

Derecho Constitucional

Actualización jurisprudencial

Miguel Oscar Berri, María Agustina Tomaghelli
y Patricio José Santamarina (coordinadores)

FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

S
sociales


edulp
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA

DERECHO CONSTITUCIONAL

ACTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL

Miguel Oscar Berri
María Agustina Tomaghelli
Patricio José Santamarina
(coordinadores)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



La democracia es la libertad constituida en gobierno, pues el verdadero gobierno no es más ni menos que la libertad organizada.

-Juan Bautista Alberdi, *Sistema económico y rentístico de la Confederación*

Índice

Introducción	5
CAPÍTULO 1	
Libertad de Expresión, derecho a la información y derecho a la comunicación: reseña actualizada sobre sus bases constitucionales y convencionales	7
<i>Analía Eliades</i>	
CAPÍTULO 2	
Nuevas consideraciones en torno al alcance de las acciones afirmativas acerca del <i>fallo "Students for Admisions vs Harvard - Students for Admisions University of Carolina"</i> y sus implicancias en nuestro ordenamiento	36
<i>Mercedes Guadalupe Julierac</i>	
CAPÍTULO 3	
Representación política y género. Crónica constitucional, legal y jurisprudencial de una lucha progresiva	48
<i>Analía Eliades</i>	
CAPÍTULO 4	
Las cuestiones no justiciables.....	66
<i>María Agustina Tomaghelli</i>	
CAPÍTULO 5	
Consejo de la magistratura federal	74
<i>Patricio José Santamarina</i>	
CAPÍTULO 6	
Revisión judicial en materia migratoria: estándares jurisprudenciales	101
<i>Santiago Joel Staffieri</i>	
Autores	113

Introducción

El desenvolvimiento de la vida y de los eventos sociales es cada vez más rápido y acelerado. El presente se convierte en un instante fugaz, en el ayer. La ciencia jurídica no es ajena a la vorágine actual de la humanidad. Cada día los hechos, que al decir de Von Ihering son seguidos por el derecho, se van reproduciendo en ciclos más veloces. Los vaivenes políticos, el avance de las ciencias, y los constantes cambios sociales impactan en el derecho que debe proveer, de un modo constante, herramientas para la convivencia humana. En este escenario, la administración de justicia se torna de una trascendencia particular, pues es allí donde si dirimen conflictos cada vez más complejos. La jurisprudencia se ha visto merced a la presión de la sociedad, que reclama solución a los conflictos en particular, a avanzar cada vez más rápido. Este es sin duda el motivo que ha dado origen al presente trabajo.

Desde las aulas de la Facultad de Derecho, se ha podido vislumbrar que determinadas áreas del derecho constitucional experimentaban mutaciones exponenciales que en muchos casos no llegaban a ser abordadas por la doctrina en los manuales.

La tarea de elaboración de un texto bibliográfico lleva, además de un arduo y concienzudo trabajo, mucho tiempo de elaboración, lo que generaba la obsolescencia de contenidos antes de la publicación, o en el mejor de los casos, una corta vigencia de los contenidos por cambios jurisprudenciales.

Por caso, vale puntualizar que la irrupción de la ideología de género, además de cavar hondo en la cultura ha impregnado a la jurisprudencia de una mirada particular. La igualdad entre hombre y mujer, ha sufrido una enorme modificación de contenido en los últimos diez años.

Lo propio sucede con temas como las acciones de clase. La presentación de un nuevo actor como es el caso del “consumidor”, o un nuevo bien objeto de tutela como es el “medio ambiente” han generado una enorme transformación en el derecho.

Algo similar sucede con la irrupción de los motores de búsqueda en la web y el impacto que han tenido en la libertad de expresión, derecho al honor, derecho a la intimidad y demás ámbitos donde estos temas se reflejan. La jurisprudencia de la Corte en la última década ha sido de una frondosidad y variedad pocas vistas, y casi equiparable a lo que el mismo tribunal habría producido en los cien años anteriores.

Ni que hablar lo que se dado con los vaivenes políticos de los últimos veinte años, que al ser dirimido muchas veces en los estrados de la Justicia, han reperfilado las cuestiones políticas no justiciables. En particular, respecto de estos asuntos políticos, puede observarse la sucesión de leyes respecto del Consejo de la Magistratura, y la enorme incidencia que los fallos de la justicia tuvieron en la composición, estructura y funcionamiento de dicho órgano.

En fin, como se dijo, todo ello es lo que motorizó la producción del presente trabajo que no busca sino otra cosa, que brindar un análisis detallado concreto y completo de la jurisprudencia, o mejor dicho, del estado actual de situación de muchos compartimentos del Derecho Constitucional, que por su fugaz devenir no están en los libros de texto. O, que una vez que aparecen en éstos, es la propia jurisprudencia la que a través de nuevos fallos, torna los contenidos bibliográficos en material histórico.

Este trabajo intenta solucionar el problema de escasez de fuentes para el estudio de materias de suma trascendencia que han zigzagueado enormemente en un breve período.

Hoy, los operadores jurídicos que requieren abordar el estudio de los asuntos que se tratan en el presente trabajo, se ven obligados a buscar comentarios aislados y artículos meramente informativos, pero no disponen de estudios profundos y pormenorizados realizados por docentes de Derecho Constitucional.

Por supuesto que, amén de las citas doctrinarias que se utilizan como basamento, no puede dejar de observarse que la materia prima que conforma el principal ingrediente son los fallos de la Suprema Corte de Justicia.

Con la premisa de brindar una herramienta tanto para estudiantes como para todo el ámbito jurídico, que posibilite el estudio de cuestiones de enorme trascendencia que no se hallan en los textos convencionales, se desarrolla el presente trabajo.

CAPÍTULO 1

Libertad de Expresión, derecho a la información y derecho a la comunicación: reseña actualizada sobre sus bases constitucionales y convencionales

Analía Eliades

*“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”*

-Corte Interamericana de Derechos Humanos-Opinión Consultiva 5/85, 13-11-1985. Cons 70

Preliminar

La concepción clásica occidental del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión suele vincular su ejercicio a la “prensa” y a los medios de comunicación en general. Pero hemos aprendido que esa visión, resulta reduccionista si se la relaciona solamente con el sujeto empresario de la información o con quienes eligen el honroso ejercicio del periodismo como profesión y omite dar cuenta de que la comunicación atraviesa la vida de todo ser humano y se manifiesta de innumerables formas. Además, la comunicación se erige en el lazo que hace indivisible al conjunto de derechos humanos que nos conforma como personas. Sin comunicación ni información no puede ser posible el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la cultura, al ambiente, a asociarnos libremente, a la vivienda digna, a la seguridad social, al voto, a la participación, a la integridad, a la identidad, en fin, el derecho a la vida.

En particular en la última década del siglo XX, la irrupción y desarrollo de Internet, de la telefonía celular móvil, de las redes sociales y de las llamadas TICs (Tecnologías de la Información y la Comunicación) han multiplicado exponencialmente la comunicación y el acceso a la información, lo que necesariamente no significa que estemos mejor informados ni que otros derechos humanos que concurren con la misma estén debidamente protegidos, como es el caso del derecho a la intimidad, a la privacidad y a la protección de nuestros datos personales.

La expresión, la información y la comunicación requieren una mirada integradora de los múltiples aspectos que conforman la vida (desde lo social, lo político, lo económico, lo cultural, lo

jurídico, lo antropológico, lo psicológico, etc.), con una perspectiva que reconozca que los derechos humanos constituyen un conjunto coherente, cuyo carácter indivisible debe ser protegido (Bernard, 1994, 15).

El principio de indivisibilidad de los derechos de la persona significa que los derechos conforman un todo, cuyos elementos son indisociables en su concepción y aplicación, y en esta concepción indivisible, la expresión, la información y la comunicación se constituyen en elementos centrales de la vida misma.

En este contexto, los sistemas protectorios de derechos humanos comenzaron paulatinamente a hacer foco en las diversas y complejas aristas que presenta el derecho a la libertad de expresión en la actualidad, abordando temáticas tales como las implicancias de la concentración mediática, los monopolios y oligopolios de la información y su constitución como una vía de censura, indirecta, prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. También se han sumado en la agenda cuestiones como la existencia de la censura privada, el alcance de la moderación de contenidos en las redes sociales o la manipulación informativa ejercida por el propio poder mediático, conocidas más popularmente como *fake news*. También hay otras problemáticas que merecen especial atención, como lo es el desarrollo de la comunicación popular, comunitaria; el derecho de rectificación o respuesta; los derechos colectivos, gremiales e individuales de los trabajadores de la comunicación y la cultura; el rol de los medios estatales y la comunicación política; el desarrollo de la Inteligencia Artificial (IA); los despidos y persecuciones a periodistas, comunicadores y medios y la necesidad de existencia de la pluralidad y diversidad de medios. Como comentábamos, estas circunstancias vienen siendo temas de especial tratamiento por parte de las Relatorías para la Libertad de Expresión de Naciones Unidas (ONU), de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), de la Organización de Estados Americanos (OEA) y del sistema africano (CADHP)¹.

Nos proponemos en el presente trabajo dar cuenta, de manera sucinta, de las bases constitucionales y convencionales del derecho a la libertad de expresión, a la información y a la comunicación y las pautas interpretativas sentadas por la doctrina y la jurisprudencia local e interamericana.

El devenir histórico: de la libertad de expresión al derecho a la comunicación

En el ensayo “Más allá del capitalismo informativo”, el español Carlos Soria (1987-1988), en base a los aportes del Profesor José María Desantes Guanter (1978, 118), indaga sobre el devenir histórico de la libertad de expresión al derecho a la información en base al interrogante: ¿A

¹ Desde el año 1999, los relatores de los cuatro sistemas protectorios de derechos humanos mencionados vienen realizando un trabajo mancomunado con declaraciones conjuntas, la última, de 2023 se refiere a la libertad de los medios de comunicación y democracia. El listado completo de dichos documentos como así también de su contenido se encuentran disponibles en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp

quién pertenece la información?, planteando etapas por las que atraviesa el ser humano respecto de la libertad y la información, según quiénes tuvieran legítimo acceso a su ejercicio. En la doctrina ius informativa argentina, el Dr. Damián Loreti (1995), ha tomado el estudio de esta perspectiva en su libro “El derecho a la información. Relación entre medios, público y periodistas”.

En este marco se presentan cuatro etapas: 1. La de la soberanía regia o la etapa monárquica o absolutista; 2. La del sujeto empresario o etapa empresarista de la información; 3. La del sujeto profesional o etapa profesionalista de la información y 4. La del sujeto universal o etapa universalista de la información.

Una de las aclaraciones previas que debe hacerse al respecto, es que las etapas referidas y que trataremos brevemente a continuación, de ninguna manera implican un desarrollo lineal, sino que suelen resurgir, reaparecer e incluso convivir, según las características que las van definiendo y la conformación paulatina del alcance y el sentido del derecho a la libertad de expresión y la información en cada una de ellas. Además, el desarrollo teórico, conceptual y jurídico que las etapas han tenido, no implican necesariamente un correlato en los hechos, pudiéndose advertir en muchos casos, la brecha existente entre el “deber ser” normativo y el “ser” de la realidad, que tantos desvelos provoca aún en la filosofía jurídica.

Ahora bien, tomando como punto de partida el planteo de las etapas históricas mencionadas, proponemos a continuación una mirada panorámica y actualizada de las mismas, preguntándonos a su vez sobre los alcances, implicancias y concepciones en torno a la libertad de expresión hasta llegar a la formulación actual del derecho a la comunicación.

El absolutismo monárquico: la información en poder del rey, la censura y su concepción actual

En rigor, desde el punto de vista histórico, si pretendemos abordar el estudio de la comunicación debiéramos considerar como punto de partida los más antiguos mensajes visuales que el ser humano ha realizado, y del que tenemos conocimiento, que se remonta a las representaciones pictóricas del Paleolítico. Sin embargo, dicho análisis excedería el objeto del presente trabajo, y por eso partiremos de la consideración de hechos centrales que generaron matrices normativas propias.

Según las crónicas históricas, en 1631 apareció el primer periódico francés, “La Gazette”, fundado por Renaudot. La imprenta era el único medio existente por entonces y constituyó por siglos el medio por excelencia para la difusión de las ideas. Claro está que muy pocos podían acceder a tales conocimientos. El nacimiento de la prensa periódica se produjo en el tiempo histórico del desarrollo y apogeo de la doctrina monárquica absolutista. En la persona del Rey estaba residenciada la soberanía de forma máxima, única y exclusiva. La lógica social y política de aquellos momentos generó la integración de los nacientes medios informativos en el Poder Real, algo así como una marca más de su soberanía regia, señala Carlos Soria.

Durante esta etapa, en la que la libertad de expresión no existía, ya que el único que tenía el derecho a la palabra era el rey, nacen o más bien se consolidan, tres institutos jurídicos que permitirían el control absoluto de la información: la censura previa (conocida desde la época de la Grecia Antigua), la licencia real (que posibilitaba explotar una imprenta) y el privilegio real² (ya que no se reconocían los derechos de autor³).

El ejercicio de la censura, se caracterizaba por la existencia de un censor, o censores, funcionarios en el ámbito del régimen, que realizaban el control previo de las publicaciones. En Argentina esta metodología de control absoluto de la información fue implementada durante las dictaduras que asolaron al país: la persecución y desaparición de periodistas, la censura cinematográfica, el ocultamiento de datos; las “listas negras” de artistas, canciones y libros prohibidos, docentes despedidos de las universidades y carreras universitarias cerradas, fueron, entre otras, las acciones pergeñadas para el control de la población. Obvio es decirlo, durante esos períodos dictatoriales, no había Estado Constitucional de Derecho.

Tal como veremos a continuación, la consagración de la libertad de expresión, implicó sostener o consagrarse la prohibición de la censura previa, tal como lo establece nuestra Constitución Nacional en su artículo 14, prohijado en el marco de la matriz de pensamiento liberal.

Sin embargo, aún con la consagración de la libertad de expresión, y la prohibición absoluta de la censura, la misma puede adquirir vigencia incluso en la democracia (aunque esto desde el punto de vista lógico no sería posible). Tan es así, que la Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica – que en Argentina tiene jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional- advierte su posibilidad de existencia en el Artículo 13.3 en estos términos:

“3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de

² “En España, desde comienzos del siglo XVI, para realizar cualquier publicación se requería de un privilegio, cuya obtención demandaba largas tramitaciones; recién después de haberse hecho la censura y enmendado el manuscrito se enviaba a la imprenta; una vez impreso, el libro se remitía al Tribunal correspondiente para que se hiciera la comprobación con el manuscrito original, el cual se destinaba al archivo. (...) Los privilegios eran concedidos por el poder gubernativo y consistían en monopolios de explotación otorgados por un tiempo limitado; su obtención estaba condicionada a la aprobación de la censura de modo que permitían el control de las doctrinas que se difundían- y al registro de la obra publicada”, ilustran Villalba y Lipszyc (2005, 1).

³ En lo que hoy es Italia: “El privilegio de autor fue concedido por primera vez a Sabellico por su *Historia veneciana*. Dice Castellani: “los Consejeros invitan al autor a entregar su manuscrito *'alicui diligenti impressori, qui illud imprimat suis sumptibus et edat'*, declarando que será prohibido a cualquier otro imprimirla tanto en Venecia como en otra tierra de la República, bajo pena de 500 ducados y de la indignación de la Serenísima Señoría. Había, por tanto, en este caso, un motivo particular para acordar un privilegio; se quería premiar a un benemérito autor y es por eso, sobre todo, que a Venecia toca el primado de la propiedad literaria”.

Comienza de este modo a resquebrajarse con gran intensidad la tendencia a la continuidad de los usos del pasado que los primeros tipógrafos habían tratado de mantener paradójicamente, para garantizar mejor su trabajo. Se puede decir que con la editorial veneciana se afirma el carácter totalmente propio del mundo del libro. Pero es también cierto que la institución de la propiedad literaria todavía aguardaría dos siglos para definirse por completo. En la Edad Media no tenía sentido que se promovieran derechos de este tipo, pues los amanuenses copiaban casi exclusivamente textos antiguos y los libros tenían una circulación limitada. En Venecia se entiende por primera vez en la historia de la imprenta que el libro, con todo lo que contiene, implica intereses jurídicos, económicos y comerciales, tanto más relevantes cuanto más se desarrolla su potencial de difusión popular” Castagni (1992, 87).

frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

De esta forma, la Convención Americana reconoce la posibilidad de existencia de vías o medios indirectos de censura, los cuales se encuentran prohibidos. Pero nótese que la Convención Americana no refiere solamente a la posibilidad de censura que pueden ejercer los Estados, sino también “los particulares”.

En esta línea, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000, establece en el Principio 5:

“La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”.

Asimismo, el Punto 12 de la mencionada Declaración sostiene que los monopolios u oligopólios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos.

De esta manera se introduce un concepto de “censura” que atañe no solamente al Estado, sino también a los particulares, al sector empresario.

Al respecto, cabe tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la existencia de la censura por parte de los particulares, en el Caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, en sentencia pronunciada el 28 de enero de 2009. En este sentido, el máximo tribunal regional de derechos humanos, ha dicho:

El artículo 13.3 de la Convención Americana dispone que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”. Una interpretación literal de esta norma permite considerar que protege en forma específica la comunicación, difusión y circulación de ideas y opiniones, de modo que queda prohibido el empleo de “vías o medios indirectos” para restringirlas. La enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar “cualesquiera otros medios” o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías. **Además, el artículo 13.3 de la**

Convención impone al Estado obligaciones de garantía, aún en el ámbito de las relaciones entre particulares, pues no sólo abarca restricciones gubernamentales indirectas, sino también “controles... particulares” que produzcan el mismo resultado. Para que se configure una violación al artículo 13.3 de la Convención es necesario que la vía o el medio restrinjan efectivamente, aunque sea en forma indirecta, la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (ver Consid. 340 Caso Ríos y otros vs. Venezuela. Sentencia 28 de enero 2009. Corte Interamericana de Derechos Humanos). (El resaltado en negrita nos pertenece).

De la lectura y análisis de la interpretación de la Corte Interamericana sobre el alcance y contenido del Artículo 13.3 del Pacto de San José de Costa Rica, queda claro entonces que el bien a proteger es la comunicación, la difusión y circulación de ideas y opiniones, y que la misma no puede ser restringida obviamente por los Estados Parte, que a su vez tiene el deber de garantizarla, sino que también no puede ser violada por particulares, por las empresas, porque también las mismas pueden ser “censores” en la medida que obstaculicen el derecho a dar y recibir información.

Esto implica una mirada renovada sobre la clásica concepción de la prohibición de la censura, acto del que históricamente han cometido y cometan los Estados.

Además, habrá que tener en cuenta que la censura ya no se ciñe a un control “previo” de la información. Bien señala Ziulu (2014, 356) que el antiguo procedimiento de revisión anterior de las publicaciones por parte del gobierno ha sido, desde hace tiempo, reemplazado por instrumentos de censura más sofisticados y también más efectivos como, por ejemplo, la desigual distribución de la publicidad oficial, la manipulación en la distribución del papel, la violación del secreto periodístico, las amenazas y actos discriminatorios, las interferencias en medios orales, entre otros. Por ello, “se debe interpretar que la censura que veda el artículo 14 de la Constitución Nacional es aquella que se ejerce antes, durante o después de la difusión”.

Owen Fiss (1999), en su trabajo “The Censorship of Television” (La censura de la televisión), advierte y analiza la cuestión de lo que da en llamar, la censura “empresaria” o, según sus términos en inglés *“managerial censorship”*. En el mismo, sostiene que las decisiones de la Corte estadounidense tienen una extensa y bien establecida tradición en el entendimiento de la Primera Enmienda relacionada con la censura ejercida por el Estado, pero sostiene que el desarrollo de la censura ejercida por las empresas resulta llamativa e implica para la Corte norteamericana desafíos de un orden totalmente diferente.

Bajo el modelo de la censura estatal, la acción de las autoridades y de los funcionarios públicos limita la libertad de una estación de televisión en una forma que también limita la información disponible para el público. En este caso la “amenaza” de esa censura es externa. Pero en el caso de la censura “empresaria” la amenaza es interna: surge de la toma de decisiones de la propia empresa que interfiere o evita, impide y excluye el acceso público a determinada información.

La concepción empresarista de la información

Los cambios constitucionales que introducen en la sociedad nuevas ideas de libertad personal son a menudo secuelas de rupturas históricas, como guerras civiles o revoluciones. En 1688, el año de la llamada “Revolución gloriosa”, el Parlamento británico promulgaba una “Ley de Derechos”, iniciándose así un proceso que iba a culminar a fines del siglo XVIII con la rebelión de las colonias inglesas de América y con la Revolución Francesa. En ambos casos los revolucionarios consideraron necesario y digno exaltar los valores que les habían inspirado en su lucha contra su respectivo antiguo régimen, incorporándolos en uno o más textos fundamentales: la Declaración de Independencia y la Ley de Derechos en América del Norte y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia⁴. En estos instrumentos jurídicos, se consagra la libertad de expresión en estos términos:

“X. Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.

XI. Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.

Por supuesto que esa “libertad de expresión”, así reconocida era solamente para los “hombres” y los “ciudadanos”, excluyéndose a las mujeres, a los niños, cuya histórica lucha para el reconocimiento de sus derechos se realizó en el plano jurídico recién en el siglo XX.

A partir de la Revolución Francesa, y su Declaración, se reconoce a la expresión como una libertad, y acuñada en esa matriz liberal, se centrará esencialmente en el individuo. A su vez, proclamaba un abstencionismo total del Estado en materia de libertad de prensa. Si en el plano económico se propugnaba el “laissez-faire, laissez-passar”, en materia informativa el lema será “laissez-faire, laissez-dire (Darbshire, 1994, 18)”.

En nuestro país, en 1810, desde la *Gazeta de Buenos Ayres*, Mariano Moreno dirá:

Los pueblos yacerán en el embrutecimiento más vergonzoso, si no se da absoluta franquicia y libertad en todo asunto que no se oponga en modo alguno a las determinaciones del gobierno, siempre dignas de nuestro mayor respeto. Los pueblos correrán de error en error, y de preocupación en preocupación, y harán la desdicha de su existencia presente y sucesiva. No se adelantarán las artes, ni los conocimientos útiles, porque no teniendo libertad el pensamiento, se seguirán respetando los absurdos que han consagrado nuestros padres, y ha autorizado el tiempo y la costumbre.

Ese ideario libertario, fue tomado primeramente en nuestra historia, por el Reglamento sobre la Libertad de Imprenta de 1811, que, si bien propiciaba la libertad de las expresiones políticas, cercenaba tal potestad en materia religiosa.

La Constitución de 1853-1860, tal como veremos seguidamente, siguió ese pensamiento consagrando la “libertad de prensa o imprenta”, y conteniendo en el artículo 14 la prohibición expresa de la censura previa.

Retomando el análisis de la consagración de la libertad de expresión, como apuntáramos, su carácter era esencialmente individual, tal como caracteriza a los llamados derechos humanos de primera generación, centrados esencialmente en el individuo, pero además, en términos comunicacionales, la libertad de expresión estaba centrada en el emisor de la información y en la facultad de difundir o dar información, así se hablaba de “publicar las ideas por la prensa”, “expresarse”, y fue necesario una larga lucha en el campo de los derechos humanos hasta reconocer que el derecho a la libertad de expresión, es simultáneamente un derecho humano individual y social o colectivo, y que a su vez, tiene un carácter bifronte: dar y recibir información, y por supuesto, todas las implicancias presentes en ellas: acceder a la misma, investigar, difundir, por cualquier tipo de medios, y de soportes (Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva 5/85, 13-11-1985. Parágrafos 31, 32 y 33). En fin, universalidad de mensajes y de medios.

El desarrollo y consolidación del capitalismo, en el ámbito de la información, implicó a su vez, que la concepción de la libertad de prensa se trastocara en libertad de empresa, en el que el único propietario, amo y señor de la información es la empresa informativa, desdeñando no solamente del público sino también de la labor de los propios trabajadores de prensa.

La libertad de prensa será insensiblemente libertad para la prensa; a su vez, esta libertad para la prensa se entenderá reductivamente como libertad de constitución de empresas de prensa; y finalmente la libertad para la empresa únicamente querrá decir libertad para el empresario, es decir, para la persona que rige y controla la organización informativa, nos explica Carlos Soria.

Esa concepción “empresarista” de la información, concebida como “mercancía”, se mantiene hasta nuestros días, y entre los múltiples ejemplos que ilustran esta postura, se encuentra la reticencia de los grandes grupos mediáticos, en reconocer al derecho humano de rectificación o respuesta, consagrado por el Artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, porque consideran que afecta su “derecho a la propiedad”; o también en la concepción empresarista de la actividad radiodifusora como una actividad meramente comercial (tal como lo reconocía la hoy derogada Ley de Radiodifusión de la dictadura, Ley N° 22.285), y no como parte integrante del derecho a dar y recibir información. En este sentido, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley N° 26.522, B.O.10-10-2009) constituyó un nuevo paradigma en la materia en tanto determina que la actividad realizada por los servicios de comunicación audiovisual “se considera una actividad de interés público, de carácter fundamental para el desarrollo sociocultural de la población, por el que se exterioriza el derecho humano inalienable de expresar, recibir, difundir e investigar informaciones, ideas y opiniones. La explotación de los servicios de comunicación audiovisual podrá ser efectuada por prestadores de gestión estatal, de gestión privada con fines

de lucro y de gestión privada sin fines de lucro, los que deberán tener capacidad de operar y tener acceso equitativo a todas las plataformas de transmisión disponibles” (art. 2°).

La concepción profesionalista de la información

Soria, nos enseña que “en medio de los síntomas de agotamiento del planteamiento liberal de la Información —del que había vivido en buena parte la etapa empresarista- hará acto de presencia la etapa profesionalista de la información. Con ella, en síntesis, se pondrá de manifiesto todo el valor que hay que conceder a los que no son titulares del capital económico, pero sí lo son del capital intelectual y humano que existe y se condensa en las redacciones de los medios informativos”, es decir, los trabajadores de prensa, el sujeto profesional de la información.

El constitucionalismo social y el reconocimiento de los derechos sociales, trajo consigo también la lucha de los trabajadores de prensa, quienes no sólo van a reivindicar sus derechos laborales y sociales, sino también, que aportarán un concepto fundamental: la información no es una mercancía, sino un bien social, en el que los trabajadores del sector tienen una responsabilidad social que cumplir. También nacerán los códigos de ética periodística, los Consejos de Prensa, y la organización gremial de los trabajadores del sector.

“Con la etapa profesionalista de la Información comienza a cobrar fuerza, por el contrario, que la jerarquización de los bienes informativos es, sobre todo, una cuestión jurídica. Es el fin —es decir, la Información- lo que ha de prevalecer en la cúspide de la jerarquización. El informador no trabaja para la empresa, sino para la Información, aunque lo haga -eso sí- en la empresa, con la empresa y desde la empresa” (Soria, 1987-1988).

En nuestro país, el reconocimiento jurídico formal de esta etapa la encontramos con y a partir del Estatuto del Periodista Profesional Decreto Ley 7618/44 (25-03-44) y ratificado por Ley N° 12.908 (B.O.: 11-09-1947), que aún sigue vigente y que ha resistido, diversos embates que abogaron por su derogación.

La concepción universalista de la libertad de expresión

Los aportes, formulaciones y luchas del sujeto profesional de la información, sin duda son cruciales para un entendimiento totalmente nuevo de la clásica concepción de la libertad de expresión, que la ampliará de modo tal en su alcance, contenidos, facultades e interpretación, abarcando los más amplios conceptos ya contenidos en la formulación “derecho a la comunicación”.

Ya no se admiten los exclusivismos mediáticos, empresarios ni profesionales. La información es un derecho humano de todos y todas, de cada uno y cada una, por nuestra sola condición de

seres humanos. Es individual y colectiva de manera simultánea. La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en nuestro país, en virtud del artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna ha afianzado esta interpretación con un impacto altamente transformador en el derecho interno argentino.

La Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 resulta fundamental en este entendimiento, así su artículo 19 establece: *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*.

A partir de la consagración con carácter universal del derecho humano a la libertad de expresión, los tratados internacionales irán reforzando y enfatizando esta interpretación universalista.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece asimismo en el artículo 19:

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*

2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*

b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece:

Artículo 13: 1. *El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.*

2. *El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:*

a) *Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o*

b) *Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.*

Artículo 14: 1. *Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

2. *Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.*

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

En el ámbito interamericano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece en su Art. IV: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), tal como hemos apuntado, el derecho a la información tendrá una consagración especial, instaurando un sistema altamente protectorio y generoso a favor de la libertad de expresión:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Sin duda, el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos nos aporta una mirada señera en materia del derecho a la información, sentido que se realza en los tiempos de la llamada Sociedad de la Información y del Conocimiento.

Así el derecho a la información se manifiesta en su carácter bifronte, como derecho individual y como derecho colectivo, como derecho a dar información y como derecho a recibirla, con implicancia pluralista y de apertura. Esta doble condición fue especialmente enfatizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 5/85:

“Las dos dimensiones mencionadas –individual y social- de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

Así, si en principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de éstos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla. Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar, y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas” (CorteIDH, OC-5/85, Puntos 33 y 34).

Desde esta perspectiva, el ya citado Profesor Owen Fiss (1999), sostiene que los debates del pasado asumían como premisa que el Estado era el enemigo natural de la libertad. Era el Estado el que estaba tratando de silenciar al individuo, y era al Estado a quien había que poner límites. Sin embargo, en la actualidad, explica, hay una serie de temas en los cuales el Estado es necesario para ser un amigo o más aún, garantizar las libertades. Una de ellas se refiere al impacto que las concentraciones privadas de poder tienen sobre la libertad de expresión y la necesidad del Estado para contrarrestar esas fuerzas. Así, el Estado está obligado a actuar para promover el debate público cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones, y de este modo: “Habrá que asignar recursos públicos –repartir megáfonos- a aquellos cuyas voces de otra forma no serían oídas en la plaza pública”.

En el marco de la concepción universalista del derecho a la comunicación, es necesario también recordar los aportes del Informe MacBride, “Un solo mundo, voces múltiples”, que ya en 1980 nos aportaba este concepto:

...presentamos una formulación de este derecho (en alusión al derecho a la comunicación), que indica la diversidad de sus elementos y el espíritu que le inspira: “Todo el mundo tiene derecho a comunicar. Los elementos que integran este derecho fundamental del hombre son los siguientes, sin que sean en modo alguno limitativos: a) el derecho de reunión, de discusión, de participación y otros derechos de asociación; b) el derecho de hacer preguntas, a ser informado, a informar y otros derechos de información; y c) el derecho a la cultura, el derecho a escoger, el derecho a la protección de la vida privada y otros derechos relativos al desarrollo del individuo. Para garantizar el derecho a comunicar sería preciso dedicar todos los

recursos tecnológicos de comunicación a atender las necesidades de la humanidad al respecto (1980, p. 301).

Apuntes sobre el derecho a la libertad de expresión, la información y la comunicación en la Constitución Argentina

Resulta una obviedad advertir que la Constitución Nacional, redactada originariamente en 1853-1860, aludía solamente a la imprenta, porque era el único medio conocido por entonces, y no preveía el surgimiento y desarrollo de la radio y la televisión y menos aún de las nuevas tecnologías, como Internet, entre otras.

En este sentido, el Artículo 14⁵ de la Constitución Nacional consagra el derecho de publicar las ideas por la “prensa” y el Artículo 32⁶ incorporado a la norma fundamental a instancias de la Provincia de Buenos Aires en 1860 alude a la “libertad de imprenta”. De todos modos, la interpretación dinámica de la Constitución incluye a los diversos soportes y medios actuales⁷. Bien señala al respecto el Prof. Ziulu que la expresión “libertad de prensa” fue adquiriendo un alcance sumamente amplio, que comprende no sólo a cualquier medio gráfico, sino también a todos los medios de comunicación social (Ziulu, 2014, 355).

En este marco, se destaca la Ley N° 26.032, que estableció que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión⁸”.

Según Bidart Campos en el texto de la Constitución formal se halla normada la libertad de prensa y en cambio, no encontramos expresamente ninguna norma que se refiera a la libertad de expresión en cualquiera de sus modos, incluso los diferentes a la prensa, “decimos que respecto a la expresión a través de medios que ‘no son prensa’ hay una carencia histórica de norma, o sea, una laguna en el orden normativo. Esa laguna suscita la integración del orden normativo para llenar el vacío” y “nos remite en primer lugar a la norma análoga, (es decir a la más parecida que hallamos en la Constitución, que es la referida a la prensa) y a los valores y principios generales del derecho constitucional” (1998,12).

⁵ Artículo 14 Constitución Nacional, en su parte pertinente establece: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las Leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (...”).

⁶ Artículo 32 Constitución Nacional: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

⁷ La jurisprudencia, antes aún de la sanción de la Ley N° 26.032 reconoció a Internet como medio de comunicación protegido por las normas constitucionales clásicas. Cabe aclarar que aún con anterioridad, en el ámbito normativo, el Decreto 1279/97 (1/12/1997) declaró que Internet constituye un medio de comunicación y debe interpretarse que el mismo está comprendido en los Artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional en cuanto los mismos consagran el derecho a la libertad de expresión.

⁸ Ley N° 26.032. B.O.: 17-06-2005.

También sostiene Bidart Campos en tal dirección, y haciendo una interpretación dinámica en el tiempo de la Constitución que toma los cambios y formas de expresión actuales que no eran conocidos por el constituyente histórico, que se puede, sin dudas, concluir que nuestra Ley Fundamental establece claro resguardo a la libertad de expresión. Ello a partir de los principios de libertad que contiene nuestra Constitución desde su mismo Preámbulo.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reconocido fallo "Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida", de modo claro ha establecido que lo estatuido sobre la libertad de prensa en nuestra Ley Fundamental, no debe ser apreciado en un sentido literal, sino de un modo amplio y abarcativo de la libre expresión e información por otros medios diferentes a la prensa escrita⁹.

Con tal espíritu interpretaron la cuestión los constituyentes de 1853, ya que esa concepción sobre la prensa primaba a la hora de la introducción del Artículo 32 en 1860, a pedido de la Provincia de Buenos Aires para que, al incorporarse a la Confederación, el Estado Nacional no controlara "sus" medios de prensa.

