadanos.

⁵³ Fadda, Carlo, *L'azione popolare*, Studio di diritto romano ed attuale, Unione Tipografico Editrice, Torino, 1894, p. 56; Scialoja, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, Buenos Aires, Ejea, 1944, p. 472.



Las acciones populares se dirigen o tienen como objeto central promover la defensa de intereses generales, sean que estos fuesen puestos en peligro por la administración o por privados y, lógicamente, no se vinculan con relaciones jurídicas particulares en tanto que no perjudiquen aquellos intereses generales⁵⁴.

De ello debemos considerar dos elementos preponderantes a la hora de su análisis: i) una legitimación activa abierta o irrestricta y ii) un objeto litigioso orientado a la defensa de intereses públicos.

En este punto debemos desnudar una cuestión semántica. Aunque nos seguiremos refiriendo al instituto por el nombre de acción popular por una cuestión de comodidad y tradición, no debe perderse de vista que lo popular es la legitimación, en tanto aptitud concedida a cualquier ciudadano de reclamar a la jurisdicción el cumplimiento de la legalidad en beneficio de todos. Por ello, en un sentido más estricto, deberíamos referirnos a un proceso de legitimación irrestricta o extensa –popular- cuya pretensión es la defensa de ciertos intereses comunes de los ciudadanos.

La pretensión popular será viable en tanto el ordenamiento la establezca, ya que *per se*, no existirá una legitimación ordinaria que habilite a la persona a peticionar. Es decir que, tratándose de un derecho público, no alcanza la comprobación del correlato entre titularidad sustancial y parte procesal, porque todos los ciudadanos en forma indivisa poseen esa titularidad, sino que es menester esgrimir que una norma permite y habilita el posicionamiento que se reclama en el proceso⁵⁵.

Es por ello que debemos concluir que la acción popular se configurará a partir de la vinculación entre un sujeto activo, al que no se le exige que sea portador de ninguna prerrogativa que lo diferencie del resto de los ciudadanos –en tanto aptitud de legitimación-, y un objeto del litigio cuya sustancia de estudio sea la autorizada por la herramienta procesal que

⁵⁴ Quiroga Lavié, Humberto, El amparo colectivo, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 96.

⁵⁵ Bielsa, Rafael, La acción popular y la facultad discrecional administrativa, LL 1954-73, 711; Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B., Acción popular y procesos colectivos. Hacia una tutela eficiente del medio ambiente, Buenos Aires, Lajouane, 2007, p. 119; Sbdar, Claudia B., La acción popular, en Morello, Augusto M. (dir.), Acceso al Derecho Procesal Civil, t. I, Platense-Lajouane, Buenos Aires, 2007, p. 807.



se está promoviendo. De otra forma, si el operador incluye en la materia del proceso un elemento no autorizado, es decir, no comprendido en la gama de intereses que la norma estipula, pues bien, carecerá de legitimación al efecto.

El artículo 43 de la Constitución Nacional⁵⁶, modificado con la reforma de 1994, ha suscitado diversas controversias. En un primer momento referidas al juicio de amparo, donde se coincidió que la formulación efectuada por la norma no había instaurado una acción popular⁵⁷. Dicho aserto resulta correcto aunque deben diferenciarse los distintos supuestos contenidos su redacción, especialmente el caso del hábeas corpus.

El párrafo primero, correspondiente al amparo individual, si bien una primera lectura puede dejar alguna duda al referirse a “toda persona”, cuando se lo compara con el párrafo segundo debe concluirse que resultaría contradictorio fijar una legitimación más acotada para la tutela de los derechos de incidencia colectiva, donde se autoriza al afectado, las

