H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO

Convención Nacional Constituyentes
MESA DE ENTRADAS
31
Sec. T.C. Nº 7

LA H. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE

SANCIONA

Art. 1. Se introducen dos nuevos arts. al Capítulo II de la primera parte de la Constitución Nacional cuyo contenido es el siguiente.

ARTICULO NUEVO:
La sumpremacía de todas las normas de la Constitución está tutelada por la acción de amparo. Todos los habitantes pueden interponer acción de amparo de trámite sumarísimo, que también procederá de oficio, en los siguientes casos:

1) Cuando cualquier decisión, acto u omisión emanado de autoridad administrativa o de entidades o personas privadas, amenace, restrinja, lesione, impida o ponga en peligro, de manera manifiestamente ilegitima o arbitraria el ejercicio de un derecho civil, político, económico, social o cultural, de carácter individual o colectivo, reconocido por esta Constitución o por la leyes que en consecuencia dicte el Congreso.

2) Cuando se trate de la violación de normas de organización de carácter imperativo, o cuando su implementación se hubiera demorado por la omisión del legislador, de forma tal que se produjese una situación de gravedad institucional, o cuando la omisión de reglamentación colocare en estado de necesidad los derechos individuales o colectivos reconocidos en esta Constitución.

Cuando el amparo procediera en el caso de violación de normas de organización, se encontrará habilitado para interponerlo cualquier integrante del órgano afectado.

Frente a la omisión de reglamentación legislativa de las normas no operativas existentes en la Constitución, los tribunales intervinientes sólo podrán disponer actos legislativos de carácter transitorio, previo requerimiento al legislador, con validez hasta tanto éste ejerza sus competencias propias.

En el caso de proceder el amparo de los derechos sociales del trabajador, el tribunal interviniente lo hará efectivo disponiendo la celebración de un convenio colectivo de trabajo o su modificación, o dando intervención al Consejo Económico y Social con el objeto de que se impulse la legislación correspondiente.

3) Cuando se encontraren afectados los intereses o derechos colectivos de la sociedad o de grupos determinados, especialmente cuando se afecte el medio ambiente y los derechos de los consumidores, y de los usuarios de los servicios públicos.

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
2

4) Cuando la Constitución o las leyes dispusieran prestaciones a cargo del Estado. En tal caso el tribunal interviniente sólo podrá ordenar mandamiento de ejecución si el patrimonio público contare con recursos disponibles. Las afectaciones presupuestarias podrán ser sustituídas por decisión judicial solamente cuando la vida humana se encontrare en peligro.

El amparo procederá como acción directa de inconstitucionalidad y tendrá efectos erga omnes en relación con las leyes que afectaran normas de organización y en todos los casos cuando se tratare de actos del Ejecutivo de alcance general, cuando se hayan agotado las instancias judiciales por vía del recurso extraordinario.

NUEVO ARTICULO

Toda persona detenida o amenazada de ser privada de su libertad sin orden escrita de autoridad competente o en caso de agravación ilegítima de las condiciones en que se cumple su detención, puede pedir por sí o por medio de otra, sin necesidad de mandato, que se le haga comparecer ante el tribunal judicial más inmediato o que cesen las amenazas de detención. El tribunal deberá resolver en el término de veinticuatro horas de recibida la petición, disponiendo la autoridad o persona interviniente del mismo término para remitir al detenido o para hacer cesar la amenaza de detención. Resuelta la petición, la persona no podrá ser mantenida en dicha condición si dentro de las veinticuatro horas no se le hubiere notificado la causa de la restricción de su libertad. El mandamiento de habeas corpus procederá de oficio. El tribunal y las autoridades intervinientes incurrirán en mal desempeño si incumplen la presente disposición.

Todos tienen derecho a acceder a la información que le concierne, sea en banco de datos públicos o privados, con posibilidad de cancelarla o corregirla, cuando hubiere sido procesada indebidamente o sin autorización.

HUMBERTO QUIROGA LAVIE
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
U.C.R.

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
3

F U N D A M E N T O S

Sr Presidente

Encontrándose habilitada la reforma de la Constitución Nacional en relación con la "consagración expresa del habeas corpus y del amparo" (Ley 24304, art. 3, letra N), venimos a realizar la siguiente propuesta de reforma en relación con tan trascendente cuestión. Comenzaremos la consideración del tema con el tratamiento de la acción de amparo por tratarse del género dentro del cual el habeas corpus es solamente una variable vinculada a la libertad ambulatoria personal.

I. La acción de amparo en nuestro pais, nacida por imperio pretoriana jurisprudencia de la Corte a partir del histórico caso Siri (Fallos 239: 459) y legislada, posteriormente por la ley de facto 16986, ha cumplido, con las severas reservas que la doctrina especializada ha venido señalando con toda puntualidad, la misión tutelar de los derechos individuales de la persona humana, sean ellos nacionales o extrangeros, con la función espécifica de impedir que tanto la acción de los órganos del Estado como la de los particulares (esto último en el orden nacional por imperio de la ley 17454 y de la doctrina judicial sentada por la Corte en el caso Kot) no obstaculicen, de hecho, el pleno goce de los derechos constitucionales reconocidos a todos los habitantes por la Constitución Nacional.

El amparo en nuestro pais tiene una serie de limitaciones que no le permiten jugar el rol de tutula integral de la supremacía de la Constitución y, en definitiva, de todo el ordenamiento jurídico. Una primera enunciación de esas limitaciones nos ponen de manifiesto que el amparo:

a) no es operativo para lograr la declaración de inconstitucionalidad de la legislación ni de los actos adminsitrativos que, con el mismo vicio, impiden el pleno goce de los derechos consagrados en el orden jurídico. No podemos olvidar que la ley 16986 prohibe la procedencia del amparo cuando hubiere que declarar inconstitucional una ley, un decreto o una ordenanza (art. 2, inc. d);

b) no es operativo para lograr la declaración de oficio de una inconstitucionalidad normativa, lo cual es de mucha gravedad cuando se trate del incumplimiento de las normas de caracter imperativo que tiene la Constitución, mucho más si ellas son normas de organización. Tampoco