Esa comprensión amplia de la libertad de prensa ya había sido anunciada en la Convención, pues el informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal consideraba a la "palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres, que derivan de la libertad de pensar".

El Artículo 32 de la Constitución garantiza esa libertad, por la que se ordena que "el Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

Además de los clásicos Artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional como marco constitucional clásico de la libertad de expresión, debemos considerar otras normas fundamentales que fueran incorporadas a partir de la Reforma del año 1994.

En este sentido, cabe destacar el Art. 75 inc. 19 que ordena al Congreso de la Nación dictar leyes que protejan los espacios culturales y audiovisuales. Es en esta norma en la que se

⁹ Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S. A., C.S.J.N, Fallos, 306:1892. Considerando 7º: "Que las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión e información –cine, radio, televisión–, obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información. Es decir, el derecho empresario, el derecho individual y el derecho social, que se encuentran interrelacionados y operan en función de la estructura de poder abierto que caracteriza a la sociedad argentina".

enmarca, por caso, la Ley N° 26.522, de Servicios de Comunicación Audiovisual (cfr. Art. 2, 2º párrafo¹⁰) o la Ley N° 26.305¹¹, entre otras.

Asimismo, el Art. 75 inc. 22 tal como señaláramos, otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, y aquí es necesario resaltar la importancia del Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto consagran el derecho a la información.

El tratamiento y la interpretación que la jurisprudencia argentina han hecho de la actividad radiodifusora, como soporte de realización del derecho a la libertad de expresión, por cierto merece un análisis pormenorizado, pero en punto al abordaje sintético e introductorio que aquí presentamos, apuntaremos el antecedente marcado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia correspondiente al caso “Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Poder Ejecutivo Nacional s/amparo” pronunciada en septiembre de 2003. En su fallo la Corte sostuvo:

Que entre la radiodifusión y la prensa escrita existe una diferencia técnica fundamental, lo que determina que el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación admita mayor reglamentación y que ese derecho deba ser ejercido dentro de los límites que impone la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público. Pero tal reglamentación no puede ser arbitraria y excluir de un modo absoluto, sin sustento en un criterio objetivo razonable, a determinadas personas jurídicas de la posibilidad de acceder a una licencia de radiodifusión por no haberse constituido en una sociedad /comercial, pues ello importa, en definitiva, una irrazonable limitación al derecho a expresarse libremente y de asociarse o no hacerlo (A. 215. XXXVII. Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/ amparo. CSJN, 01/09/2003. Considerando 8º).

Siguiendo esa línea interpretativa la Corte declaró la inconstitucionalidad del Art. 45 de la hoy derogada Ley de Radiodifusión N° 22.285, en tanto no permitía que la actividad radiodifusora fuera prestada por asociaciones sin fines de lucro y fundó su pronunciamiento en la violación de los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la Constitución Nacional y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ “La condición de actividad de interés público importa la preservación y el desarrollo de las actividades previstas en la presente como parte de las obligaciones del Estado nacional establecidas en el artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional. A tal efecto, la comunicación audiovisual en cualquiera de sus soportes resulta una actividad social de interés público, en la que el Estado debe salvaguardar el derecho a la información, a la participación, preservación y desarrollo del Estado de Derecho, así como los valores de la libertad de expresión”.

¹¹ Ley N° 26.305 (B.O.: 19/12/2007), aprobatoria de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en París, Francia, el 20/10/2005 y propiciada por la UNESCO.

Ese primer pronunciamiento de la Corte sobre el carácter discriminatorio de la ley de la dictadura sentó las bases para la sanción de la ley 26.053 (B.O.: 15/09/2005) que reformó el Artículo 45 y finalmente para la sanción de la Ley N° 26.522 que reconoce como prestadores tanto a las personas de derecho público, como a las personas físicas y a las personas jurídicas con y sin fines de lucro¹².

En el nuevo marco del derecho a la información instaurado con la reforma constitucional de 1994, también es necesario destacar el artículo 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”.

En lo que atañe a la información ambiental, la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675 B.O. 28/11/2002), ha establecido las pautas básicas de la información ambiental y la participación ciudadana (esta última forma parte del concepto amplio del derecho a la comunicación). Asimismo, se sancionó la Ley N° 25.831 (B.O. 7/01/2004) que ha establecido el Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental, normas que han marcado un avance fundamental en pos del ejercicio del derecho a la información en la materia.

En lo concerniente al derecho de acceso a la información pública en general, la Ley N° 27.276 (B.O.: 29/09/2016) implementó este derecho en el ámbito de los tres poderes del Estado, y tuvo como precedente el Decreto 1172/03 (B.O.: 4/12/2003) que reglamentara el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional. Hubo numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la aplicación

¹² Corresponde recordar que en autos “Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ acción meramente declarativa”, con fecha 29/10/2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió por mayoría a favor de la plena constitucionalidad y convencionalidad de la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, en particular el artículo 45 que establecía límites a la multiplicidad de licencias. Igualmente se advierte que con posterioridad, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 267/2015 (B.O.: 4/01/2016), la Ley N° 26.522 tuvo modificaciones sustanciales, entre ellos, el del mencionado artículo.

particular de este instituto¹³, tomando en consideración los aportes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso “Claude Reyes y otros v. Chile” (2006¹⁴).

Otro aspecto que cabe tener en cuenta es la relación del derecho de acceso a la información pública con las políticas de Memoria, Verdad y Justicia. El Estado jamás debe claudicar en la tarea de búsqueda de información que hace a su propia historia y más aún si se han cometido crímenes de lesa humanidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha marcado esta relación en el Caso “Gomes Lund vs. Brasil¹⁵” (2010) en el que entre otros aspectos conminó al Estado brasileño a respetar el derecho de acceso a la información pública con un adecuado marco normativo y políticas públicas pertinentes.

En este breve recorrido constitucional y normativo referido al derecho a la información, también es necesario mencionar el artículo 42 de la Constitución Nacional, incorporado también con la reforma de 1994, en cuanto consagra el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a contar con una “información adecuada y veraz” y que con mayor detalle se contempla en la Ley N° 24.240 (Defensa del consumidor. Régimen legal. (B.O.: 15-10-1993).

Asimismo, en el marco del artículo 43 se establece la salvaguarda del secreto de las fuentes de información periodística, derecho del sujeto profesional de la información a resguardar ante el ejercicio del habeas data. Al respecto, en el caso “Thomas Catan¹⁶”, la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y Correccional ha sostenido que la protección del sujeto profesional periodístico, forma parte esencial de la libertad de expresión y que la mención que el artículo 43 realiza sobre el mismo, reconoce su preexistencia, enmarcado en el artículo 14 de la CN al consagrar la libertad de prensa.

¹³ Entre otros casos se destaca el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Mendoza” sobre la contaminación de la cuenca Matanza Riachuelo, en cuya sentencia de 2008 ordena garantizar el derecho de acceso a la información pública para los habitantes de la Cuenca. También véase “CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) c. Estado Nacional – M° Desarrollo Social dto. 1172/03 amparo ley 16.986”, CSJN, 26/03/2014; “Garrido, Carlos Manuel c/E.N. – AFIP s/amparo ley 16.986”, CSJN, 21/06/2016.

¹⁴ Corte IDH, Sentencia de 19/09/2006. Este caso se refiere a la negativa del Estado chileno de brindar a Marcelo Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero cierta información que requirieron al Comité de Inversiones Extranjeras, relacionada con la empresa forestal Trillium y el proyecto Río Cóndor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en Chile. A través de esta sentencia, la Corte Interamericana reconoció que el derecho de acceso a la información es un derecho humano protegido por el artículo 13 de la Convención Americana. Ficha y texto disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/jurisprudencia/si_decisiones_corte.asp

¹⁵ Corte IDH, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24/11/2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

¹⁶ Causa n° 19.480 “Incidente de Thomas Catan en autos n° 14.829/2002” Juzg. Federal n° 11 — Secretaría n° 22 Registro n° 20.377, sala II, CNFed. Crim. y Correc. 28/10/02, La Ley, 1°/11/02. Horacio R. Cattani, Martín Irurzun y Eduardo Luraschi.

Debates actuales en torno a la libertad de expresión. Estándares jurisprudenciales recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En los últimos años han arribado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante vía extraordinaria, distintos casos con temáticas de indudable actualidad y de interés público que marcan nuevos estándares y que guían una interpretación renovada de los múltiples alcances del derecho humano a la libertad de expresión, a la información y a la comunicación en la era digital.

La convencionalización del derecho a la imagen según la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la sentencia del caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”

Uno de los casos más enriquecedores para abordar el control de convencionalidad y la revisión de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en cuanto integrante del sistema interamericano de derechos humanos, lo constituye “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, no solamente por lo que aconteció con el fondo de la cuestión, sino también lo que acaeció en la etapa de ejecución de sentencia, cuestión cuyo tratamiento excede el objeto de esta presentación, concentrada en tratar la importancia del tema en torno a la libertad de expresión.

Además fue muy lamentable tal precedente en el pronunciamiento de la Corte argentina de 2001 por cuanto no había considerado su propia jurisprudencia –esencialmente la histórica doctrina sentada en “Ponzetti de Balbín” - y se contradecía al admitirse que la totalidad de las imágenes habían sido tomadas en lugares públicos, en ejercicio de la función pública, y es más, las fotografías fueron entregadas a la Revista por el servicio de prensa de la Presidencia de la Nación. Es decir, se encontraban todas las condiciones dadas que acreditaban el interés público de tales imágenes a la luz del artículo 31 de la Ley Nº 11.723.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) pronunció sentencia de fondo, reparaciones y costas en los autos mencionados el 29 de noviembre de 2011.

En forma sintética, para enmarcar los hechos, cabe recordar que Jorge Fontevecchia se desempeñaba al momento de los hechos como director editorial de Editorial Perfil S.A. y Héctor D’Amico como director editorial de la revista Noticias. Entre octubre y noviembre de 1995, la mencionada revista publicó diversas ediciones que incluyeron artículos vinculados con el entonces Presidente de la Nación de Argentina, Carlos S. Menem, respecto de los cuales éste presentó una demanda civil por violación del derecho a la intimidad. Las notas incluían fotografías de Menem en diversas situaciones públicas como asimismo de su entorno y de su hijo aún no reconocido, Carlos Nahir, fruto de su relación con la Sra. Martha Meza. La CSJN confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00 (sesenta mil pesos) y recordó que no encontraba controvertida la veracidad de las informaciones

difundidas por la revista *Noticias*, sino su carácter íntimo. Asimismo, la Corte argentina se refirió, entre otros aspectos, a los criterios generales sobre los derechos a la libertad de expresión y a la vida privada, a la resolución de posibles tensiones entre ellos y a cuándo una intromisión en la intimidad podría estar justificada, al distinto umbral de protección de “personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares” y a la esfera de la vida privada del “hombre público”, fundado normativamente en el artículo 1071 bis del Código Civil entonces aplicable.

Agotado el reclamo interno, Fontevecchia y D’Amico se presentaron ante el sistema interamericano de derechos humanos patrocinados por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Declarada la admisibilidad por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte IDH intervino pronunciando sentencia, en la cual, en lo que aquí interesa sentó las siguientes bases en relación a la protección del derecho a la intimidad y a la imagen de funcionarios públicos en concurrencia con la libertad de expresión, y en particular, en relación a los Jefes de Estado.

En relación a las fotografías que ilustraban las notas cuestionadas, la Corte IDH entendió que, si bien el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, sí están incluidas en la protección del derecho a la privacidad establecido por el artículo 11 de la Convención.

Asimismo, sostuvo que la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. “La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita. Por ello, su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan. Sin embargo, por esa misma razón y por el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto” (cfr. Consid. 67).

La Corte IDH consideró “que las publicaciones realizadas por la revista *Noticias* respecto del funcionario público electivo de más alto rango del país trataban sobre asuntos de interés público, que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en el dominio público y que el presunto afectado con su conducta no había contribuido a resguardar la información cuya difusión luego objetó. Por ello, no hubo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem. De tal modo, la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad de proteger el derecho a la vida privada” (Consid. 71 de la sentencia).

En consecuencia, determinó que el proceso civil en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas afectaron el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico.

Finalmente, en cuanto nos interesa, sostuvo que la medida de responsabilidad ulterior impuesta internamente no cumplió con el requisito de ser necesaria en una sociedad democrática, y por tanto no analizó si el monto de la condena civil en el caso resultó o no desproporcionado. Sin perjuicio de ello, la Corte IDH estimó oportuno reiterar que el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibidor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público.

Así, la Corte IDH entendió que el Estado argentino, violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, disponiendo por unanimidad que su sentencia constituía una forma de reparación y que el Estado argentino debía dejar sin efecto la condena civil impuesta a Fontevecchia y a D'Amico así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia¹⁷.

Para cerrar este acápite, corresponde destacar que este fue el primer y hasta ahora único caso en el que intervino la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciándose sobre el perfil propio del derecho a la imagen en concurrencia con el derecho a la libertad de expresión, considerando a la imagen comprendida en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto protege la honra, la dignidad humana y la privacidad.

Asimismo, corresponde señalar que las pautas utilizadas por el tribunal interamericano son las establecidas en el artículo 31 de la Ley N° 11.723 como así también, a partir de 2015, en el artículo 53 del Código Civil y Comercial de la Nación por eso nuestro derecho interno en la materia es plenamente compatible con los estándares del sistema interamericano¹⁸.

Responsabilidad de los motores de búsqueda en internet.

El caso “Belén Rodríguez” (2014)

La determinación de la responsabilidad de los motores de búsqueda tuvo un tratamiento especial por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, despertando el interés público con

¹⁷ Por medio de la resolución 4015/17, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) acató una de las medidas dispuestas por la Corte IDH en su sentencia del 29 de noviembre de 2011 en autos “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. De esta manera, ordenó que su fallo de 2001 que confirmó la condena civil contra los periodistas y vulneró el derecho a la libertad de expresión sea acompañado por la leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana”. Así, aceptó una de las modalidades de cumplimiento que la Corte IDH le hizo notar en su resolución del 30 de octubre de 2017.

¹⁸ En contraposición podríamos señalar que no fue así en el caso, pronunciado por la Corte IDH, *Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177*, en el que debimos ajustar nuestro derecho interno en materia de calumnias e injurias con las pautas señaladas por aquél y que se concretara con la sanción de la Ley N° 26.551 (B.O.: 18/11/2009).

la celebración de audiencias públicas y presentaciones de amigos del tribunal, en autos “Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, de fecha 28 de octubre de 2014 (Fallos: 337:1174).

Corresponde al efecto recordar que la modelo María Belén Rodríguez promovió demanda de daños y perjuicios contra *Google Inc.* (Google) —después ampliada contra *Yahoo de Argentina SRL* (Yahoo)— en la que sostenía que se había procedido al uso comercial y no autorizado de su imagen y que, además, se habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de Internet de contenido erótico y/o pornográfico. También solicitó el cese del mencionado uso y la eliminación de las señaladas vinculaciones.

El pronunciamiento de primera instancia hizo lugar a la demanda y consideró que las demandadas habían incurrido en negligencia culpable “al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia”, las condenó a pagar una indemnización y dispuso asimismo la eliminación definitiva de las “vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual; erótico y/o pornográfico”.

Tal fallo fue apelado por todas las partes, y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala A) lo revocó parcialmente. Rechazó el reclamo contra Yahoo, lo admitió contra Google y redujo la suma de la indemnización. Dejó sin efecto el pronunciamiento de primera instancia en cuanto disponía la eliminación de las mencionadas transcripciones. Ante este pronunciamiento tanto la actora como Google interpusieron recursos extraordinarios.

La Corte sostuvo que el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Al respecto, consideró que el Tribunal ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros y recordó el precedente “Ponzetti de Balbín”. Ponderó que en el caso se hallaban en concurrencia el derecho a la imagen de la actora y la libertad de expresión del buscador.

Entendió que no correspondía juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa y que correspondía hacerlo, a la luz de la responsabilidad subjetiva.

Reprochó al fallo de Cámara en tanto consideró directamente aplicable al caso la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723 “sin reparar en que no se juzga aquí la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet —por la indebida publicación o reproducción de imágenes— sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquella.

No debe perderse de vista que el servicio de imágenes constituye una herramienta de búsqueda automatizada que muestra —a través de los denominados “thumbnails”— una copia reducida de las imágenes que existen en la web relacionadas con las palabras ingresadas y con expresa referencia al sitio en el que ellas se encuentran alojadas. De modo que la conducta que llevan a cabo los buscadores no es susceptible de ser encuadrada en la norma citada, pues

consiste en una simple recopilación automática de vistas en miniatura que solo tiene por finalidad permitir a los usuarios acceder a las páginas de Internet que contienen las imágenes originales" (Consid. 21 del fallo).

No obstante ello, señaló que los buscadores podrían incurrir en responsabilidad en los términos del artículo 31 de la Ley 11.723 si, una vez notificados válidamente de la infracción, no actuaran con la debida diligencia.

También señala que el principio a favor de la libertad de expresión solo puede ceder frente a supuestos absolutamente excepcionales, tal como lo reconoció la Corte en el citado precedente de Fallos: 324:975. Allí el Tribunal dispuso una medida de tutela preventiva por la cual prohibió la publicación en los medios de comunicación masiva del nombre de un menor que en un juicio civil en trámite reclamaba el reconocimiento de la filiación de su presunto padre. Dicha medida se fundó en la protección judicial del interés superior del menor en tanto la difusión masiva de su nombre podía causar, por su vulnerabilidad y conforme al curso ordinario de los hechos, un daño en su desenvolvimiento psicológico y social. Es decir, se tuvo en cuenta para justificar la medida de tutela preventiva que se trataba de un juicio filiatorio –de derecho de familia y de carácter reservado-, que estaban en juego los derechos personalísimos de un menor y que éste contaba con menos herramientas que el adulto para sobreponerse a la afectación que a su intimidad se causara, lo que obligaba a reflexionar con especial cuidado acerca de la eficacia de reparaciones ulteriores. A su vez, la medida se ciñó estrictamente a lo que resultaba indispensable (prohibición de divulgar el nombre del menor) para evitar así una injustificada restricción de la libertad de prensa. Por mayoría la Corte resolvió rechazar la demanda en todas sus partes.

Este estándar de responsabilidad de los motores de búsqueda fue reiterado, luego de pronunciado el caso "Rodríguez Belén" en posteriores: "Gimbutas, Carolina Valeria" (Fallos: 340:1236), "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias" (Fallos: 342:2187) y "Mazza, Valeria Raquel c/ Yahoo SRL Argentina y otro s/ daños y perjuicios" (Fallos: 344:1481).

Derecho "al olvido". Memoria social e Interés Público.

El caso "Natalia Denegri" (2022)

Con este caso, precedido también de audiencias¹⁹ y de presentaciones de amigos del Tribunal, resuelto por la CSJN el 28 de junio de 2022, la expectativa se acrecentó pues la actora solicitó a Google Inc. se aplicara a su favor el "derecho al olvido" respecto de información que consideraba personal en el marco de hechos ocurridos hacía más de veinte años. Se trató del famoso "caso Coppola" de 1996 y la relación de la entonces joven, con esos hechos enmarcados en la "espectacularización de la noticia" que marcó un sello en la TV de los '90.

¹⁹ Las grabaciones de las audiencias públicas tanto del caso "Denegri" como el de "Rodríguez" se encuentran disponibles en la web oficial del Centro de Información Judicial (CIJ), agencia de noticias de la CSJN. <https://www.cij.gov.ar/>

La demandante sostenía que se consideraba afectada por la antigüedad de la información en la que se encontraba involucrada, la que reprochó de perjudicial, irrelevante e innecesaria, y afirmó que le ocasionaba serios perjuicios, por referirse a hechos periodísticos ocurridos en el pasado, vinculados a una causa penal de trascendencia que consideró que actualmente carecía de interés público y general y la agravaba en su vida actual personal, profesional, laboral y familiar.

Como fundamento para sustentar el mentado “derecho al olvido” la actora citó el antecedente, admitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González²⁰” (sentencia del 13 de mayo de 2014).

También sostuvo que, en su caso, el derecho a la información debía ceder frente a los derechos personalísimos afectados: su intimidad, su privacidad, su honor y su reputación y la de su familia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar parcialmente a la demanda y ordenó a Google Inc. suprimir toda vinculación de sus buscadores, tanto de “Google” como de “Youtube”, que contuvieran las palabras “Natalia Denegri”, “Natalia Ruth Denegri” o “Natalia Denegri caso Coppola” y cualquier imagen o video, obtenidos hace veinte años o más, con escenas de peleas o discusiones entre la peticionaria y alguna otra circunstancial entrevistada, cuyo contenido mostrara agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile de precaria calidad artística, así como también, posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información de su vida privada. Además, dispuso que, en la etapa de ejecución de la condena, la actora debía individualizar las URLs que violaran lo dispuesto y que eventualmente Google Inc. hubiera omitido desindexar, a los fines de adoptarse las medidas compulsivas que pudieran corresponder.

El planteo formulado por la demandada recurrente requirió, esencialmente, que se determinara si el bloqueo de vínculos en internet ordenado por los jueces de la causa vulneraba la libertad de expresión.

La Corte -compuesta por los magistrados Rosatti, Maqueda, Rosenkrantz y Lorenzetti- hizo lugar a la queja interpuesta por Google Inc., declaró procedente el recurso extraordinario y rechazó la demanda interpuesta por Natalia Denegri.

La cuestión se centró en determinar si una persona pública que estuvo involucrada en un tema de interés público tiene un “derecho al olvido” por el cual pueda solicitar que se desvincule su nombre de determinados contenidos que la involucran, alegando que por el paso del tiempo han perdido dicho interés y que resultan inapropiados a la auto percepción de su identidad actual y, en consecuencia, lesionan sus derechos al honor y/o a la intimidad; o si, por el contrario, la

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014. Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Texto oficial disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>

medida de desindexación de información ordenada restringe indebidamente el derecho a la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva.

A la luz de los principios protectores de la libertad de expresión, el Tribunal plantea la hipótesis de cuáles serían las consecuencias de una eventual decisión judicial que determinara desindexar ciertas direcciones respecto de un resultado y de tal modo hacer cesar su repetición y si ello constituiría una limitación que interrumpiría el proceso comunicacional. Razona que sería una medida extrema, que dificultaría la búsqueda y en tales condiciones importa una grave restricción a la circulación de información de interés público con fuerte presunción de inconstitucionalidad.

Señala las diferencias entre la eliminación de contenidos web y la eliminación de las vías de acceso a ellos, pero en uno u otro caso los efectos serían perjudiciales para el discurso público. Así, sostiene: “Además, si bien es cierto que la eliminación de contenidos web difiere conceptualmente de la supresión de una de las vías de acceso a ellos, no cabe descartar de antemano que, en determinadas circunstancias, los efectos de ambos sobre el discurso público pueden resultar igualmente gravosos. No puede soslayarse que el remedio —aparentemente más leve— que solo inhabilita un nombre propio como uno de los canales para acceder a cierta información o contenido, podría extenderse a todos los participantes involucrados en el tema. Ante esa eventualidad, el efecto de tal truncamiento en la búsqueda de información pública podría justificar su análisis bajo los principios, ya reseñados, aplicables a las restricciones previas a la libertad de expresión” (2º párrafo del Consid. 12 de la sentencia).

En el Considerando 13 del resolutorio, la Corte sostiene que es preciso examinar si la desvinculación ordenada por la Cámara constituye una restricción indebida a la libertad de expresión y evaluar si tal medida afecta el acceso a un discurso constitucionalmente protegido, aun cuando el mismo pueda molestar, ofender o incluso avergonzar a sus protagonistas.

Es aquí donde se detiene a recordar la vinculación de la actora con la amplia cobertura mediática que tuviera el llamado “caso Cóppola”, “que incluyó en sus avatares a diferentes personajes del deporte y de la vida pública argentina, y que concluyó con la destitución y condena penal de un juez federal y de funcionarios judiciales y policiales. La investigación criminal cobró notorio interés y tuvo un importante seguimiento por parte de los medios de comunicación —en particular, por la televisión abierta— a través de emisiones periodísticas informativas y de programas de entrevistas en vivo a los que concurrían las personas que se encontraban relacionadas con dicho proceso penal, con altos índices de audiencia. Los contenidos respecto de los cuales se ha dictado la medida que ordena desvincular los sitios de los resultados de búsqueda con el nombre de la actora, corresponden tanto a estos últimos programas televisivos como a otras intervenciones derivadas de la fama adquirida a causa de aquellos”.

Sostiene que la notoriedad de Denegri comenzó con tal caso y es una persona pública hasta la actualidad, desempeñándose como empresaria de medios, conductora de programas de televisión y ganadora de numerosos premios internacionales por su labor profesional. En el escrito de demanda admite haber obtenido un lugar en el periodismo en los Estados Unidos, como

periodista de la CNN y en su página web se presenta como “una celebridad de la televisión latinoamericana” (www.nataliadene gri.com).

En pocas palabras: Denegri es y fue una persona pública involucrada en temas de interés público. Este factor es esencial para determinar la preeminencia del derecho a la información.

La mera enunciación del “derecho al olvido” genera una contradicción notoria con el derecho a la memoria y a la verdad consagrado por los sistemas protectores de derechos humanos y la vasta jurisprudencia local e internacional en la materia.

En este sentido, la Corte concluye que el mero paso del tiempo la información que formó parte del debate público no pierde tal atributo y sostener lo contrario pondría en riesgo la historia y el ejercicio de la memoria social, nutrida de los más diversos hechos de la cultura, aún aquellos que con los estándares actuales nos resulten inaceptables u ofensivos.

“Si se permitiera restringir recuerdos del acervo público sin más, se abriría un peligroso resquicio, hábil para deformar el debate que la libertad de expresión pretende tutelar. En el contexto de una sociedad democrática, la información verdadera referida a una persona pública y a un suceso de relevante interés público —reflejado, principalmente, en las graves consecuencias que se derivaron de los hechos que lo componen—, exige su permanencia y libre acceso por parte de los individuos que la integran, pues ella forma parte de una época determinada cuyo conocimiento no cabe retacear a quienes conforman —y conformarán— dicha sociedad sin motivos suficientes que tornen aconsejable una solución con un alcance distinto” (2º pár., Consid. 14).

En punto a las tensiones entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, la sentencia recuerda los estándares constitucionales, convencionales y jurisprudenciales de la protección del honor como derecho personalísimo que toda persona posee y ampara frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecedora en la consideración ajena, por desacreditarla. La inexactitud o falsedad de la información es un requisito clave para la procedencia de la protección del honor. Su “protección constitucional tiende a tutelar el citado bien jurídico frente a una agresión ilegítima —por difamatoria, injuriante, inexacta, falsa— y ajena, susceptible de dañar de manera infundada la reputación, fama o autoestima de un individuo, salvaguarda que, *prima facie*, no cabría considerar comprensiva de aquellos supuestos en que la lesión invocada es consecuencia de las acciones libres adoptadas por el propio individuo en el desarrollo de su personalidad”.

Rememora la doctrina de la real malicia en tanto que en los casos de concurrencia del derecho al honor y la libertad de expresión de personas públicas o involucradas en temas de interés público hay un valor preferente del derecho a la información como garantía esencial del sistema republicano.

Aplicados tales parámetros al caso, el Tribunal entiende que no media afectación al honor por cuanto: a) La actora no planteó que los contenidos de los que pretendía desvincularse fueran falsos o inexactos. Por el contrario, entiende que los URL que pidió disociar de su nombre incluyen programas de televisión en los que ella efectivamente participó. b) La información en la que estuvo involucrada, como se señaló, es de interés público.

En punto al derecho a la intimidad también el resolutorio repasa los estándares constitucionales, convencionales y jurisprudenciales en torno a su protección y pondera que la misma no ha sido afectada.

Con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, suscripto por el Dr. Víctor Abramovich, sostiene que “la protección de la privacidad no alcanza a aquellos aspectos de la vida personal que el titular consiente revelar al público”.

Concluye que “sin perjuicio de la escasa argumentación expresada por ella en sentido contrario en sus diferentes presentaciones y en la audiencia ante este Tribunal, no se advierten elementos de entidad que den sustento a su postura y conduzcan a tener por descartada la existencia de su consentimiento en la difusión de la información que hoy cuestiona” (2º pár., Consid. 20).

Reprocha a la actora que no alegó en la demanda ni pudo acreditar vicio alguno del consentimiento para la toma de esas imágenes en medios masivos de comunicación.

En fin, para la Corte no hubo ni intromisión ilegítima en la vida privada de la actora ni sus participaciones públicas ni falta de consentimiento para sus apariciones públicas.

De esta manera, de forma panorámica hemos repasado los temas más actuales en torno a la protección del vasto campo del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la comunicación y la jurisprudencia más reciente en la materia. Habrá que estar atentos a la evolución y a los nuevos desafíos que se presentan en este ámbito, y en especial con los interrogantes que viene planteando el desarrollo de la inteligencia artificial.

Especial atención concita el Considerando 23 de la sentencia pronunciada en autos “Dene gri”, pues al abocarse a un tema que trasciende el fallo en cuestión, la Corte realiza una referencia explícita a los criterios que utilizan los motores de búsqueda para determinar sus resultados. Así el número de veces que las palabras-clave aparecen en el sitio, el lugar en el que aparecen, el título y la calidad del sitio, la cantidad de sitios que abrevan en tal lugar, el orden en el que los contenidos se presentan, entre otros factores- no pueden, para el Tribunal, ser ignorados.

Señala los numerosos interrogantes respecto al campo de aplicación de la Inteligencia Artificial (IA) a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos, así como respecto de su incidencia en la ordenación del debate público. Aun cuando el tema no haya sido objeto de debate en la causa, el Tribunal reconoce la existencia de un foro de discusión mundial acerca del modo de compatibilizar los problemas que en algunas ocasiones podrían suscitarse entre los mencionados derechos y el funcionamiento de los sistemas de algoritmos (como ejemplo de los temas en debate en la materia, puede consultarse las “Directrices Éticas para una IA fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018”).

“En base a la forma en que Google manifestó que aparecen los resultados [que según el testimonio del abogado de la demandada no es un criterio “neutro”], se podría generar un cierto perfil de las personas que podría condicionar la composición de lugar que el internauta se hará de la identidad de la persona auscultada. De ahí la necesidad de asumir hacia el futuro la problemática de ciertos aspectos del funcionamiento de los algoritmos de los que se sirven los

motores de búsqueda, para que resulten más entendibles y transparentes para los usuarios, hoy sujetos a la decisión de aquellos”.

Ese señalamiento final de la Corte dirigido a Google no es menor, en tanto en la actualidad a nivel mundial se está hablando en el seno de la ONU de un Pacto Digital Global²¹. A tenerlo en cuenta.

La tecnología debe adaptarse a los requerimientos de los derechos humanos, y no al revés. Esta afirmación que puede parecer tan simple, en realidad se convierte en la guía básica de regulación, ponderación y aplicabilidad de las IA. No podemos negar los beneficios que la misma reporta para la humanidad como servicio, pero debe respetar la integralidad de los derechos humanos que nos constituyen como personas humanas, tanto en lo individual como en lo colectivo.

A manera de cierre o mejor aún, dejando el aporte de un pensamiento para fomentar la reflexión abierta, nos parece enriquecedor traer aquí estas palabras del Papa Francisco: “Todos somos conscientes de cuánto la inteligencia artificial está cada vez más presente en cada aspecto de la vida cotidiana, tanto personal como social. Esta incide en nuestra forma de comprender al mundo y a nosotros mismos. Las innovaciones en este campo hacen que tales instrumentos sean cada vez más decisivos en las actividades e incluso en las decisiones humanas. [...] Cada persona, de hecho, debe poder disfrutar de un desarrollo humano y solidario, sin que nadie sea excluido. Se trata, pues, de vigilar y trabajar para que el uso discriminatorio de estas herramientas no se arraigue a costa de los más frágiles y excluidos. [...] Se puede poner el ejemplo de las solicitudes de asilo: no es aceptable que la decisión sobre la vida y el destino de un ser humano sea confiada a un algoritmo²²” (2023).

Referencias

- Bernard, A. (1994). “Una barrera contra la barbarie”. *El Correo de la UNESCO. Derechos Humanos: Una larga marcha*, 15-17.
- Bidart Campos, Germán (1998) Manual de la Constitución Reformada, Tomo II, Buenos Aires, EDIAR.
- Castagni, Nicoletta (1992) “Gutenberg: la sorprendente invención”, en “Del pedernal al silicio. Historia de los medios de comunicación masiva”. Giovannini, Giovani. EUDEBA, Colección Temas, 1992. Buenos Aires, EUDEBA.

²¹ El 13 de marzo de 2024 el Parlamento Europeo ha aprobado la Ley de IA, una normativa destinada a regular la IA según un enfoque basado en el riesgo. La ley se aprobó con 523 votos a favor, 46 en contra y 49 abstenciones. Ha sido calificada como una ley pionera e histórica al abordar las IA categorizándola y clasifica a la IA en 4 niveles: sistemas prohibidos, sistemas de alto riesgo, sistemas de riesgo limitado y sistemas de riesgo neutro. Más información en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial#:~:text=El%20Parlamento%20aprob%C3%B3%20el%20mi%C3%A9rcodoles,tiempo%20que%20impulsa%20la%20innovaci%C3%B3n>.

²² <https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2023/january/documents/20230110-incontro-romecall.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”. Sentencia de 19/09/2006. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/reparando-derechos/Caso-Claude-Reyes.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil”, sentencia de 24/11/2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, sentencia de 29/11/2011. Texto oficial en:

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, texto oficial en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85, 13-11-1985. Disponible versión digital en:

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53980>

Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN, "DENEGRI, NATALIA RUTH c/ GOOGLE INC", 28 de junio de 2022, Fallos: 345:482.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN. "Gimbutas, Carolina Valeria" (Fallos: 340:1236)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia "Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción meramente declarativa", 29/10/2013Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN "Mazza, Valeria Raquel c/ Yahoo SRL Argentina y otros/ daños y perjuicios" (Fallos: 344:1481).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias" (Fallos: 342:2187)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. CSJN Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S. A., C.S.J.N, Fallos, 306:1892.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos A. 215. XXXVII. Asociación Mutual Carlos Mujica c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional - COMFER) s/ amparo. 01/09/2003

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) c. Estado Nacional – M° Desarrollo Social dto. 1172/03 amparo ley 16.986", CSJN, 26/03/2014

Corte Suprema de Justicia de la Nación "Garrido, Carlos Manuel c/E.N. – AFIP s/amparo ley 16.986", CSJN, 21/06/2016.