⁵⁶ “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

⁵⁷ Barra, Rodolfo Carlos, La legitimación para accionar. ob. cit., p. 604; Morello, Augusto M. y Sbdar, Claudia B., Acción popular y procesos colectivos. ob. cit., p. 123; Morello, Augusto M., El amparo después de la reforma constitucional, Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 7, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1994, p. 221; Basterra, Marcela I., Amparo colectivo, acciones de clase y acción popular. ob. cit., p. 216; Rivas, Adolfo, El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina, LL, 1994-E, 1330; Amaya, Jorge Alejandro, El amparo. Algunas reflexiones en torno a su dimensión pasada, presente y futura, en la obra colectiva Sagüés, Néstor P. (dir.), Garantías y procesos constitucionales, vol. 1, Mendoza, Jurídicas Cuyo, 2003, p. 163. En tanto que Jiménez propicia la adopción del amparo como acción popular en algunos matices conflictivos. Jiménez, Eduardo Pablo, Evaluación en algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación, ED 170-1152.



asociaciones y al defensor del pueblo, que aquella otorgada para los derechos individuales. Asimismo cabe señalar que en la Convención Constituyente se esgrimió la posibilidad de instituir la acción popular sea para la especie individual o la colectiva, como se lee en el debate⁵⁸, la posibilidad no fue recogida en el texto del artículo 43.

El párrafo tercero, por su parte, no deja lugar a dudas acerca de que la legitimación en el hábeas data está conferida a la persona a la que le correspondiere la información de que se trate. Y aunque es viable postular una versión colectiva del instituto⁵⁹, como ocurre con las acciones colectivas en general, ello no es equiparable a la acción popular dado que se exigen recaudos concretos y diferenciados.

El supuesto del hábeas corpus habilita que éste sea interpuesto por la persona que ve cercenado su derecho a la libertad física, a las condiciones dignas de detención o a la desaparición forzada o por cualquier otra persona a favor de aquél. Efectivamente se trata de una legitimación popular, dado que la postulación del remedio constitucional es irrestricto en cuanto a las personas que pueden formularlo. El objeto de la pretensión, sin embargo, se encuentra delimitado a la libertad o a las condiciones de detención de las personas, por ello ha sido definida como una acción popular de tipo concreto⁶⁰.

A nivel Infra constitucional encontramos la ley 25.675, conocida como Ley General del Ambiente (LGA), que fija “...*los presupuestos mínimos para el logro de una gestión*”

⁵⁸ “Sr. QUIROGA LAVIE.— Quiero manifestar al señor convencional preopinante que a raíz de negociaciones entre los distintos bloques se suprimió del segundo párrafo la acción popular de los derechos colectivos. Este concepto implica colocar a los derechos de los damnificados en acción con relación a la protección de los derechos colectivos.” Del diario de sesiones, 30ª reunión, 3ª sesión ordinaria del 12 de agosto de 1994. “Sr. CULLEN.— Señor presidente: considero que la modificación adecuada no pasa por incorporar la palabra “también”, porque ello daría lugar a una especie de acción popular. Lo correcto sería agregar luego de “general” la expresión “el afectado”, con lo cual el segundo párrafo quedaría redactado de la siguiente manera: “...así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...”. De esta forma, el particular damnificado podría promover la acción pero no daría lugar a una acción popular. Adelanto que esta propuesta la he hecho llegar en forma escrita a la Comisión.” y “Solicitada por la señora convencional Figueroa (...) La incorporación de nuevos derechos dentro de la Constitución tales como los del usuario, del medio ambiente, de la no discriminación de la mujer, etc. cuyo titular resulta un conjunto de personas o el pueblo, ameritan la habilitación de la acción popular.” Del diario de sesiones, 31ª reunión, 3ª sesión ordinaria del 16 de agosto de 1994.

⁵⁹ Masciotra, Mario, *La acción de habeas data colectiva*, LL, 2007-E, 869.

⁶⁰ Sagüés, Néstor P., *Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional*, LL, 1994-D, 1151.



sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.” (art. 1º) y rige en todo el territorio de la Nación, es de orden público y operativa (art. 3)⁶¹.

La norma viene a reglamentar los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional, en especial la primera de las normas citadas en tanto refiere el derecho al medio ambiente como una prerrogativa de todos los habitantes y habilita a la Nación a dictar una ley con los presupuestos mínimos para su protección⁶².