H. CONVENCIÓN CONSTITUYENTE
FOLIO
4

podemos olvidar que la antigua ley 27 prohibe la declaración de oficio de la inconstitucionalidad, norma que aun no ha perdido vigencia, a pesar que en algunos casos la Corte haya aceptado la procedencia de la inconstitucionalidad de oficio;

c) no es operativo en orden a tutelar todo el contenido normativo de la Constitución Nacional, a partir del generalizado concepto en la doctrina jurídica de todo el mundo en el sentido de que toda la Constitución está integrada por normas jurídicas y que no hay normas constitucionales que no deban ser cumplidas por los órganos de aplicación ni por los tribunales de justicia (particularmente en esta posición Eduardo Garcia de Enterria en "La Constitución como norma jurídica" Ed. Civitas);

d) no es operativo en orden a tutelar no solo la plena vigencia de las normas constitucionales, sino, tambien, la efectividad de toda la legislación. El amparo para hacer cumplir todo tipo de legislación -ley, decreto u ordenanza-, sobre todo cuando de dicha legislación surjan obligaciones a cargo de órganos del Estado, es un instrumento que no puede faltar en nigún orden jurídico;

e) no es operativo frente a las omisiones del legislador, de cara a las normas programáticas de caracter imperativo. La declaración de inconstitucionalidad por omisión ha sido un postulado largamente reclamado por la doctrina en nuestro pais (particularmente por German Bidart Campos en "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en Anuario Jurídico de México, Tomo VI);

f) no es operativo para lograr implementar una acción de directa de inconstitucionalidad, a los efectos de dejar de depender de la existencia de una causa concreta. La declaración directa de inconstitucionalidad, impulsada a partir de una acción de amparo, permite consagrar la función preventiva del derecho, y no tener más remedio que incurrir en defecto "necrofílico" que lo caracteriza en nuestro país. La necrofilía, o amor a la muerte, significa, dentro del ordenamiento jurídico, que primero hay que violar el derecho (matarlo) y luego hay que producir la reparación: una suerte de principio "contaminador pagador" generalizado;

g) no es operativo para lograr que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de leyes o actos que afecten a las normas constitucionales de organización de caracter imperativo, tenga que ser la nulidad absoluta de la norma o acto violatorio. A esto debe llegarse pues es altamente negativo en nuestro sistema mantener la validés de normas la estructura organizacional del Estado;

h) no es operativo para lograr invalidar, y no solo declarar la inconstitucionalidad, de toda la legislación y actos administrativos producidos por el Poder Ejecutivo en violación a la Constitución y a las leyes de la Nación. Es notable que no se cumpla la previsión que en tal sentido tiene prevista la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, sin que exista justificación alguna, porque la razón para que ello no ocurra con la ley no puede existir con un decreto producido por un órgano que carece del poder

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
5

legislativo.

i) no es operativo para lograr proteger todos los derechos, no solo los individuales, sino tambien los sociales del trabajador (caso de los previstos en el art. 14 bis, no tutelados por la acción de amparo, no obstante haber sido receptados en forma expresa en el texto constitucional desde 1957). Tampoco lo es para garantizar a favor de cualquier individuo que se encontrare en estado de necesidad, por carecer de un bien básico para su subsistencia, la prestación de un bien prometido por la Constitución en forma programática, caso típico: la vivienda digna.

j) no es operativo para lograr la protección de los derechos públicos subjetivos de la sociedad, los cuales, si bien se encuentran implícitos en el art. 33 de la Constitución (así se desprende de las razones invocadas por su introductor Bartolomé Mitre en la Convención de 1860). De este modo la protección del medio ambiente, del patrimonio histórico y cultural, del equilibrio urbanístico, de los consumidores y usuarios, no han encontrado en la via tutelar del amparo protección suficiente (la promisoria sentencia de la Corte en el caso Ekmekdjian c/ Sofovich, no parece hacer presumir una doctrina firme hacia el futuro).

k) no es operativo para ampliar la legitimación procesal activa a favor de todos los sectores sociales que se encuentren involucrados en la protección que otorgan los derechos de "tercera generación", forma concreta de entropizar el sistema jurídico;

Para obviar tamaña insuficiencia existente en nuestro sistema jurídico, en relación con la tutela integral de toda la normativa constitucional y de todo el haz de derecho que la conforman, es preciso que la constitucionalización de la acción de amparo signifique una modificación substancial al régimen tradicional que en la Argentina ha gobernado la institución. No aprovechar la instancia reformista significará perder una oportunidad histórica que tardará en volverse a producir. Iremos desagregando la propuesta:

A. EL AMPARO COMO ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD

La alternativa técnica procesal de instrumentar la acción de amparo como forma de lograr, no solo la remoción del obstáculo de hecho al ejercicio del derecho, sino la declaración de inconstitucionalidad de una norma que tambien impide el goce pleno de un derecho constitucional, es una variable que encuentra reconocimiento tanto en el derecho europeo como en el latinoamericano.

En Europa asi funciona en España, donde el párrafo segundo del art. 53 de la Constitución institucionaliza un recurso de constitucionalidad a través de un recurso de amparo (Ver José L. Cascajo Castro y Vicente Gimeno Sendra, El Recurso de Amparo, Tecnos, pag. 53). Lo mismo ocurre en Alemania donde la "queja de constitucionalidad" previs

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO 6

ta en el art. 93, punto 4.a de la Ley Fundamental opera como una acción de amparo con efectos generales, según lo ha resuelto el Tribunal Constitucional (BVGG, art. 35.2): asi lo explicita Francisco Rubio Llorente en su trabajo "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho" (Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, Nº 22, pag. 28)

En México es a través de la acción de amparo como se hace efectivo el control de constitucionalidad, pero dicha función no es escluyente de una acción dirigida a corregir la aplicación inexacta de la ley: simbiosis de nuestra noción de amparo con el de la acción de inconstitucionalidad (Ver Emilio Rabasa, El art. 14 y el juicio de constitucionalidad, 1978 y nuestro Derecho Constitucional Latinoamericano, UNAM, 1991, pag. 215). En Colombia la reciente Constitución de 1991 ha institucionalizado la acción de tutela a los efectos de lograr protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (art. 86), lo cual remata, por apelación, en una acción de constitucionalidad ante la Corte Constitucional (art. 241.9): simbiosis equivalente a la que se produce en México (Ver nuestro Estudio Introductorio a la publicación de las Constituciones Latinoamericanas, UNAM, tomo I, 1994).

En la Argentina la Corte Suprema desde el caso Outon tiene decidida la inconstitucionalidad de la prohibición de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad durante el trámite de la acción de amparo, según lo establece el art. 2 de la ley 16986. Este es sólo un señalamiento de que para nuestro más alto tribunal del país es plenamente procedente que una acción de amparo viabilice una declaración de inconstitucionalidad. No puede ser de otra manera: lo más frecuente es que los actos de autoridad que impiden el ejercicio de un derecho sean consecuencia de la aplicación de una norma jurídica de cualquier nivel. Disponer la improcedencia del amparo en tal caso es totalmente aberrante para la supremacía de la Constitución.