Darbishire, Helen (1994). *"Libertad de expresión, libertad primordial"*. Artículo publicado en "El Correo de la UNESCO". Marzo 1994. Año XLVII. Pág. 18 a 22.

Desantes Guanter, José María (1978) "La cláusula de conciencia". Pamplona, España. Ed. Eunsa.

Fiss, Owen M. Yale Law School. "The Censorship of Television" (1999). Faculty Scholarship Series, Paper 1318.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fiss_papers/1318

Fiss, Owen (1999) "La Ironía de la Libertad de Expresión". Gedisa Editorial, Barcelona.

- Loreti, Damián (1998) *El derecho a la información*. Buenos Aires, Paidós.
- MacBride, Sean y otros (1980) Un solo mundo, voces múltiples. Unesco. Comunicación e Información en nuestro tiempo. Fondo de Cultura Económica, México/UNESCO, París.
- Parlamento Europeo <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20240308IPR19015/la-eurocamara-aprueba-una-ley-historica-para-regular-la-inteligencia-artificial#:~:text=El%20Parlamento%20aprob%C3%B3%20el%20mi%C3%A9rcoles,tiempo%20que%20impulsa%20la%20innovaci%C3%B3n>
- Soria Sáiz, Carlos (1987-1988), “Más allá del capitalismo informativo”. Cuadernos de información, N° 4-5.
- Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014. Google Spain, S.L. y Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional. Texto oficial disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>
- Vaticano, Papa Francisco. Discurso en el encuentro “Rome Call”, Sala Clementina, 10/01/2023. <https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2023/january/documents/20230110-incontro-romecall.html>
- Villalba, Carlos – Lipszyc, Delia (2005) “El Derecho de Autor en la Argentina”, Buenos Aires, La Ley.
- Ziulu, Adolfo G. (2014) “Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

CAPÍTULO 2

Nuevas consideraciones en torno al alcance de las acciones afirmativas acerca del fallo "Students for Admisions vs Harvard - Students for Admisions University of Carolina" y sus implicancias en nuestro ordenamiento

Mercedes Guadalupe Julierac

Introducción

Una de las cuestiones que ha generado mayor nivel de discusión en la doctrina y jurisprudencia de los EEUU -y que se ha ido trasladando a toda la cultura jurídica continental- es la que se ha suscitado en torno a la constitucionalidad y alcance de la denominadas acciones afirmativas, entendidas estas -de una manera relativamente aceptada- como *"un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo al que están destinadas en un aspecto o varios de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva"*²³.

Si bien es profusa la doctrina constitucional en realizar acepciones en torno al alcance de la acción afirmativa y los denominados mecanismos de discriminación positiva que pueden implementarse en una sociedad, a los fines de este trabajo limitaremos la discusión en la que se circumscribe la procedencia de la medida; es decir, en la necesidad de adoptar mecanismos que alcancen prácticas sociales de igualdad real de posibilidades, reconociendo la preexistencia de un contexto discriminatorio sobre lo que podríamos denominar minorías o grupos vulnerables.

En este sentido, como aproximación a la cuestión podemos advertir tres dimensiones claramente diferenciadas a partir de una conceptualización esquemática de lo que entendemos como acción positiva. Por un lado, como una garantía específica del ordenamiento jurídico que permita el restablecimiento de una igualdad sustancial previamente vulnerada. Por otro lado, como acciones colectivas de protección de personas a los que el ordenamiento positivo -por algún fundamento ético e histórico- le reconoce la condición de grupo vulnerable o minoría. Finalmente, como un estándar argumental y teleológico en la promoción de políticas públicas.

Como puede apreciarse, la definición subyace sobre dos pilares que serán objeto de análisis en las consideraciones a tratar en este trabajo, como lo son:

²³ Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN/ Sub 2/2002/21, 17 de junio de 2002.-

a.- El reconocimiento legal y/o constitucional de lo que podríamos denominar una situación histórica de desigualdad respecto de un grupo social o minoría.

b.- La instrumentalización de prácticas temporales que tiendan a colocar a ese grupo social o minoría en una situación de igualdad de oportunidades.

Estos dos puntos -como veremos- se encuentran indisolublemente ligados, por cuanto redimensionan la discusión en torno al alcance de la medida y su grupo destinatario a partir de baremos de escrutinio diferenciados, que exceden al de la mera igualdad de trato. En efecto, el análisis de la medida supondrá la interpretación dinámica e histórica del contexto de desigualdad por un lado, y por otro en qué medida los instrumentos adoptados para revertir la desigualdad real de oportunidades comienzan a insinuar obsolescencia, o bien, a redefinir un nuevo sesgo discriminatorio dentro del grupo cuya protección se pretende.

En este sentido, un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU²⁴ invita a reflexionar sobre estas cuestiones, pretendiendo extraer una serie de lineamientos que permitan analizar aspectos concernientes a la acción afirmativa, y en particular, a la redefinición de lo que podríamos denominar minoría en una determinada práctica discriminatoria.

El surgimiento de la acción afirmativa en Estados Unidos

Como fuera señalado, la noción histórica del principio de igualdad -entendida liminarmente como igualdad de trato- evoluciona a una igualdad de oportunidades, a partir del reconocimiento histórico de prácticas discriminatorias sobre grupos o minorías vulnerables. Es decir, tanto la legislación como la práctica judicial comienzan a asimilar nuevas directrices en torno al alcance del principio, comprendiendo situaciones que exceden a la singularidad del individuo, y que reflejan aspectos estructurales de la organización social, tales como las diferencias de clases sociales, la segregación racial e incluso, la disparidad de género, en el acceso y goce de determinados derechos. Es en este sentido, en el que se verifica que la igualdad formal de trato en el sujeto de derecho, deviene deficiente para efectivamente canalizar las demandas de igualdad real de los distintos grupos o minorías que conforman una sociedad genuinamente democrática.

A poco de analizar el surgimiento histórico de la acción afirmativa, reconocemos que los extremos en torno a la redefinición de lo que podríamos llamar minoría y práctica social se encontraban ínsitos en su génesis. Es decir, a partir de la misma evolución de la sociedad, es que empiezan a revelarse insustanciales los mecanismos de reconocimiento de la igualdad, deviniendo imperioso la constitución de un nuevo orden normativo que contenga y redefina la preexistencia de nuevas prácticas discriminatorias en el seno de una sociedad.

El término *"acción positiva"* surgió a partir de la redefinición del derecho colectivo del trabajo en EEUU, durante el denominado *"New Deal"*, en la presidencia de Franklin Delano ROOSEVELT.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de EEUU, *"Students for Admissions v Harvard - Students for Admision v University of Carolina"*

En este sentido, la Ley Nacional de Relaciones Laborales²⁵ -conocida también como Wagner Act- dispuso de una serie de mecanismos contra la discriminación en el ámbito laboral de empleados que hubiesen intervenido en huelgas o acciones sindicales, quedando incluida la reincorporación del trabajador en caso de despido por tales motivaciones.

La novedad legislativa importó no sólo el reconocimiento de lo que podríamos denominar un grupo vulnerable que debe contemplarse por fuera de las categorías interpretativas del derecho civil y la libertad contractual, sino que trascendió a la protección de un orden público que garantizara mecanismos de restablecimiento de la igualdad real en los términos de la negociación colectiva.

Sin embargo, el paso más novedoso y osado del mismo ROOSVELT -incluso para la cultura jurídica norteamericana- se da en 1941 con la Orden Ejecutiva 8802, precursora de las políticas de acción afirmativa en el marco de las relaciones laborales, con la finalidad de impedir prácticas discriminatorias -basadas principalmente en motivaciones raciales- en el ámbito de los departamentos industriales destinados a la fabricación de armamento y componentes de la industria bélica²⁶.

La Orden Ejecutiva 8802 representó un hito incontrastable en la lucha de los movimientos de derechos civiles de la minoría afroamericana, dando inicio a lo que hoy podríamos llamar una política de estado contra la discriminación, a la que luego le sucedieron distintas regulaciones para el efectivo acceso de determinados derechos a partir de la década del '60.

En este sentido, se sancionaron la Ley de Derechos Civiles de 1964, a la que le siguieron otras medidas de igual tenor para abordar la problemática racial, tales como la Orden Ejecutiva 11246 (1964)²⁷, la *Voting Rights Act* (1965)²⁸, la *Fair Housing Act* (1968)²⁹, creándose la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en Materia de Empleo.

No obstante, en la década de 1970 se llegó a un punto en el que las políticas mencionadas demostraron ser más bien insatisfactorias para alcanzar una igualdad genuina, originando un movimiento en el ámbito de universidades y empresas compenetrados en la adopción de medidas de otro tenor y alcance, con el claro objetivo de lograr un cambio significativo en la condición de vida de la población afro-descendiente. Este grupo de medidas –que pueden distinguirse entre las que utilizaron el sistema de metas u objetivos y las que optaron por el sistema de cupos-,

²⁵ National Labor Relations Act (NLRA), promulgada en julio de 1935.-

²⁶ Orden Ejecutiva 8802, "todos los departamentos y agencias del Gobierno de los Estados Unidos que se ocupan de los programas de vocacionales y de capacitación para la producción de la defensa tomarán medidas apropiadas para asegurar que dichos programas se administren sin discriminación por motivos de raza, credo, color u origen nacional"

²⁷ La Orden Ejecutiva 11246 declaró ilegal las prácticas laborales en las que la discriminación del empleador se funde en motivos de raza, color de piel, religión, origen nacional y sexo -incluyendo el parto, embarazo y otras afecciones relacionadas.

²⁸ Ley de Derecho a Voto, constituyó una ley histórica de la legislación norteamericana, que configuró un hito en el acceso al voto, eliminando recaudos formales tales como la alfabetización o el cumplimiento de pago de impuestos, entendidos como prácticas que impedían el acceso al voto a la comunidad afroamericana.

²⁹ Ley de Equidad en la Vivienda, que proscribía la discriminación basada en motivos de raza, color, religión u origen para el acceso -por alquiler o compra- a la vivienda

tendientes a la plena integración social de los negros y de otras minorías raciales se las agrupó bajo la denominación “*affirmative action*”.

Señala SANCHEZ GONZALEZ que la ‘acción afirmativa’ que se emprende a principios de la década de 1970 por los poderes públicos y por algunas empresas privadas supone la superación de aquella concepción originaria en un doble sentido. Por un lado, parte de la existencia de una profunda desigualdad social que es el resultado de una discriminación estructural y generalizada basada fundamentalmente en la raza y el color de la piel, contra la que hay que luchar mediante acciones concretas. Por otro, porque las víctimas de la discriminación lo han sido y lo son como consecuencia, no de una característica o comportamiento individual específico, sino de rasgos físicos generales. Esta ‘acción afirmativa’ constituye, por lo tanto, una práctica, o una política, dirigida a favorecer a sectores de población que se encuentran en condiciones de inferioridad precisamente por ser de una raza determinada; y es, por lo tanto, una discriminación de signo inverso, que pretende enmendar los efectos de la discriminación histórica que habían sufrido sobre todo los negros y los inmigrantes no procedentes del universo anglosajón.” [SANCHEZ GONZALEZ; 2014,70]

De esta manera, las políticas de discriminación inversa provocaron un radical cambio de paradigma en EEUU, a partir de la configuración de un nuevo contenido del principio de igualdad, en el que se dimensionan mecanismos para mitigar y erradicar las prácticas históricas de segregación dentro de una sociedad, y en consecuencia, alcanzar una igualdad real en materia de oportunidades. Por consiguiente, la adopción de metas o cupos de admisión constituyó el principal remedio para encauzar una solución genuina a prácticas segregativas socialmente instaladas, y que comportaron una lectura histórica en la evolución del sistema democrático.

Los precedentes judiciales que motivaron el cambio de paradigma

La discusión sobre la Cláusula de Protección Igualitaria tiene larga data en la Corte Suprema de los EEUU. Si bien de un considerable conjunto de fallos podía evidenciarse una evolución del contenido del derecho de igualdad³⁰, asegurando progresivamente los objetivos planteados en la referida

³⁰ *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. 303, 307-309; *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356, 368-369, 373-374 (1886); *Truax v. Raich*, 239 U. S. 33, 36 (1915); *Strauder*, 100 U. S., en 308-309; entre otros.-

cláusula, la doctrina del fallo *Plessy v. Ferguson*³¹, representó durante casi sesenta años un sesgo profundamente formal respecto a su alcance bajo el lema "separados pero iguales"³².

Esta doctrina se revertiría en 1954 con el famoso precedente "*Brown v. Board of Education*"³³, donde se discutía la legalidad de la segregación étnica en el ámbito escolar. Resultan interesantes los hechos que motivaron el pronunciamiento del Máximo Tribunal de los EEUU, ya que constituirán la piedra angular del surgimiento de las acciones afirmativas. En efecto, la cuestión se suscitó cuando el Consejo de Educación de Topeka, Kansas, se negó a inscribir en la escuela primaria más cercana a su domicilio a la hija del ciudadano negro, Oliver Brown, exigiéndole inscribirse en otra escuela segregada. La familia BROWN junto a otras doce familias negras locales interpusieron una demanda colectiva en un Tribunal Federal de los Estados Unidos alegando que su política de segregación era inconstitucional.

Arribado a la última instancia el caso, finalmente la Corte Suprema de Justicia de los EEUU revocó el fallo del [Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Kansas](#) -basado en la doctrina de *Plessy v Ferguson*- dictaminando que las instalaciones educativas separadas eran inherentemente desiguales y, por lo tanto, las leyes que las imponen violan la Cláusula de Protección Igualitaria de la [Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos](#). En este sentido, las excepciones a la misma solo podían ser aceptadas bajo un escrutinio estricto de análisis en que el que se verifiquen dos factores fundamentales, a saber, que la clasificación racial se utilice para promover intereses gubernamentales fundamentales, y si la utilización del origen étnico por parte del Estado resulta absolutamente necesaria para cumplir ese interés³⁴. En los casos en los que se cumplan ambos presupuestos, pueden aceptarse excepciones a la Cláusula, cuya teleología siempre será la mayor igualdad real para los grupos minoritarios.

Sin embargo, la decisión no detalló ningún tipo de método para poner fin a la segregación racial en las escuelas, y la segunda decisión de la Corte en *Brown II* (1955)³⁵ solo ordenó a los estados locales a eliminar la segregación "con toda la rapidez deliberada".

Es aquí donde se presenta el nudo que la cuestión plantea. Aunque todo Tribunal podría declarar la nulidad de una norma que impusiera una discriminación análoga, la práctica histórica podría mantenerse incólume frente a la decisión judicial. Más aún, en el [sur de los Estados Unidos](#), la actitud frente al precedente fue manifiestamente reactiva, llegando incluso a que líderes gubernamentales y políticos adoptaran el plan conocido como "Resistencia masiva", creado por

³¹ *Plessy v Ferguson*, 163 U.S 537 (1896).-

³² Según esta doctrina, el gobierno podía permitir que sectores públicos o privados como los de servicios, instalaciones, alojamientos, vivienda, cuidados médicos, educación, empleo y transporte pudieran ser separados según la raza puesto que la calidad de cada uno de estos servicios sería igual. Esta frase se usó notoriamente por primera vez en Luisiana en 1890, aunque el término usado en verdad era "iguales pero separados". -

³³ *Brown v Board of Education*, 347 U.S 483 (1954). -

³⁴ Dicha expresión es una traducción literal de la expresión "*compelling state interest*", y pone de manifiesto que el análisis de la constitucionalidad de una norma no se circunscribirá a la razonabilidad de las distinciones que en ella se haga para el cumplimiento de tales fines, sino en la presunción de inconstitucionalidad que importará indagar profundamente en los presupuestos para promover tal distinción.-

³⁵ *Brown II*, 349 U.S 294 (1955).-

el senador de Virginia Harry F BYRD, para frustrar los intentos de obligarlos a eliminar la segregación en sus sistemas escolares. Si bien cuatro años más tarde, en el caso *Cooper v. Aaron*³⁶, la Corte reafirmó el contenido del precedente, y declaró explícitamente que los funcionarios estatales y los legisladores no tenían poder para anular su fallo, lo cierto es que el sistema constitucional se revelaba insustancial para revertir un proceso histórico de prácticas discriminatorias, que incluso socavaban los cimientos mismos de la organización social.

Este resulta el contexto histórico y social en el que emerge la acción afirmativa, a partir de revelarse insuficiente -como objetivo estatal- la instalación incluso de escrutinios estrictos de análisis constitucional, siendo imperioso avanzar sobre las mismas prácticas sociales, promoviendo una genuina igualdad de oportunidades en la sociedad, principalmente en las denominadas minorías-

El surgimiento de las acciones afirmativas

La jurisprudencia específica en materia de admisiones basadas en criterios étnicos comienza parojojalmente con el fallo “BAKKE”³⁷, en la cual el actor demandó a la Universidad de California por reservar una plaza especial para la Escuela de Medicina para estudiantes pertenecientes a minorías étnicas, a los que se les tomaba una admisión distinta que al resto de los postulantes. A tal fin se crearon dos comités, mientras el primero de ellos se concentraba en los candidatos blancos a quienes se les exigía un promedio de notas, cartas de recomendación, pruebas de trabajo extracurricular en la comunidad y una entrevista, el segundo seleccionaba a los candidatos de los grupos étnicos minoritarios -con criterios menos exigentes-.

En tales circunstancias, el aspirante Allan BAKKE, de ascendencia caucásica, presentó exámenes de selección dos veces, en los años 1973 y 1974, siendo rechazadas sus solicitudes en ambas oportunidades. Ante ello, interpuso una demanda ante la Corte del Estado de California, denunciando que su admisión había sido mal denegada, pues la razón del rechazo se encontraba fundado en que pertenecía a la raza blanca y no a las consideradas minoritarias, y que por lo tanto, había sido objeto de un trato discriminatorio. Por su parte, la Universidad fundó su defensa en la obligación de compensar a los grupos minoritarios que en el pasado habían tenido una presencia casi nula en dicha universidad, encontrando socialmente valioso formar profesionales de estas minorías toda vez que permitía un acercamiento a las comunidades más pobres y discriminadas.

La decisión estuvo sumamente dividida en este caso, no obstante el fallo resultó favorable a los intereses del demandante, y en consecuencia se ordenó su admisión, en la inteligencia que el sistema de cupos atentaba contra el Acta de Derechos Civiles. Sin embargo, en parte la

³⁶ *Cooper v Aaron*, 358 U.S 1.-

³⁷ *Regents of University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978)

decisión también resultó favorable a la Universidad, toda vez que se admitió la implementación de planes de acción afirmativa en los que la admisión de los aspirantes admitiesen la condición racial como factor de selección, en tanto y en cuanto no fuese el único criterio y el mismo resultase excluyente.

El núcleo trascendental del fallo lo esgrimió el juez POWELL, indicando que si bien las universidades gozan de libertad para emitir juicios sobre el alumnado al que aspiran en su matrícula, las distinciones étnicas y raciales *a priori* resultan categorías sospechosas, argumentando que el origen étnico de un participante resulta susceptible de ponderación en igual medida que cualquier otra consideración académica o meritocrática, por lo devenía inadmisible ser tenida dicha categoría como único factor de admisión.

En este punto, resulta imprescindible la reflexión del juez POWELL. En esencia, las acciones afirmativas no serían contrarias a la cláusula de igual protección, a condición de que el establecimiento de categorías diferenciadoras responda estrictamente a un interés estatal apremiante o imperioso -*compelling state interest*- . En el caso, la diversidad cultural y étnica de los estudiantes -en una sociedad multiétnica como la estadounidense- se vincula necesariamente con las bases de una sociedad liberal y democrática, y por lo tanto, dichos tratos preferenciales están en condiciones de satisfacer la prueba de control riguroso -*strict scrutiny test*-, ineludible para no entrar en contradicción con el principio de igualdad.

Si bien hubo ciertas cavilaciones en torno al alcance de esta conceptualización, lo cierto es que la promoción de acciones afirmativas -entendidas como mecanismos de promoción de igualdad real de oportunidades- debía superar el escrutinio estricto de cualquier otra norma que *a priori* establezca distinciones raciales -o de otro tipo- asimiladas culturalmente como estigmatizantes. Lo expuesto configura un punto medular en la interpretación constitucional, toda vez que la naturaleza de la distinción no puede encubrir -aún a partir de la declaración política que presupone la procedencia de la acción afirmativa- un esquema a la poste segregativo fundado en motivaciones discriminatorias como lo son el sexo, la raza, la religión, color de piel o nacionalidad del individuo.

Sobre este punto retomaremos en las reflexiones finales, sin dejar de advertir que la reflexión del juez POWELL advertía de los eventuales peligros que podría -aun en su incipiente configuración- despertar en una sociedad abierta y plural, la procedencia irrestricta de acciones afirmativas.

La doctrina de BAKKE se mantuvo hasta el año 2003, cuando se discutió en el caso *Grutter v. Bollinger*³⁸, el sistema de admisiones utilizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan. En este fallo se siguieron los mismos lineamientos aunque se establecieron límites claros respecto a los medios a utilizar para propiciar el esquema de discriminación positiva, tales como la imposibilidad de establecer cuotas para determinados grupos étnicos, o bien ubicar a distintos grupos en circuitos diferenciados de admisión ni buscar tener cupos de distintos grupos étnicos únicamente por su origen exclusivamente. El objetivo de estos límites era brindar una protección ante el riesgo de que la etnia se convierta en un “estereotipo ilegítimo” y evitar que la

³⁸ *Grutter v Bollinger*, 539 US 306 (2003).-

diversidad étnica se utilice como desventaja para discriminar a los grupos que no se ven beneficiados por este tipo de beneficios.

El fallo "Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College", sentencia n.º 20-1199, del 29-6-2023

Como hemos venido analizando, lo que importó un inicio auspicioso por parte de los sectores progresistas y de la izquierda académica de los EEUU respecto a la procedencia de los mecanismos de discriminación positiva, encontró con el curso de las décadas una advertencia más rigurosa y ajustada -quizá por la misma evolución social- de la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda por parte de la misma Corte Suprema de Justicia.

Los fallos analizados precisamente van demarcando los contornos respecto a la procedencia de estos esquemas de reversión de prácticas segregativas, denotando los límites de configurar un patrón inverso de discriminación que desnaturalice definitivamente la Cláusula de Protección Igualitaria. De ahí, que este proceso iniciado con el precedente BAKKE culmine con este último fallo, en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que los programas de admisión de Harvard y la Universidad de Carolina del Norte (en adelante, UNC) resultan claramente reductivos a la manda constitucional.

Bien vale esclarecer las circunstancias del caso que motivaron esta decisión, referente a los procesos de admisión seguidos por Harvard College y la Universidad de Carolina del Norte (UNC) -dos de las instituciones de enseñanza superior más antiguas de Estados Unidos-. Los procesos de admisión -en ambos casos similares- consistieron en el examen de un conjunto de seis categorías de evaluación: logros académicos, actividades extracurriculares, potencial deportivo, cartas de recomendación, cualidades personales y "general". En el caso de la categoría "general", el analista de la solicitud tiene en cuenta, la raza del solicitante. A continuación, los subcomités de admisión deben examinar todas las solicitudes por región geográfica, formulando luego recomendaciones al comité de admisiones en pleno, considerando la raza de los solicitantes. Finalmente, el comité analiza durante las deliberaciones la composición racial de los solicitantes.

En el caso de Harvard, el objetivo del proceso -según el director de admisiones- residía en evitar un "descenso drástico" en el número de ingresantes pertenecientes a una minoría, con respecto a la promoción anterior. De esta manera, los candidatos que obtengan la aprobación de la mayoría de los miembros del comité serían admitidos de manera provisional. Al final del proceso, se da a conocer al comité la composición racial de este grupo provisional de candidatos, depurándose la lista de estudiantes hasta llegar a la lista final. Incluso, los solicitantes que Harvard considera descartados en esta fase se incluyen en la denominada "*top list*", que contiene solo cuatro datos: si algún parente del solicitante fue alumno de la universidad, si se trata de un deportista becado, si cumple los requisitos para recibir ayuda financiera y su procedencia racial.

De esta manera, en el proceso de admisión a Harvard, para un porcentaje importante de los solicitantes afroamericanos e hispanos la raza resulta un dato decisivo para su admisión. De la misma manera que para la UNC, que cuenta con un proceso de admisión análogo, sin incluir la denominada *top list*.-

En este contexto, la Corte Suprema puntualizó que -después del precedente GRUTTER- las admisiones universitarias basadas en la raza pueden ser autorizadas dentro de los límites de un escrutinio estricto, no pudiendo recurrir a la raza como estereotipo, y teniendo las mismas un carácter temporal.

En este sentido, los sistemas de admisión de los demandados no aplicaban el criterio racial en los programas de admisión de manera *“lo suficientemente mensurable como para permitir una [revisión] judicial”* en virtud de la doctrina del escrutinio estricto. Por el contrario, -y aún cuando se trate de objetivos encomiables- no se encontraba a su juicio plasmado con transparencia como se supone que los tribunales deben medir estos objetivos o, en su caso, saber si se han alcanzado para poner fin a las preferencias raciales.

En segundo lugar, la Corte Suprema determinó que los programas de admisión de los demandados no conseguían tampoco articular de manera adecuada la relación entre los medios empleados y los objetivos perseguidos. En efecto, las categorías con que las universidades miden la composición racial del alumnado con vistas a beneficiarse de las ventajas derivadas de la diversidad racial resultan o bien demasiado amplias (por ejemplo, parecen no preocuparse por si los estudiantes del sur o del este de Asia están representados de manera apropiada en la categoría de “asiáticos”), o bien arbitrarias o indefinidas (como en el uso de la categoría “hispanos”) o bien poco inclusivas (por ejemplo, no contemplan ninguna categoría para los estudiantes de Medio Oriente).

En este punto, retomó el precedente "GRUTTER" para sintetizar que los sistemas de admisión en análisis tampoco cumplen con el doble mandato de la Cláusula de Protección Igualitaria, por cuanto no puede considerarse en sentido negativo ni de manera estereotipada. Sobre el punto, observó que las admisiones universitarias son una cuestión de suma cero, y que el hecho de otorgar un beneficio a algunos solicitantes y no a otros favorece necesariamente al primer grupo a expensas del segundo.

Finalmente, la Corte Suprema consideró que nada prohíbe a las universidades tener en cuenta la manera en que la vida de determinado aspirante se haya visto afectada por su condición racial, siempre y cuando el análisis contemple las cualidades personales o aptitudes singulares que el solicitante demuestre en el proceso de selección. En este sentido, advirtió que durante un tiempo demasiado largo, distintas universidades han considerado de manera errónea que la piedra angular de la identidad de un individuo no son los retos superados, las habilidades adquiridas o las lecciones obtenidas, sino el color de su piel. La historia constitucional de los Estados Unidos, concluyó la Corte Suprema, no tolera esa interpretación.

Este último es el que consideramos el punto fundamental del fallo, y es el que a continuación nos proponemos a analizar como presupuesto filosófico de la raíz profundamente liberal que subyace en el principio de igualdad.-

Reflexiones finales en torno al alcance de las medidas afirmativas

La trayectoria jurisprudencial de la Corte Suprema de los EEUU ha evidenciado en la materia una coherencia incontrastable, precisamente porque se puede inferir de ella un hilo conceptual que dirige -aún con más de cincuenta años- una evolución axiológica ligada al sustrato mismo de una sociedad liberal.

En este sentido, la naturaleza misma de la acción afirmativa está vinculada a la promoción de una situación igualitaria de los individuos para el acceso -en las mismas condiciones- de derechos. Ahora bien, la presuposición inicial de que históricamente han existido grupos vulnerables o minorías postergadas, no habilita a una interpretación colectivista y sesgada del individuo como meramente portador de una condición de pertenencia a ese grupo.

Entiendo que este es el punto medular de la reflexión del último fallo, aunque ya fuera insinuado en los precedentes citados. La existencia de una sociedad plural y tolerante en modo alguno puede comportar que los remedios para promoverla comporten metodologías corporativistas, desprovistas de cualquier análisis de la situación particular del individuo -y en particular de la incidencia de esa cualidad en el acceso a determinados derechos. De ahí, que la teleología de la acción afirmativa sea promover individualmente la igualdad real en personas pertenecientes a un determinado grupo, y no promover al grupo por un tratamiento histórico desigual.

Es interesante en este punto la consideración que el Tribunal formula en relación al doble mandato de la Cláusula de Protección Igualitaria, que proscribe que la raza no puede considerarse en sentido negativo ni de manera estereotipada. Es decir, así como una categoría no puede ser tomada para negar el acceso a un derecho, tampoco puede ser utilizada para promover una situación diferenciada, en la clara inteligencia que ello supone una consideración arbitraria respecto del conjunto de los individuos.

Lo expuesto representa un claro llamado de atención a desproveer cualquier interpretación colectivista de la acción afirmativa; siempre la protección igualitaria resida en el individuo. Esa, y no otra, es precisamente la piedra angular para la promoción de una sociedad genuinamente igualitaria y plural, pues la mera consideración de su pertenencia -ya sea étnica, religiosa o social- conlleva el inminente riesgo de promover una cultura social sesgada por el corporativismo y la pertenencia de grupo -en clara contraposición con los ideales liberales de las constituciones occidentales-.

En esta inteligencia, es que podemos inferir rasgos salientes para la procedencia de acción afirmativa, entendida como estándar argumental y teleológico en la promoción de políticas públicas, y que pueden resumirse en los siguientes puntos:

a.- La consideración individual respecto a la pertenencia de un grupo vulnerable o minoría postergada. En este sentido, la ponderación debe ceñirse a circunstancias individuales de afectación del individuo -su condición estrictamente particular en relación a la postergación experimentada- y no meramente la pertenencia estereotipada a un grupo o clase. El reciente fallo expresamente lo señala, a partir de advertir que no pueden tomarse las meras características de

pertenencia a un grupo en un programa de admisión, sin considerar estrictamente su relación con el individuo y su proyección en su vida particular. Este concepto -considerado como el punto neurálgico del fallo- exige una evaluación individual de aquel aspirante en el que la pertenencia a un grupo no se evalúe de manera sesgada y guarde relación con su experiencia particular, a riesgo de no caer en apreciaciones rayanas al corporativismo grupal o de clase.

b.- El grado de intensidad del programa. Por grado de intensidad nos referiremos a la ponderación de recaudos inherentes al tratamiento de la solicitud. Por supuesto que la apertura en un programa de admisión respecto a personas integrantes de un grupo puede exigir menores recaudos que para el resto del conjunto, a tenor de una necesaria y justificada reparación histórica, evaluando el alcance de esta postergación. En efecto, no deberían tener el mismo nivel de intensidad en la consideración de características de pertenencia aquellos programas ceñidos a grupos con una inserción mayor en determinados ámbitos de la vida social que otros cuya consideración es más reciente históricamente. A modo de ejemplo, la situación de aquellos que integran la comunidad afro-americana en los EEUU representa una evolución histórica favorable en términos de discriminación desde la década del '60 del siglo pasado, aunque no de la misma manera que lo hayan podido experimentar otros grupos sociales de migrantes, por caso la comunidad asiática o musulmana. Por consiguiente, los programas -respecto de ambos grupos- pueden ofrecer distintos niveles de intensidad a partir de considerarse evolutivamente esta situación y su incidencia individual en los aspirantes.

c.- La evolución histórica del programa. Lo señalado nos lleva a una segunda apreciación, ya que estos programas de cupos experimentan una evolución en el tiempo en conjunto con la evolución social respecto de ese grupo. Esta es la apreciación que surge en "GRUTTER" cuando sugestivamente se consideró un plazo de veinticinco (25) años para estos programas. Si bien esto pareció referirse a una sugerencia y no a un plazo necesariamente taxativo de veinticinco (25) años, determinó la necesidad de verificar la necesidad histórica de su implementación, a tenor no conculcar a la poste -y de manera inversa- la Cláusula de Protección Igualitaria respecto de otros, a partir de la utilización de una categoría de manera estereotipada. De ahí, que es menester la evolución periódica del programa junto con el grado de satisfacción que ha experimentado esa política de admisión en su ámbito, para que su aplicación no distorsione a la poste el objetivo de la acción afirmativa, no convirtiéndose en un estereotipo la diferenciación inicialmente trazada en el programa.

d.- El concepto de baremo diferencial. Este representa el punto más complejo del análisis ya que engloba los restantes, por cuanto el criterio de admisión diferencial debe ser analizado como un criterio integrado a los restantes *ítems* o recaudos de admisión. Es decir, debe integrarse con un peso específico en el conjunto de los requisitos a partir de la evaluación que previamente se haga de su inserción en el programa. De ahí, que su incidencia podrá gravitar en mayor o en menor medida en el conjunto de los requisitos, a tenor del grado de intensidad que tenga el programa, y su evaluación dentro del conjunto social o individual, ponderado en el tiempo. Esta advertencia incluso se desprendería del fallo, cuando la misma Corte Suprema observa que los criterios adoptados en HARVARD referidos a la raza están desprovistos del

contexto individual del aspirante, tomando a la raza o pertenencia étnica como un criterio sesgado en el conjunto de recaudos, y con la sola finalidad de mantener dentro de su alumnado a personas de origen afro-americanos. Por ende, es menester utilizar el criterio de baremo diferencial de manera evolutiva, con la finalidad de integrar la categoría utilizada para la admisión de manera integrada y evolutiva al conjunto de los restantes criterios de admisión.

Estos criterios en nuestro humilde entendimiento deberían guiar en adelante la hermenéutica de toda acción afirmativa a la hora de asumir la adopción de políticas públicas de discriminación positiva, integrando esta teleología al principio de igualdad como garantía contra la discriminación arbitraria, y sopesando siempre los riesgos de la utilización parcial y sesgada de una categoría.

Si bien en nuestro país la aplicación de mecanismos de discriminación inversa guarda relativamente escaso tiempo de duración, no por ello es plausible el llamado de atención hacia una utilización desviada -y por consiguiente arbitrario- de los mecanismos de acción afirmativa.

principal simulado Texto principal simulado.