Su artículo 30 establece una legitimación popular cuando la pretensión esté enfocada en hacer cesar las actividades que se reputen contaminadoras del medio ambiente. La figura se perfila del siguiente modo: i) un amparo, en tanto debe seguir una estructura rápida y expedita; ii) una legitimación popular, irrestricta, abierta a cualquier persona; iii) concreta en tanto el objeto de la misma se encuentra delimitado por la pretensión de cese de la actividad en cuanto se la reputa perjudicial al ambiente.

El Código Civil, por su parte, admite una legitimación popular concreta al regular el pedido de declaración de incapacidad en los siguientes supuestos: i) *“Cualquiera persona del pueblo, cuando el demente sea furioso, o incomode a sus vecinos.”* (art. 144, inc. 5º) y; ii) *“Las personas que pueden solicitar la declaración judicial de la incapacidad de los dementes, pueden pedir la de la incapacidad de los sordomudos.”* que no puedan darse a entender por escrito (art. 155).

⁶¹ La protección del medio ambiente es una materia concurrente que interesa al Estado nacional y a los estados provinciales, con lo cual cada uno de estos últimos podrá ampliar el espectro protectorio a efectos de mejorar el proporcionado por la ley 25.675.

⁶² Art. 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.



2.- El amparo⁶³.

El proceso de amparo, regulado en el art. 43 de la Constitución Nacional, debe guardar características de celeridad y rapidez ya que su función es restaurar en tiempo útil aquellos derechos constitucionales que hubieran sido vulnerados por actos u omisiones de entes públicos o de particulares. Para que ello sea posible, el plexo normativo exige que exista ilegalidad o arbitrariedad manifiesta en la controversia llevada a conocimiento de los jueces, de modo que la tarea en sede jurisdiccional no demande un amplio escenario de debate, ni la producción de extensos o dificultosos medios probatorios.

El juicio de amparo argentino tiene un desarrollo histórico bastante particular. Usualmente puede pensarse que cualquier garantía –el amparo claramente lo es- obtendrá su carta de natalidad en la Constitución, luego será reglamentada por las leyes emanadas del órgano legislativo y finalmente será objeto de invocación en casos o controversias concretas. Sin embargo el amparo argentino recorrió el camino inverso. El instituto nació hace medio siglo en un contexto histórico de convulsión política del país⁶⁴, en el marco un gobierno no democrático que se autodenominó Revolución Libertadora. En una coyuntura política poco pluralista, en la que los adeptos al gobierno depuesto sufrían persecuciones de diversa índole⁶⁵, la Corte Suprema de ese tiempo, alertando sobre la necesidad de reinstalar en plenitud aquellos derechos que habían sido avasallados por el gobierno que los precediera, impuso por vía pretoriana el nuevo remedio constitucional mediante los ya célebres casos “Siri”⁶⁶ y “Kot”⁶⁷. Si bien el primero de ellos se refiere al amparo contra actos de autoridad pública, mientras que

⁶³ Carrió, Genaro, El recurso de amparo y la técnica judicial, Abeledo Perrot, 1959; Sagüés, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional, T III, Acción de Amparo, Buenos Aires, Astrea; Salgado, Alí Joaquín y Verdaguer Alejandro, Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad, Buenos Aires, Astrea; Morello, Augusto M. y Vallefin, Carlos, El amparo. Régimen procesal, LEP, La Plata, 1992.

⁶⁴ El contexto histórico en el que alumbró el amparo y una reinterpretación de los motivos que impulsaron la creación pretoriana del instituto puede encontrarse en la investigación realizada por Verdaguer, Alejandro C., en Falcón, Enrique M. –director-, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Santa Fe, Rubinzal Culzoni..

⁶⁵ La antinomia peronistas-antiperonistas que dividió la sociedad de aquel tiempo bien puede explicar los años oscuros que esperaban a la vida democrática.

⁶⁶ C.S.J.N., 27/12/57, “Siri, Angel s/ interpone recurso de habeas corpus”, Fallos, 239:382.

⁶⁷ C.S.J.N., 5/9/58, “Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de habeas corpus”, Fallos 241:291.



el segundo a la actividad de particulares -circunstancia que los diferencia-, ambos aparecen como una vía de características preventivas tendiente a la protección de ciertos derechos cuya vulneración puede comprobarse de manera palmaria y cuya ilegalidad debe ser manifiesta.