Pero recientemente la Corte Suprema, en el trascendente precedente del caso Peralta, ha venido ha sostener que la acción de amparo puede admitirse, sin cortapisa alguna, para admitir una acción directa de inconstitucionalidad (27 de diciembre de 1990 y J.A. Nº 5718; la Corte cita como antecedentes los precedentes de Fallos 301: 1379 y J.A. 1988-I-510). Razón de más para que aquello que ya se encuentra iniciado como tendencia por la jurisprudencia se convierta en letra expresa en el texto constitucional.

Sin embargo, hay otra razón de mayor peso para constitucionalizar la acción directa de inconstitucionalidad. Lo cambiante y, por ende, incierto de la jurisprudencia de la Corte, obliga a la definición del texto legal, porque si bien con Outón se comenzó una etapa afirmatoria del derecho de introducir una cuestión de constitucionalidad en la acción de amparo (ratificado luego en cuatro decisiones ulteriores: Fallos 267: 215: 269: 393: 270: 268 y J.A. 1968 IV-57), luego se pasó a una etapa negatoria (F. 289:177; 291:560), para pasar despues a la etapa de la relatividad, donde se sostuvo que si bien "en principio" no procede la inconstitucionalidad en el trámite del amparo, ello

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
7

es posible por excepción cuando el vicio fuera manifiesto y grave. Esto es inadminisible: la constitucionalidad de una norma es o no es, lo relativo no puede tener andamiento en un sistema constitucional. Razón de más para constitucionalizar

la acción directa de inconstitucionalidad a través de la acción de amparo: para terminar con las dudas y las incertezas.

B. LA DECLARACION DE OFICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Ya recordamos que por imperio del art. 3 de la 27 no es viable en nuestro sistema jurídico la declaración de oficio de la inconstitucionalidad normativa. Ello ha merecido severas críticas por parte un sector importante de la doctrina nacional, con fundamento de que estando en juego el orden público -como lo está en toda inconstitucionalidad- la no declaración de oficio perjudica la supremacía de la Constitución y que siendo la declaración de inconstitucionalidad una cuestion de puro derecho debe prevalecer el principio iura novit curia (los jueces ponen el derecho aun frente al silencio de las partes, quienes sólo están obligadas a probar los hechos): tesis ésta sostenida por Bidart Campos (El derecho constitucional del poder, tomo II. Ediar, Cap. XXIX), por Vanossi (Recurso Extraordinario Federal, pags. 226/27 y Teoría Constitucional, T. 2 pag. 318 y 319), por Ricardo Mercado Luna (en Control de oficio de constitucionalidad, J.A. Secc. Doctrina, 1971, pag. 182), por Juan Carlos Hittrs (Posibilidad de decretar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, E.D., 15/10/1985).

La jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido ajena a esta orientación. Desde su antigua doctrina de 1872 en la causa Casares vs. Sívori donde sostuvo que no se puede "dar eficacia a actos inconstitucionales con violación de la ley suprema", aunque las partes no hayan alegado la inconstitucionalidad (Fallos 2: 260-263), hasta la sentencia del Alto Tribunal del 9 de febrero de 1984, donde dispuso de oficio la inconstitucionalidad del tribunal de ética forense, y la doctrina del voto de los jueces Fayt y Belluscio en el caso "Inhibitoria planteada por el Juzgado de Instrucción Militar Nª de Rosario", del 24 de abril de 1984, enrolada tambien en la doctrina del control judicial de oficio ha ido marcando una posición, que si bien no es definitiva (de donde resultara importante la reforma constitucional en tal sentido) viene a señalar la necesidad de garantizar a todo evento, como bien jurídico prioritario, la supremacia de la Constitución Nacional lo pidan o no las partes.

Lo que ocurre es que nuestra cultura jurídica ha desenvuelto convenientemente el debido proceso de los derechos privados o indiviuales, pero no del mismo modo el debido proceso del derecho público. Es por ello que, siendo la declaración de inconstitucionalidad un vicio no de la norma, que sigue en el sistema jurídico, sino de la interpretación que se haga de la misma, en función de que están sólo derechos individuales en juego, no resulte extraño que se haya desatendido la protección del orden público incluido en la objetividad de la norma que sustenta la inconstitucio-

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO

nalidad de la interpretación. Esto resulta mucho más costoso cuando se trata de la supremacía de las normas de organización de caracter imperativo, las cuales, si son desconocidas por normas o actos de nivel inferior, no pueden quedar subsistentes en el sistema jurídico. Se tratará no sólo del caso de la inconstituinalidad de oficio sino de su nulidad absoluta, como veremos más adelante.

C. LA PLENA OPERATIVIDAD DE TODO EL CONTENIDO NORMATIVO DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Esta cuestión se vincula con la falsa creencia instalada en la doctrina jurídica nacional, sobre todo en la doctrina implicita en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, de que un vasto sector normativo de la Constitución Nacional, por el hecho de ser programáticas, o aun siendo imperativas, por el hecho de ser organizacionales, no tienen caracter operativo, es decir no puede ser reclamado su cumplimiento ante un tribunal de justicia. Se trata de la remanida y desafortunada doctrina de las "cuestiones políticas no justiciables" que ha llegado hasta el escándalo de sostener que el procedimiento de formación y sanción de las leyes no es controlable por los jueces, aunque se hubiere incumplido el trámite constitucional (asi lo sostuvo la Corte en el caso Cullen vs. Llerena, donde sostuvo que la aplicación del art. 71 de la Constitución no era justiciable, Fallos 53: 420). De ser esto cierto le cabe toda la razon a Fernando Lassalle cuando sostuvo que la Constitución no es una hoja de papel, sino los factores reales de poder.

Debemos partir del pensamiento liminar de Kelsen cuando establece que el verdadero derecho subjetivo no es el derecho facultad (a la propia conducta) ni el derecho a la conducta de un tercero (el crédito), sino la acción judicial que cada individuo (o la sociedad, agregamos nosostros) tiene para hacer efectivos aquellos otros (las facultades y los créditos). Si esto es asi, y lo enseñamos en todas las Facultades de Derecho del pais, no tiene sentido que sostengamos la supremacía de la Constitución y ella misma no reconozca acción judicial para hacer valer dicha supremacía ante un tribunal de justicia. Si el Congreso ha dispuesto habilitar la acción de amparo lo ha hecho para superar la nominatividad y el mero caracter semántico de nuestra ley fundamental, tanto en relación con la programaticidad normativa, como en relación con las normas de organización imperativas.