Referencias

- Aguilar Fernández, Susana. (junio 2007). Contexto político y protesta: El movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos. *Revista de Estudios Políticos de Madrid*. ISSN: 0048-7694 (136).
- Bianchi, Alberto. (2008). *Historia Constitucional de los Estados Unidos*. Editorial Cathedra Jurídica. (Buenos Aires).
- Cayuso, Susana Graciela. (2009). El Principio de Igualdad, Problemas e Interrogantes al Sistema constitucional argentino. *Revista de Derecho Político* (75 -76), p. 359-383.
- Gelli, Angélica. (2018). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*. p. 351-397. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- Saba, Roberto. (2004). *Desigualdad Estructural. Visiones de la Constitución 1853-2004*. UCES. Ediciones Amaya. P. 479-514.
- Saba, Roberto. (2005) (Des)igualdad estructural. *Revista Derecho y Humanidades*. Universidad de Chile (11).

CAPÍTULO 3

Representación política y género. Crónica constitucional, legal y jurisprudencial de una lucha progresiva

Analía Eliades

Presentación

Los derechos que conciernen a la participación política en la sociedad estuvieron por siglos monopolizados por los hombres, de conformidad al ideario de un modelo patriarcal que se resistió al reconocimiento igualitario, universal y con perspectiva de géneros que debe caracterizar a todo Estado de Derecho que se precie de democrático e inclusivo.

Hubo diversos puntos de inflexión históricos que repasaremos a continuación, tanto en el plano legal como en el constitucional y convencional, que fueron la expresión de contextos y movimientos sociales en los cuales las luchas colectivas fueron trascendentales para la concreción de los mismos. También deben tenerse presentes las contribuciones que el derecho comparado, los sistemas regionales de derechos humanos, la doctrina y la jurisprudencia realizan en pos del efectivo ejercicio de la paridad de género en la representación política, tanto en el interior de los partidos políticos, como en los órganos del Estado, entidades públicas y en diversas organizaciones como los sindicatos, entre otros.

Valga la advertencia que el presente trabajo no tiene la pretensión de ser completo y exhaustivo, ni abarca las necesarias miradas interdisciplinarias que lo atraviesan³⁹, sino introductorio en la materia, con el objetivo de ofrecer un panorama normativo y jurisprudencial actualizado del estado de situación de los derechos de las mujeres en la representación política y señalar un puñado referencias bibliográficas y documentales para quienes deseen profundizar y seguir indagando en la temática.

³⁹ Creemos necesario dejar asentada la limitación analítica de este trabajo, que pretende ser una presentación de la temática pues el primer condicionante se encuentra en el espacio y extensión en el marco de una obra colectiva. Reconocemos asimismo la vasta producción bibliográfica que en la materia han dado en particular diversas autoras provenientes de los más diversos campos disciplinarios, incluso en el interior de la doctrina jurídica argentina, cuya mirada nos excede y admiramos por su rica producción, constancia y compromiso.

De la exclusión política a la ley de voto femenino

De omisiones, exclusiones e incapacidades

Ni la Constitución de los Estados Unidos (1789-1791), ni la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia (1789), ni las Constituciones francesas de 1791 y 1793 hicieron siquiera mención a las mujeres, y con ello marcaron una persistente exclusión política, que luego se convirtiera en objeto de fuertes críticas y luchas de los movimientos sufragistas en Occidente. Podríamos decir que se instituyó una exclusión mediante el mecanismo de omisión, en el marco de una cultura y un orden normativo con un mandato de abstención en el hacer y decir de las mujeres. Señala al respecto Piccone⁴⁰ (2021, 99), que la exclusión de las mujeres del proyecto jurídico de la modernidad no fue explícita, sino que se realizó mediante el ocultamiento, basado en la creencia de las supuestas “características naturales de las mujeres”, argumento que fue utilizado para su segregación civil y política.

También se dirá que las limitaciones impuestas a las mujeres se fundaban “en la conveniencia de concurrir a la consolidación del núcleo familiar, en obsequio de lo cual se imponía a la mujer el sacrificio de su autonomía (Llambías, 1964, 540)⁴¹”.

Por su parte, Dora Barrancos (2002, 33) hace hincapié en otros factores: “El impedimento a la ciudadanía política femenina puede interpretarse a la luz de las flagrantes contradicciones del propio liberalismo, sintetizadas en dos sentidos opuestos acerca de la participación de las mujeres, del lado de los más recalcitrantes, y el miedo a la retracción conservadora en virtud de sus lazos con lo religioso, del lado de los más evolucionados. No importa en qué proporciones estos miedos actuaran, lo cierto es que instituyeron la minusvalía civil de las mujeres junto con su exclusión cívica⁴²”.

La Constitución Nacional de 1853-1860 haciéndose eco de los modelos señalados tampoco hizo mención a las mujeres, ni incorporó en forma expresa los derechos políticos, inclusión que recién se realizará, tal como veremos, a fines del siglo XX con la reforma constitucional de 1994. Hasta entonces, los derechos políticos se inferían de la consagración expresa del sistema representativo y republicano del artículo 1º de nuestra Constitución Nacional y del sistema de elección de los legisladores de la Cámara de Diputados, del Senado

⁴⁰ La exclusión política de las mujeres que desarrolla Piccone, en este punto en particular con cita de Daniela Heim está explicada con mayor profundidad y contexto en el Capítulo III “Movimiento Feminista Argentino”.

⁴¹ Así lo expresa Llambías al referirse al fundamento de la incapacidad de la mujer casada en la legislación civil primigenia, incapacidad que según sus términos, “no residía de ninguna manera en las viejas ideas sobre la inferioridad del sexo femenino”, sino en la apuntada.

⁴² Añade al respecto: “De nada sirvió que el mismísimo John Stuart Mill se revelara contra quienes absorbían el canon liberal con un sentimiento tan mezquino y les propusiera una interpretación universalizante de la soberanía individual que no podía reparar en la naturaleza sexuada de los seres a quienes estaba destinada la mayor libertad. Sus ideas y su acción a favor del sufragio femenino – en lo que tanto contó su mujer Harriet- por mucho tiempo fueron ignorados por los conspicuos liberales y, tal vez más grave aún, por el campo específico de la ciencia política. Los casos precursores se cuentan con la mano y podríamos citar el rarísimo ejemplo de la Colombia liberal de 1852, una de cuyas provincias otorgó la franquía del voto femenino sin que hubiera ocasión de ponerlo en práctica ya que el Supremo Tribunal de Justicia anuló la osadía”.

y Presidente de la Nación, y del artículo 33 (1860) en cuanto establece que los derechos enumerados en la Carta Magna “no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana del gobierno”. Y los derechos de las mujeres, incluyendo los derechos políticos tenían su fundamento, indirecto, en el artículo 16 CN en cuanto establece el principio de igualdad. Sin embargo, que las mujeres tuvieran derecho a elegir y ser elegidas en paridad de condiciones y bajo el principio de real igualdad de oportunidades recién sería un logro, desde lo formal normativo, propio del siglo XXI.

Retomamos el hilo histórico: la Constitución Nacional de 1853-1860 omitía toda mención a las mujeres. Y la legislación directamente discriminaba, incapacitaba. En efecto, el Código Civil, obra de Dalmacio Vélez Sársfield, promulgado por Ley N° 340 en la Presidencia de Domingo F. Sarmiento el 29 de septiembre de 1869 y que entrara en vigor a partir del 1° de enero de 1871, estableció la incapacidad de la mujer casada, siendo el marido el representante necesario de la misma. El art. 185 no sólo autorizaba sino también obligaba al marido “a ejercer todos los actos y acciones” que correspondieran a la mujer y el art. 192 preveía “la nulidad de los actos y obligaciones de la mujer por falta de la licencia del marido⁴³”.

La legislación penal seguía la misma lógica discriminatoria, tanto es así que el delito de adulterio del antiguo artículo 118 inc. 1 del Código Penal Argentino en su versión originaria, penalizaba a la mujer que cometiere adulterio. Sin embargo, para que el hombre quedara encuadrado en la figura se exigía un plus: solo se penalizaba al marido, cuando tuviera manceba (concubina) dentro o fuera de la casa conyugal, con lo que se requería para el hombre que tuviera con otra mujer distinta de su esposa, una pareja estable, por lo tanto, que hubiera habitualidad, requisito que no existía para la esposa adúltera, que con una sola relación extramatrimonial resultaba criminalizada⁴⁴. El tipo penal recién fue derogado en el año 1995, por la Ley N° 24.453 (B.O. 7/03/1995).

⁴³ Agrega Llambías (1964, 540): “Bajo el sistema del Código el marido era el representante necesario de su mujer, y tenía, respecto de los bienes de ésta, amplias facultades de administración. Podía llegar hasta la enajenación de las cosas muebles de ella (art. 1257), pero en cambio, tratándose de bienes inmuebles, títulos de la deuda pública, o fondos depositados a nombre de la mujer, para la disposición de ellos era menester la conformidad de ambos esposos (arts. 1249 y 1252 C.C.) La ley 2393 que importó un cambio trascendental en lo concerniente a la institución matrimonial, con todo no aportó novedad en el régimen de capacidad de la mujer casada”.

⁴⁴ Apuntaba al respecto Maffía (1962, 127).: “Las normas penales han impuesto el deber de fidelidad con un rigor más severo respecto de la mujer que del hombre. Esta desigualdad en el tratamiento implica, sin duda, un resabio de la antigua concepción doctrinaria que ponía el acento en la rigidez del cumplimiento de la obligación por parte de la esposa, fundada en la diferente apreciación social de la falta femenina y en los peligros de la introducción al hogar de la descendencia ilegítima”.

1893 - La primera vez que se permitió ingresar a las mujeres al Congreso de la Nación como público

Fue un 29 de septiembre de 1893 cuando un grupo de mujeres⁴⁵ se presentó en la antesala del Congreso de la Nación queriendo ingresar a la barra de la Cámara de Diputados. Iban a pedir por la vida de un condenado a muerte por una corte militar: el coronel Mariano Espina, sublevado con Leandro N. Alem contra el gobierno de la Nación. El entonces Presidente era Luis Sáenz Peña.

Según la crónica de la época “el hecho era insólito y completamente inesperado”. La llegada de mujeres a las puertas del Congreso y su firme intención de ingresar al edificio era un asunto “por demás novedoso e insospechado y originó toda una revolución en la Cámara que bien puede tomarse como la primera conquista política de la mujer argentina”. El comisario de la Cámara no permite a las mujeres ingresar a la barra, como lo hacen los hombres. El Presidente del cuerpo, Federico Alcobendas, sostiene que ni el reglamento ni la ley autoriza a las damas a entrar. El diputado Osvaldo Magnasco expresa que nada impide el acceso a las señoras según la Constitución, en tanto dice que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe. Tanto es el revuelo que el hecho genera que la cuestión entre a tratamiento de la Cámara y luego de un largo debate entre eminentes diputados, varios de ellos tradicionistas de la Constitución y maestros famosos del Derecho, como Joaquín V. González, se vota una resolución que permite el acceso de las mujeres a la barra.

Pero ellas no querían ingresar solo para escuchar o ser meras espectadoras de una sesión, sino que son ellas las que quieren ser escuchadas y que se reciba formalmente su pedido de conmutación de la pena de muerte que recayera sobre cualquiera de los condenados revolucionarios. Se hizo un cuarto intermedio para que el Presidente de la Cámara atendiera la petición de las mujeres. Finalmente se aprobó una comunicación al Poder Ejecutivo (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, 29/09/1893). “La mujer argentina había ganado una gran batalla campeando por su derecho de sentarse en la barra del recinto parlamentario con el mismo derecho que los hombres”, comenta Alberto Reyna (1954, 14), más de 60 años después de ese hecho.

1911- El logro judicial de Julieta Lanteri: la primera mujer en ejercer el derecho al voto

En 1909, Julieta Lanteri, médica graduada de la Universidad de Buenos Aires, creó la Liga Nacional de Mujeres Librepensadoras. En su programa se incluyó como primer punto el

⁴⁵ Damas de la época, ligadas a la oligarquía y a los hombres de gobierno de entonces, pero firmes opositoras a la pena de muerte. No estuvieron exentas de fuertes críticas y diatribas por sus actos públicos en tal sentido. Entre algunos nombres de dicha delegación femenina apersonada en la Cámara de Diputados figuran: Josefina Mitre de Caprile, Carmen Avellaneda de Goyena, Dolores Avellaneda de Viale, Leonor Quirno Costa de Terry y Carmen Marcó del Pont de Rodríguez Larreta.

acceso de las mujeres argentinas o naturalizadas a los derechos políticos. Con ese firme propósito, inició, con la venia de su marido –siguiendo el mandato del Código de Vélez que comentáramos, puesto que las mujeres casadas eran incapaces – un litigio contra el Estado y obtuvo un fallo sin precedentes por el cual obtuvo la ciudadanía y el reconocimiento del derecho al voto. La sentencia que le otorgara razón se basó en la “aplicación del principio de clausura y legalidad de la Constitución”. Es decir, ya que dicho marco normativo no negaba a las mujeres el derecho a sufragar, Julieta logró tanto la inscripción en el padrón electoral como asimismo sufragar en las elecciones del 26 de noviembre de 1911 para el Concejo Deliberante de Buenos Aires. ¡Y lo logró antes de la Ley Sáenz Peña!!!! Votó en la porteña iglesia de San Juan ante la mirada atónita de todos los votantes hombres. No solo fue la primera sufragista argentina sino también sudamericana.

1912- La Ley Sáenz Peña que no es de voto “universal”. La persistencia de la exclusión

La Ley 8871, sancionada el 10 de febrero de 1912, también llamada Ley “Sáenz Peña” denominada así en relación a Roque Sáenz Peña quien fuera reconocido como su autor, marcó un hito en la historia legal y social de los derechos políticos en Argentina. También llamada ley del sufragante o la ley del voto secreto, universal y obligatorio, poco tenía de “universal” o bien no era la universalidad tal como hoy la entendemos. En efecto, dicha norma mostraría fuertes límites ya que, a pesar de que fue clave en la universalidad del voto masculino en el país, excluyó a las mujeres. El presidente Roque Sáenz Peña había tenido la iniciativa previa de sancionar leyes que normaron el enrolamiento obligatorio y la unificación de los registros electorales con los militares.

En 1912 finalmente la ley, fundamentada en una concepción biologicista, estableció la confección de un nuevo padrón basado en los listados de enrolamiento militar y el voto secreto y obligatorio para todos los ciudadanos varones mayores de 18 años (exceptuando a los indigentes y a los no aptos para las armas de la obligación de votar). Así, la norma de 1912 legalizó la marginación de la mujer y la condenó a la minoría jurídica y a su misión “natural”: la reproducción, el cuidado de su familia y las ocupaciones del hogar. En tanto a los hombres se los reconocía como trabajadores, únicos proveedores del bienestar material de sus familias y ciudadanos, “únicos sujetos dotados de razón”, lo que supuso una inequidad legal constitutiva de la modernidad liberal de las naciones latinoamericanas (Lanteri, A y Lanteri M.S., 2018,99).

En este marco, nuevamente fue Julieta Lanteri quien intentó hacer frente a dichas imposiciones y solicitó su inclusión en el padrón militar para realizar la conscripción y así obtener derechos políticos, pero a partir de entonces sus denodados esfuerzos judiciales para el reconocimiento del derecho al sufragio y a ser elegida ya no serían receptados positivamente por los diversos tribunales intervenientes.

Por ese entonces y luego de varios años de lucha y vaivenes, Julieta atravesaba problemas económicos y deudas varias. En agosto de 1927 la justicia federal de La Plata había dictado sentencia en su contra con costas sobre su pedido de enrolamiento, apelando infructuosamente a la Cámara Federal y luego a la Corte Suprema de Justicia. El 23 de febrero de 1932 fue atropellada en Diagonal Norte y Suipacha en la ciudad de Buenos Aires y luego de dos días de agonía murió en el Hospital Rawson.

La década de 1930 produjo lamentablemente una alteración y regresión de los progresos sufragistas, los que se vieron interrumpidos por el golpe de Estado contra Hipólito Yrigoyen. Si tenemos en cuenta el federalismo argentino sí se habían detectado progresos normativos notables en las provincias antes del golpe. Así en 1927 se sanciona una nueva Constitución en la Provincia de San Juan, que permite la participación de las mujeres en elecciones municipales, lo que ya había sucedido en Santa Fe en 1921. Mendoza posibilita por ley la participación electoral de las mujeres en las elecciones provinciales de 1926. Pero el golpe de Estado de 1930 canceló de cuajo todas estas experiencias y logros iniciales (Cibotti, 2002, 15).

1947 - La ley de voto femenino. Su primera aplicación en las elecciones de 1951

La Ley N° 13.010, que consagró los derechos políticos de la mujer fue sancionada por el Congreso de la Nación el 9/09/1947 y publicada en el Boletín Oficial el 27/09/1947. Auténtico hito histórico, social y normativo su sanción durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón constituye un mojón insoslayable en el abordaje gradual de las conquistas de las mujeres, en la que fue trascendental el papel de María Eva Duarte de Perón y las resistencias que debió sortear para tal logro incluso al interior del movimiento justicialista. De hecho, en la elección de convencionales constituyentes de la Constitución de 1949, las mujeres no votaron ni fueron votadas, bajo el argumento de que aún no estaba confeccionado el padrón femenino. La mujer argentina recién votaría por primera vez el 11 de noviembre de 1951.

Tras cuatro años de intensa campaña de empadronamiento, más de 3.500.000 mujeres votaron ese día en el país. En tal oportunidad, el presidente Juan Domingo Perón fue reelecto con el 63,4% para el período 1952-1958 –inconcluso por el golpe del 23 de septiembre de 1955–. En esa jornada cívica, única e inolvidable por el mojón que marcó en cuanto al ejercicio de derechos políticos con carácter universal, se eligieron por primera vez 29 mujeres para ocupar escaños legislativos nacionales, 23 diputadas y 6 senadoras⁴⁶. Todas ellas pertenecientes al Partido Peronista Femenino, creado en 1949. Ese aire de igualdad fue rápidamente silenciado y perseguido

⁴⁶ Para quienes les interese ampliar los datos que aquí se aportan y consultar las exposiciones más trascendentales de las primeras parlamentarias argentinas en los debates realizados en ambas Cámaras durante el período legislativo 1952-1955, recomendamos el libro digital “Parlamentarias: la voz de las primeras legisladoras en el Congreso de la Nación”, compilado por Lucía Sadras, Isela Mo Amavet, Julia Rosenberg], realizado desde el seno de la Biblioteca del Congreso de la Nación en noviembre de 2021.

en los años siguientes, en los que por más tres décadas ningún gobierno democrático pudo concluir su mandato.

1983 – Bienvenida democracia. Bienvenidos derechos humanos. La CEDAW se aprueba por ley del Congreso. La Ley de Cupo Femenino. Jurisprudencia

Luego del abrumador silencio, censura, persecuciones, desapariciones forzadas, exilios y delitos de lesa humanidad que trajo consigo la última dictadura cívico militar de 1976-1983, el regreso a la vida democrática del país se concretó con la elección de Raúl Ricardo Alfonsín en 1983, quien asumiera como Presidente el 10 de diciembre de ese año.

Dicha reapertura vino acompañada por un debate en torno a los derechos humanos. El juicio a las Juntas y el Informe de la CONADEP abrieron el telón y expusieron públicamente la atrocidad y el genocidio. El papel que jugaron las mujeres en el proceso de transición democrática, con las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo a la cabeza de los reclamos por los detenidos desaparecidos y las resistencias entramadas durante el gobierno de facto, fueron cimentando las bases de un nuevo orden normativo que contribuirían gradualmente a un paradigma más igualitario e inclusivo.

Y en este sentido se encuentran otros puntos de inflexión. En 1984, por Ley 23.054 (B.O.: 27/03/1984) se aprueba por Ley del Congreso de la Nación la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En 1985, la Ley N° 23.179 (B.O.: 3/06/1985) se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, conocida como CEDAW por su sigla en inglés.

En 1986, el Congreso sanciona la Ley N° 23.313 (B.O.: 13/05/1986) mediante la cual aprueba los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Aunque pertenezca a la legislación civil es necesario remarcar el avance que implicó en 1987 la aprobación de la Ley N° 23.515 (B.O.: 12/06/1987) conocida como ley de divorcio vincular que modificara el Código Civil de la Nación en la materia. Tanto en el debate parlamentario que diera finalmente lugar a su sanción, como en la agenda mediática y en el tratamiento dado por los medios de comunicación y ciertos periodistas de ese entonces, la utilización discursiva de los derechos de las mujeres como elemento argumental tanto a favor como en contra de la aprobación de la norma estuvo presente y se puso nuevamente sobre el tapete la definición de las mujeres, la institución matrimonial y los roles de cada quien al interior de la familia.

En 1991 el Congreso de la Nación aprobó la Ley N° 24.012 (B.O.: 12/03/1991) que modificó el Código Electoral Nacional en punto a la integración en las listas de las mujeres. Conocida también como “ley de cupo femenino” o la “ley del treinta por ciento”. Esta norma, estableció que

las listas que se presenten a elecciones deberán tener mujeres en un mínimo del 30 % de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas y establecía que no sería oficializada ninguna lista que no cumpliera con tales requisitos. Apunta al respecto el Prof. Ziulu (2014, 226) que dicha norma “generó controversias entre quienes celebraron su sanción como un paso importante para que la mujer adquiera mayor participación política y quienes entendieron que planteaba una discriminación negativa y arbitraria”. También reconoce que la participación política de la mujer, especialmente en el desempeño de cargos públicos electivos, refleja una situación de notoria disparidad con relación a los hombres. Ello, a pesar de que en muchos países como el nuestro, las leyes han reconocido desde hace ya tiempo el derecho de las mujeres a elegir y ser elegidas.

Sin embargo, ya aprobada la norma, su aplicación efectiva se tornó compleja y no exenta de controversias, algunas de las cuales se judicializaron. El primer escollo interpretativo de la Ley N° 24.012 era el carácter abierto de la norma y la ausencia de criterios generales en su aplicación. Tal fue así que el Poder Ejecutivo sancionó el Decreto 379/1993 (B.O.: 11/03/1993) reglamentario de dicha norma, reconociendo expresamente en su motivación la necesidad “de dar un tratamiento homogéneo al tema en todos los Partidos Políticos evitando así posteriores impugnaciones partidarias o judiciales”.

Sin embargo, la entrada en vigencia del citado Decreto no impidió que los partidos políticos y las alianzas electorales aplicaran diferentes criterios, así como que los Tribunales respectivos expidieran fallos discordantes entre sí. Entre las cuestiones que generaban mayores divergencias, se encontraba la concerniente a la ubicación de los candidatos de sexo femenino dentro de las listas. Ya que, en muchos casos, los candidatos varones ocupaban la totalidad de los puestos con reales probabilidades de triunfo en la contienda electoral, relegando a las candidatas a posiciones que carecían de toda posibilidad en tal sentido. Con lo que la expectativa de acceso a los cargos públicos quedaba, de antemano, frustrada, tornándose así ilusoria la finalidad que había inspirado el dictado de la Ley N° 24.012 (Davoli, 2006).

En las elecciones del año 1993, fueron muy pocas las listas de candidatos a diputados nacionales que respetaron efectivamente el cupo femenino. Quienes se oponían sostuvieron que la norma imponía el 30% de los lugares en las listas y no en las bancas. Tan controversial postura se mantuvo aún hasta las elecciones que tuvieron lugar en el año 1995, llegando a manifestarse en las presentaciones judiciales que se efectuaron al respecto.

En el marco de la causa judicial caratulada como "Consejo Nacional de la Mujer s/ Impugnan Listas" (Expte. n° 2.555/95), la Presidente del Consejo Nacional de la Mujer demandó la impugnación de las listas de diputados nacionales de los distintos partidos, presentadas en el distrito de Tucumán con motivo de las elecciones del 14 de mayo de 1995, debido a que no cumplían con las prescripciones de la Ley N° 24.012.

En el trámite de dicha causa, el magistrado que intervino en primera instancia, rechazó la acción que le diera origen, aduciendo que la parte actora carecía de legitimación suficiente, ya que no había invocado ni acreditado afiliación a ninguno de los partidos políticos cuyas listas impugnara. Apelado dicho decisario, la Cámara Nacional Electoral sostuvo el criterio opuesto,

reconociendo expresamente la legitimación que asistía a la parte accionante. Al respecto, el Tribunal de Alzada expresó, entre otras cosas, que, si una lista de candidatos no se ajusta a lo ordenado por la ley, es el votante quien sufre un perjuicio tan grave como "privarle de votar por una lista del partido de su preferencia conformada con arreglo a las disposiciones legales y obligarle, entonces, a votar por una lista que no se adecua a dichas disposiciones, o por otro partido, o en blanco". Es por ello, en definitiva, que "no puede negarse al ciudadano elector legitimación para requerir que dicho derecho sea respetado" en forma plena.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en oportunidad de intervenir en el caso "Darci Sampietro" (Fallos 316:2030), el 23/09/1993, se expidió en igual sentido; quedando sentado el carácter de "orden público" de la Ley N° 24.012. La Corte entendió en el caso que correspondía confirmar el pronunciamiento que ordenó al Partido Justicialista de Entre Ríos, que por medio del organismo correspondiente debía proceder a rehacer la lista de candidatos a diputados nacionales ubicando a la candidata dentro de alguno de los tres primeros lugares de la misma, y ordenó se respetara lo establecido por la Ley 24.012, que establece que dichas listas debían tener mujeres en un mínimo del 30% de los candidatos a los cargos a elegir y en proporciones con posibilidad de resultar electas.

Reforma constitucional de 1994. Art. 37 CN. Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos

Como bien sabemos la reforma constitucional de 1994 marca un antes y un después en el contenido de la Carta Magna, la interpretación y el alcance de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno.

En primer lugar, en lo que concierne al objeto de este trabajo referido a los derechos políticos, la incorporación de los llamados "Nuevos Derechos y Garantías" y en particular los artículos 36 de defensa del orden constitucional; el artículo 37 de pleno ejercicio de los derechos políticos y el 38 de reconocimiento de los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático constituyen un entramado de especial relevancia.

Corresponde detenerse en la importancia que reviste el último párrafo del artículo 37 de nuestra Ley Fundamental en cuanto establece la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres:

"La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral".

Pero además del artículo citado, es necesario hacer énfasis de la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos antes citados, los cuales, por vía del artículo 75 inc. 22 adquirieron jerarquía constitucional. En particular destacamos la importancia de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en cuanto

establece en su artículo 7º que los Estados Partes deberán tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, garantizando la igualdad de condiciones con los hombres en relación con la posibilidad de ser elegidas para todos aquellos cargos que sean objeto de elecciones públicas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la ONU en 1948, si bien no hablaba de mujeres era abarcativa de “toda persona”: Artículo 21: *“1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.*

Aquí también deben sumarse el art. 25 del Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ella, entre otros, respecto de las mujeres.

En 1996, se aprueba por Ley N° 24.632 (B.O.: 9/04/1996) la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como “Convención de Belem do Pará”. La misma se integra al plexo normativo mencionado y en particular, a lo que hace al objeto de las presentes líneas, el artículo 4º establece que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros, conforme el inc. j): “el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones”. Esta norma es crucial en tanto no refiere solo a cargos provenientes de elecciones, sino al ejercicio de la función pública en general, mediando o no procesos electorales.

Por su parte el artículo 5 de la citada Convención interamericana establece: “Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”.

2017 - Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política. Jurisprudencia

La ley de Paridad de Género. Contenido fundamental:

La realidad de la ley de cupo femenino fue dando cuenta que el treinta por ciento que pretendía ser un piso mínimo de inclusión de mujeres, terminó siendo un techo, lo que producía una persistencia de exclusión. En 2017 hubo otro avance legislativo fundamental. Se sancionó la Ley de Paridad de Género N° 27.412 (B.O.: 15/12/2017). Recién se estrenaría esa norma en las elecciones nacionales de 2019.

Sin embargo, hubo provincias que aprobaron normas con anterioridad a la Nación. Córdoba y Santiago del Estero cuentan con paridad desde el año 2000, mientras que Río Negro lo hace desde el 2003. En 2016 cuatro provincias más regularon la paridad de género en la composición de las listas electorales: Buenos Aires, Chubut, Salta y Neuquén⁴⁷.

Mediante esta ley se modificaron varios artículos del Código Electoral Nacional, entre ellos, el 60 bis que quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 60 bis: Requisitos para la oficialización de las listas. Las listas de candidatos/as que se presenten para la elección de senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

Las agrupaciones políticas que hayan alcanzado en las elecciones primarias el uno y medio por ciento (1,5%) de los votos válidamente emitidos en el distrito de que se trate, deberán presentar una sola lista por categoría, no admitiéndose la coexistencia de listas aunque sean idénticas entre las alianzas y los partidos que las integran.

Las agrupaciones políticas presentarán, juntamente con el pedido de oficialización de listas, datos de filiación completos de sus candidatos/as, el último domicilio electoral y una declaración jurada suscrita individualmente por cada uno/a de los/as candidatos/as, donde se manifieste no estar comprendido/a en ninguna de las inhabilidades previstas en la Constitución Nacional, en este Código, en la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, en la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos y en el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur.

Los/as candidatos/as pueden figurar en las listas con el nombre o apodo con el cual son conocidos/as, siempre que la variación del mismo no sea excesiva ni dé lugar a confusión a criterio del juez.

No será oficializada ninguna lista que no cumpla estos requisitos, ni que incluya candidatos/as que no hayan resultado electos/as en las elecciones primarias por la misma agrupación y por la misma categoría por la que se presentan, salvo el caso de renuncia, fallecimiento

⁴⁷ Al cierre del presente trabajo las dos provincias que continúan con ley de cupo en la representación política son Tucumán y Tierra del Fuego.

o incapacidad del candidato/a presidencial de la agrupación de acuerdo a lo establecido en el artículo 61.

Asimismo, se modificó el artículo 164 del Capítulo III de los Diputados Nacionales, del Título VII Sistema Nacional Electoral, del Código Electoral Nacional, el que quedó redactado así:

Artículo 164: En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a Diputado/a Nacional lo/a sustituirán los/as candidatos/as de su mismo sexo que figuren en la lista como candidatos/as titulares según el orden establecido.

Una vez que ésta se hubiere agotado ocuparán los cargos vacantes los/as suplentes que sigan de conformidad con la prelación consignada en la lista respectiva y el criterio establecido en el párrafo anterior. Si no quedaran mujeres o varones en la lista, se considerará la banca como vacante y será de aplicación el artículo 51 de la Constitución Nacional. En todos los casos los/as reemplazantes se desempeñarán hasta que finalice el mandato que le hubiere correspondido al titular.

Por otra parte, también tuvo modificaciones la Ley 23.298, Orgánica de los Partidos Políticos, ordenándose a los partidos a ajustar su actuación respetando la paridad de género en el acceso a cargos partidarios y estableciendo la caducidad de la personalidad política de los partidos en caso de violarse esta norma.

Jurisprudencia relevante en materia de paridad de género:

Causa “Galmarini, Malena y otros c/Poder Legislativo- Cámara de Diputados de la Nación s/Amparo”, Expte. N° 1872/2019 (conocido como caso “Hers”) 5/06/2019. Juzgado Federal N° 1 Capital Federal con competencia electoral (María Romilda Servini de Cubría, Jueza).

Las ciudadanas Malena Galmarini, Marcela Margarita Durrieu y Lorena Felisa Micaela Ferraro Medina interpusieron una acción de amparo, con el fin de que la Cámara de Diputados de la Nación se abstuviera de tomar juramento y poner en funciones como Diputado Nacional a Jorge Mario Hugo Garayalde. Consideraban que esa vacante debía ser cubierta por la siguiente candidata mujer de la lista. Dicha vacante se originó por la renuncia de la diputada Anabella Hers Cabral, última candidata electa por la lista del frente Cambiemos, en la Ciudad de Buenos Aires en el año 2015. Su mandato vencía en diciembre de 2019, pero renunció un año antes, por asumir como integrante del Consejo de la Magistratura de la Ciudad, por lo que había que cubrir esa vacante.

La jueza con competencia nacional electoral en dicho distrito-, decidió hacer lugar a la acción y ordenó que la vacante fuera cubierta por la siguiente candidata mujer, según el orden de la lista. Al momento de la celebración de la elección se encontraba vigente la Ley de Cupo, pero al momento de la renuncia de la diputada, ya regía la Ley de Paridad de Género. Y ambas leyes contemplan mecanismos de reemplazo distintos: la Ley de Cupo preveía que, generada una vacante, debía seguirse el orden establecido en la lista. En cambio, la Ley de Paridad determina que los reemplazos deben cubrirse según el género del/a legislador/a que dejó la vacante.

La sentencia consideró que en base a lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación: “Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen” (art. 5) y que “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (art. 7). Así “[l]a ley 27.412 sancionada el 22 de noviembre de 2017 no especifica el comienzo de aplicación de sus disposiciones, de modo tal que, para el reemplazo de la diputada renunciante resulta aplicable de manera inmediata dicha normativa”. Además, expresó que “(...) no puede sino concluirse que entre dos soluciones posibles, debe procurarse aquella que garantice el adecuado equilibrio entre mujeres y hombres en la composición del cuerpo legislativo. Disponer lo contrario implicaría en los hechos una disminución en el porcentaje de la representación de las mujeres en el Parlamento vulnerando el accionar progresivo de la legislación cuya finalidad no fue otra que dar cumplimiento al mandato constitucional en pos de la igualdad real de oportunidades para el acceso a cargos electivos, removiendo de esa forma los obstáculos que permitan una mayor participación de la mujer en los ámbitos de las decisiones políticas”.

“CNE 6459/2019/CS1 Juntos por el Cambio s/ oficialización de candidaturas. Elección general – comicios 27 de octubre de 2019”. Caso “Crexell, Carmen Lucila”. CSJN, 12/11/2019

En este caso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -por mayoría integrada por los jueces Highton, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, con el voto concurrente del Presidente del Tribunal Carlos Rosenkrantz- rechazó el recurso de los apoderados de Juntos por el Cambio Neuquén y del candidato suplente a senador nacional Mario Pablo Cervi y confirmó la sentencia de la Cámara Nacional Electoral.