De aquel espejismo que se vislumbró como un mojón a partir del cual florecerían las garantías constitucionales, la historia jurisprudencial y legislativa rápidamente nos condujo a un debilitamiento de la herramienta. En primer término por la restrictiva reglamentación jurisprudencial del amparo del que se ocupó el Máximo Tribunal⁶⁸, probablemente ante la masiva utilización de la nueva herramienta; luego por el dictado de la ley 16.986 cuyo claro propósito fue encapsular la garantía poniendo coto a sus posibilidades de crecimiento⁶⁹.

Demandó muchos años revertir la oscura impronta que recibió el amparo en su primera década de vida. En un comienzo ello ocurrió a partir del dictado de fallos aislados que, con el correr del tiempo y con el avenimiento de un gobierno democrático, se fueron haciendo cada vez más usuales⁷⁰. La línea de reapertura del instituto fue receptada en la última reforma constitucional que condujo a un cambio de rumbo definitivo.

En la actualidad, a nivel federal, el instituto permanece con la antigua regulación previa la reforma constitucional de 1994. En el caso de que el acto u omisión que se cuestiona provenga de una autoridad pública deberá recurrirse a la 16.986, sobre la cual se ha generado un debate en torno a la derogación tácita a raíz de la incompatibilidad de lo allí legislado en 1968 con el texto constitucional de 1994. Por su parte, cuando quieran cuestionarse actos u omisiones de particulares, deberá recurrirse a cauce procesal del proceso sumarísimo (art. 321, inc. 2º, del CPCCN) legislado en el Código Procesal de la Nación. Es

⁶⁸ En el tiempo transcurrido entre “Siri” y “Kot” y la ley 16.986 la Corte Suprema dictó una gran cantidad de fallos en orden a limitar el ámbito de procedencia del amparo. Verdaguer, Alejandro C., en Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal, ob. cit..

⁶⁹ El art. 2 de la ley 16.986 ofrecía –antes de la última reforma constitucional- un menú de opciones para restringir el acceso.

⁷⁰ Un ejemplo de ello, en relación a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las normas, aun en vigencia del art. 2º, inc. d, de la ley 16.986, fueron los fallos “Outon” (CSJN, 7/12/67, LL, 130-556) y “Peralta” (CSJN, 27/12/90, LL, 1991-C-158).



evidente la rémora legislativa que existe en la materia, ya que se utilizan regulaciones muy anteriores al texto constitucional.

A.- El amparo colectivo.

Producto de la reforma constitucional de 1994 es la incorporación del párrafo segundo del art. 43. Este, como continuación del amparo del primer párrafo, establece lo siguiente: *Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

Esta innovación importó la lógica asimilación de los conflictos colectivos con la figura del amparo⁷¹. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, a diferencia de los conflictos individuales aquellos presentan una doble complejidad. Por una parte la cuestión que se trae a conocimiento deberá ser evaluada a efectos de determinar si amerita su tratamiento colectivo. Asimismo la indeterminación propia de los sujetos que componen la clase⁷², se enlaza con la problemática de los miembros ausentes y el resguardo de sus derechos de defensa, que insumirá actos tendientes a la comunicación de la existencia del proceso y de control de la adecuada representación. Seguramente también será necesario destinar tiempo y medios que aseguren un acabado debate de la cuestión. En definitiva, difícilmente se nos presente un

⁷¹ Quiroga Lavié, Humberto, El amparo colectivo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

⁷² Verdaguer señala que el amparo no admite la producción de una prueba compleja (tal vez necesaria en los casos de contaminación ambiental), tampoco el desarrollo de un debate en el que los distintos legitimados con intereses divergentes puedan exponer sus respectivos puntos de vista, ni le permite al tribunal informarse sobre las consecuencias de la soluciones propuestas por las partes, o sobre el impacto económico o financiero del conflicto que tiene que resolver –su ámbito deliberativo se vería desbordado si se admitiera la participación de amigos del tribunal-. En tal sentido concluye que el amparo no es como regla general la vía procesal adecuada. Verdaguer, Alejandro C., *Litispendencia y cosa juzgada en los procesos colectivos*, en Oteiza (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2006, p. 381.



conflicto colectivo de tales características que permita ser litigado por la vía del amparo sin desbordarlo.