Con claridad absoluta Eduardo García de Enterría ha demostrado que o a la Constitución de un Estado se la considera, en su totalidad, como norma jurídica o, en caso contrario, carece de sentido que pueda ser considerada la "ley fundamental que organiza jurídicamente la nación" (Ver su libro La Constitución como norma jurídica, Cívitas). El jurista español no ha hecho otra cosa que aplicar el pensamiento del gran jurista alemán Otto Bachof cuando sostuviera que "las normas de la Constitución -todas- tienen enérgica pretensióde validez a través de los jueces (ver su clásico libro "Jueces y Constitución", Madrid, 1985, Civitas). Ignacio de Soto llego a decir -en su obra "De iustitia ei iure" que "las leyes constitucionales más sacrosantas sin jueces que las apliquen son frutos cadavéricos de una razón difunta"

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
9

(citado por Francisco Fernandez Segado en su excelente estudio "Sistemas de protección judicial de los derechos fundamentales", Revista General de Derecho, N° 591, nota 21). Todo dicho.

Este pensamiento se ha hecho carne en la doctrina judicial de los tribunales constitucionales europeos. El Tribunal Constitucional español ha sostenido que todas las normas constitucionales, aun las programáticas que establecen principios rectores de política social y económica tienen un "contenido mínimo" que debe ser aplicado (sentencia 15 de 1982), sin necesidad de interposición legislativa, porque, en realidad, no son meros programas (sentencia 21 de 1981). En el mismo sentido la Corte Constitucional de Alemania ha declarado la vinculatoriedad de los derechos constitucionales a los tres poderes, habiendo consagrado "la centralidad de los derechos fundamentales. En España el Tribunal Constitucional ha reafirmado que "el contenido central del derecho debe ser operativo" (sentencia 18 de 1981). Vale decir que hay una centralidad o nucleo de centralidad en todas las normas constitucionales que debe ser siempre tutelado por los órganos de control establecidos en cada país.

Es por ello que en nuestra propuesta de reforma constitucional incluimos el concepto de "estado de necesidad" de los derechos constitucionales, aunque ellos hubieran sido formulados en forma programática, porque el nucleo de constitucionalidad que contiene toda norma de la Constitución debe ser tutelado por los jueces frente a una situación límite: el estado de necesidad, para impiden la negación absoluta del derecho constitucional consagrado. Esto valdrá tanto para los derechos del trabajodor como para los derechos públicos de la sociedad, como veremos más adelante.

En el derecho argentino la Corte Suprema tambien se ha instalado en la linea de considerar a toda la Constitución como norma jurídica, a partir de considerarla como ley suprema y tutelable por la acción de amparo. Eso es lo que ha sostenido en el considerando 11 del caso Peralta, con el agregado que, al citar a Alfredo Orgaz en su afirmación de que "las construcciones técnicas y las doctrinas generales no impuestas por la Constitución valen en la Cortge "solo en principio", porque salvo la Constituciòn misma, que vale absolutamente, lo demas vale solo en principio (considerando 5 del cita fallo). Si solo lo que está en la letra de la Constitución tiene valor absoluto, entonces hay que constitucionalizar todo aquello que siendo fundamental ha sido negado en la práctica juridica, por estar implícito y no haber tenido reconocimiento.

D. EL AMPARO COMO TUTELA DE LA PLENA VIGENCIA DE LA LEY ORDINARIA Y NO SOLO DE LA CONSTITUCION.

No sólo porque los derechos constitucionales son principios a ser desarrollados por la ley (doctrina de Hauriou) y, por ende, dicho desarrollo legal merece la misma protección que los principios contenidos en la Constitución, sino porque toda norma contenida en una ley debe ser cumplida, por imperio del mandato sistémico según el cual

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
10

si el código (las leyes) no se cumplen el sistema caminará su desorganizaciòn o muerte (entropía). Es atendiendo a este principio elemental de supervivencia del ordenamiento jurídico que proponemos una regla constitucional que disponga la procedencia del amparo en los siguientes casos:

"Cualquier ciudadano puede iniciar acción pública dirigida a exigir el cumplimiento regular de la legislación cuando ésta se encontrare suficientemente reglamentada, sin precisar para ello justificar interés alguno.

"Cuando una disposición legal imponga a un funcionario un deber expresamente determinado, quien estuviere legitimado para interponer la acción de amparo podrá dirigir al funcionario un mandamiento de ejecución o de prohibición, según fuera el caso, con el objeto de hacerla cumplir.

E. LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISION.

Ha sido German Bidart Campos quien con mayor acierto ha defendido la necesidad de institucionalizar la declaración de inconstitucionalidad por omisión. Ha sostenido el maestro de derecho público argentino que "cuando la Constitución ordena a un órgano del poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento"; agrega que "cuando omite ejercer la competencia, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a cuando la viola por acción"; para tambien señalar que "cuando la abstención del poder produce un daño o gravamen para alguien, este debe estar legitimado para impulsar ante la justicia constitucional a controlar al órgano remiso a cumplir la actividad debida, o para que el órgano judicial constitucional supla la actividad omitida..." (asi se expidió Bidart Campos en el trabajo ya citado, pag. 9).

Bidart Campos continua su análisis sosteniendo que "cuando la omisión inconstitucional consista en el no dictado de una reglamentación legal en relación con otra norma impedida de funcionar (obviamente de una norma constitucional) el órgano judicial constitucional será competente para: a) intimar al órgano remiso a dictar la reglamentación legal en el plazo que se le fije; b) integrar la laguna resolviendo el caso con efecto limitado al mismo; c) dictar directamente la norma omitida. (op. cit.pag. 17). Esto lo sostiene Bidart aun a falta de regla constitucional que lo establezca, pero reconoce que será mucho más conveniente que el procedimiento esté previsto expresamente en la Constitución.

Esta es la linea doctrinaria que consideramos absolutamente apropiada para ser seguida en la reforma constitucional implementadora de la acción de amparo. Porque hasta ahora nuestra Corte Suprema tiene decidido que en nuestro sistema jurídico no existe legitimación procesal para que nadie pueda solicitar el dictado de una legislación determinada. Si no lo hace la Constitución nunca tendremos operatividad no solo de las normas prográmaticas, tanto de los derechos sociales como de los derechos públicos de la so

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
11

ciedad, sino que tampoco se podra exijir el cumplimiento de las normas organizacionales de caracter imperativo, que existen en gran medida sin posibilidad de cumplimiento, como veremos más adelante.