El conflicto se originó como consecuencia del fallecimiento del primer candidato titular a senador nacional de la Alianza Juntos por el Cambio Distrito Neuquén, Horacio R. Quiroga. Esto ocurrió cuando la lista de candidatos ya había sido oficializada por la justicia electoral, pero con anterioridad a que se realizaran las elecciones generales del 27 de octubre de 2019.

Frente a ese nuevo escenario, la jueza federal de primera instancia consideró aplicable la regla establecida por el artículo 7º del decreto 171/2019, reglamentario de la ley 27.412 de paridad de género, según la cual cuando un candidato falleciera o fuera inhabilitado por cualquier circunstancia antes de la realización de los comicios, sería reemplazado por la persona del mismo género que le siguiera en la lista. Sobre esa base, dispuso que quien debía remplazar a Quiroga era el primer suplente, Mario Pablo Cervi, y no la segunda candidata titular, Carmen Lucila Crexell.

La Cámara revocó la decisión de primera instancia y modificó, nuevamente, la integración de la lista, ordenando que Quiroga fuera remplazado por Crexell. La Corte confirmó esa decisión.

El voto de la mayoría explicó que el Código Electoral Nacional no establece una regla explícita para el supuesto planteado, esto es, para la sustitución de un candidato a senador nacional que muere antes de que se realice el acto comicial. También advirtió que el decreto 171/2019 sí lo hace, llenando, de ese modo, el señalado vacío legal.

En vista a ello ponderó si el Poder Ejecutivo se había limitado a completar la ley en un aspecto no sustancial, respetando tanto su letra como su espíritu; o si, en cambio, había incurrido en un exceso reglamentario que lo transforma en ilegítimo por vulnerar una norma de superior jerarquía.

Al efectuar ese análisis señaló, en primer término, que la regla general del Código Electoral -incorporada por la ley de paridad de género con la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres al acceso a cargos públicos electivos- consiste en la alternancia de género en la integración de las listas de candidatos, ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

Destacó que esa regla resulta central en el diseño de la ley. Por ello entendió que no era un dato menor el hecho de que la solución que pretendían los recurrentes -reemplazar a Quiroga por Cervi- implicaba apartarse de tal principio ya que en el segundo y tercer puesto habría dos personas seguidas del mismo género. Agregó que, en cambio, si la sustituta de Quiroga fuera Crexell la lista se ajustaría a tales recaudos.

En segundo término, advirtió que cuando el Código Electoral regula otras situaciones de vacancia que presentan similitudes con el caso en examen utiliza un criterio sustancialmente diferente al adoptado por el decreto. Así, tanto en lo que se refiere a la cobertura de vacantes en la etapa pre electoral como cuando se ocupa de la sustitución de candidatos electos a senadores nacionales se fijan reglas que, a la hora de elegir al sustituto, priorizan a los titulares de la lista por sobre los suplentes.

Desde tal óptica, entendió que la única interpretación válida del artículo 7º del decreto 171/2019 es la que postula que, ante la producción de una vacante en la lista de candidatos oficializados, corresponde cubrirla con la persona del mismo género que le sigue en la lista, priorizando al titular; siempre y cuando, realizados los corrimientos correspondientes, la lista quede conformada respetando el requisito de alternancia de género.

Sin perjuicio de ello, también advirtió la imposibilidad fáctica de aplicar la regla, así entendida, al supuesto de autos. En primer lugar, porque no existía otro titular del mismo género en la lista; y en segundo término porque si se reemplazaba al fallecido con el siguiente varón (en este caso, el suplente), el orden de los candidatos quedaría, indefectiblemente, con dos candidatas mujeres consecutivas.

En tales condiciones, concluyó que no quedaba otra alternativa, para salvaguardar los derechos constitucionales en juego, que la declaración de inconstitucionalidad de la norma para este caso concreto.

“Cáceres, Adriana Cintia s/amparo – Reemplazo del señor Diputado Nacional Guillermo Tristán Montenegro Art. 164 del C.E.N.” (Expte. Nº CNE 9467/2019/CA1) Cámara Nacional Electoral (C.N.E.) 11/02/2020

“Schwindt, María Liliana y otros/formula petición – Declaración de Certeza – reemplazo por vacancia Diputados Nacionales Art. 164 del C.E.N.” Expte. Nº CNE9527/2019/CA1) Cámara Nacional Electoral (C.N.E.), 11/02/2020

Nótese en las referencias previamente dadas que ambos fallos son de la misma fecha. El precedente Cáceres fue la pauta para dilucidar el caso Schwindt y los posteriores en los que se plantearan (causa “Holzman, Patricia Noemí y otro c/Poder Legislativo Nacional –Cámara de Diputados de la Nación s/amparo”, Expte. Nº CNE 9429/2019/CA1, Capital Federal, 28/02/2020).

El caso Cáceres, tiene la particularidad de que el Juez de primera instancia con competencia, siendo en tal momento el Dr. Adolfo Ziulu, ordenó que la vacante ocasionada por la renuncia del diputado Guillermo Tristán Moreno, del bloque “Cambiemos” en diciembre de 2019, fuera cubierta por Adriana Cáceres, la mujer siguiente en la lista, por aplicación de la Ley de Cupo. El caso llegó a la Cámara Nacional Electoral, por apelación del diputado suplente en segundo término, Marcelo Osmar del Sol, por considerar que la Ley de Paridad de Género debe aplicarse en este caso, en su favor. Arribada la causa a la Cámara Nacional Electoral, los jueces Alberto Ricardo Dalla Vía y Guillermo Alberto Antelo, ratificaron el criterio sentado en primera instancia, y entendieron que correspondía aplicar la Ley de Cupo y no la Ley de Paridad, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la imposibilidad de aplicar una norma retroactivamente, como es la Ley de Paridad. En este sentido, también citaron al art. 7 del Código Civil y Comercial, pero haciendo especial énfasis en que “[a] partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales (...). Así, sostuvieron que “la referida norma siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; pero las que se constituyeron o se extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato, quedando reguladas por el régimen anterior”.

Esa línea interpretativa los llevó a concluir que la Ley de Paridad de Género era inaplicable al caso, porque la lista en cuestión fue constituida bajo la Ley de Cupo. Señalaron que la aplicación de aquella “a una lista de candidatos establecida conforme el viejo orden fijado en la ley 24.012 (30 % con chances de resultar electas), supone una fractura del orden lógico y una aplicación parcializada del régimen”. Sobre el final del fallo destacaron que “[l]a progresividad supone un accionar hacia adelante, una búsqueda afirmativa de la igualdad real por encima de la igualdad formal; sin afectar el principio de legalidad que resulta esencial e insustituible en el Estado Social y Democrático de Derecho. De modo que, en ningún supuesto,

más allá de las buenas intenciones perseguidas por la ley, podría vulnerarse la arquitectura jurídica que la sustenta”.

Asimismo, dejaron asentado que “la postura de este Tribunal está claramente definida a favor de la participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios entre varones y mujeres, contenidos en la Constitución Nacional (art. 16, 37, 75 inc. 23) y en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75. Inc. 22), tal como se ha explicitado en un sinnúmero de pronunciamientos que sobre el tema ha dictado como garante del cumplimiento de las medidas que procuran la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios”.

Por su parte el Dr. Corcuera, por su propio voto, sí debía aplicarse la ley de Paridad, pero con una interpretación de “acción afirmativa” en beneficio de las mujeres. Es decir, para que no se diera la paradoja de que la ley que tutela a las mujeres termine perjudicándolas.

En su opinión, no se trataba de una aplicación retroactiva de la norma, sino “inmediata” al momento que se produce la renuncia, cuando ya estaba en vigencia la ley de Paridad. “El hecho de que se hubiera llevado adelante la elección, sus etapas previas y el escrutinio, bajo un determinado régimen normativo, no obsta a que con la dimisión de uno de los diputados electos se configure una situación jurídica diferente, que se rige por la legislación vigente al tiempo de su acontecimiento”, señaló en su voto.

2019 - Violencia política contra las mujeres

La Ley de Protección Integral a las Mujeres, Ley N° 26.485 (B.O.: 14/04/2009) tuvo importantes modificaciones posteriores y en particular en lo que interesa a la dimensión política, con la reforma introducida por la Ley N° 27.533 (B.O.: 20/12/2019) se incorporó en el artículo 5° entre los tipos de violencia contra la mujer, el numeral 6 que define como violencia política: la que se dirige a menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir la participación política de la mujer, vulnerando el derecho a una vida política libre de violencia y/o el derecho a participar en los asuntos públicos y políticos en condiciones de igualdad con los varones.

Entre las modalidades de la violencia, de conformidad al artículo 6° inc. h) se incorporó a la violencia pública-política contra las mujeres, entendiéndose por tal: aquella que, fundada en razones de género, mediando intimidación, hostigamiento, deshonra, descrédito, persecución, acoso y/o amenazas, impida o limite el desarrollo propio de la vida política o el acceso a derechos y deberes políticos, atentando contra la normativa vigente en materia de representación política de las mujeres, y/o desalentando o menoscabando el ejercicio político o la actividad política de las mujeres, pudiendo ocurrir en cualquier espacio de la vida pública y política, tales como instituciones estatales, recintos de votación, partidos políticos, organizaciones sociales, asociaciones sindicales, medios de comunicación, entre otros.

A modo de conclusión

El presente trabajo, que recorre sintéticamente los graduales avances de los derechos políticos de las mujeres en Argentina dan cuenta de los hitos fundamentales que fueron jalando los avances en la materia. No pueden entenderse las conquistas normativas sin considerar los contextos sociales y las largas luchas de los colectivos y feminismos con sus militancias irrenunciables. El principio de progresividad y no regresividad que guían a los derechos humanos incluyen también este histórico andar. Vimos también que persisten las lógicas binarias de varón – mujer en los ámbitos de representación política y que aún quedan pendientes muchos desafíos.

No podemos dejar de tener presente aquí la importancia de la Ley 27499 (B.O.: 10/01/2019), conocida como Ley Micaela, que establece la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. Se llama así en conmemoración de Micaela García, una joven entrerriana de 21 años, militante social y del Movimiento Ni Una Menos, que fue víctima de femicidio en manos de Sebastián Wagner.

Capacitarse en perspectiva de género significa comprender las múltiples aristas que componen las violencias y desigualdades de género, y entender que cada acción de gobierno debe ponderar el impacto diferenciado en las mujeres y LGBTI+. Es obligación y responsabilidad del Estado, en todos sus niveles y poderes, formarse en esta perspectiva para promover intervenciones adecuadas, que no reproduzcan ni perpetúen prácticas desiguales, discriminatorias o violentas. Una auténtica democracia igualitaria e inclusiva así también lo requiere.

Referencias

- BARRANCOS, Dora, *Mujeres en la sociedad argentina: una historia de cinco siglos*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2007.
- BARRANCOS, DORA, Derechos de ciudadanía y derechos femeninos, en “Mujer y Ciudadanía”, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Comisión La Mujer y sus Derechos, auspiciada por la Fundación Ebert, Edic. APDH, imprenta Urano, Buenos Aires, agosto de 2002.
- CÁMARA NACIONAL ELECTORAL. Sitio oficial. Normativa. Jurisprudencia
<https://www.electoral.gob.ar/nuevo/index.php>
- CIBOTTI, Ema; “Las batallas por la emancipación del imperio masculino; una aproximación histórica”, en “Mujer y Ciudadanía”, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Comisión La Mujer y sus Derechos, auspiciada por la Fundación Ebert, Edic. APDH, imprenta Urano, Buenos Aires, agosto de 2002, pág. 15.
- DAVOLI, Pablo J. Breve reseña del “cupo femenino” en el Estado Nacional Argentino, SAIJ, 12 de abril de 2006, litoral-elderecho.com.ar (rosario digital). Id SAIJ: DASF080073.
http://www.saij.gob.ar/doctrina/dASF080073-davoli-breve_resena_cupo_femenino.htm

- DE BEAUVIOR, Simone. *Le Deuxième Sexe*, Tome 1, *Les faits et les mythes*. Tome II, *L'expérience vecue*, Gallimard, Paris, 1949, renouvelé 1972. Trad. esp. *El segundo sexo*, Editorial Siglo Veinte, 1962, 2 vol.
- FEMENÍAS, María L., *Ellas lo pensaron antes. Filósofas excluidas de la memoria*, Edic. Lea, Buenos Aires, 2da. edic., 2020.
- HEIM, Daniela. *Mujeres y acceso a la justicia: De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*; Edit. Didot, Buenos Aires, 2016.
- IVANEGA, Miriam M. (Directora), *Igualdad y género*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2019.
- LANTERI, Ana L. & LANTERI, María S.; 'Los derechos no se mendigan'. Notas sobre Julieta Lanteri y el sufragismo femenino argentino en las primeras décadas del siglo XX; Archivo General de la Nación; Legado; 13; 12-2018; 99-111. Disponible en el Repositorio Institucional CONICET Digital <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/83059>
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1964.
- MAFFIA, Jorge O. *La violación del deber de fidelidad como causa de divorcio*, JUS; Revista Jurídica de la Provincia de Buenos Aires, Edit. Platense, La Plata. Director Augusto M. Morello, N° 3, año 1962, págs. 125 a 130.
- OEA/CIM, Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Mujeres. ONU Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. *Estándares de Protección de Derechos Humanos de las Mujeres: herramientas necesarias para la defensa de su participación política*, enero 2020.
- OM. Oficina de la Mujer. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Material bibliográfico, jurisprudencia, guía de estándares, <https://www.oficinadelamujer.gob.ar/om/guia-de-estandares/05/b>
- PICCONE, María V., *Ni Una Menos en el movimiento feminista de Argentina*, Prohistoria Ediciones, SASJu – Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, Rosario, Argentina, 2021.
- REYNA, Alberto, "Hace 61 años, por primera vez, las damas entraron en el Congreso", Revista Vea y Lea, Año VIII, N° 197, 21 de octubre de 1954, págs. 14 a 18.
- SADRAS, L., AMAVET I., y ROSENBERG J. (comp.) *Parlamentarias : la voz de las primeras legisladoras en el Congreso de la Nación / Biblioteca del Congreso de la Nación*, Buenos Aires, 2021.
- VALOBRA, Adriana M. (2011). Claves de la ciudadanía política femenina en la primera mitad del siglo XX en Argentina. *Revista Estudios* (24), 7-44. En Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.7377/pr.7377.pdf
- ZABALA, Silvina E., *Violencia contra las mujeres. De la intimidad al estado público*, en "Nuevo Estado, nuevo derecho. Aportes para repensar el derecho público argentino", INFOJUS, Buenos Aires, 2015, págs. 201 a 206.
- ZIULU, Adolfo G. "Derecho Constitucional", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

CAPÍTULO 4

Las cuestiones no justiciables

María Agustina Tomaghelli

Origen jurisprudencial del instituto

Surge del análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que el máximo tribunal de la República ha excluido del ámbito de su control una serie de actos más o menos identificados como “cuestiones políticas” o “cuestiones no justiciables”.

Siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte norteamericana, se dictaron los primeros casos “Roque Pérez”⁴⁸ de 1865, en el que el tribunal sostuvo que cada una de sus cámaras es juez único de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez, y la Corte Suprema no tiene competencia para intervenir en esta materia que la Constitución atribuye exclusivamente a cada cámara; y el emblemático y harto citado caso “Cullen c. Llerena” de 1893⁴⁹ en el que se decidió que la intervención nacional en las provincias, en todos los casos en que la Constitución la permite o prescribe, es un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la nación, y sus decisiones al respecto, no pueden ser controvertidas por el departamento judicial, ni puede contestarse las facultades de aquellos, para decidir tanto sobre el fondo como sobre la forma de sus deliberaciones, así cuando se dicta la ley como cuando se resuelve todo asunto comprendido en sus atribuciones constitucionales. Es una regla elemental de nuestro derecho público, que cada uno de los tres poderes que forman el gobierno, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejerce las facultades que ella les confiere respectivamente, por lo cual no compete a la Corte examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso hayan dado al artículo 61 de la Constitución.

Esta jurisprudencia iniciada en los comienzos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha subsistido hasta nuestros días, lo cual se comprueba en el caso “Fernández de Kirchner”⁵⁰ dictado el 24 de abril de 2020 y cuyo análisis se efectuará a continuación.

El principal efecto que apareja catalogar a una cuestión como política o no justiciable es excluirla de la revisión judicial, de cierto modo, el juez le cierra las puertas al justiciable, auto-restringiendo sus atribuciones.

⁴⁸ *Fallos*: 2:253.

⁴⁹ *Fallos*: 53:420.

⁵⁰ *Fallos*: 343:195.

Las razones pueden ser de muy variada índole y supone uno de los temas más sinuosos y casuísticos del derecho constitucional, con un alto grado de discrecionalidad judicial, criticada por muchos.

También se observa a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ciertas materias consideradas cuestiones políticas fueron luego consideradas justiciables, tales como: reforma constitucional (caso “Fayt”⁵¹), facultades del congreso para juzgar el título del legislador electo (caso “Bussi”⁵²), nulidad de una ley que no respeta las pautas de procedimiento (caso “Nobleza Picardo”⁵³), revisión judicial de la sentencia de un juicio político (caso “Brussa”⁵⁴); entre otros.

Noción

Cabe aclarar en primer lugar que se trata de un concepto difícil de definir, complejo de explicar, pero muchas veces fácil de comprender y de identificar en un caso concreto, quizás como explica Bianchi, por su alto contenido intuitivo resulta difícil su explicación racional (Bianchi, 2002, p. 150).

Tal como señala el autor citado las cuestiones políticas no constituye un grupo cerrado y homogéneo de decisiones, sino que está integrado por un listado con constantes altas y bajas.

Ejemplos de cuestiones políticas encontramos en política exterior (relaciones internacionales, poder de guerra, etc.); política interior (declaración del estado de sitio, intervención federal, ley marcial, juicio político, indulto, nombramiento de magistrados, integración de las cámaras del congreso, reforma constitucional, procedimiento de sanción de leyes, voto presidencial, etc.) y cuestiones administrativas (régimen interno de las universidades, expropiación, etc.).

Como se señala en la doctrina, una cuestión política es una excepción harto casuística y polémica, de perfiles no muy nítidos y a menudo inasibles, y con cuya mera invocación muchas veces los tribunales se inhiben de entender (Haro, 2008, p. 142).

También explica el maestro cordobés que se da una definición tautológica, al definir a las cuestiones políticas como aquellas no justiciables y viceversa; y que no hay mayor cuestión política que el pronunciamiento judicial sobre qué es o cuándo existe una cuestión política.

Asimismo, se ha sostenido que la única manera de diferenciar claramente las cuestiones políticas es a partir de los pronunciamientos judiciales que así lo declaran, así el Juez Hughes decía que “las cuestiones políticas son aquellas que los jueces dicen que son” (Amaya, 2012, p.150).

⁵¹ *Fallos*: 322:1616.

⁵² *Fallos*: 330:3160.

⁵³ *Fallos*: 321:3487.

⁵⁴ *Fallos*: 326:4816.

Fundamentación en la división y equilibrio de poderes propia de los sistemas republicanos

Frente a un caso concreto, los jueces sostienen que no les corresponde sustituir al legislador, al poder ejecutivo, o al administrador, en tanto si el poder judicial se aviniese a revisar tales cuestiones, estaría ingresando e invadiendo la órbita de decisiones que competen a los otros poderes del estado.

La idea eje es no sustituir el criterio en cuanto a la oportunidad, mérito, conveniencia, acierto o eficacia del criterio adoptado por el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo en el ámbito de sus propias atribuciones, salvo cuando dicha regla sea irrazonable, manifiestamente inequitativa o sea arbitraria, es decir, contraria a la Constitución.

De allí que sea tan difícil de definir a priori y fijar una regla más precisa para todos los casos.

La regla general, reitero, es que no es propio de la función judicial efectuar el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por las otras autoridades del Estado en el ámbito propio de sus funciones.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en el caso “Bustos”⁵⁵ del año 2004, que “el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional- requiere que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”; que “los controles de legalidad administrativa y de constitucionalidad que competen a los jueces, no los facultan a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad” y que “los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar”.

El peligro que encierra este instituto es que produce el ensanchamiento de los poderes ejecutivo y legislativo y el consecuente achicamiento del poder judicial; y legitima numerosas normas contrarias al ordenamiento jurídico, en tanto la declaración de un caso como cuestión política implica su tácita convalidación en la práctica.

El riesgo de su exceso es la negación del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por nuestra Constitución Nacional, así como también por la Convención Americana de Derechos Humanos art. 8 y 25, conforme interpretación sostenida en el Informe n°30/97 en el caso “Carranza” contra el Estado Argentino por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La mencionada Comisión había concluido, en los términos del art. 51.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que “...al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la provincia de Chubut, el Estado Argentino violó sus derechos a las garantías judiciales

⁵⁵ Fallos: 327:4495.

y a la protección judicial... “, por lo que se recomendaba que “...el Estado Argentino indemnizé adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior” (CIDH, Informe N° 30/97, para. 83 y 84)⁵⁶.

El derecho a una tutela judicial efectiva no se limita al simple acceso a la justicia, sino a obtener una respuesta sobre el fondo de la controversia. No se agota en el libre acceso y desarrollo del recurso judicial, es necesario que el órgano produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca su procedencia o no, que se adopte una decisión de fondo que ponga fin al pleito. Es decir que su incumplimiento, acarrea la responsabilidad del Estado Nacional a nivel internacional.

Por otra parte se ha señalado que se ha utilizado el instituto de las cuestiones políticas de un modo discrecional por parte de los jueces lo que es riesgoso para la seguridad jurídica, en tanto la realidad demuestra que en algunas oportunidades sirve para que el Poder Judicial cierre sus puertas frente a casos efectivamente justiciables (Ziulu, 2014, p.118).

La doble cara

Las llamadas “cuestiones políticas” en su mayoría presentan dos vertientes, por un lado la faz no justiciable, perspectiva del arbitrio, lo discrecional o estrictamente político, que es lo que ha decidido el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo dentro de sus ámbitos propios, los motivos por los que se fijó determinada política y no otra, todas igualmente válidas; y la oportunidad y conveniencia de todo ello. Esto aborda el ámbito discrecional, y es justamente lo no justiciable si queremos evitar un gobierno de los jueces. Se excluye el control judicial. La otra cara es la justiciable, perspectiva normativa, lo reglado o estrictamente jurídico, que sí podrá ser objeto de revisión judicial.

Así a modo de ejemplo supongamos que se lleva adelante un juicio político a los miembros de la Corte Suprema y el Senado emite su decisión sin la cantidad de votos necesarios para remover a dichos jueces, o invocando una causal no prevista en la normativa. Se trata de cuestiones regladas en la Constitución Nacional en los artículos 53 y 59, cuya violación puede ser objeto de revisión judicial. Distinto sería el supuesto si, frente a dicha acusación, el Senado en base a las pruebas habidas decidiera encuadrar las conductas en mal desempeño y declarar culpable a los jueces enjuiciados, en tanto ese aspecto valorativo no puede ser reemplazado por el Poder Judicial, salvo un supuesto de manifiesta arbitrariedad, inequidad o irrazonabilidad.

Estimo que en todo acto u omisión estatal, independientemente de la órbita de la cual provenga, podrá existir una faz reglada, justiciable y una faz discrecional, no reglada, de oportunidad, merito o conveniencia, que como regla será no justiciable, con una delicada excepción,

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N°30/97, Caso 10.087 Gustavo Carranza vs. Argentina, 30 de septiembre de 1997.

referida a los supuestos de manifiesta inequidad, irrazonabilidad e injusticia, cuando se afecten los derechos y garantías constitucionales de las personas, fin último del derecho.

Sin embargo, ese delicado límite debe ser apreciado con máxima prudencia por los jueces, para evitar que el juez reemplace la voluntad de los otros poderes del Estado.

Si bien en la doctrina encontramos diversas posturas, desde la tesis negatoria de su existencia (German Bidart Campos) hasta la tesis de admisión amplia (Oyhanarte, Carlos María Bidegain, Alberto B. Bianchi) podemos decir que la mayoría de la doctrina admite su existencia con una posición moderada, restringida a ciertos supuestos y hacia una mayor judicabilidad, (Sagües, Agustín Gordillo, Joaquín V. González, Juan A. González Calderón, Segundo V. Linares Quintana, Jorge R. Vanossi, Humberto Quiroga Lavié, Jorge Alejandro Amaya, Adolfo G. Ziulu, entre otros juristas, Ekmekdjian “con varias reservas considera correcta esta limitación jurisprudencial”).

A modo de conclusión

Estimo que se trata de un instituto que como tal existe, no obstante las tesis negatorias y que si bien se restringe en sus supuestos, es convalidado por la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal.

Tal como sostiene Haro, se encuentran reducidos los casos, pero no van a desaparecer. Tal como dice Ekmekdjian, hay un cierto instinto de auto preservación del Poder Judicial.

Es decir que hay que buscar el justo equilibrio y revisar caso por caso, sin invadir las facultades privativas y discretionales de los otros poderes, pero ello, sin desatender la tutela judicial efectiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que la república representativa, adoptada para el gobierno de la Nación en nuestra Constitución Nacional, se funda en el respeto a la ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellos. Por eso nada es superior a la ley, excepto la constitución.

Así, Bianchi sostuvo que tan peligroso para el Estado de derecho es un Poder Judicial acorrallado, temeroso, o complaciente, como el gobierno de los jueces que se arrogan funciones que no les corresponde.

En este instituto, se observa con nitidez el rol político de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y al decir del profesor Amaya, la tensión política en el marco del control de constitucionalidad.

Estimo que las cuestiones políticas o no justiciables no van a desaparecer dando lugar a la judicabilidad plena de toda decisión, en tanto tengo plena convicción que alteraría la forma republicana de gobierno y el equilibrio que debe existir entre los poderes del Estado. Por ello concluyo que deben los jueces ponderar caso por caso y fallar respetando un justo equilibrio.

Sobre el fallo “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza”⁵⁷

Se trata de uno de los fallos más recientes que aborda el tema en análisis efectuando un análisis histórico y contextual sobre las cuestiones no justiciables y el deber del Poder Judicial.

La causa fue iniciada en el año 2020 en plena Pandemia por COVID 19 lo que paralizó la actividad en todo el mundo e interrumpió el funcionamiento ordinario de los principales organismos del Estado.

Así las cosas, con el Senado sin sesionar por las medidas de aislamiento dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional, la Vicepresidenta de la Nación, Presidenta de la Cámara de Senadores, interpuso una acción declarativa de certeza contra el Estado Nacional a los fines que, en el marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia originada por la enfermedad causada por el COVID, despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del artículo 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional.

La Corte Suprema por el voto de la mayoría analiza las reglas de admisibilidad de las acciones declarativas de certeza y luego las reglas que hacen al cumplimiento de las funciones de la Corte como tribunal de Justicia y Poder del Estado, recordando que su misión es ser guardián último de las garantías constitucionales, cabeza de un Poder del Estado y máximo intérprete de la Constitución.

Destaca, el voto de la mayoría, que “la continuidad de la tarea de legislar del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional Argentina”.

Luego procede al examen de admisibilidad de la demanda para determinar si se presenta un “caso justiciable”, o si, por el contrario, compete al ámbito propio y exclusivo del órgano que por su naturaleza está sustentado en la discrecionalidad política para ponderar los fines y alcances de la atribución conferida por la Constitución y que ha puesto en práctica o bien ha reglamentado.

Sostiene la Corte como principio general que el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia que la Constitución Nacional les asigna como propia y exclusiva; y explicitó que las diversas excepciones a la deferencia que el Poder Judicial guarda respecto de las facultades privativas de otros Poderes del Estado se sintetizan en dos supuestos: en primer lugar, debe velar porque ninguno de los poderes del Estado actúe por fuera de las atribuciones que la Constitución les confiere y, en segundo lugar, debe velar porque ninguno de esos poderes al ejercer esas facultades que la Constitución les asigna de forma exclusiva, se desvíe del modo en que ésta autoriza a ponerlas en la práctica.

⁵⁷ Fallos: 343:195.

Concluye que bajo dichos estándares no hay caso justiciable, que el Congreso tiene autonomía para regular su modo de funcionamiento de acuerdo al artículo 66 de la Constitución Nacional y que “no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes”, por ello no se configura un caso justiciable.

Cabe mencionar por último que en disidencia parcial el Dr. Rosenkrantz, rechaza *in limine* la acción por ausencia de “caso judicial” en tanto la acción intentada tiene carácter puramente consultivo, sin la presencia de una parte adversa, más allá de la mención como demandado del Estado Nacional.

Recuerda el ministro de la Corte que “tan central resulta la concurrencia de un ‘caso’ que su existencia es comprobable aún de oficio y en cualquier estado del proceso que, como has sostenido esta Corte, su desaparición importa también la desaparición del poder de juzgar”.

Y reitera que las causas o casos contenciosos que habilitan la jurisdicción de los tribunales federales son aquellos en los que se persigue, en concreto, la determinación del derecho o prerrogativa debatidos entre partes adversas ante la existencia de una lesión actual o, al menos, una amenaza inminente a dicho derecho o prerrogativa y que en virtud de ello, el dictado de declaraciones generales o pronunciamientos consultivos, cualquiera que fuera la importancia que ellos pudieran tener, ha sido siempre considerado extraño a la jurisdicción del Poder Judicial de la Nación, desde los primeros pronunciamientos de esta Corte.

Referencias

- Amaya, J.A. (2012). Control de constitucionalidad (p.150 y 170). Buenos Aires, Bogotá. Astrea.
- Bidart Campos, G.J. (2006). Manual de la Constitución Reformada (T. I, pp 350/351). Buenos Aires. Ediar.
- Haro, R. (2008) Control de constitucionalidad (p.142). Buenos Aires. Zavalía.
- Zipper, A.G. (2014). Derecho Constitucional, (pp118-119). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Abeledoperrot.

Bibliografía

- Amaya, J.A.(2012). Control de constitucionalidad. Buenos Aires, Bogotá. Astrea.
- Bianchi, A. B. (2002). Control de Constitucionalidad. CABA. Abaco de Rodolfo Depalma,.
- Bidart Campos, G. J. (2004) La justiciabilidad ¿cuestiones políticas y cuestiones abstractas?. Buenos Aires. LL 2004-C-1538.
- Bidart Campos, G.J. (2006). Manual de la Constitución Reformada. Buenos Aires. Ediar.
- Carnota, W.F. (2001). ¿Fin de las “cuestiones políticas no justiciables”? . Buenos Aires. LL, DJ2001-3, 791.
- Ekmekdjan, M.A. (2016) Tratado de Derecho Constitucional. Buenos Aires. Abeledoperrot,

- Gelli, M.A. (2011). Constitución de la Nación Argentina Comentada. Buenos Aires. La Ley.
- Guibourg, R. A (2020) . Lo “no justiciable”. Buenos Aires. LL 03/08/2020.
- Haro, R. (2008). Control de constitucionalidad. Buenos Aires. Zavala.
- Midón, M. A. R. (2019). Derecho constitucional de los poderes. Resistencia, Chaco. ConTexto.
- Sabsay, D. A. (2011). Manual de derecho constitucional. Buenos Aires. La Ley.
- Ziulu, A.G. (2014). Derecho Constitucional. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Abele-doperrot.

CAPÍTULO 5

Consejo de la magistratura federal

Patricio José Santamarina

En el presente capítulo se abordarán los principales casos jurisprudenciales vinculados al Consejo de la Magistratura, desde su implementación en la reforma de la Constitución de 1994 hasta la actualidad. Para ello se darán algunas precisiones previas sobre el origen del órgano, su ubicación en el esquema federal argentino y los lineamientos legales.

Consejo de la Magistratura

El órgano que da título al presente trabajo tiene un origen ajeno a nuestra tradición constitucional. Proviene del sistema continental europeo⁵⁸, donde la Administración de Justicia no es estrictamente un poder, como sí lo es en el esquema estadounidense, del cual abrevó nuestro constituyente originario. Desde sus orígenes tiene al menos dos funciones: la primera despolitizar el nombramiento⁵⁹ y destitución de los magistrados, y desembarazar al Poder judicial de tareas no ligadas directamente con la función jurisdiccional (Gelli, 2018, p. 577).

En el caso de Argentina, desde su primera reglamentación a través de la ley 24.937 se estableció, en su artículo primero, que “el Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación”, y esto se mantuvo con las leyes 26.080 y 26.855. No obstante, nunca se aclaró qué clase de órgano resultaba ser, cuál era el alcance de dicha cláusula, y cómo se acoplaba institucional y jerárquicamente en el Poder Judicial. Esta vaguedad generó un

⁵⁸ Manili explica que esta institución tuvo su origen en Europa con la finalidad de afianzar la división de poderes y la independencia del Poder Judicial. Se institucionalizó en una ley francesa de 1875, en el marco de una constitución dispersa y flexible, luego fue adoptado en Italia, en 1907, con la llamada “Ley Orlando”. Portugal lo incorporó en 1912 y después de la segunda posguerra su instalación se hizo más difundida en Europa y adquirió jerarquía constitucional en las constituciones francesa de 1946 y 1958. MANILI, Pablo, *La integración equilibrada del consejo de la Magistratura en el reciente fallo de la Corte Suprema*, II 2022-B-350.

⁵⁹ En los primeros comentarios a la Constitución de Estados Unidos, donde nuestro constituyente abrevó, se destacaba por el lugar que ocupan los jueces en el Poder Judicial, que era totalmente novedoso hacia fines del siglo XIX, la elección de los jueces eran un tema por demás importante. BRYCE, Jaime, *Las instituciones sociales en los Estados Unidos*, Traducido por Francisco Lombardía, Ed. La España Moderna, Madrid, 1922, ps 27

enorme derrotero de conflictos en su relación con la Corte Federal⁶⁰, e incluso una fuerte resistencia por parte de la doctrina⁶¹.

En este sentido, Zarini, antes de la sanción de la ley reglamentaria advertía sobre la inconveniencia de las facultades de administración que el artículo 114 de la Constitución le confería al Consejo, barruntando sobre una relación tensa y compleja entre este Órgano y la Corte, y denostaba además la falta de precisión en cuanto a su composición. En los últimos años y a la luz de los acontecimientos políticos, legislación y fallos dictados en su consecuencia -que se abordaran a continuación- puede verse que aquello que fuera augurado por el prominente jurista platense se ha convertido en realidad (Zarini, 1996, p. 425).