La asimilación de la vía del amparo como modelo para los procesos colectivos, si bien se justifica por su regulación en el art. 43 de la Constitución nacional, ha sido calificada como un error bastante grave⁷³.

En realidad el proceso colectivo es un proceso complejo y ciertamente tendrá que tener una vía básica de resolución, el proceso de conocimiento amplio y, eventualmente, otras vías para la solución de casos particulares, allí es donde aparece el amparo⁷⁴. Prevemos que la configuración de un conflicto colectivo que se ajuste a los requerimientos del proceso de amparo clásico será una circunstancia fuera de lo normal, motivo por el cual su utilización será casi excepcional.

El molde colectivo de tratamiento de los conflictos fue evolucionando lentamente en la Argentina, aunque su andar se aceleró en estos últimos años a raíz de fallos señeros de la Corte Suprema⁷⁵. En ellos se escogió la versión representativa, de la cual la Regla 23 del procedimiento federal norteamericano es el mayor exponente, para ejercer este tipo de tutela⁷⁶.

En este punto también existe una demora injustificada del Congreso en proveer los mecanismos legales para impulsar definitivamente el instituto, por lo cual –en este tiempo- los casos en trámite se basan en los precedentes jurisprudenciales, especialmente en el caso “Halabi” que hemos citado.

⁷³ Falcón, Enrique M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial, T VI, Procesos voluntarios, especiales (de conocimiento y ejecución) y colectivos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 974.

⁷⁴ Falcón, Enrique M., *Tratado*, ob. cit., p. 974.

⁷⁵ C.S.J.N., 20/6/06, “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”, LL, 2006-D, 88; C.S.J.N., 26/9/06, “Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina s/ amparo”, DJ, 2006-3-654; 31/10/06, “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, LL, 2006-F-422; 31/10/06, “Mujeres por la Vida .Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba- c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, LL, 2006-F-464; 31/10/06, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones resol. 2629/99 s/ amparo ley 16.986”, LL, 2006-F-435; 26/6/07, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional”, LL, 2007-E-145; C.S.J.N., 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. –ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, H. 270. XLII.

⁷⁶ Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, Astrea, 2011.



3) El hábeas data.

El hábeas data es otra de las garantías establecidas en el art. 43 de la Constitución Nacional. En este caso destinada a tutelar el derecho a la información y a la libre utilización de los propios datos. La norma establece que, "... toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad, o actualización de aquéllos...".

Luego de algunos años de su incorporación al texto constitucional⁷⁷, tiempo en que la garantía era igualmente operativa⁷⁸, se dictó la ley reglamentaria -25.326- donde se establece el procedimiento a seguir. Su objeto, como lo señala en su art. 1º, es "... la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre...".

Se trata de una garantía que busca una recomposición rápida del derecho en juego, al menos en lo que hace a la actualización, rectificación, supresión o confidencialidad de la información. Por ese motivo, al igual que las restantes reguladas en el art. 43 de la C.N. su ámbito de debate y prueba debe ser acotado. Por tal motivo, su uso sólo debe destinarse a los fines de sanear el registro, sin admitir pretensiones indemnizatorias que la malogren, las que podrán discurrir por mecanismos adjetivos más apropiados⁷⁹.

⁷⁷ El artículo 43, párrafo tercero, de la Constitución Nacional, establece, "Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística."

⁷⁸ CSJN, 15/10/98, "Urteaga", Fallos 321:2767.

⁷⁹ El artículo 33 de la ley 25.326, referido a la Procedencia, prevé: 1. La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá: a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en



La legitimación activa presenta algún matiz diferente al que estamos acostumbrados a utilizar en su formulación tradicional, puesto que no sólo la tendrá el titular del dato, sino que podrá reclamarla quien alegue la presencia de una información en un registro que viole uno de sus derechos personalísimos. En tanto que el lado pasivo deberá ser ocupado por quien tiene bajo su custodia el registro o banco de datos; teniendo en cuenta que en los casos de registros privados, sólo quedarán comprendidos aquellos que brinden informes.