Esta linea doctrinaria ha sido sustentada con toda claridad por la más conspicua doctrina europea. Peter Haberle sostiene que el legislador está obligado a dictar una legislación de desarrollo cuando sea necesario una mínima organización para la vigencia de un derecho (ver "El legislador de los derechos fundamentales" citado en Nota 12 del trabajo de Francisco Fernadez Segado, ya citado). A su turno Mauro Cappelletti ha sostenido que la legitimada de los jueces para tutelar a la Constitución no viene de su representatividad, sino de su actuar racional cumpliendo el debido proceso: esto hace hoy a los jueces verdaderos actores politicos. (conf. "¿Giudici legislatori? citado por Fernandez Segado en Nota 30 de op. cit).

Los tribunales constitucionales europeos tambien se han definido en términos equivalentes. El alemán ha dicho que "la indeterminación de las normas constitucionales exige que sean completadas por el juez, y esto debe hacerse no sólo en base a la ratio de la norma particular, sino sobre el fundamento de los principios generales constitucionales". En Alemania la omisión de la Administración puede ser completada por el Poder Judicial y tambien la omisión del legislador, siempre que hubiere mandato explícito del constituyente de dictar una ley y aquel no lo hace en tiempo razonable. Se ha considerado que ese término se ha cumplido sobradamente cuando han pasado mas de veinte años sin dictarse la ley. En tal caso será necesario, por parte del tribunal, intentar realizar la voluntad constitucional "en lo que sea posible prescindiendo del legislador y siempre que la norma constitucional involucre un contenido juridico suficientemente positivo y claro para que actue como clausula general directa sin que se ponga en peligro, insoportablemente la seguridad jurídica (conf. Klaus Schlaich "El Tribunal Constitucional Federal Aleman" trabajo colectivo, Nota 159 del estuestudio citado de Fernandez Segado y pag. 11.476 de éste último.

El Tribunal Constitucional español ha sentenciado que "los poderes públicos tienen el deber de dar efectividad a los derechos constitucionales, agregando que procede en tal caso el amparo cuando sea necesaria una mínima organización en defensa de los derechos" (Sentencias 25 de 1981 y 53 de 1985). De esto se trata, de lograr la mínima organización del sistema institucional para que funcione el Estado y el amparo de los derechos (temática ésta que hemos desarrollado en nuestro estudio "Constitución y organización" que se encuentra en prensa en el Fondo de Cultura Económica, en México)

En la doctrina nacional Nestor Sagues tambien reconoce la posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión cuando la Constitución le asigna al legislador una tarea concreta y él no la cumple, aunque pudiera hacerlo en base a alternativas válidas. (conf. Revista de la Fa-

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
12

cultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Perú, Año III, Nº 5 pag. 34/44) Es decir que si bien hay cuestion de discrecionalidad en la elección de la alternativa política legislativa, no cumplirla no hace otra cosa que transferirle al órgano judicial la potestad reglamentaria. Y Alberto Spota, en el mismo sentido, ha sostenido que todas las normas programáticas, sin excepción, deben convertirse en operativas, por la acción del Poder Judicial, cuando los otros poderes no las cumplieron. (conf Nota 235 del trabajo de Fernandez Segado ya citado).

Es con estos antecedentes y por equivalentes razones que nos decidimos a proponer como reforma al texto constitucional vinculado a la acción de amparo la procedencia del mismo:

a) cuando la omisión o insuficiencia reglamentaria produjere daños concretos en perjuicio de un particular, siempre que dicha situación coloque al afectado en estado de necesidad en relación con un derecho constitucinal

b) cuando de la omisión o insuficiencia reglamentaria resultaren afectados los derechos públicos de la sociedad, el medio ambiente, la salud pública y el patrimonio histórico y cultural de la comunidad, los tribunales de justica podrán disponer, con carácter preventivo, medidas de no innovar, para de inmediato dar intervención al Congreso a fin de que, a través de un procedimiento debidamente regulado de estudio y declaración de impacto, se convierta en reglada la materia carente de regulación legal. Pasados los sesenta dias sin pronunciamiento del Congreso el silencio deberá computarse como una habilitación al juez interviniente para regular transitoriamente la cuestión, pero si luego hubiera regulación legislativa ella no podrá ser revisada por parte del juez interviniente.

De esta manera estamos institucionalizando la potestad legislativa de los jueces, con caracter transitorio y como modalidad supletoria frente a la inacción del poder político. Un verdadero desafio al legislador en un tiempo en que la eficiencia es el dato más concreto para generar la legitimación del poder público. No caminaremos hacia el gobierno de los jueces, sino, por el contrario, al potenciamiento del sistema democrático. Sin controlar la eficiencia legislativa la democracia se torna, en definitiva, inviable.

F. LA ACCION DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Ya quedó expresado que la acción directa de inconstitucionalidad cumple la trascendente función de evitar que la función preventiva del derecho luzca por su ausencia en nuestro ordenamiento jurídico. Sin prevención el derecho opera como un sistema necrofílico que se realiza solamente a partir de su propio desconocimiento. La acción directa de inconstitucionalidad se encuentra reconocida en el derecho constitucional de las Provincias argentinas, siendo la de Buenos Aires quien la tiene en uso desde hace más tiempo, como competencia originaria de la Suprema Corte provincial (art. 149.1 C.de Bs.As.). Pero no es necesario que la

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
13

acción directa de inconstitucionalidad se encuentre concentrada en el máximo tribunal del país: puede funcionar perfectamente como sistema difuso, pudiendose llegar por via del recurso extraordinario a lograr la decisión definitiva ante la Corte Suprema, con el objeto de no cambiar en esto nuestra tradición jurisdiccional. Como resulta obvio, si se constitucionaliza el amparo como via de control de constitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad se encuentra automáticamente consagra en el sistema jurídico.