Integración según la Constitución Nacional. El artículo 114. Sucesivas reglamentaciones

Es muy posible que el constituyente haya buscado en la redacción del artículo 114 desandar el camino oscuro y ajeno al sistema republicano que caracterizaba al mecanismo de selección y nombramiento de los jueces anterior a la reforma de 1994⁶². En ese trajín, este nuevo artículo impuso algunos estándares que, a pesar de las buenas intenciones de los redactores, a la postre, generaron otro abanico de problemas.

En primer lugar, el mencionado dispositivo establece que el órgano estará “*regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*”, lo que impone la necesidad de acuerdos entre las principales fuerzas del Congreso, es decir la existencia de un relativo consenso. Si bien esto luce preliminarmente como algo positivo, en el supuesto que estos consensos no prosperen puede traer un atascamiento ante una eventual necesidad de reforma⁶³.

⁶⁰ Gelli, explica en la obra citada, que en la redacción del citado artículo 1º se suprimió la frase “exclusivo y excluyente” de la competencia atribuida por el 114, y agrega la citada autora que “el Congreso Federal al reglamentar las competencias constitucionales del Consejo desechó calificarlas de exclusivas, lo que no significa, sin más considerarlas concurrentes en toda su amplitud con similares atribuciones de la Corte Suprema. GELLI, ob. cit, ps. 579

⁶¹ Ventura abre su comentario sobre el órgano señalando con agudeza que: “*Es probable que el Consejo de la Magistratura sea el producto peor imaginado de la ingeniería de la Constitución de 1994, tanto por el desacuerdo que importó incorporar un instituto totalmente extraño a nuestra tradición constitucional, por su incompatibilidad con el esquema de distribución del poder en la Carta Magna, como también por la intencionalmente ambigua redacción que recibió el artículo 114 de la Constitución Nacional*”. VENTURA, Adrián, *Consejo de la Magistratura*, en Constitución de la Nación Argentina, y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Sabsay y Manili, directores, Hamburabi, 2010. T IV, ps. 452.

⁶² Al respecto, la Dra. Estela Sacristán señala citando al Dr. Alfonsín que: “*Con la presencia de este Consejo, se pondrá punto final a los persistentes intentos de partidizar la administración de justicia. La garantía de su independencia política estará dada por la pluralidad de los miembros que compondrán el cuerpo y su renovación periódica*”. SACRISTAN, Estela, *La Corte como intérprete final y el Consejo de la Magistratura*, Ponencia en el XXXIII Encuentro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Chaco 2017. La cita al Dr. Alfonsín, es de LL-1994-824.

⁶³ Esto es lo que sucedió con posterioridad al fallo “Colegio de Abogados”, que se analizará con posterioridad, donde a pesar de la sentencia de la Corte el Congreso, no llega a la sanción de una nueva norma de acuerdo a lo decidido en el fallo.

En el final de este primer párrafo se hace mención a las funciones del órgano, que son “*la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial*”.

El segundo párrafo preceptúa: “*El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.*”

Este párrafo deja un fecundo campo para analizar.

Como primer punto, se establece que la integración será “*periódica*”, lo que implica que sus miembros no tienen estabilidad absoluta⁶⁴ ni cualquier otra situación de permanencia indefinida o irrazonablemente extensa, sino que por el contrario debe haber una rotación. La “periodicidad” de los mandatos es uno de los principios del sistema republicano.

Además se prevé el “*equilibrio*” entre los órganos políticos resultantes de la elección popular - es decir PL y PE-, los jueces y abogados. Esto quiere decir que debe existir entre estos estamentos una cierta paridad o relativa simetría.

Otro dato de singular trascendencia es que el mencionado equilibrio, está referido a quienes tengan “*la representación*” de cada uno de los estamentos. Esto quiere decir que los miembros del Consejo, no representan al pueblo sino a cada estamento, y para cumplir fielmente con la manda constitucional deben ser elegidos por el grupo que representan. Para llevar a cabo aquel mandato, no puede ser sino el mandante quien designe a su mandatario. Haber optado por este camino, y dejar de lado la intervención popular en la elección del magistrado, evidencia el perfil que voluntariamente definió el constituyente⁶⁵.

Hasta acá se puede afirmar que “periodicidad”, “equilibrio” y “representación” son líneas directrices insoslayables para los constituyentes.

Finalmente, incorpora “*otras personas del ámbito académico y científico, en el número y forma que indique la ley*”. Dado que esto último está en otra oración, pareciera ser que el equilibrio entre órganos políticos, jueces y abogados, no alcanzaría al estamento de académicos. Esta última oración del párrafo es muy poco feliz, y denota un yerro en la técnica descriptiva y en su redacción.

⁶⁴ En relación con ello, cabe señalar que según Zarini, la falta de inamovilidad de sus integrantes, entre otras cosas, pone al Consejo como un órgano ajeno al Poder Judicial. A ello añade: a) su propia constitución, b) el origen de sus integrantes, c) la carencia para ellos de las garantías constitucionales que prevé el art. 110 para los jueces, y que sus integrantes no están incluidos, expresa ni implícitamente, en el texto del art. 108, entre los que componen el Poder Judicial de la Nación; en efecto dicho artículo establece que ese poder será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”. ZARINI, ob. cit. ps. 421.

⁶⁵ Mucho se ha dicho sobre los sistemas de elección de Magistrados. Desde los albores de la república, se optó por esta forma. “Es menester que la justicia tenga una fuerza que le permita *resistir a las pasiones populares*; esa fuerza no es otra que su *independencia*”, decía Vicente Fidel López en Revista de Legislación y jurisprudencia, Buenos Aires 1870, La Prensa, ps. 399.

En primer lugar, no se especifica que las personas del ámbito científico o académico, lo deben ser de la ciencia jurídica, aunque dada la naturaleza del órgano, así debe entenderse⁶⁶. Por otra parte, al no establecer un número o límite de “académicos”, merced a alguna tropelía de la clase política⁶⁷, hay espacio para la generación de una situación inconveniente, pues podría darse el caso que la ley disponga un número de académicos mayor a los estamentos políticos, que a la postre tenga mayor injerencia en las decisiones del Consejo⁶⁸.

Está claro que lo que el constituyente buscó, es que el órgano esté esencialmente compuesto por los estamentos políticos, jueces y abogados, y que como un accesorio, quizás con el fin de asegurar una rigurosa idoneidad jurídica, se incorporó la parcela académica, que pareciera -y así es lógico- tener una menor jerarquía que las tres estructurales, pero la redacción del constituyente deja un resquicio para que la aviesa clase política argentina haga de las suyas y genere el conflicto. En caso de darse esta situación, es altamente probable que sea corregida y vuelta a su cauce constitucional mediante un fallo de la Corte Federal, pero que en el trajín generará -o podría generar- una enorme cantidad de situaciones indebidas⁶⁹.

La primera reglamentación

La manda constitucional fue reglamentada por primera vez por la ley 24.937 sancionada el 10 de diciembre de 1997, que fue modificada ocho días después por la ley 24.939 del día dieciocho de diciembre de aquel mes y año⁷⁰.

La versión original establecía un número de diecinueve miembros, pero no llegó a entrar en vigencia ya que la modificación de la 24.439 agregó a los miembros iniciales un representante del claustro científico.

En tal esquema la ley (ya con la reforma de la 24.439) establecía que el órgano sería presidido por el Presidente de la Corte Nacional (art. 2 inc. 1), cuatro jueces federales elegidos por el sistema D'Hont, debiendo garantizarse la representación igualitaria entre jueces del interior y las instancias de grado y apelación (inc. 2). Además, ocho legisladores designados por el presidente de cada Cámara a propuesta de los bloques de cada una de ellas, correspondiendo dos a la mayor representación, una a la primera minoría y uno a la segunda (inc. 3). A ello se suman cuatro abogados de la matrícula, elegidos del mismo modo que los magistrados, asegurando la

⁶⁶ Sin perjuicio de ello, tampoco sería disparatado interpretar que puede ser una persona emblemática del ámbito académico, incluso por cuestiones morales, tal como podrían haber sido las figuras de René Favaloro, Gregorio Klimovsky o Ernesto Sábato, sólo por citar a personas de esa talla que no pertenecen al ámbito jurídico.

⁶⁷ Ello aconteció con la ley 26.080, como se verá al analizar el caso “Rizzo”.

⁶⁸ Sobre el punto se volverá al tratar la ley 26.588.

⁶⁹ Podría darse el caso incluso del nombramiento y puesta en función de jueces que ejercerían la magistratura hasta tanto se resuelva la cuestión.

⁷⁰ Con acertado sentido ambas leyes fueron publicadas el en Boletín Oficial del 6 de enero de 1998. Al respecto es recomendable la lectura de GELLI, María Angélica, *ob. cit.*, ps 584. Cabe señalar además que entre ambas leyes se sancionó la 24.938 que es la de presupuesto anual.

representación de profesionales del interior (inc. 4), un representante del Poder Ejecutivo (inc. 5) y finalmente dos profesionales del ámbito científico y académico (inc. 6), que durarán cuatro años en el ejercicio de su función, pudiendo ser reelegibles (art. 3).

Los requisitos de elección exigidos por la norma, son los mismos que para ser juez de la Corte Suprema. Si bien esto puede parecer excesivo dado que en su composición hay jueces de instancias de grado (cuyas exigencias para desempeñarse en ese cargo, son obviamente menores que para ser Ministro de la Corte), y otros funcionarios a los que la Constitución no les exige ningún requisito, lo cierto es que es relativamente improbable que un miembro del Consejo de la Magistratura no alcance natural o normalmente los requisitos del artículo 111 *in fine* de la Constitución Nacional (art. 4).

Por su parte, el artículo 5º preceptúa que las incompatibilidades e inmunidades son las mismas que rigen para sus calidades funcionales, en tanto que las de los abogados y representantes del Poder Ejecutivo, será la de los jueces.

Por otra parte, el diseño de la división entre los distintos estamentos también es algo elogiable, pues hay nueve miembros que representan a los poderes elegidos por el voto popular. A su vez, en este grupo y en condiciones normales, deberían al menos estar representadas tres facciones políticas distintas. Esta configuración es loable, si se tiene en cuenta que el estamento político no alcanza el número necesario ni siquiera para formar quórum, quedando pues obligado para ello a requerir a sus pares de la magistratura, la colegiación y el ámbito académico. A ello se suma, que los miembros de los poderes políticos representarán a las tres fuerzas de mayor número en el Congreso. En caso que la representación no sea idéntica en el Senado y en la Cámara de Diputados, esta multiplicidad de fuerzas se verá incrementada.

Los representantes de los magistrados son cuatro, y cuatro los de los abogados de la matrícula, los que tampoco lograrían imponerse sobre los demás. Finalmente los académicos son dos, con lo cual sólo alcanzan el diez por ciento de representatividad, y en singular el Presidente -que en caso de empate tiene doble voto- y finalmente el representante del Poder Ejecutivo.

De modo que la ley respeta fielmente el “equilibrio” al que se refiere el artículo 114 segundo párrafo de la Constitución, toda vez que su compleja estructura impide que un determinado grupo político o estamento se imponga sobre los demás tornando necesario para el desenvolvimiento del órgano el diálogo, aún contra el deseo de sus miembros.

Entre otras cuestiones salientes, cabe apuntar que la ley establecía que la duración del mandado de cada miembro del Consejo era de cuatro años, pudiendo ser reelegibles por una vez en forma consecutiva. Es claro que esta disposición no aplica al Presidente de la Corte. Por otra parte, también se estableció que la permanencia de los miembros estará sujeta a la calidad en función de las cuales fueron seleccionados (conf. art. 6).

El artículo 7º de la norma, es el que contiene las atribuciones del Consejo. Entre ellas se destacan las facultades reglamentarias, tanto de su funcionamiento como lo referente a la organización judicial, otras disposiciones en materia de política y estructura órganos jurisdiccionales, las de funcionamiento de la Secretaría General, el procedimiento de los concursos públicos y la Escuela Judicial (inc. 1º, 2º, 8º 9º y 11).

El inciso 9°, en cuanto dispone que es atribución del Órgano “*reglamentar el procedimiento de los concurso públicos de antecedentes y oposición*”, es un reflejo de la manda fijada en el final del primer párrafo del artículo 114 de la Constitución Nacional que, como lo dijimos antes, dispone que el Consejo tendrá a su cargo “*la selección de los magistrados*”, y los incisos 1° y 2° de dicho artículo, que específicamente prevén la atribución de “*seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores*”, y “*emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores*”.

En su redacción original el quórum⁷¹ para sesionar era de trece miembros (art. 9), pero la reforma de la ley 24.439 lo redujo a doce. Aun cuando la ley correctora, exigió un menor número de consejeros necesarios para que el cuerpo sesione, sigue siendo una cantidad ciertamente elevada, y este es un dato interesante, que demuestra un marcado sentido republicano, ya que para sesionar el órgano requiere del sesenta por ciento de sus miembros, lo que parece una suma de miembros relativamente calificada⁷². De ello deriva que las decisiones también requerirán, siempre hablando en términos porcentuales, de un mayor número de consenso.

Entre los artículos 10 y 20 se organizan las autoridades. El Presidente, que como se dijo es el presidente de la Corte (art. 10), la vicepresidencia (art. 11), y a partir del artículo 12° las principales Comisiones del Órgano, a saber de Selección de Magistrados y Escuela Judicial, De Disciplina, de Acusación y de Administración Financiera.

Los artículos 21 y 22 por su parte, regulan el Jurado de Enjuiciamiento, disponiendo que su composición será de 9 miembros. Tres jueces, tres legisladores y tres abogados. Luego se regula el procedimiento disciplinario donde se dispone, como dato saliente, que deberá ser oral y público y que la decisión se tomará por dos tercios de los miembros. Ante ésta sólo procederá el recurso de aclaratoria (art. 27).

Antes de avanzar sobre la primera reforma estructural de la ley, cabe señalar que mediante ley 25.876, se incorporó al artículo 7° de la 24.937, como incisos 15 y 16 el siguiente texto: “*Dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para la designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores. El juez designado deberá cumplir con los requisitos previstos en el artículo 13 inciso b) primera parte de la presente ley, y percibirá una remuneración equivalente a la que correspondería al titular. En los supuestos de vacancia, las designaciones efectuadas en virtud del presente inciso no podrán superar el plazo de doce meses. Dicho plazo podrá ser prorrogado por seis meses por decisión fundada. Estas designaciones no podrán ser invocadas ni tenidas en cuenta como antecedente para los concursos públicos que convoque el*

⁷¹ Cabe recordar que según Bidart Campos, el *quorum* es el número de miembros que se necesita para que un órgano colegiado pueda constituirse, funcionar y adoptar decisiones. BIDART CAMPOS, Germán José, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, 2009, T II A, ps. 535.

⁷² Repárese en este sentido que las Cámaras del Congreso Nacional, por disposición del artículo 64 requieren de la mayoría absoluta de sus miembros. En el caso de Senado es de 37 miembros que asciende al 51,3 por ciento de la totalidad de sus miembros para sesionar. Lo propio ocurre con la Cámara de Diputados, cuyo quórum se alcanza con 129 diputados sobre un total de 257, lo que significa un 50,1 por ciento de la totalidad.

Consejo de la Magistratura. Inciso 16: Dictar los reglamentos generales de superintendencia que sean necesarios para el funcionamiento del Poder Judicial de la Nación.”

Si bien ello no significó una sustantiva alteración como sí lo hicieron las ley 26.080 y 26.688 según se verá más adelante, si tuvo implicancias, que derivaron en la Corte, donde el tribunal pudo delinear su criterio en una materia tan sensible como es la designación de los jueces. Ello se analizará al abordar el caso “Rozsa”.

La segunda etapa a la luz de la ley 26.080

El 24 de febrero de 2006, se promulgó la ley 26.080, que altera esencialmente la composición del Consejo, reduciendo drásticamente el número de consejeros de 20 a 13. Ello impactó notoriamente en el balance y equilibrio del organismo (artículo 1º de la ley que reforma el artículo 2º del texto original).

La norma establecía una composición de tres jueces de la Nación, y al igual que el sistema anterior debían ser elegidos por el sistema D'Hont, con representación de las Cámaras, y el interior del país. Con la sanción de esta norma, este estamento pierde una representante (art. 2º inc.1). Adicionalmente, dicho precepto contenía un defecto congénito por cuanto ordenaba “*garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de los magistrados con competencia federal del interior de la República*”. Dado que el número de tres representantes, es impar, no surge con cabal claridad cómo debe llegarse a esa igualdad. Necesariamente deberán ser o dos jueces de Cámara, o dos de primera instancia, con lo que la mentada igualdad se pierde. El mismo desbalance se observará en la representación entre magistrados del interior del país, y quienes no lo sean.

El segundo inciso del reformado artículo 2º disponía que los poderes políticos estarán representados por seis legisladores, correspondiendo dos a las mayoría y uno a la primera minoría de cada Cámara. Aquí la reducción de dos legisladores impacta directamente en la segunda minoría de cada Cámara que pierde representación en el Consejo, lo cual resulta criticable pues se diluye el pluralismo político, dejando en manos solo de las dos de las fuerzas mayoritarias la representación del Congreso.

Los abogados de la matrícula se reducen de cuatro a dos (inc. 3), el Poder Ejecutivo sigue manteniendo un miembro (inc. 4) y el estamento académico se reduce a un miembro (inc. 5).

Entre las reformas que mayor impacto tuvieron debe destacarse que su quórum se reduce a siete miembros (art. 9) y que la presidencia ya no sería ejercida por el presidente de la Corte, sino un miembro del Consejo elegido por mayoría absoluta de votos (Conf. art. 10).

Se modifica además la composición del Jurado de Enjuiciamiento, disponiendo que será integrado por dos jueces de Cámara, cuatro legisladores y un abogado de la matrícula federal. Esto permitiría que el estamento político, sumando sólo una voluntad de un juez o el representante de los abogados, remueva un magistrado.

De todo lo expresado, quizás lo más criticable de esta reforma es que rompe el equilibrio previsto en la Constitución, al permitir que los órganos políticos -seis legisladores y el representante del Poder Ejecutivo- puedan tomar las decisiones del Consejo sin necesidad de participación del resto de los estamentos⁷³. La letra de la Constitución, refleja que la voluntad del constituyente fue contraria al obrar del legislador.

Gelli fue muy crítica al respecto. Señaló que la ley fue parte de una construcción al margen de la constitución, y que con ella se intentó, sino regresar al sistema anterior a la reforma, al menos, de diluir los cambios de la reforma de 1994 a fin de que la decisión político partidaria pesara más en la selección de jueces y en el inicio de los juicios de remoción de magistrados (Gelli, 2022).

De la mano de lo anterior, es dable destacar que las modificación efectuada a través del inciso 7º del artículo 3º de la ley dispuso que para la apertura de los procesos disciplinarios se requerirá dos tercios de los miembros presentes. Esto implica que los órganos políticos pueden formar quórum de siete miembros, y con dos tercios de ese quórum iniciar el procedimiento de remoción de magistrados. Ello, en términos concretos significa la posibilidad de que un procedimiento de estas características sea iniciado por cinco de los trece miembros del Consejo, o sea, menos de la mitad, y además que esa mayoría podría ser conseguida, vgr. por dos senadores y dos diputados representantes de la mayoría de cada cámara y por el representante del Poder Ejecutivo.

A diferencia de la ley anterior, que obligaba al cuerpo a efectuar consensos, esta reforma le da una preponderancia indebida al estamento político quebrantando el “equilibrio” dispuesto por el constituyente.

En el caso hipotético que esta norma no hubiese sido declarada inconstitucional, se habría permitido que una facción política pueda utilizar el procedimiento disciplinario de remoción de magistrados para amedrentar y presionar a estos, cuando las decisiones judiciales sean contrarias a los intereses de la clase política. Podría pensarse que tal aserto es exagerado y relativamente rebuscado, más lo cierto es que la realidad política del país y la tensa relación que existe entre los distintos partidos políticos y los miembros del poder judicial, dan cuenta de la veracidad de la afirmación⁷⁴.

El asunto fue tratado en el precedente “Colegio de Abogados” del 18-XII-2021, según se verá más adelante.

⁷³ Herrero señala que los legisladores se arrogaron el 45% del total en la primera reglamentación, y a través de la ley 26.080, lo aumentaron a 53%. HERRERO, Luis René, LL 23-03-2022.

⁷⁴ A título ilustrativo, basta ver cómo a finales de 2022 el Poder Ejecutivo inició un proceso de juicio político a la Corte inmediatamente después de un fallo adverso en materia de coparticipación.

La última modificación, realizada por la ley 26.855

Esta norma genera cambios sustanciales en el sistema, y se aparta enormemente de las mandas constitucionales sobre el Consejo de la Magistratura. El legislador desoyó abiertamente al constituyente, quien al diseñar este órgano tuvo en mira alejarlo de las coyunturas políticas reinantes en la vida cotidiana de la Nación que pudiesen alterar sus decisiones y funcionamiento.

Es claro que al pergeñar la manda constitucional se pensó qué el Poder Judicial es el equilibrio del sistema republicano, y los jueces no deben estar sometidos a eventuales presiones o tener vínculos con el poder de turno (Gelli, 2022). De allí, que el sistema de selección de estos, sumado a la garantía de inamovilidad sea un asunto tan importante.

Uno de los grandes cambios introducidos por esta ley, es la composición del Órgano donde si bien se mantiene lo referido a los tres jueces, seis legisladores y un miembro del Poder Ejecutivo (Conf. art. 2 inc. 1, 4 y 5), se agrega un abogado (inc. 2), y con total carencia de lógica se dispone que los miembros del estamento científico serán seis, es decir junto con los legisladores, es el estamento que mayor cantidad de miembros tiene. El número de miembros asciende a diecinueve.

Esta conformación es manifiestamente contraria a la Constitución por dos motivos: i. el primero de ellos, es el quebrantamiento del equilibrio de fuerzas que busca la Carta Magna⁷⁵, y ii. además, y tal como se señalase al inicio del presente capítulo, la circunstancia de que el claustro académico y científico, estuviese en una segunda oración del segundo párrafo, le da a este una trascendencia más atenuada, suburbial o de menor grado que los estamentos políticos, jueces y abogados. La frase con que se comienza esa oración, “será *integrado asimismo*”, no deja lugar a dudas respecto de ello.

La otra gran modificación de la norma, de cuya simple lectura puede evidenciarse que es contraria a la Constitución, es la elección de los representantes del ámbito académico, jueces y abogados de la matrícula federal. El artículo 4º que introducía el 3 bis al texto original de la ley, disponía que la elección de éstos “se realizará en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. No podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura. No podrán oficializarse candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política”. El nuevo texto del artículo 33 (modificado a través del 18 de la ley) completaba esta disposición fijando que “el acto eleccionario (...) se celebrará de manera conjunta

⁷⁵ Bianchi señala con categórica contundencia que “La ley 26.855 ha desbaratado todo el sistema en abierta y manifiesta violación de la Constitución. La reforma introducida por esta Ley ha entregado a los partidos políticos el monopolio de la elección de los candidatos para integrar las listas de los consejeros, las cuales serán armadas con el mismo criterio político partidario con el que se confeccionan las listas para diputados.”. BIANCHI, Alberto, *Una Reforma inconstitucional*, RDA, 2013-89, 1495

y simultánea con las elecciones nacionales para cargos legislativos, la primera oportunamente de aplicación de esa ley”.

Esta disposición, que tuvo fecha de promulgación el 24 de mayo de 2013 no llegó al mes de vida, pues fue fulminada por la Corte Federal en el precedente “Rizzo” (Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho)s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar, del 18-6-2013, en Fallos 336:760).

En aquel proceso, conforme se expondrá más adelante se interpretó que la verdadera intención de la Constitución Nacional era que los miembros del Consejo fuesen representantes de cada estamento y no reflejen las tendencias políticas de momento de la sociedad en general, pues lo que el constituyente decidió con buen criterio es que cada estamento tenga sus propios representantes, es decir que los jueces sean representados por jueces, que los abogados sean representados por abogados, y así según corresponda, sin perjuicio de la dirección en que soplen los vientos políticos de cada momento.

Mediante el artículo 4º de la ley se establece que para ser Consejero se requerirá contar con las condiciones para ser elegido Diputado de la Nación, en tanto que las leyes anteriores exigían las mismas condiciones que para ser Juez de la Corte.

A pesar de las falencias señaladas, la ley tenía un aspecto positivo, preveía la imposibilidad de ser consejero para aquellas personas “que hubieran desempeñado cargo o función pública jerárquica durante la última dictadura cívico militar o respecto de quienes se verifiquen condiciones éticas opuestas al respecto por las instituciones democráticas y los derechos humanos” (art. 5).

Se reforma el artículo 7º inciso 15, permitiendo que la apertura del proceso de remoción se lleve a cabo por la mayoría absoluta de los miembros del pleno. Dado el modo en que se preveía el sistema de elección, conjuntamente con las elecciones de autoridades de la Nación, esta reforma lisa y llanamente significaba que el ganador del proceso electoral podría iniciar el procedimiento de remoción de jueces lo que resulta francamente negativo.

El quórum establecido en la norma era de 10 miembros (art. 9), y las decisiones debían ser adoptadas por mayoría absoluta, es decir, que sólo seis miembros de un órgano de 19 podrían tomar las decisiones. Cabe reiterar además, que a dicho quórum se podía llegar habiendo ganado las elecciones generales, lo cual tornaba innecesario la formulación de acuerdos y consenso prevista por el constituyente.

La envergadura de las deficiencias de esta norma, condenaron su vigencia desde su génesis. Las falencias eran tan palmarias y groseras que habilitaron la vía expedita para la jurisdicción del tribunal, quien en el caso “Rizzo Jorge”, fulminó la validez de la norma. Solo basta buscar la ley en el sitio de información legislativa de la Nación (www.infoleg.gov.ar), y se verá como en varios de los artículos está la referencia a la declaración de inconstitucionalidad y su consecuente inaplicabilidad.

Esta somera síntesis permite tener un panorama de lo que fue el devenir legislativo del órgano, y evidencia el enorme interés que despertó en la clase política, la que lejos de intentar dar un sesgo de institucionalidad al Consejo, buscó, aun contraviniendo la Constitución, dar un perfil de conveniencia política al órgano.

Jurisprudencia vinculada al caso

Planteo

En este punto es de hacer notar que existen dos precedentes jurisprudenciales que están directamente relacionados con el artículo 114 de la Constitución, que son los casos “Rizzo” y “Colegio de Abogados”. Tal como lo venimos señalando, es un hecho notorio que la designación y remoción de los jueces es un tema de singular trascendencia para la clase política, pues serán estos los que ejerzan el control de legalidad de políticas públicas, y las eventuales consecuencias criminales de los funcionarios en el desempeño de sus cargos .

Por añadidura, esta importancia también se traslada a los sistemas de sustitución y subrogación de magistrados en casos de vacantes. Ello tiene una razón de ser, y es que aproximadamente el treinta por ciento (30 %) de los cargos se cubren por este mecanismo de excepción⁷⁶. La falta de designación y cobertura de cargos a través de los canales normales, probablemente se deba a la lentitud y a la dificultad para lograr el consenso necesario.

Pues bien, dada esta anomalía donde la subrogación cobra una particular trascendencia, conviene hacer un relato no solo de los casos que impactaron directamente en el funcionamiento y composición del Consejo (vgr. “Rizzo”), sino además en aquellos que, aunque de modo indirecto, tuvieron incidencia en cómo se ocupaban los casilleros de la Administración de Justicia (por ejemplo “Uriarte”). Si bien estos últimos merodean en el objeto de este trabajo, y no tienen vinculación plena con la cuestión, resultan de particular utilidad para desentrañar cuál es el criterio de la Corte Federal en la materia, y el particular interés del Tribunal en definir el resguardo de la independencia del Poder Judicial. Por ello, se abordarán cronológicamente, a medida que fueran decididos.

El caso “Rosza, Carlos Alberto s/ recurso de casación”, en Fallos 330:2361, del 23-V-2007

Una aclaración preliminar como dato ilustrativo de este caso, es que de la sentencia no surge cuál es el hecho que da lugar a la imputación criminal del Sr. Rosza. Sí en cambio está descripto con claridad todo el entuerto judicial y los magistrados intervenientes, que conforman el núcleo del caso, pero no surge del fallo el delito que se investiga⁷⁷.

⁷⁶ Ver al respecto, comunicado Nro. 124 de la Asociación de Magistrados, o notas de diario Infobae 7-2-2023 y Clarín del 14-2-2023 en donde se da cuenta del alto nro. de vacantes.

⁷⁷ Al iniciar este capítulo, señalamos lo vidrioso que resulta el nombramiento de jueces para el poder político. Tan ello es así, que por falta de acuerdo político, o peor aún, con la intención de generar una sobrecarga y retraso en la Justicia, la designación de jueces se ha hecho a cuentagotas. Un dato curioso que circunda el asunto, y que si bien ha pasado desapercibido, nos llama poderosamente la atención es lo señalado por el Procurador en su dictamen, donde deja entrever, con un grado de certeza mayor a un mero atisbo, que la designación efectuada se aparta del texto de la Constitución, dada la enorme complejidad para cubrir los cargos, y como las vacantes afectan la

Ingresando al meollo la cuestión, el caso envuelve una impugnación realizada por el abogado del señor Rozsa que revestía el carácter de imputado, en virtud de la cual se ponían en tela de juicio varios aspectos de la garantía del debido proceso. La situación se da del siguiente modo: mediante la ley 25.876 se incorpora un inciso, el quince, al artículo 7º de la versión originaria de la ley 24.937, que expresamente facultaba al Consejo: “*A Dictar los reglamentos que establezcan el procedimiento y los requisitos para designación de jueces subrogantes en los casos de licencia o suspensión de su titular y transitorios en los casos de vacancia para los tribunales inferiores. El juez designado deberá cumplir con los requisitos previstos en el art. 13 inc. b) primera parte de la presente ley, y percibirá una remuneración equivalente a la que correspondería al titular. En los supuestos de vacancia, las designaciones efectuadas en virtud del presente inciso no podrán superar el plazo de doce meses. Dicho plazo podrá ser prorrogado por otros seis meses por decisión fundada. Estas designaciones no podrán ser invocadas ni tenidas en cuenta como antecedente en los concursos públicos que convoque el Consejo de la Magistratura*”.

En el marco de aquella norma el Consejo dicta la resolución 76/2004 en virtud de la cual se aprueba el Reglamento de Subrogaciones de los Tribunales Inferiores de la Nación que, establecía en prieta síntesis, que en caso de que se produzcan vacantes o ausencias transitorias en cargos de juez de primera instancia o juez de las cámaras o tribunales orales, federales o nacionales, los tribunales de alzada o los que ejercen la superintendencia, por sí mismos o con intervención de la Comisión de Selección de Magistrados del Consejo de la Magistratura (si la suplencia fuese prolongada), pueden designar subrogantes a magistrados en ejercicio, de igual grado y jurisdicción o de la jurisdicción más próxima, a jueces jubilados que hayan sido nombrados con acuerdo del Senado, a abogados de la matrícula federal que reúnan las condiciones legales para ocupar los cargos de que se trate o, para las hipótesis de reemplazos de jueces de primera instancia, a secretarios de ambas instancias (confr. art. 2º, 4º, 7º, 10 y 11 del reglamento citado).

La sanción de la ley 26.080 importó la derogación del mentado inciso 15 del artículo 7º de la ley 24.937, y con ello el sustento jurídico de la citada resolución 76/04. Ante tal situación, el

Administración de Justicia, debe convalidarse la norma. Lo expresa en estos términos: “*Respecto de esta última, es mi opinión que si bien la Constitución Nacional determina expresamente dos modos de designación de los jueces de la Nación (arts. 99, incs. 4_ y 19 y 114), ello no obsta a que el Congreso decida detallar, como lo hizo con la sanción de la ley 25.876, las facultades de que el CM puede disponer a fin de atender una situación de necesidad, cual es la de cubrir, provisoriamente, los cargos de tribunales que por cualquier motivo se encuentren sin un titular a cargo, a fin de asegurar el buen orden de las instituciones y el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional (arts. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7_, ap. 5_y 6_y 8_, ap. 1_ de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14, inc. 3_, ap. c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En esas condiciones y en búsqueda de una solución para el problema de las vacancias temporales de tribunales, interin tramiten los procedimientos reglados de selección y designación de jueces, la reglamentación del CM para asegurar "la eficaz prestación del servicio de justicia" aparece como razonable, en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional*”. Es decir, si bien el funcionario estimó que el mecanismo se aparta de las mandas constitucionales, dado el enorme retraso y sobrecarga en el sistema de administración de justicia, convalida tal obrar irregular.

Consejo dictó la resolución 04/06, que establecía que el reglamento mencionado mantendría vigencia hasta que el congreso dicte una ley reglamentaria.

Es decir: el órgano en ejercicio de una competencia otorgada por la ley, dicta un reglamento. Derogada la ley, y por ende suprimida tal competencia, el ente dicta un acto con el que le da ultraactividad a dicho reglamento. Esto último, configura un obrar por fuera de la habilitación de la norma.

Esto es justamente lo que se impugna en el caso, y la Corte delimita la cuestión controvertida de la siguiente manera: *“Que, de conformidad con los términos en que ha quedado planteada la controversia, corresponde dilucidar si el procedimiento para la designación de jueces subrogantes aprobado por la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura se adecua a las reglas y recaudos establecidos por nuestra Ley Fundamental”* (del Cons. 10°).

En el considerando 11° del fallo se encuentra sintetizado el *holding* del caso. Allí la Corte señala que la Constitución prevé un sistema de designación de jueces donde se exige la participación del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado. Expresa que debe seguirse el mecanismo previsto en el artículo 99 inciso 4° para adquirir la calidad de juez, ello por cuanto el norte del sistema es el “equilibrio político” (ver específicamente considerando 11, segundo párrafo).

Para ello cita a José Manuel Estrada y a la Convención Constituyente de 1853. Esta cita no es antojadiza ni azarosa, sino que muy por el contrario, lo que se busca con una cita tan particular es demostrar que desde sus orígenes, el sistema de nombramiento de jueces debía ser realizado mediante un mecanismo complejo de participación interorgánica⁷⁸. El Tribunal destaca además, que en la obra de Estrada se cita a Hamilton en “El Federalista Nro. 7”, y profundiza esta idea con la transcripción de un debate de la Convención de 1853. Tales citas, íntegramente hablan del equilibrio y la concurrencia de más de un poder para el nombramiento de los jueces.