4) El hábeas corpus⁸⁰.

El hábeas corpus es una garantía urgente, quizás la universalmente más difundida de las contempladas en el art. 43 de la Constitución Nacional, mediante la cual el particular afectado, o aun otra persona por él, acude a la autoridad judicial demandando la recuperación de la libertad; si la detención no ha emanado de una autoridad competente o no se ha guardado su debida forma, o carece de causa legal⁸¹. El instituto ha ido ensanchando sus incumbencias a lo largo del tiempo, pues no sólo protege el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado respecto de la libertad física, también incluye los casos de agravamiento ilegítimo en la forma o en las condiciones de detención, o de desaparición forzada de personas, presentándose además en forma preventiva, reparadora, correctiva, restringida o colectiva⁸².

El instituto arribó al grado constitucional recién en la reforma de 1994⁸³, no sólo por su regulación específica sino por la incorporación de tratados internacionales con

archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos; b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

⁸⁰ Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, T IV, Hábeas corpus, Astrea, 2008; Sánchez Viamonte, Carlos, *El hábeas corpus, garantía de la libertad*, Buenos Aires, 1956.

⁸¹ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Tº II, p. 509.

⁸² Falcón, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, TºII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 532.

⁸³ El art. 43, último párrafo, establece, "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio."



rango constitucional que lo contienen⁸⁴; sin embargo, acorde con su antigüedad universal, ya había sido receptado en 1863 en el art. 20 de la ley 48. Se encuentra reglamentado en la ley 23.098⁸⁵, cuyo texto –anterior a la reforma de 1994– no se condice con la extensa jurisprudencia que se ha ocupado de desarrollar la extensión que la garantía posee en la actualidad, sobre la que se han reconocido versiones preventivas, correctivas, restrictivas e incluso colectivas⁸⁶ de aquél. Tampoco contiene el presupuesto de desaparición forzada de personas, incorporado en el texto constitucional luego de las trágicas décadas dictatoriales por las que atravesó la Nación.

La declaración de estado sitio no es un obstáculo para su interposición. “Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1° La legitimidad de la declaración del estado de sitio. 2° La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio. 3° La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas. 4° El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional.”

IV. Designación y remoción de Autoridades electivas y magistrados del Poder judicial.

Dentro de la jurisdicción constitucional podemos incluir un apartado relativo a los mecanismos de designación y remoción de autoridades electivas y de magistrados del Poder

⁸⁴ Ledesma, Ángela E., Tutelas Diferenciadas en el Proceso Penal, Tutelas Procesales Diferenciadas II, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009-1, p. 355.

⁸⁵ Art. 3° – Procedencia. Corresponderá el procedimiento de hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1° Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente. 2° Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

⁸⁶ CSJN, 9/4/2002, “Mignone”, Fallos 325:524; CSJN, 3/5/2005, “Verbitsky”, Fallos 328:1146.



Judicial. Nos referiremos a dichas cuestiones de manera sucinta puesto que otro tipo de análisis contrariaría las pretensiones panorámicas de este trabajo.

Los sistemas electorales y los partidos políticos expresan la forma en que es ejercido el poder y comprenden tanto la posibilidad de elegir o de ser elegido, la situación cíclica con ello sucede, el establecimiento de quien elige, quien puede ser elegido, la forma en que ello ocurre y la finalidad que estas actividades tienen en miras⁸⁷. El Código Nacional Electoral –ley 19.945- prevé dos órganos electorales estrictamente jurisdiccionales: los jueces federales con competencia electoral y la Cámara Nacional Electoral. Luego, como órgano auxiliar, establece las juntas electorales nacionales, con sede en la capital de cada provincia y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La actividad de los órganos mencionados no sólo es jurisdiccional, sino de control, de gestión y habilitación –eminentemente administrativa- que conforman la planificación estratégica de los comicios. La competencia de la Justicia Electoral fue establecida por la ley 19.945 –modificada sucesivas veces- y el funcionamiento de la Cámara Nacional Electoral está regulado por la ley 19.108, que la define como la autoridad superior en la materia. Lógicamente siempre por debajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –art. 108 de la C.N.-. Su función es la revisión de las decisiones de los jueces nacionales electorales de primera instancia en lo federal.