En el derecho comparado la acción directa de inconstitucionalidad está reconocida en Alemania sólo frente a leyes autoaplicativas, una manera de denominar a las normas imperativas, o frente a las leyes medidas (sentencia del Tribunal Constitucional Aleman del 18 de mayo de 1982). Tambien se le ha reconocido tal caracter cuando la norma constitucional "incita al recurrente a tomar decisiones importantes o contiene obligaciones implítas", con lo cual se convirtiendo en una acción declarativa de certeza. (conf. Klaus Schlaich "El Tribunal Constitucional Federal Alemán" citado en obra citada de Fernandez Segado , Nota 165) En España tiene reconocimiento frente a la omisión del deber de reglamentar (sentencia del Tribunal Constitucional Nª 18 de 1984)

Obviamente que si se constitucionaliza el amparo como acción directa de inconstitucionalidad la misma tendrá caracter de imprescriptible, en razón de que lo que se tutela es la existencia objetiva de los derechos y de las normas organizacionales establecidas en la Constitución.

Nos remitimos a todo lo expusimos cuando tratamos la la acción declarativa de inconstitucionalidad en relación directa con la acción directa de constitucionaldidad.

G. El AMPARO COMO ACCION DECLARATIVA DE CERTEZA.

En circunstancias en las cuales un derecho o una obligación se encuentran en situación de incertidumbre para el titular de la respectiva pretención o carga jurídica, el amparo tambien resultará una via inexcusable para definir su situación. Es por ello que tambien consideramos que el texto constitucional debe regular la referida situación.

G. LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA LEYES O DE LOS ACTOS QUE VIOLEN LAS NORMAS ORGANIZACIONALES IMPERATIVAS DE LA CONSTITUCION.

Esta es una de las mayores deficiencias que tiene nuestro sistema institucional, porque convierte al orden constitucional argentino en una simple hoja de papel. Cuando la ley o el acto es de orden público por violar la estructura organizacional del Estado, no tiene sentido mantener el sistema de la inconstitucionalidad para el caso: el único remedio es la nulidad que invalida la violación del sis

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
14

tema. Haremos una enumeración de las diversas circunstancias en que se puede encontrar el país, como consecuencia de la imposibilidad de sacar de su vida institucional una legislación contraria al sistema de reglas previsto en la Constitución. Trataremos por separado el caso de las leyes contrarias a la estructura organizacional del Estado, del caso de los actos institucionales que tengan ese vicio, con el objeto de no incurrir en confusiónes:

1. Caso de leyes antiestructurales:

a) todas aquellas leyes que sean sancionadas violando el preciso procedimiento previsto en el capitulo sobre formación y sanción de las leyes de la Constitución. La peregrina doctrina del caso Cullen c/ Llerena no puede repetirse en el país. Bien lo dijo en su disidencia el Juez de la Corte Luis V. Varela: "no es cierto que la jurisprudencia de los Estados Unidos haya sostenido que las leyes políticas escapan al juicio de los tribunales, no se ha dicho eso porque no hay ley que no pueda ser juzgada por los tribunales cuando ocurra un caso judicial". Lo hemos dicho en nuestros estudios sobre la justiciabilidad de las cuestiones políticas: la materia política no determina la no justiciabilidad, mucho menos si esa materia se encuentra reglada en el texto constitucional, lo que determina la no justiciabilidad es la materia, cualquiera sea ella, no esté reglada, es decir que quede a la discrecionalidad de los órganos de aplicación su interpretación o el curso a seguir. (Ver nuestro Derecho Constitucional, Tercera Edición, 1993, pag. 472).

Recordamos que la Corte de los Estados Unidos tranformó tradicional jurisprudencia negativa de la justiciabilidad de las cuestiones políticas en una doctrina de plena justiciabilidad, primero en Baker c/Carr (1962), y luego en Adman Clayton Powell (1969) sosteniendo que la doctrina de las cuestiones políticas no se aplica "cuando un poder político actua quebrantando una norma precisa e imperativa de la Constitucion".

b) todas aquellas delegaciones legislativas dispuestas por el Congreso violando la prohibición constitucional o las reglas de la Constitución para los casos permitidos. Cuestión muy importante frente al nuevo texto constitucional que preve la delegación legislativa en materia administrativa y de emergencia, pero que los prohibe en todos los otros casos. Si hubieramos tenido la clausula de la nulidad de las delegaciones legislativas prohibidas, sobre todo frente a la reiterada práctica de utilizar el Ejecutivo la excusa de la reglamentación de las leyes para usurpar potestades legislativas, creando nuevo derecho, dentro de los vacios de la ley, según lo ha convalidado la Corte a partir del caso Delfino (Fallos 148: 430). La historia de la desnaturalización de la potestad reglamentaria en la Argentina puede constarse en nuestro libro, ya citado, La potestad Legislativa;

c) la legislación que viola el pacto de coparticipación federal, y sabemos que numerosas leyes violan dicho pacto quitando recursos a la masa copartici pable, sin acuerdo de las Provincias, con perjuicio directo para sus economías ¿Puede caber duda que una ley de ésta na-

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
13

turaleza debe caer bajo los efectos de una nulidad, no alcanzando para nada la inconstitucionaldad?;

d) una ley que establezca la pena de muerte para causas políticas ¿tiene sentido mantenerla en el ordenamiento jurídico, pensando que una interpretación futura de los tribunales puede encontrarla constitucional? En caso de duda el derecho a la vida debe prevalecer sobre todo otro concepto.

e) una ley de estado de sitio que se mantenga más haya del plazo previsto o cuando sea notable que ha dejado de existir la conmoción interior invocada para justificarla. Lo mismo cabe para una intervención federal en circunstancias equivalentes o frente a una ley de emergencia donde la causal de emergencia el mismo Gobierno reconoce que ya no existe. En estos casos solo la nulidad puede poner en su quicio al sistema;

f) una ley sobre nacionalidad y ciudadania que disponga la expatriación de los nacionales o la pérdida de la nacionalidad argentina (como lo hizo una ley de facto). La expatriación y la pérdida de la nacionalidad son equivalentes a la muerte civil y ello debe entenderse vedado en el sistema constitucional argentino. Sólo la nulidad absoluta del exceso legislativo puede reparar el daño institucional producido;

g) leyes que invadan la zona de reserva del Ejecutivo: regulando la designación del Jefe de Gabinete o de los Ministros, o reglamentando la concesión de indultos. Sólo la nulidad cabe frente al exceso legal;

h) una ley federalizando un territorio para instalar la Capital de la República sin la cesión de las Legislaturas pronvinciales del area territorial donde debe instalarse. ¿Tiene sentido hablar de inconstitucionaliad con efecto para el caso? Lo mismo cabe decir en la hipótesis de creación de una nueva Provincia sin el consentimiento de una Legislatura provincial.