La Corte bien pudo utilizar doctrina constitucional moderna, o un poco más actualizada, o incluso de mayor renombre tal como lo son las plumas de Bidart Campos, Linares Quintana, Sagües o Ekmekdjian por citar clásicos en la materia. Pues bien, cabe preguntarse entonces ¿Por qué el tribunal desempolva expresiones y doctrinas previas a la Constitución de USA, como es el caso de Hamilton, a la Convención donde se gestó nuestra Carta Magna, y a la opinión de uno de las primeras obras de derecho constitucional del país, como es el caso de Estrada?

Ello no es casual. La realidad es que el tribunal quiere dar un mensaje, sintético y contundente. La afirmación que para adquirir la condición de juez se exige la concurrencia de más de un poder, seguida del pensamiento de Hamilton está afirmando, que tal aserto es basal, fundamental e insoslayable desde la génesis misma del sistema; desde antes de la Constitución de Filadelfia que es el modelo original, y por ende antes aún de nuestra Carta de 1853-1860. Pero si quedara alguna duda, la consideración hecha por el constituyente en 1853 da cuenta de ello.

⁷⁸ Es dable destacar que las citas en cuestión son hechas con referencia al texto constitucional 1853/60, que contemplaba un mecanismo mucho más simple de designación de jueces, con participación del PE y del Senado. En 1994, el Constituyente buscó mayor participación interorgánica y debate a través de la incorporación del Consejo, con lo que ello deviene enteramente aplicable.

La Corte buscó fulminar con el peso específico de más de 200 años de sistema republicano de gobierno un obrar que considera fuera de los estándares fundacionales. Solapadamente expresa que la inconstitucionalidad detectada se contrapone con la esencia misma del sistema.

Para reforzar tal razonamiento agrega al final del considerando que ante tal esquema, la incorporación del Consejo de la Magistratura en la mentada reforma tenía como objeto “atenuar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la propuesta de magistrados federales”.

Luego, ya en el considerando 12, la Corte agrega que el sistema de nombramiento de jueces es fundamental en la división de poderes y el sistema republicano, y busca esencialmente la imparcialidad en los magistrados, lo que hace a la garantía de juez natural; y aun cuando sean jueces subrogantes es necesario que su designación sea con la intervención de los tres órganos que dispone la Constitución. Así lo expresa señalando que: “*...los procedimientos constitucionales y las leyes que reglamentan la integración de los tribunales, han sido inspirados en móviles superiores de elevada política institucional, con el objeto de impedir el predominio de intereses subalternos sobre el interés supremo de justicia y de la ley*”. Ello lo incardina con los principios de independencia e imparcialidad, pero no solamente como protección de los magistrados, sino fundamentalmente de los justiciables pues la violación a tales directrices según lo afirma el Tribunal afecta la garantía de “juez natural” del artículo 18 de la Constitución federal.

En el inicio del considerando 14 se expone lo que puede ser el núcleo del caso. Allí el Tribunal señaló: “*Que tal como se expresó la Constitución contiene un procedimiento de designación de magistrados en el que resulta necesaria la participación del Consejo de la Magistratura, del Poder Ejecutivo y del Senado de la Nación. Este sistema no excluye la implementación de un régimen de jueces subrogantes para actuar en el supuesto de que se produzca una vacante y hasta tanto ésta sea cubierta por el sistema constitucional antes descripto a los efectos de no afectar el derecho de las personas a contar con un tribunal que atiende en tiempo oportuno sus reclamos. Este régimen alternativo y excepcional requiere la necesaria intervención de los tres órganos mencionados.*”

La afirmación es contundente: no puede haber desempeño de la magistratura sin la debida intervención de los tres órganos. A los dos párrafos siguientes señala que “*el sistema de designaciones de subrogantes no pondera la necesidad y grado de participación de los tres órganos de poder referidos en relación con los fines que se persiguen con la implementación de dicho sistema*”

En los siguientes considerandos ahonda en este argumento, para concluir en el considerando 19 que el precepto bajo análisis es inconstitucional.

No obstante lo anterior, la rareza del caso se da en el último considerando cuando el tribunal decide, que aun cuando el modo utilizado para la cobertura de cargos resulta contrario a la Carta Magna Federal, los jueces subrogantes designados sobre la base de aquel régimen *continuarán en el ejercicio de su cargo y su actuación jurisdiccional será considerada válida hasta que cesen las razones que originaron su nombramiento o hasta que sean reemplazados o ratificados mediante un procedimiento constitucionalmente válido*, según las pautas fijadas en la sentencia. Tal situación no podrá posponerse más de un año.

Resulta al menos llamativo que con la contundencia que la Corte ha señalado la inconstitucionalidad de la normativa en cuestión sostenga a los jueces en su función, más lo cierto es que se pondera muy especialmente la prestación del servicio de justicia, y el trastorno que acarrearía que de modo imprevisto todos los magistrados en esa situación dejen de desempeñar su magistratura.

El caso “Rizzo Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar” del 18 de Junio de 2013. En fallos 336:668

En este precedente se discute tanto la constitucionalidad del régimen de elección de miembros del Consejo de la Magistratura, como la constitución del Órgano. Llega a la Corte por un *per saltum* interpuesto por el Estado Nacional contra la sentencia de primera instancia que declara la ley 26.588 inconstitucional. El Tribunal le otorga curso favorable a dicha vía de excepción y asume jurisdicción por entender que, dada la inminencia de las elecciones, las vías procesales ordinarias resultarían ineficaces (Cons. 1). Coherente con ello también convalida la vía del amparo por ser, en consideración de los hechos del caso, el mecanismo idóneo para debatir la cuestión (cons. 2). Luego, hasta el considerando 9º realiza una descripción de los principios basales del sistema republicano a la luz de su jurisprudencia, y reivindica la atribución que detenta el Poder Judicial de declarar inconstitucional una norma cuando ésta resulta contraria a la Carta Magna. Para adverar su afirmación detalla importantes precedentes (“Sejean”, “Bazterrica” o “Halabi” por citar algunos) donde obró de tal modo.

Como dijimos, son dos las cuestiones que abren la jurisdicción de la Corte. La primera de ellas es la composición del Órgano, que según la norma en crisis se integra por un representante del Poder Ejecutivo, seis legisladores, tres jueces, tres abogados y seis representantes del ámbito académico, y la segunda la elección de estos. Respecto del primer tramo la parte actora adujo que el lugar del estamento académico no se condice con las previsiones constitucionales.

El segundo punto en conflicto, igual o más grave aún que el primero, es el mecanismo de elección de los miembros de cada estamento. Así, la norma disponía que los jueces, los representantes de los abogados y de los académicos y científicos, serán elegidos por el Pueblo de la Nación por medio del sufragio universal, correspondiendo respectivamente, dos (2) jueces, dos (2) abogados y cuatro (4) académicos o científicos a la lista ganadora por simple mayoría, y un (1) juez, un (1) abogado y dos (2) académicos o científicos a la que obtuviera el segundo lugar (artículo 2 de la ley).

La Corte, abordó primeramente esto último, y en tal faena se enfrentó a un difícil dilema que sorteó demostrando una enorme solvencia jurídica, y un análisis concienzudo de los principios de la Constitución. La ley al establecer un mecanismo de elección de los miembros del Consejo a través del voto popular da relevancia al valor “democracia”, el que es de singular raigambre en nuestra Nación. Siendo ello así, en una mirada rápida sobre el asunto podría sostenerse que

todo lo “democrático” es bueno, y por ende todo lo que no sea “democrático” - o tan democrático- no lo es. Pero éste es un razonamiento lineal, rápido y ciertamente superficial. Es más un juego de palabras, que una afirmación razonada.

A partir del considerando 10º el Tribunal aborda el tema explicando que la soberanía popular, que reconoce en el pueblo la titularidad del poder político, tiene raigambre constitucional. Inmediatamente después, en el tercer párrafo de dicho considerando, sintetiza el meollo de la decisión aclarando, que una pretendida defensa del valor “democracia” por fuera de las disposiciones constitucionales puede dar lugar a una inconstitucionalidad⁷⁹.

Lo expone en estos términos: *“La soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras (Fallos:328:175), y no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraría más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional. La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas de las que le ha otorgado o suprimir algunas de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas (Fallos: 137: 47)”.*

A este respecto, corresponde hacer dos afirmaciones: i. la primera es que la defensa de cualquier principio jurídico por más importante que sea, incluso la democracia, jamás puede hacerse por fuera de la letra de la Constitución; ii. la segunda, es que la democracia que cinceló el constituyente no necesariamente requiere una participación popular activa y constante. Por diversas razones el Constituyente estimó que el mejor camino para asegurar la soberanía popular era una democracia representativa⁸⁰.

⁷⁹ Respecto a este punto, resultan por demás útiles las inveteradas palabras de Story, quien afirmaba que *“El poder Judicial que es el punto vulnerable de la Constitución, está pues constantemente expuesto á los ataques y á un triunfo que, aunque sea momentáneo, alcanzado sobre este poder por las pasiones populares, es un golpe durable dado á la Constitución. Por esto es, que en las repúblicas, los que benefician en las convulsiones intestinas ó en el predominio de una facción, son siempre enemigos declarados de una justicia regular é independiente. Propagan toda especie de errores á fin de engañar el espíritu público y de escitar las pasiones, porque saben que sin el concurso del pueblo sus funestos proyectos serían impotentes.”* STORY, Joseph, *Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos*, Ed. Nicolás Calvo, Buenos Aires 1881, T II, ps. 312.

⁸⁰ Basta por caso recordar los artículos 1 y 22 de nuestra Ley Suprema, o que al tomar el Preámbulo de la Constitución de USA, nuestro constituyente decidió que los convencionales sean “los representantes del pueblo”, a diferencia del país del norte que actúa directamente el pueblo. “We the people”, expresa la Constitución de Filadelfia.

Luego de ello, a partir de los considerandos 16 y 17 comienza a delimitar el alcance del artículo 114 de la Constitución Federal, para lo cual acude al método gramatical (ver primer párrafo considerando 17). En tal contexto el Tribunal expresa que “*resulta claro que al Consejo de la Magistratura lo integran representantes de los tres estamentos allí mencionados: órganos políticos resultantes de la elección popular (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo), jueces de todas las instancias y abogados de la matrícula federal). Así las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados, lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral*” (cons. 18).

Esto es, los miembros que tengan pertenencia a los órganos políticos, abogados de la matrícula y jueces, no son representantes del pueblo, sino de sus pares. Ello no es una posición desacertada, antojadiza o antidemocrática. Es lógico pensar que dado el carácter técnico de los jueces, quienes participan en el foro estén en mejores condiciones de evaluar las condiciones necesarias para el desempeño de la función⁸¹.

A partir del considerando 19 comienza a analizar la segunda oración del segundo párrafo del artículo 114, que preceptúa: “*asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley*”.

En este punto, el Tribunal hace hincapié en el vocablo “asimismo”, que significa “también”. Al ponerlo en estos términos, la Corte estimó que el texto constitucional no ofrece dudas en cuanto a que el sector académico no tiene un rol central, o el mismo lugar que el resto de los estamentos. Ello es lógico, pues de haber querido el constituyente que tal estamento ocupe el mismo lugar de los demás, lo hubiese mencionado en la primera oración del párrafo junto con los órganos elegidos por el voto popular, jueces y abogados.

Se afirma en la sentencia que el mecanismo del artículo 114 debe entenderse imbricado en el objetivo del Preámbulo de afianzar la justicia, y la reforma vino así a superar el sistema de naturaleza político partidaria y de pura discrecionalidad del Poder Ejecutivo en la designación de magistrados federales (Cons. 20).

A este respecto, la sentencia expresamente dice que: “*En este sentido, no ha dado lugar a controversias que la inserción del Consejo de la Magistratura como autoridad de la Nación ha tenido por finalidad principal despolitizar parcialmente el procedimiento vigente desde 1853 para la designación de los jueces, priorizando en el proceso de selección una ponderación con el mayor grado de objetividad de la idoneidad científica y profesional del candidato, por sobre la discrecionalidad absoluta*”.

⁸¹ Solá explica que la representación de los abogados es un punto central en la conformación del un Consejo de la Magistratura, pues son los abogados y jueces quienes participan activamente en la decisión judicial. SOLA, Juan Vicente, *La Constitución y el Consejo de la Magistratura*, La ley 30-12-2021.

En el considerando 21, haciendo interpretación auténtica de la Constitución con cita al Constituyente de 1994 se señala que la incorporación del Consejo de la Magistratura al texto de la Constitución fue “*a fin de afianzar la independencia de los jueces como garantía de los habitantes*”, despolitizando para ello el procedimiento de selección de los miembros del Consejo, y disponiendo a su vez la elección equilibrada por estamentos.

Es muy importante reiterar que el Tribunal específica con mucha claridad que la soberanía popular, aun cuando es un principio basal y fundante del sistema constitucional no habilita al desconocimiento o atropello de las mandas constitucionales. El Tribunal lo pone en términos de relación entre poder constituyente y poder constituido. Así, antes de abordar estrictamente lo relacionado con la norma en crisis hace referencia a los límites de la soberanía popular frente a la Constitución. Además de lo dicho al inicio de este apartado, en el considerando 26 vuelve sobre el asunto al afirmar que: “*los poderes constituidos no podrían jamás, en ninguna circunstancia, desconocer la forma en que los constituyentes organizaron la división del poder estatal en la Argentina*”.

Esta definición es trascendental, no sólo por la sustancia, sino antes bien por el hecho de que la Corte principie y culmine la sentencia con ello. Esto indica que el Tribunal quiso destacar el tema enfáticamente.

Lo señalamos, y a riesgo de ser reiterativos, lo reafirmamos: una mirada rápida del asunto podría llevar a pensar que la elección popular es el mecanismo más compatible con la soberanía popular y lo que mejor se acompaña con el sistema democrático; y bajo este piso de marcha confirmar la constitucionalidad de la ley. Pero esta afirmación, más estentórea que correcta, es inconstitucional, pues como bien lo señala la Corte, el constituyente no quiso que cada uno de los estamentos de este complejo cuerpo sea representativo de la soberanía popular, sino por el contrario que la representación la elija cada grupo o estamento.

Tal previsión es adecuada, pues aleja la selección de los miembros del Consejo de las pasiones políticas de momento y las pone en mano de cada uno de los grupos. Así, no se corre el riesgo de que el partido de turno nombre discrecionalmente los jueces que lo deben controlar.

En este aspecto es importante destacar que el Poder Constituyente está por encima del sistema de elección popular (ver cons. 27), y ello es expresamente afirmado en el considerando 31 cuando señala que la convocatoria a elecciones nacionales para elegir a los abogados y jueces que integrarán el consejo de la Magistratura desconoce las reglas de representación que establece el artículo 114 de la Constitución Nacional. Ello es así, pues la Carta Magna no dispone que el órgano se integre con jueces y abogados que representen la voluntad del pueblo, sino que por el contrario representen a sus pares, y no es la condición de juez o abogado la que los hace representantes, sino su elección por los miembros de cada grupo (Conf. cons. 31).

Sobre estas bases la Corte declara inconstitucional la normativa en cuestión. No obstante, resulta interesante que también se aborde la prohibición normativa de formar partidos o agrupaciones políticas al solo efecto de presentar consejeros.

Y ello es así, pues qué sentido tendría resolver la constitucionalidad de una norma que, en función de la decisión estructural del asunto, carecería de virtualidad. Como puede observarse

el Tribunal va más allá de lo necesario, quizá en la necesidad de dejar sentada una doctrina judicial al respecto para casos futuros. Quedará en el misterio si, en esta parcela que puede tomarse con un *obiter*, la Corte buscó dar un mensaje al legislador respecto de qué estándar debe contener la ley.

Resulta contundente la frase que pronuncia la Corte, reafirmando que se le permite a la ciudadanía formar una agrupación política para elegir Presidente o miembros del Parlamento, pero no del Consejo de la Magistratura.

El caso “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s / acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” en Fallos 338:1216

Si bien el presente caso no guarda estricta correspondencia con la estructura del Consejo de la Magistratura, es un fallo donde se evidencian dos cosas sustanciales en lo que hace al presente trabajo: i. de un lado la enorme trascendencia institucional del asunto y el marcado interés que tiene la clase política en el nombramiento de los jueces, y: ii. el rigor con que el tribunal solidifica su doctrina.

El objeto de la acción declarativa de inconstitucionalidad era dejar sin efecto el acto del Consejo de designación de un magistrado, dispuesto en el marco de la Resolución 8/14 cuyo artículo 7º disponía: “*Las autoridades judiciales de aplicación del presente reglamento deberán comunicar al Consejo de la Magistratura cualquier situación o circunstancia que les impidiese cumplir con el procedimiento previsto, con sugerencia de las posibles soluciones a adoptar con vistas a la continuidad y eficacia de la prestación del servicio de justicia . (...) Si la única medida apta para evitar la interrupción del servicio de justicia fuese la designación como juez subrogante de un secretario judicial, se dará especial consideración a aquellos que obtuvieron las mejores calificaciones en el último concurso que se hubiese convocado para cubrir cargos en el respectivo fuero o jurisdicción. La resolución del Plenario del Consejo que así lo decida, y la propuesta del órgano de aplicación, deberán encontrarse debidamente fundadas en cuanto a imposibilidad de proceder de otro modo*”.

El Tribunal destaca en el considerando 5º del fallo que de la mera lectura de la norma se concluye que el artículo prevé un proceso en el que no intervienen ni el Ejecutivo ni el Senado de la Nación, afirmando con contundencia que: “*Un mecanismo semejante resulta inconstitucional por no contemplar la necesaria participación de los tres poderes del Estado a los que nuestra Ley Fundamental le encomienda el nombramiento de los jueces, tal como lo ha señalado esta Corte en la causa “Rosza” a cuyas conclusiones y fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad.*”

Además de tan contundente afirmación, la Corte entendió que no sólo procedía la declaración de inconstitucionalidad del sistema, sino que deberían hacerse algunas consideraciones adicionales. En tal aspecto, destaca que dada la sanción de la ley 27.145 que establecía nuevos

mecanismos de designación de jueces subrogantes, la constitucionalidad de éstos también debería ser analizada⁸².

Entre los considerandos 7° y 12° destaca los principios que deben regular el nombramiento de jueces, teniendo siempre en cuenta la independencia e imparcialidad de los Magistrados, y el indudable rol institucional del Poder Judicial en el sistema republicano, para ello destaca jurisprudencia propia y de la Corte Interamericana. También afirma que el nombramiento de conjueces debe estar revestido de las garantías legales, aun cuando se trate de un mecanismo de excepción⁸³.

En los considerandos 17 y 18 destaca dos circunstancias trascendentales: la primera es que los conjueces por carecer de una designación permanente, resultan más vulnerables a presiones de diversa índole⁸⁴ (Conf. cons. 17); y que una vez producida una vacante, debe ser cubierta en primer término por magistrados de otros tribunales cuyo nombramiento haya sido de acuerdo al procedimiento constitucional, y sólo excepcionalmente de las listas de conjueces.

Con posterioridad se analiza el sistema de designación previsto en el artículo 2° que establece que el nombramiento del subrogante debe realizarse por mayoría absoluta de los miembros presentes del Consejo de la Magistratura y podrá recaer, indistintamente, sobre un juez o jueza de igual competencia de la misma jurisdicción o sobre un miembro de la lista de conjueces.

El Tribunal formula varias objeciones desde la óptica constitucional a dicha norma. La primera está en el considerando 20 y tiene que ver con la “falta de un baremo objetivo que pueda justificar para cada designación la preferencia de un candidato”. Es decir, la discrecionalidad es absoluta, lo que resulta fuertemente atentatorio de la garantía de juez natural.

La Corte expresa: “*El Consejo de la Magistratura ejerce, entonces, con absoluta discrecionalidad su atribución de designar jueces subrogantes pudiendo elegir directamente -entre aquellos comprendidos en el artículo 2°- qué persona quiere para un juzgado o tribunal determinado y también para una causa en particular.*”

Lo propio hace en considerando 21 al expresar que el artículo 2° de la ley al no establecer parámetros objetivos no impide que los nombramientos sean efectuados por “motivos indebidos”. La invalidez estaría dada además, por cuanto el sistema le confiere al Consejo de la

⁸² Lo dijo en estos términos: *Desde esta perspectiva, no cabe soslayar que el 2 de julio del 2015, el doctor Durán -previo acuerdo del Senado de la Nación- fue designado como conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata por decreto 1264/15 del Poder Ejecutivo Nacional. En ese momento, la ley 26.376 había sido reemplazada por la actual ley 27.145 de "Procedimiento para la designación de subrogantes" (B.O. 18 de junio de 2015), cuya vigencia y aplicación a la designación del doctor Durán resultaba indudable, en atención a lo dispuesto expresamente en su artículo 10.*

⁸³ Sobre esto, la Corte en caso “Aparicio”, en Fallos 338:284 ya se había expresado dejando en evidencia el riguroso apego a la participación de los poderes políticos y el equilibrio en materia de nombramiento de jueces, en especial la participación del Senado. Aquél precedente se trataba de nombramiento de conjueces.

⁸⁴ El Tribunal destaca además que la garantía de Juez Natural implica la independencia de los jueces. Al respecto Sarmiento en sus comentarios cita al Juez Hopkinson quien señala que: “...Mientras la justicia esté honorablemente protegida de la influencia del favor, o de cualquiera clase de temor, venga de donde venga, la situación de un pueblo no puede ser del todo insegura y mala. Pero sin un juez ha de estar por siempre expuestos a persecuciones o acusaciones, por su conducta oficial, por meras sugerencias del capricho y ser condenado por la siempre voz de la preocupación bajo el especioso nombre de sentido común, ¿podrá mantener aquella mano firme y segura que sus altas funciones requieren? No: aunque sus nervios fuesen de hierro temblaría en posición tan azarosa.”. SARMIENTO, Domingo Faustino, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Prólogo Clodomiro Zavalía, Ed. De Julio Belin, 1929, ps. 81.

Magistratura la facultad, en supuestos de excusación o recusación del Magistrado titular, de designar al juez subrogante que intervendrá en un caso específico de un modo totalmente discrecional (Cons. 22).

Otra cuestión que se da de brúces con la Carta Magna Federal es la falta de mayorías calificadas para el nombramiento. En este aspecto, las mayorías calificadas importan la generación de consensos y evitar que una mayoría partidaria opere indebidamente.

De igual modo, también se destaca la violación de la doctrina sentada en el caso “Rosza”, en cuanto se permite que, aun cuando se trate de supuestos excepcionales, sea el Consejo de la Magistratura quien, directamente nombre a los jueces subrogantes.

Sobre estas bases resuelve invalidar el sistema.

El caso “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN -ley 26.080- DTO. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento” de fecha 16 de diciembre de 2021

Este precedente y el citado caso “Risso”, son quizás los más importantes en relación al funcionamiento y composición del Consejo de la Magistratura, pues abordan la estructura del órgano según lo previó el Constituyente de 1994. Al tratar “Risso”, se explicó cómo la Corte fue desbrozando término por término el artículo 114, emparentando ello con la intención del Constituyente

Antes de continuar, no puede dejar de advertirse que recurrentemente el poder político ha dictado normas que son contrarias (si se quiere “manifestamente contrarias”) a la letra de Constitución, las que de modo consistente buscaban condicionar el sistema de selección de jueces.

Así como en “Risso” se trató el sistema de selección de los miembros del Consejo, el presente caso gira esencialmente en torno al alcance del concepto de “equilibrio” en la composición del órgano según lo prevé el artículo 114, que conforme se adujera en la demanda, habría sido quebrantado por la ley 26.080. En primera instancia se rechazó la acción, mientras que la Cámara hizo lugar parcialmente a la misma.

La Corte aclaró en el considerando 6 -luego de abordar lo referente a la concesión de los recursos de ambas partes- que la materia de debate no era idéntica a la del precedente “Monner Sans”, pues en aquel caso lo que los actores perseguían era una representación “igualitaria”, en tanto que el objeto aquí es el “equilibrio” en la representación. En adición, destacó el déficit del planteo de inconstitucionalidad de aquel precedente para trazar una línea más profunda entre ambos. Esta aclaración no es baladí pues permite inferir que no es lo mismo “representación igual” que “representación equilibrada”.

Luego de detallar las cuestiones preliminares, como las pretensiones de las partes y la apertura de la jurisdicción, el Tribunal expresa en un escueto párrafo una frase que permite avizorar para el ojo riguroso lo que será la decisión del caso. Así, dice en el segundo párrafo del considerando 7º: “En primer lugar, el término “equilibrio” procede del latín *aequilibrium* y refiere al resultado que se obtiene

*de la tensión entre fuerzas contrarias que se contrarrestan o se anulan (Thibon, Gustave; Millán, José Antonio; *El equilibrio y la armonía*, ediciones Rialp, Madrid, 1978, pág. 14).*

Esta mención que pareciera haber sido expresada al pasar, sintetiza el ADN de la decisión, pues si el equilibrio presupone una cierta paridad o equidad de las fuerzas para que éstas se contrarresten o anulen, la simple lectura de la ley 26.080, por ligera que fuere, permite concluir en su manifiesta inconstitucionalidad, pues allí hay preeminencia de una fuerza sobre otra.

Y por si fuera poco, en el párrafo siguiente, y con cita de la RAE se señala que el equilibrio en las ciencias sociales, tiene la connotación de armonía, ecuanimidad, mesura, y sensatez; y prosigue explicando que en el sistema institucional el equilibrio no sólo se refiere a la funcionamiento de poderes y su control entre sí, sino a la integración de cada uno de estos.

Este aserto lo parangona con el Congreso de la Nación que tiene dos cámaras con diferente representación, una igualitaria y otra de acuerdo a la cantidad de habitantes, y donde todas las fuerzas políticas tienen voz y voto.

En esta línea de análisis señala al finalizar el considerando que “*El equilibrio, tal como lo ha entendido esta Corte, consiste entonces en la imposibilidad de que alguno de los cuatro estamentos pueda llevar adelante acciones hegemónicas o controlar al Consejo por sí y sin necesidad de consensos con otros estamentos*”.

Esto quiere decir que para el Tribunal el “equilibrio” del artículo 114 es la paridad de fuerzas. Dispuestas así las cuestiones a lo largo del fallo se analiza la eventual existencia de una paridad de fuerzas en la composición de la ley 26.080⁸⁵.

Resulta también particularmente destacable que la Corte recurre a una interpretación auténtica en el considerando octavo, donde cita la intervención de varios convencionales constituyentes que en el seno de la Convención de 1994 se inclinaron por un modelo intermedio de composición del Consejo, donde no prime necesariamente la decisión de los poderes políticos.

El inicio del considerando 9º deja esquematizado cuál será la cuestión a resolver. No es un tema menor ver como el Tribunal fue perfilando el asunto, pues antes de delimitar el *thema decidendum*, dejó plasmada una profusa línea de doctrina e interpretación, en particular acerca del alcance del término “equilibrio”.

La mayoría de sentencias de la Corte abordan entre los considerandos tercero y cuarto la configuración de la cuestión federal y el modo en que se abre la jurisdicción del Tribunal. Antes de eso, el relato de antecedentes, y a partir del quinto o sexto dejan establecido cuál es la cuestión a resolver. En el *sub lite* hay, en cuatro considerandos adicionales que usualmente no están en la mayoría de las sentencias, se plasma un frondoso desarrollo con citas de doctrina y de expresiones de los propios convencionales constituyentes acerca del alcance del concepto “equilibrio” en el Tribunal.

⁸⁵ Al respecto, PALACIO DE CAEIRO señaló “que el perfil principal del pronunciamiento mayoritario de la Corte radica en la noción de lo que significa el equilibrio de poder, en su proyección al funcionamiento del Estado, basado en un sistema de frenos y contrapesos, que “constituye el principio rector de la teoría de la división de poderes sobre la que se afirma el sistema republicano de gobierno”. PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *independencia judicial en el Consejo de la Magistratura de la Nación*”, LL 2022-B-367.

En ese segmento el Órgano expresa: “*debe analizarse si las concretas reglas de integración y funcionamiento del Consejo de la Magistratura de la Nación que aquí se impugnan se ajustan a la exigencia constitucional de procurar el equilibrio entre los estamentos enumerados en el art. 114 o sí, por el contrario la incumplen. El legislador no se encuentra habilitado para consagrar un desbalanceo entre las distintas fuerzas que termine por desnaturalizar el mandato constitucional de equilibrio. El límite en este sentido es claro: si bien pueden existir diferencias en el número de representantes de los distintos estamentos -en tanto no se exige una igualdad aritmética-, esas diferencias no pueden permitir que ninguno de ellos tenga predominio o se impugna sobre los demás...*”. Para la Corte no puede haber un control hegémónico de uno de los estamentos.

Como oportunamente se dijo, el esquema legal de la ley 26.080 establecía la siguiente composición: tres jueces, seis legisladores, dos representantes de los abogados, un representante del Poder Ejecutivo y un representante del ámbito académico, con un quórum de siete miembros. Esta asimetría permite al Tribunal afirmar que “*el estamento político cuenta con el número de integrantes suficientes para realizar, por sí, acciones hegémónicas o de predominio sobre los otros tres estamentos técnicos, en clara transgresión al equilibrio que exige el art. 114 de la Constitución Nacional.*”

Ello es así, por cuanto dicho estamento al contar con siete de los miembros tiene quórum propio y puede poner en funcionamiento el Organismo sin necesidad de acudir a los otros. Así, entre las distintas funciones que podría realizar el estamento político sin necesidad de intervención de los demás estamentos, se encuentra la de dictar su reglamento general, designar integrantes de la comisión, dictar los reglamentos de subrogancia, dictar el reglamento de concurso públicos, y esencialmente inducir de manera decisiva en la designación de los magistrados (Cons. 12).

La lista de atribuciones que detalla la Corte demuestra que el manejo del Ente que podría tener el estamento político, sin necesidad alguna de contar con el resto de los estamentos, sería casi total. Básicamente, la clase política puede manejar el Órgano, siendo los jueces, abogados y académicos un accesorio in injerencia; o dicho en términos del Tribunal, existe la posibilidad de realizar “acciones hegémónicas” por parte del sector político, las que resultan contrarias a la Constitución (cons. 13).

Como contracara de ello, ninguno de los estamentos técnicos por sí, ni todos ellos en conjunto, tiene asegurado quórum para sesionar, ni mayoría para tomar decisiones de ningún tipo (cons. 14), lo que reafirma la situación de desequilibrio.

Sobre la base de tales argumentaciones la Corte en el considerando 16 declara inconstitucional la norma. Gelli afirma que la regla que se impuso en el fallo es la “*regla del no predominio*”, o la “*regla de la no hegemonía*” (Gelli, 2022).

La decisión del Tribunal en términos concretos importó la descomposición de la estructura del Consejo de la Magistratura, y con ello el funcionamiento del cuerpo, lo que implicaba en cierta manera frenar el mecanismo de nombramiento de los jueces. Merced a ello la parte dispositiva

contiene una serie de directivas que suelen ser poco usuales para una sentencia, pero que dada la naturaleza del caso, ameritaban una decisión de esa índole.

Esto es lo que se plasmó en el final del último considerando, que fue idénticamente reproducido en el resitorio:

“1. El Congreso deberá dictar en un plazo razonable una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación. 2. Hasta tanto esa ley sea dictada corresponde que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre plena vigencia el régimen previsto por la ley 24.937 y su correctiva 24.939, debiendo tenerse especialmente presente que para aprobar y elevar ternas de candidatos la mayoría requerida es de dos tercios de los miembros presentes (art. 13, apartado c, ley 24.937; Fallos:336:760 citado, considerando 41; Fallos: 338:1216 citado, considerando 24). Se fija el plazo máximo de ciento veinte (120) días corridos contados a partir de la notificación de la presente sentencia para que el Consejo lleve a cabo las acciones necesarias a fin de cumplir con el sistema de integración del cuerpo, quórum y mayorías y con la composición de las comisiones previstos en la ley 24.937 (texto según ley 24.939). A tal efecto, resulta necesario que sean elegidos e incorporados el número de representantes por estamento para completar la composición fijada por el art. 2º de la ley 24.937 (texto según ley 24.939). Los nuevos miembros iniciarán su mandato de manera conjunta y simultánea y lo concluirán —con excepción del presidente, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 10 de la ley 24.937— en el momento en que se complete el período del mandato de los consejeros actualmente en ejercicio. Los integrantes del cuerpo podrán ser reelegidos con intervalo de un período (art. 3º de la ley 24.937, texto según ley 26.855). Excepcionalmente, para los nuevos integrantes no se computará la primera elección a los efectos de una eventual reelección consecutiva. En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto por la ley 24.937 (texto según ley 24.939), el Consejo de la Magistratura quedará conformado por veinte (20) miembros (art. 2º), será presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 10), funcionará con el quórum de doce (12) miembros (art. 9º) y con las comisiones integradas de conformidad con su art. 12. 3. Transcurrido el plazo de ciento veinte (120) días sin que se haya cumplido con la integración que aquí se establece, los actos dictados por el Consejo de la Magistratura serán nulos. 4. Hasta tanto el Consejo cumpla con el mandato de integración del cuerpo o hasta el vencimiento del plazo máximo de ciento veinte (120) días referido, lo que ocurra primero, continuará rigiendo el régimen de la ley 26.080. 5. A su vez, y por ineludibles razones de seguridad jurídica, se declara la validez de los actos cumplidos por el Consejo de la Magistratura, en cuanto se refieren al sistema aquí examinado (conf. doctrina de Fallos: 319:2151; 330:2361; 338:1216, entre otros).”

Merced a ello hay algunas cuestiones a considerar.

La intimación al Congreso, es un mecanismo que el tribunal ha utilizado en varias oportunidades, pues respetuoso de no tomar una decisión que no le corresponde, intimá al poder con competencia para ello a que sustituya la ley inconstitucional.

La reposición de las normas derogadas, aunque parezca una rareza, puede considerarse un efecto lógico de la declaración de inconstitucionalidad. Al perder validez la norma modificatoria de una norma anterior, ésta última recobra vigencia. Por supuesto que en casos como

este, donde el objeto del pleito versa sobre la composición de un ente, ello dispara una serie de efectos que tienen que ver con llevar a cabo las medidas necesarias para poner la sentencia en práctica⁸⁶.