Dentro de esta parcela de la justicia electoral ingresarían los derechos y obligaciones de los electores –entre ellas las herramientas para hacerlos valer, el amparo electoral-, lo relativo a la documentación y organización de los comicios y todas las incidencias que sobre dicha actividad se generen –incluidos los delitos electorales-.

En materia de destitución de funcionarios encontramos dos grandes regímenes. Uno, denominado juicio político en la C.N. que, en términos generales, se efectiviza mediante una acusación que plantea la Cámara de Diputados –art. 53 de la C.N.- contra el presidente, el vicepresidente, el jefe de gabinete de ministros, los ministros y los miembros de la Corte Suprema de Justicia y que es resuelta mediante una mayoría calificada de dos tercios

⁸⁷ Trionfetti, Victor R., Los Sistemas Electorales, en Falcón, Enrique M. –director-, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, T^oII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 634.



de legisladores fundada en el mal desempeño de sus cargos, o por la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones o por la comisión de delitos comunes⁸⁸; y un fallo pronunciado por el Senado con una mayoría igualmente calificada de votos –art. 59 y 60 de la C.N.-. Cabe añadir que la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia es dispuesta por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 99, inc. 4º de la C.N.)

El segundo mecanismo de remoción es el que se lleva adelante en el Consejo de la Magistratura de la Nación, órgano creado en la reforma constitucional de 1994, que se ocupa tanto de seleccionar a los magistrados inferiores y emitir ternas vinculantes para su nombramiento –que son enviadas al Poder Ejecutivo para su designación, previo acuerdo del Senado-, como de decidir la apertura del proceso de remoción y de formular la acusación correspondiente (arts. 114 y 115 de la CN).

La decisión de destituir al funcionario, en todos los casos mencionados podría llegar a ser revisada en sede judicial por la propia Corte Suprema de Justicia mediante el ejercicio de un Recurso Extraordinario Federal; sería en forma acotada, es decir, no sobre la valoración de los fundamentos que condujeron a adoptar el pronunciamiento, sino sobre si en el transcurso del proceso acusatorio se violaron las garantías constitucionales (art. 18, Constitución Nacional) o los recaudos establecidos por la Ley Fundamental para la sustanciación del juicio político⁸⁹.

⁸⁸ La Constitución prevé tres causales para la promoción del juicio político: 1) mal desempeño del cargo, por ausencia de idoneidad técnica o moral, y sin que ello importe necesariamente la imputación de una conducta voluntaria, dolosa o culposa al funcionario; 2) comisión o participación en la ejecución de actos delictivos en el ejercicio de la función pública; 3) comisión o participación en la ejecución de delitos comunes que, por su envergadura, gravedad o trascendencia social, justifiquen la destitución del funcionario. Badeni, Gregorio, El juicio político, LL, 1995-C, 432 .

⁸⁹ CSJN, 19/6/86, “Graffigna Latino”, G. 558.XX; “En efecto, la doctrina aludida, en lo que interesa, encuentra sustento en dos hechos fundamentales: Por un lado, el relativo a que los mentados procesos están protegidos por la garantía de defensa en juicio consagrada por la ley fundamental (art. 18); por el otro, el concerniente a que la violación a dicha garantía que irroge un perjuicio a derechos jurídicamente protegidos, de estar reunidos los restantes recaudos de habilitación judicial, puede y debe ser reparada por los jueces de acuerdo con el principio de supremacía de la Constitución y con arreglo al control de constitucionalidad judicial y difuso (art. 31 y concs.). Luego, así como tal diseño rige para los juicios políticos provinciales, lo hace con análogas razones y alcances para los del ámbito federal, toda vez que la Constitución Nacional no consagra ninguna excepción, para esta última esfera, respecto de la aplicación de los dos fundamentos señalados.” CSJN, 09/12/1993, “Nicosia, Alberto O.”, Fallos 316:2940.