i) una ley que amplie la competencia originaria de la Corte. Asi nació la inconstitucionalidad en los Estados Unidos (caso Marbury) y en la Argentina (caso Sojo). Bueno, el sistema ha servido para los casos en los cuales las leyes no afecten al funcionamiento institucional del Estado, es decir cuando las cuestiones de interpretación afectan a los derechos de particulares que sean partes en juicio. Pero en aquellos históricos casos el efecto de la inconstitucionalidad debió ser -fue de hecho- el de la nulidad, porque la ley ampliatoria de la competencia originaria ya no podría ser aplicaa más. ¿Qué sentido tiene hablar de inconstitucionalidad, si se trata de una nulidad?

j) toda la legislación nacional que ha nacionalizado los recursos naturales de las provincias, sin indemnización alguna. Virtual confiscación del patrimonio recursivo provincial. ¿Tiene sentido hablar de inconstitucionaliad para un caso, dejando la violación en el

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
16

sistema, expedita para que el Gobierno nacional siga aplicando el régimen de nacionalización declarado inconstitucional, en otros casos que no sean materia de un litigio? Lo mismo cabe sostener con leyes provinciales invadiendo la competencia o jurisdicción federal.

2. Casos de actos institucionales antiestructurales:

a) el acto institucional del Congreso convalidando la reelección del Presidente cuando estuviere prohibida: caso de una segunda reelección. Es obvio que hablar de inconstitucionalidad no tiene sentido;

b) el mismo caso anterior pero violando el sistema de ballotage previsto en la Constitución;

c) decretos de necesidad y urgencia en materias vedadas por la Constitución o actos de aplicación de decretos de necesidad y urgencia no aprobados por el Congreso;

d) el mismo supuesto anterior pero aplicado a los actos ejecutivos que violen el sistema de delegación legislativa, asi como los actos de promulgación parcial de las leyes al margen del procedimiento constitucional.

Si se nos dice que las nulidades legislativas no pueden ser materia de la regulación constitucional -como se deja escuchar en algunos "pasillos"-, debemos señalar que la Constitución histórica, en su articulo 29 fulmina con la "nulidad insanable" a la concesión de facultades extraordinarias y a la suma del poder público, lo cual implica haber constitucionalizado la nulidad absoluta para el caso de una delegación legislativa con tales características.

En el caso de los actos del Poder Ejecutivo, tengan ellos caracter general o no, deben caer bajo los efectos de la nulidad absoluta, como lo prevé la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos para los actos administrativos de caracter general, pero que no se aplica, en razón de que el sistema constitucional no puede admitir que mantengan validez las extralimitaciones de un poder del Estado que usurpa la potestad de otro poder. Toda extralimitación del Ejecutivo en terminos de inconstitucionalidad debe ser objeto de nulidad absoluta.

H. EL AMPARO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales del trabajador consagrados en el art. 14 bis nacieron a la vida constitucional por imperio de la decisión política del radicalismo, que comprendió la hora social que vivía el mundo en aquellos tiempos, como lo había comprendido el justicialismo en 1949, hora que no ha decaido sino, al contrario, que se ha incrementado, pero a partir de un cambio de perspectiva: realizar el "estado social" o del bienestar con organización y efectivi-

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
17

dad y no al margen de reglas, límites y previsiones precisas. De eso se trata.

Desde que fuera sancionado el 14 bis, la doctrina y la jurisprudencia lo consideró una disposición de carácter programático, de forma tal que muchas de sus disposiciones han quedado reducidas al caracter nominativo que Karl Loewestein señaló como severa advertencia frente a los textos constitucionales incumplidos. Ningún tribunal de justicia del país convirtió en operativa la movilidad de salario ni la exigencia que fuera "vital", es decir suficiente para garantizar la sobrevivencia del trabajador. El estado de necesidad para proteger la vida, porque "vital" significa viva, nunca fue invocado como nucleo de constitucionalidad -la centralidad constitucional que merituan los europeos-. La apelación a las cuestiones políticas y a la programaticidad fue el argumento facil, propicio para justificar la irresponsabilidad institucional de los jueces, especialmente de la Corte Suprema, en esta materia.

Desde ya que puede existir en el país la creencia equivocada acerca de que, en el caso del derecho de los trabajadores a participar en la ganancias de las empresas, ello puede significar una grave distorción para el crecimiento de la empresa. Seguramente ello debe haber llevado, tanto a políticos como a jueces a no querer avanzar en la materia. Sin embargo las cosas parecen que son más bien al contrario. Samuelson nos enseña que muchos empresarios norteamericanos han comprobado que pagar salarios bajos es mal negocio, incluso desde el punto de vista monetario. La calidad del trabajo cae de tal manera que la empresa no gana con el ahorro. Es por eso que los economistas han comenzado a insistir en el concepto de "salario de eficiencia". En Estados Unidos muchos empresarios pagan más salario que el determinado por la competencia para elevar la productividad (Conf P. Samuelson, Economía, 1993. pag. 823).

Los recientes análisis de Richard Freeman y James Medoff, profesores de Havard, han encontrado pruebas de que la participación de los sindicatos puede elevar la productividad del trabajo (consultar la obra ¿What do Unions do? Basic Books, N.Y. 1984, citado por Samuelson).

La cuestión se instala en considerar a la Constitución como un "pacto social", como con todo acierto lo ha sostenido la Iglesia en su documento sobre la reforma de la Constitucin argentina. Un pactpo de esas caracteristicas está dirigido a conformar un "capitalismo de cooperación" y no un "capitalismo de confrontación". El capitalismo de cooperación se puede viabilizar desde la Constitución si, por un lado se incluye un capítulo sobre el garantismo fiscal para proteger al capital productivo, y, por el otro, se operativiza los derechos sociales del trabajador, especialmente el de participar en la ganancias de las empresas.

En ese contexto de ideas Julio Rodriguez, Presidente del Banco Hipotecario de España, ha sostenido que "la democratización del poder exige acuerdo entre

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
18

los sectores sociales, pues de lo contrario hay que volver a la intervención del Estado, lo cual no parece buenos" (Ver Los Debates del Año 2000, pags. 18 y 28). Y Rudolfo Paramio, Director de la Fundación Pablo Iglesias, ha señalado, con plena razón, que "una política de amplia duración debe basarse en un amplio consenso social". No vemos que estemos caminando por ese sendero los argentinos, sobre todo frente a la política irracional del Gobierno vinculada con la imperfecta teoría de la "flexibilización laboral".