Lo que resulta paradigmático es que aun con la disposición del punto 4 el Congreso no haya dictado la normativa pertinente.

Palabras finales

Resulta en extremo llamativo como el poder político se resiste a través de distintas leyes a respetar la letra de la Constitución. Para exemplificar cabalmente como es que el Poder Judicial tiene como misión controlar al resto de los poderes, basta ver la actitud del Congreso que busca insistentemente en intervenir y tener una injerencia inconstitucional en el nombramiento de los jueces.

Ello porque serán éstos, quienes controlen la legalidad de las políticas llevadas a cabo por los otros dos poderes, y además ante ellos se deberá responder penalmente en caso que así corresponda.

La Corte por su parte, ha reiterado cada vez que pudo, aun cuando ello no fuese del todo necesario que el mecanismo de nombramiento debe ser realizado con la intervención de todos los órganos de la Constitución y que la composición del Consejo debe ser equilibrada⁸⁷.

El Tribunal se ha encargado de defender la institucionalidad del sistema y las garantías constitucionales, en particular la de juez natural. Su doctrina, ya sea para tratar subrogancias, estructura del órgano, sistema de elección de sus miembros, etc., ha sido regular y consistente a lo largo de los años.

Será un desafío para el Poder Judicial mantener esa línea, y para el Legislativo acompañar más sus decisiones a la letra de la Constitución.

Referencias

Gelli, M. A. (2018). Constitución de la Nación Argentina. (p.577). Buenos Aires. La Ley.

⁸⁶ Sagües habla de reviviscencia judicial. Si bien no guarda estrecha relación con el objeto del presente trabajo, recomendamos la lectura de lo dicho por el maestro rosarino. Ver SAGÜES, Néstor Pedro, “*Sobre la reviviscencia judicial de las leyes*”, la LL 11-5-2022.

⁸⁷ Respecto de ello, la Dra. Ábalos señala que en Poder Legislativo ha buscado mayormente el incremento de su predominio en el Consejo, en tanto que la Corte se ha inclinado decididamente por la tesis de no preminencia de un estamento sobre otro. ÁBALOS, María Gabriela, *Consejo de la Magistratura: acuerdos y tensiones entre la interpretación legislativa y la jurisprudencial*”, LL, 7-11-2022.

Gelli, M. A. (junio-2022), Ponencia. Consejo de la Magistratura. Entre las expectativas, los fracasos y la oportunidad. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, XXV, encuentro de profesores de derecho Constitucional, UNLP.

Zarini, H. J. (1996). Constitución Argentina, comentada y concordada. (p.425). Buenos Aires. Astrea.

Bibliografía

ÁBALOS, María Gabriela. (2022). "Consejo de la Magistratura: acuerdos y tensiones entre la interpretación legislativa y la jurisprudencial". Revista La Ley, publicación del 7-11-2022, página 1.

BIANCHI, Alberto, (2013). Una Reforma inconstitucional, Revista de Derecho Administrativo. N° 89, página 1495

BIDART CAMPOS, Germán José. (2009). "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Buenos Aires. Ediar.

BRYCE, Jaime (1922) Las instituciones sociales en los Estados Unidos, Traducido por Francisco Lombardía Ed. La España Moderna, Madrid.

GELLI, María Angélica (2018) "Constitución de la Nación Argentina", Buenos Aires. La Ley, 5° Edición, primera reimpresión.

GELLI, María Angélica, (2022) Ponencia Consejo de la Magistratura. Entre las expectativas, los fracasos y la oportunidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, XXV, encuentro de profesores de derecho Constitucional, UNLP.

GONZÁLEZ, Joaquín V. (1959) "Manual de la Constitución Argentina", Buenos Aires. Estrada Editores.

LÓPEZ, Vicente Fidel. (1870) "Reforma de la Constitución", en Revista de legislación y jurisprudencia, T. 5. Ps. 394. Buenos Aires.

MANILI, Pablo. 2022. La integración equilibrada del consejo de la Magistratura en el reciente fallo de la Corte Suprema". Revista Jurídica La Ley, Tomo 2022-B-350.

PALACIO DE CAEIRO, Silvia (2022). Independencia judicial en el Consejo de la Magistratura de la Nación". Revista Jurídica la Ley, Tomo 2022-B-367.

SACRISTAN, Estela (2017). La Corte como intérprete final y el Consejo de la Magistratura, Ponencia en el XXXIII Encuentro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Chaco 2017.

SAGÜES, Néstor Pedro. (2022) "Sobre la reviviscencia judicial de las leyes" . Revista Jurídica La Ley, publicación del día 11-5-2022. Ps 1.

SARMIENTO, Domingo Faustino. (1929). Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, Prólogo Clodomiro Zavalía, Ed. De Julio Belin, Buenos Aires.

SOLA, Juan Vicente. (2021). La Constitución y el Consejo de la Magistratura. Buenos Aires. Revista Jurídica La Ley, publicación del día 30-12-2021, ps 1.

VENTURA, Adrián. (2013). Consejo de la Magistratura. En Sabsay Manili Directores. Constitución de la Nación Argentina, y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ps. 451. Hammurabi, Buenos Aires.

ZARINI, Helio Juan. 1996. “Constitución Argentina, comentada y concordada”. Astrea. Buenos Aires.

CAPÍTULO 6

Revisión judicial en materia migratoria: estándares jurisprudenciales

Santiago Joel Staffieri

Introducción

El fenómeno de la migración internacional exhibe un escenario complejo, el que se ha profundizado desde comienzos del siglo XXI, en un mundo donde la globalización y la conectividad concurren a la apertura de fronteras.

Esta apertura de fronteras ha sido también a nivel territorial, con un enorme flujo de personas que ingresan y egresan de un Estado a otro, muchas veces con la expectativa de encontrar una mejor calidad de vida, otras tantas escapando de una tierra que no les ha permitido desarrollarse o en las que las desigualdades les impiden alcanzar un mínimo nivel de satisfacción de sus necesidades.

En Argentina, desde los albores de nuestro país e inspirada en el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, la Constitución Nacional favoreció la inmigración. Ejemplo de ello se da en el Preámbulo, en el que se aseguran los beneficios de la libertad a “todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”. Siguiendo esta línea, la Ley Fundamental reconoció a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los ciudadanos⁸⁸ y postuló el fomento de la inmigración como instrumento de gobierno⁸⁹.

Dado que no tienen carácter absoluto, el reconocimiento de estos derechos a los extranjeros es susceptible de reglamentación. Como lo expresa Gelli (2009) al comentar el artículo 20 de la Constitución Nacional, se protege a los extranjeros desde la declaración de igualdad y la enunciación de derechos civiles no taxativa que formula dicha cláusula constitucional, “...lo que no impide, desde luego, el control del ingreso legal al país y el reconocimiento de esos derechos sólo a quienes han entrado legalmente” (p. 372).

En este sentido, el Estado argentino tiene la potestad de establecer sus políticas migratorias, a través del dictado de leyes reglamentarias que, sin desnaturalizar las pautas establecidas en la Constitución Nacional, busquen satisfacer las necesidades que el Estado reclame.

⁸⁸ Artículo 20 de la Constitución Nacional.

⁸⁹ Artículo 25 de la Constitución Nacional.

Así, la citada especialista en el derecho constitucional argentino, María Angélica Gelli, ha destacado lo siguiente:

El requisito de entrada y estadía legal no afecta ni incumple con lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución porque deriva del poder estatal para atender el cumplimiento de intereses públicos, como la seguridad, la salubridad, las necesidades de la población y las posibilidades de incorporar a los inmigrantes al mercado de trabajo sin crear desequilibrios sociales. (2009, p. 373).

Tomando el paradigma del estado constitucional y convencional de derecho que rige actualmente, cuyo eje basal se constituye en la dignidad humana como valor fundante, se analizará en este capítulo el ejercicio de la potestad sancionatoria en materia de migraciones, en función de la normativa local e internacional que regula la cuestión, examinando la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Particularmente, se realizará un comentario sobre el instituto de la dispensa previsto en el Art. 29 *in fine* de la ley 25.871 para los casos de extranjeros que incurren en las causales impeditivas de ingreso y permanencia enumeradas en dicha cláusula normativa, la potestad discrecional de la autoridad migratoria para admitirla en caso que sea solicitada, la interpretación judicial del alcance de dichas potestades de la administración y el rol asumido por el Poder Judicial en cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales.

La actividad administrativa y la revisión judicial en materia migratoria

Cuestión preliminar: Estado de Derecho Constitucional

Más allá de la evidente potestad estatal de regular el ingreso y egreso de personas, la producción normativa y su aplicación se vuelve mucho más compleja a partir de 1994, año en el cual se reformó la Constitución Nacional y se estableció como regla de reconocimiento el Art. 75 inciso 22, en el cual se reconoce la coexistencia de normas locales con normas internacionales de derechos humanos. Estas normas, a su vez, son interpretadas por los órganos competentes en la jurisdicción interna y en la internacional.

En palabras de Gil Domínguez (mayo, 2014), “la constitucionalidad y la convencionalidad como elemento sustancial están compuestos por los derechos fundamentales y los derechos humanos que reflejan distintos marcos de pluralismo y multiculturalidad”.

Los derechos fundamentales – con el eje en la dignidad humana – se irradian por todo el ordenamiento jurídico y el deber de garantizar su efectividad se constituye en una obligación para el actuar de los Estados, ya no como deber moral, sino como deber normativo positivo impuesto

por la Constitución y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y convencionalidad.

Este nuevo paradigma permitió que hoy en nuestro país existan nuevas directivas en materia interpretativa que ejercen una incidencia notoria en la toma de decisiones por parte de las autoridades estatales. Las nuevas variables planteadas por el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación – aplicables por vía analógica al derecho público – demandan una visión interpretativa que esté en consonancia armónica con el sistema jurídico. En este sentido, se incorpora como nuevo faro a los instrumentos normativos propios del derecho internacional, de manera que resultan reglas operativas y coexisten con el derecho interno, dejando de lado la vieja concepción sostenida por el positivismo legalista.

Al caracterizar y señalar las notas distintivas del Estado de Derecho Constitucional⁹⁰, Vigo (2019) sostiene que “la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador y se convierte en una «fuente del derecho», en el *higher law*, y ello genera una «constitucionalización» de todo el derecho” y se encomienda a los jueces “el control de la ley (incluso a algunos, hasta de la Constitución) en aras de que el derecho no contradiga los derechos humanos o los derechos fundamentales” (p. 64).

En el derecho público, el derecho administrativo bajo el paradigma del estado constitucional y convencional de derecho ya no refiere primordialmente al principio de legalidad, sino al *principio de juridicidad* como aquel que impone a las autoridades administrativas el deber de comportarse con sujeción a los principios generales del derecho, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, a la ley formal, a los reglamentos, a los precedentes administrativos – en la medida en que se comprometa el principio de igualdad – y, según alguna doctrina, a determinados contratos administrativos.

Sammartino (2007) lo expresa del siguiente modo:

En el estado constitucional, mientras el procedimiento administrativo añade a su función tradicional la de actuar como cauce preparatorio de protección primaria de los derechos humanos, particularmente de carácter social, en ese mismo tipo de estado el acto administrativo adiciona, a su funcionalidad clásica, la de operar como dispositivo técnico jurídico que garantiza primaria y formalizadamente la concreción práctica, inmediata, directa y permanente del interés público comprometido con la efectividad de los derechos humanos fundamentales. (p. 656).

Este será el marco teórico de base con el que se analizará la temática, con los alcances indicados en el apartado introductorio, en tanto impacta en forma directa en la efectiva garantía de los derechos humanos, particularmente de un colectivo vulnerable como el de las personas migrantes.

⁹⁰ En su obra, Vigo distingue el Estado de Derecho Constitucional como aquel que rige luego de la Ley Fundamental de Bonn (1949), superando así el Estado de Derecho Legal que ha regido durante el siglo XIX. Esta contemporánea visión del paradigma del Estado Constitucional de Derecho da lugar a una perspectiva iusfilosófica que se ha rotulado como *neoconstitucionalismo* y comprende a aquellos teóricos del derecho que intentan – desde diferentes posturas – explicar, avalar o promover el Estado de Derecho Constitucional.

El procedimiento administrativo en materia migratoria

El Art. 29 de la ley 25.871 regula las situaciones que configuran causas impeditivas del ingreso y permanencia en el territorio nacional por parte de los denominados *inmigrantes*, definidos por la ley como “todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”⁹¹.

Cuando el Estado ejerce el control migratorio, pone en acción su autoridad para establecer si corresponde que un extranjero ingrese o permanezca en el país, determinando en las ocasiones previstas por la ley la expulsión del migrante.

Esta expulsión constituye la expresión de la voluntad de la Administración en un acto administrativo, que tiene la particularidad de decidir sobre el presente y futuro de personas en condiciones de vulnerabilidad. Esto importa la tensión entre el ejercicio de la prerrogativa estatal y un derecho humano individual.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prescribe que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la citada Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley⁹².

Ello implica la necesidad que la autoridad migratoria lleve adelante un procedimiento administrativo que culminará con una decisión expresada en un acto administrativo. Conforme la ley 25.871, es la Dirección Nacional de Migraciones el organismo que tiene esta potestad, la que deberá adecuarse a los presupuestos establecidos por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley 19.549) en tanto norma de aplicación supletoria⁹³.

El procedimiento administrativo consiste en un elemento formal necesario para que pueda discurrir la actividad administrativa. Tal como lo afirma Sammartino (2007), “el procedimiento administrativo constitucional es el cauce idóneo para satisfacer primaria y adecuadamente el contenido de los derechos sociales”.

Los autores coinciden en que además de ser un instrumento que permite elaborar las decisiones de la Administración, también se construye y sostiene como un límite al ejercicio del poder por parte del Estado.

Como lo sostiene Tawil (2012), si entendemos al procedimiento administrativo como una herramienta formalizada cuyo objetivo radica en delinear de manera jurídica y racional el ejercicio de la función administrativa, el Estado debe adoptar mecanismos que, para tutelar el interés público, “no solo resulten aptos para el ejercicio de las prerrogativas de poder público sino también para limitar su ejercicio abusivo en función de las garantías que cada ordenamiento jurídico reconoce a aquellos sujetos a la autoridad estatal” (p. 4).

⁹¹ Ley 25.871, Art. 2.

⁹² C.A.D.H., Art. 22.6.

⁹³ Ley 25.871, Art. 83.

En este punto, el ejercicio de la función administrativa debe integrar los estándares de protección de los derechos resultantes de los tratados y pactos de jerarquía constitucional, sobre todo si se trata de la potestad sancionatoria de la Administración frente a personas migrantes.

Uno de esos estándares de protección lo constituye el principio de tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Constitución Nacional (artículos 18 y 75 inciso 22), en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1).

Sin embargo, tal principio no es exclusivo del proceso judicial, sino que también se impone ante cualquier procedimiento llevado adelante por parte de las autoridades públicas, entre ellos, el procedimiento administrativo.

De esta manera, la tutela administrativa efectiva puede ser vista como principio, como derecho o como garantía. Se trata, como dice Mertehikián (2012) del “estándar de protección y resguardo del debido proceso adjetivo dentro del procedimiento administrativo, que la Administración se encuentra obligada a cumplir” (p. 610).

La tutela administrativa efectiva, señalaba Canosa (2012, p. 647), hace referencia a un amplio elenco de derechos que tienen todas las personas en el seno de los procedimientos administrativos y cuya finalidad es la eficaz defensa de sus derechos y participación en dicho ámbito. Se trata de un derecho fundamental que cumple, ante todo, una función de garantía o de instrumento al servicio de otros derechos.

En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que el derecho a la tutela administrativa efectiva pone en cabeza de las autoridades estatales el deber de organizar un andamiaje jurídico institucional que posibilite a toda persona en forma efectiva la salvaguarda de sus derechos en la esfera administrativa.

La recepción jurisprudencial del principio a la “tutela administrativa efectiva” por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se dio en el caso “Astorga Bracht Sergio y otro”⁹⁴.

En un comentario al fallo citado, Canosa (junio, 2014) sostuvo que esta tutela administrativa efectiva conlleva, tanto en la etapa de formación de la decisión administrativa como en la faz impugnatoria y previa a la instancia judicial, la posibilidad de ocurrir únicamente ante las autoridades administrativas competentes (p. 77).

En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que las numerosas garantías judiciales previstas en el Artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos no se limitan únicamente a los procesos judiciales en sentido estricto, sino que también deben ser respetadas en los procedimientos administrativos.

Uno de los casos que reflejan esta cuestión ha sido “Ivcher Bronstein c/ Perú”, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que “...pese a que el Artículo 8.1 de la

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Astorga Bracht Sergio y otro v. Comfer -decreto 310/1998 s/ amparo ley 16.986”, de fecha 14/10/2004. Fallos 327:4185.

Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', dicho artículo es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos"⁹⁵.

Para determinar la influencia del reconocimiento del principio a la tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo, y siguiendo los lineamientos expuestos por Perrino, se sostiene que este principio incide notoriamente ya que, principalmente, se traduce en los siguientes derechos: 1) derecho a ser oído; 2) derecho a la prueba; y 3) derecho a una decisión expresa y fundada que resuelva el trámite dentro de un plazo razonable.

En relación al derecho a ser oído, es necesario que concurren una serie de condiciones que garanticen la posibilidad de la efectiva participación de los interesados en el procedimiento. Esto comprende un amplio número de derechos, tales como: a) derecho a la vista; b) derecho a ser oído dentro de plazos razonables; c) derecho a contar con patrocinio letrado; d) derecho a ejercer la defensa sin que la misma se vea impedida por cargas económicas; e) derecho a la imparcialidad; f) derecho a ser debidamente notificado; g) derecho a solicitar y obtener tutela cautelar.

En cuanto al derecho a ofrecer y producir prueba, se vincula íntimamente con los principios de oficialidad y de verdad jurídica material, ello con el objeto de esclarecer los hechos sobre los que tenga que decidir la Administración. La tutela administrativa efectiva implica aquí que el interesado tenga las herramientas necesarias para poder probar los hechos conducentes y también controlar aquella prueba que la Administración practique de oficio, garantizando así la participación por parte del administrado en el procedimiento administrativo.

Por último, el derecho a obtener una decisión expresa y fundada que resuelva el trámite dentro de un plazo razonable se vuelve el más difícil de alcanzar por la Administración.

Ahora bien, vinculándolo con la temática que nos ocupa y en voz de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015), la jurisprudencia interamericana puntualiza que los procedimientos migratorios deben desarrollarse conforme a las garantías del debido proceso, independientemente de que se trate de migrantes en situación regular o irregular (p. 143).

De este modo, no es ocioso recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso "Baena", interpreta que la aplicación del Art. 8 de la Convención Americana, que se refiere a las "garantías judiciales", "no se limita a los recursos en sentido estricto, 'sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales' a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal"⁹⁶.

⁹⁵ Corte IDH, sentencia del 6-2-2001, Serie C-Nº 74.

⁹⁶ Corte IDH, "Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia de 2 de febrero de 2001; párrafo 124.

Así las cosas, expone el Tribunal Interamericano que “las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁹⁷.

Asumo que el acto administrativo que decide la expulsión de un migrante es de naturaleza sancionatoria. De este modo y tal como ha sostenido la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, es posible afirmar que la sanción administrativa de expulsión no es la misma que la sanción penal y no existe doble juzgamiento por el mismo hecho, en tanto resultan esferas distintas que protegen ámbitos jurídicos diversos⁹⁸.

Esta idea se refuerza en lo que Nieto (2007) define como la idea del “giro administrativo” en el proceso de sustantivización del Derecho Administrativo Sancionador, en el sentido que esta rama del Derecho “ha ido adquiriendo una sustancia administrativa que le ha permitido, no ciertamente independizarse, pero sí encontrar su identidad en el lugar que le corresponde” (p. 8), refiriéndose así a la distinción de esta disciplina respecto del Derecho Penal.

La discrecionalidad de la administración en el otorgamiento de la dispensa del Art. 29 *in fine* de la ley 25.871

Sabido es que toda decisión administrativa resulta susceptible de revisión judicial. Esto se vuelve un imperativo aun mayor cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionatoria por parte del Estado.

En materia migratoria, la ley 25.871 establece la posibilidad de recurrir por vía judicial las decisiones de la autoridad migratoria, una vez agotada la instancia administrativa⁹⁹. El instrumento procesal reconocido para ello es un recurso judicial que debe interponerse ante la justicia federal. Así, el recurso judicial constituye el medio de impugnación del acto administrativo dictado por la Dirección Nacional de Migraciones, como garantía de revisión de la potestad estatal tanto en sede administrativa como judicial¹⁰⁰.

Habiendo señalado los aspectos relevantes en torno a la actuación en sede administrativa, cabe ahora referir el alcance de la revisión judicial que la propia legislación argentina prevé, particularmente con la redacción del artículo 89 de la ley 25.871. Es que dicha norma establece que el control judicial se limitará al control de legalidad, debido proceso y de razonabilidad del acto motivo de impugnación.

Entiendo que, más allá de la evidente redacción imperativa de la norma, ella se ajusta al estándar de control que el Poder Judicial ejerce en nuestro sistema jurídico respecto de la

⁹⁷ Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia de 2 de febrero de 2001; párrafo 127.

⁹⁸ CNACAF, Sala I, causa n° 6.076/2011, “*Velito Castillo, Luis Antonio c/ EN- DNM-Ley 25.871- DISP 1491/10 s/ proceso de conocimiento*”, sentencia del 13/11/2014.

⁹⁹ Ley 25.871, Art. 84.

¹⁰⁰ Ley 25.871, Art. 74.

actividad de la Administración. Como ha reconocido desde antaño la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la potestad del Poder Judicial para revisar los actos administrativos comprende, como principio, el control de su legitimidad -que no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes-, pero no el de oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas adoptadas.

En materia migratoria, el Máximo Tribunal señaló en el precedente “Barrios Rojas” que el artículo 29 de la ley 25.871 establece como regla general supuestos específicos que obstan el ingreso o permanencia de extranjeros en el país, y en su párrafo final, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones, en forma excepcional y solo por razones humanitarias o de reunificación familiar, a dispensar su aplicación de modo fundado¹⁰¹.

Además, interpretó la Corte en dicha causa que la concesión de la dispensa para permanecer en el país resulta discrecional para la Administración y configura una excepción a la regla que, como tal, debe ser interpretada con un criterio restrictivo.

En esa línea, sostuvo el Címero Tribunal que en la causa “Roa Restrepo”¹⁰² que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discretionarios o de pura administración no implica que el juez reemplace a la Administración, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, pero no sustitutiva. Además, fue tajante al afirmar que la concurrencia de la causal impediente hace a la motivación del acto y debe estar expuesta en él y no puede ser modificada posteriormente por los jueces cuando su validez es cuestionada.

Mantuvo este eje restrictivo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Otoya Piedra”, al sostener que la negativa a conceder la referida dispensa por parte de la Administración sobre la base de la entidad y gravedad del delito cometido por el migrante se halla dentro del ámbito de valoración que la ley atribuye a la autoridad de aplicación y encuentra suficiente motivación en la mención de aquella circunstancia¹⁰³.

Sin embargo, existen supuestos que admiten apartarse de la regla fijada cuando se ponen en pugna derechos de preferente tutela como los reconocidos constitucional y convencionalmente respecto de niños, niñas y adolescentes en conjunción con el texto de vulnerabilidad propio de las personas migrantes.

Así, en la causa “C. G.A.”¹⁰⁴ la Corte Suprema de Justicia de la Nación se aparta de la regla fijada en “Barrios Rojas”, en tanto se trataba en el caso de una mujer migrante con hijos a cargo, por lo que el acto de expulsión dejaba en situación de extrema vulnerabilidad a la migrante y sus hijos menores de edad. En ese contexto, el rechazo de la dispensa de la reunificación familiar

¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”, sentencia del 24/09/2020. Fallos 343:990.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Roa Restrepo, Henry c/ EN – M Interior OP y V - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 6/05/2021. Fallos 344:1013.

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Otoya Piedra, Cesar Augusto c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 7/12/2021. Fallos: 344:3600.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “C. G., A. c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM”, sentencia del 6/09/2022. Fallos 345:904.

puede generar una interferencia al derecho a la protección de la familia y una afectación al interés superior del niño.

Este criterio ya había sido esbozado por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en el voto en disidencia expresado en la causa “L.G., O.”. Allí, el Dr. Facio sostuvo que la denegación del pedido de dispensa por reunificación familiar, fundada por la Dirección Nacional de Migraciones únicamente con apoyo en “la condena impuesta” y en “la naturaleza del delito”, no tuvo en cuenta circunstancias como la edad del hijo menor de edad de la migrante, ni que su madre era su único sostén, ni la existencia de una orden judicial de prohibición de contacto en forma recíproca entre el menor y su padre¹⁰⁵.

Reflexiones finales

Como expresa Gelli (2009) al referirse a la inmigración, la misma no solamente debe ser compatible con los términos del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, sino también “...con las garantías de los derechos humanos –clausurando el tráfico de personas, a que en ocasiones aquélla da lugar- y con el caudal de riqueza y desarrollo con el que cuente, en cada etapa, el país” (p. 7).

Está claro que el Estado posee una prerrogativa para decidir el ingreso o la permanencia de una persona extranjera si se verifica alguna causal prevista legalmente, es un deber que incluso excede la política migratoria adoptada por el país.

Sin embargo, ese ejercicio en tanto importa una potestad sancionatoria con el consecuente impacto en los derechos personales del migrante, requiere armonizar los intereses públicos con los derechos humanos reconocidos a los mismos.

Esa armonización se visualiza con mayor claridad cuando la autoridad migratoria es llamada a decidir si otorga o no una dispensa al migrante para que pueda ingresar o permanecer en el país. Ello dependerá, sin duda, de los argumentos que esgrima el extranjero y la prueba que pueda aportar para convencer a la administración de hacer uso de esa facultad discrecional.

Algunas cuestiones a considerar por la Administración, entonces, podrían ser la edad de la persona, la gravedad del delito consumado y el tiempo transcurrido desde la comisión del mismo – en caso de tratarse de una persona con antecedentes penales –, la inserción laboral, la formación académica, los años de residencia en el país, la situación actual de la persona extranjera en el territorio argentino, el aporte a la comunidad y la inserción social que la persona tenga también si ha formado una familia, con las incidencias que eso conlleva.

Pero todo ello corresponde al ámbito de valoración de la voluntad administrativa, no resultando posible por vía judicial modificar la decisión administrativa si la misma resguarda el principio de razonabilidad, en tanto se trata de la motivación del acto administrativo ante el ejercicio

¹⁰⁵ CNACAF, Sala I, causa n° 6.843/2019, “L.G., O. c/EN - DNM s/RECURSO DIRECTO DNM”, sentencia del 3/11/2014 (voto en disidencia del Dr. Facio).

de una facultad discrecional de la autoridad migratoria mientras se hubiera planteado una petición de dispensa por parte del extranjero en instancia administrativa.

Como se señalara a lo largo de estas páginas, el principio de tutela administrativa efectiva exige que las decisiones administrativas se encuentren debidamente fundadas, para lo cual debe realizarse una expresa consideración y resolución de las cuestiones propuestas y de los argumentos, fácticos y jurídicos, en que aquéllas se apoyan en la medida que sean conducentes para la solución del caso.

La tutela administrativa efectiva tiene un reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, pero considero que en materia migratoria resulta una garantía que los extranjeros no pueden ejercer con plenitud ante las dificultades propias de comprensión de los procedimientos propios del Estado, así como en la voluntad de los agentes de la Administración, que continúa en un gran número dependencias con sus prácticas que reflejan un modelo superado y que no se ajusta a los parámetros que el derecho vigente impone a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Nuestro Máximo Tribunal de la República mantiene en la actualidad un criterio restrictivo en esta materia al momento de considerar los extremos que justificarían la razonabilidad de las decisiones de la autoridad migratoria. La interpretación del alcance de la dispensa es entendida como una facultad discrecional de la administración, de carácter excepcional y de interpretación restrictiva. A partir del precedente “Barrios Rojas”, la invocación de la existencia de un grupo familiar no es suficiente para dejar sin efecto la decisión administrativa, asentando la Corte Suprema un modo de auto restricción y trazando los límites de la revisión judicial.

También es cierto que, cuando se establece una regla, encontramos supuestos de excepción. En efecto, la Corte ha admitido, por ejemplo, la necesidad de contemplar aquellos casos en los que se vea afectado el derecho a la reunificación familiar por la preferente tutela que debe darse al interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Está claro que los jueces no deben sustituir la voluntad administrativa. Pero sí se encuentran obligados a realizar un análisis adecuado del modo en que la autoridad migratoria ejerce su potestad y evalúa las condiciones, contextos y manifestaciones que las personas migrantes sujetas al control de ingreso y permanencia plantean en sede administrativa.

Ello implica evaluar las posibilidades efectivas que la Administración le brinda a los sujetos para que sus derechos tengan efectividad y no resulten ilusorios, dado que deben ponderarse los supuestos fácticos del caso con las prescripciones normativas de índole nacional e internacional que el Estado de Derecho Constitucional nos impone en la actualidad.

Por eso, es importante resaltar la función que las autoridades administrativas cumplen al momento de decidir sobre el otorgamiento de la dispensa prevista en la normativa migratoria, lo que debe darse con la motivación suficiente fundada en el principio de razonabilidad que rige en el Estado de Derecho Constitucional del siglo XXI para asegurar la protección de los derechos humanos de las personas migrantes.

Referencias

- Balbín, C. (2015), *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III*. Buenos Aires: La Ley.
- Boulin Victoria, I. (2014). *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Canosa, A. (2012), “Principio de la tutela administrativa efectiva”, en Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Lima, Fernando Juan (Directores), *Procedimiento administrativo, Tomo I* (645/679). Buenos Aires: La Ley.
- Canosa, A. (16 de junio de 2014). Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ‘Astorga Bracht, Sergio y otro c/COMFER - Decreto N° 310/98 s/ amparo Ley N° 16.986”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP*, Buenos Aires, Nro.: 343. p. 75-88.
- Comadira, J.R. (1996), “Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo”. JA 1996-IV-750.
- Comadira, J.R. (2003), “El principio de juridicidad, discrecionalidad administrativa y situaciones jurídicas subjetivas”, en Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge y Comadira, Julio Pablo (Coordinador, Colaborador y Actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (99/194). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.
- Gelli, M. A. (2009). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- Gil Domínguez, A. (19 de mayo de 2014). El Estado constitucional y convencional de derecho argentino y sus proyecciones, *Dpicuatico.com*. Recuperado de: <https://dpicuatico.com/2014/05/19/diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-19-12-05-2014-2/>
- Mertehikián, E. (2012), Procedimiento administrativo y reclamos por responsabilidad del Estado (Una mirada renovada bajo los alcances de la tutela administrativa efectiva). En Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Lima, Fernando Juan (Directores), *Procedimiento administrativo, Tomo II* (607/629). Buenos Aires: La Ley.
- Nieto, A. (junio de 2007). Régimen sancionador de las administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso sustantivizador del Derecho Administrativo Sancionador. *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local. Recuperado de: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/316>
- Perrino, P. (2013). El derecho a la tutela administrativa efectiva. Recuperado de <http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=2868>.
- Sammartino, P. (2007). La noción de acto administrativo en el estado constitucional. *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*. Tomo 2007-639.
- Tawil, G. (2012) “Sobre el futuro del procedimiento administrativo”, en Pozo Gowland, Héctor; Halperín, David; Aguilar Valdez, Oscar y Lima, Fernando Juan (Directores), *Procedimiento administrativo, Tomo II*, Buenos Aires, La Ley; p. 1/20.

- Vigo, R. (2019). *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2019). *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta.

Autores

Coordinadores

Berri, Miguel Oscar

Abogado Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Docente y catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata en la carrera de grado, y en diversos postgrados y especializaciones. Docente de grado en la Unoba. Docente asociado en la Usada. Autor de numerosas publicaciones en revistas especializadas. Actualmente Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Titular de la Secretaría de Apremios y Ejecuciones Fiscales de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

Tomaghelli, María Agustina

Abogada Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; y de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas ambas de la Universidad Nacional de La Plata.

Santamarina, Patricio José

Abogado Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; y de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas ambas de la Universidad Nacional de La Plata.

Autores

Elíades, Analía

Abogada Universidad Nacional de La Plata. Licenciada en Comunicación Social. Especialista en Derecho Constitucional. Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Cátedra III, Universidad Nacional de La Plata.

Julierac, Mercedes Guadalupe

Abogada Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Cátedra III, Universidad Nacional de La Plata.

Santamarina, Patricio José

Abogado Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; y de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas ambas de la Universidad Nacional de La Plata.

Staffieri, Santiago Joel

Abogado Universidad Nacional de La Plata. Auxiliar Docente de la Cátedra II de Introducción al Pensamiento Científico y Adscripto Graduado en la Cátedra I de Introducción al Derecho, ambas en la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata.

Tomaghelli, María Agustina

Abogada Universidad Nacional de La Plata. Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; y de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas ambas de la Universidad Nacional de La Plata.

Elíades, Analía

Derecho constitucional : actualización jurisprudencial / Analía Elíades ; María Agustina Tomaghelli ; Patricio José Santamarina ; Coordinación general de Miguel Oscar Berri ; María Agustina Tomaghelli ; Patricio José Santamarina. - 1a ed. - La Plata : Universidad Nacional de La Plata ; La Plata : EDULP, 2025.

Libro digital, PDF - (Libros de cátedra)

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-950-34-2653-1

1. Jurisprudencia. I. Berri, Miguel Oscar, coord. II. Tomaghelli, María Agustina, coord. III. Santamarina, Patricio José, coord. IV. Título.

CDD 342

Diseño de tapa: Dirección de Comunicación Visual de la UNLP

Universidad Nacional de La Plata – Editorial de la Universidad de La Plata

48 N.º 551-599 / La Plata B1900AMX / Buenos Aires, Argentina

+54 221 644 7150

edulp.editorial@gmail.com

www.editorial.unlp.edu.ar

Edulp integra la Red de Editoriales Universitarias Nacionales (REUN)

Primera edición, 2025

ISBN 978-950-34-2653-1

© 2025 - Edulp

S
sociales


Edulp
EDITORIAL DE LA UNLP



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE LA PLATA