En el supuesto de los derechos sociales del trabajador frente a la omisión del legislador o de las partes que integran la relación laboral, el primero en dictar la ley, los segundos en acordar un convenio colectivo del trabajo, hace preferible que los jueces apelen primero a conminación a estos últimos, para que desde el convenio colectivo se instrumente la operatividad de la normativa constitucional. Salvo que el derecho a la vida estuviera en juego de un modo concreto, de forma tal que en vez de una función legislativa en subsidio por parte del tribunal, éste podrá intervenir resolviendo el caso, en una simple instancia jurisdiccional. En lo demás deben aplicarse los criterios generales que ya han sido desarrollados.

I. EL AMPARO PARA OBTENER PRESTACIONES BASICAS A FAVOR DE INDIVIDUOS QUE SE ENCUENTRAN EN ESTADO DE NECESIDAD.

Este es el caso donde se ha sostenido la inviabilidad del "estado de bienestar", en razón de que por falta de recursos el Estado no puede atender a todas las prestaciones sin desequilibrarse. Hemos contestado a esto que el modelo de estado no puede ser el del "malestar", sino el del "bienestar con organización". Esto significa que dentro de la exitencia de bienes que dispone el Estado es lógico atender a una reclamación por la via del amparo (tenemos en prensa en México un libro "Constitución y organización" donde fundamentamos esta posición"). Es con este fundamento que podemos sustentar una norma que razonable constitucionalizar la acción de amparo con este trascendente objeto, en aras a hacer viable el "estado del bienestar":

"Procederá el amparo toda vez que una prestación a cargo del Estado tenga como fuente una clausula contenida en la Constitución, sea como consecuencia de su implementación por una ley o a causa del estado de necesidad en que se encuentre el accionante, cuando a juicio de un tribunal de justicia. En tal caso el tribunal interviniente sólo podrá ordenar mandamiento de ejecución si el patrimonio público contare con recursos disponibles. Las afectaciones presupuestarias podrán ser substituidas por decisión judicial solamente que la vida humana se encontrare en peligro.

"Los bienes o tierras públicas no afectados al servicio público podran ser objeto de mandamiento de ejecución en sede jurisdiccional cuando no hubiere otros recursos disponibles para atender las prestaciones referidas en el punto anterior."

"La existencia de previsiones

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO 18

presupuestarias para atender el cumplimiento de prestaciones a cargo del Estado habilita la acción judicial de todo posible beneficiario, sin que en caso alguno la Administración pueda oponer como excepción la discrecionalidad en la gestión, a fin de poder incumplir con dichas prestaciones".

I. EL AMPARO COLECTIVO

Esta tutela se encuentra implícita en el art. 33 de la Constitución, a tenor de la interpretación exegética que debe hacerse de la norma. Ya recordamos que fue Bartolomé Mitre quién hizo introducir esta norma en el texto de 1853, sosteniendo que cuando se hablaba de "derechos no enumerados que surgen de la forma republicana de gobierno y de la soberanía del pueblo", no se hacía referencia a nuevos derechos individuales, como lo pretendiéra Esteves Saguí, sino de los derechos que tiene la sociedad como ente moral o colectivo. Clara influencia de John Stuard Mill, pionero del neoliberalismo social, en el pensamiento de Mitre, como se desprende de la lectura de sus arengas, donde Stuard Mill ha sido citado varias veces. La preclara visión del constituyente Mitre es que la Constitución no sólo protegiera a los derechos del hombre sino, además, los derechos de la sociedad. No fue escuchado el mensaje del patricio. Ni el Congreso ni la Corte Suprema se han enterado nunca del mandato constitucional: los derechos públicos subjetivos de la sociedad no son tutelados por la acción de amparo, ni por las leyes ni por la jurisprudencia de los tribunales. El caso Ekdmedjian c/ Sofovich, valioso en tanto ampara por primera vez a los derechos públicos de la sociedad, a partir del reconocimiento de una acción de un sector social "representado" por uno de sus miembros, sin poder alguno, simplemente por haber declarado formar parte del grupo de pertenencia, parece ser solamente una "golondrina" que no hará verano. Se impone el reconocimiento constitucional de los derechos públicos de la sociedad.

Afortunadamente ese es el designio tenido por el Congreso al haber habilitado el tema en la declaración de necesidad de la reforma: el medio ambiente y los derechos de los usuarios y consumidores constituyen el amplio campo que deberá ser tenido en cuenta por la Convención Constituyente.

Pero debemos decir que la única manera de lograr una defensa efectiva en relación con los derechos públicos subjetivos será establecer un verdedor sistema de de protección de esos derechos, a partir de la operativización de las normas programáticas frente a la omisión del legislador; en el mismo sentido será necesario implementar el amparo frente al incumplimiento de las normas de organización de caracter imperativo, como ya fuera analizado con detalle. A ello deberá agregarse la previsión de que la Justicia pueda intimar al Congreso a regular lo concerniente a la protección que se considera necesaria, previo haberse dispuesto un procedimiento sobre estudio e impacto ambiental. Pasados los sesenta días sin pronunciamiento del Congreso, el silencio deberá computarse como una habilitación al juez interviniente para regular en forma transitoria la

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO 20

pretensión planteada.

Y en lo específicamente referido al contenido de la protección del medio ambiente consideramos que será obligación de los poderes públicos velar por la utilización razacional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, defender y restaurar el medio ambiente y asegurar un desarrollo sostenido de las actividades económicas, cuidando de lograr una efectiva protección de la diversidad genética insalada en el orden natural, en aras a la protección de las generaciones futuras. Todos los habitantes tienen el derecho de disfrutar de un medio ambiente adecuado, asi como el deber de conservarlo.

Y en relación con los consumidores y usuarios los poderes públicos deberán garantizar su defensa, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los particulares que desempeñan actividades productivas y de distribunción de bienes, deben producir una declaración fiel sobre la calidad y cuantía de las actividades y que producen

J. LA LEGITIMACION PROCESAL PARA ESTAR EN JUICIO.

La legitimación en el tramite de la acción de amparo debe ser todo lo amplia que se pueda, para dejar de lado la nefasta y absurda posición jurisprudencial de exigir que solamente quien acredite un derecho subjetivo violado o en peligro puede merecer proteccion de la Justicia. Es por ello que a nuestro juicio no sólo será necesario constitucionalizar la acción popular, por la simple razón de que esas acciones suelen ser muy poco usadas (la gente no tiene ni tiempo, ni conocimientos ni dinero para accionar en defensa del bien público), sino tambien habilitar la intervención en juicio de las asociaciones representativas de cada sector, en definitiva de las organizaciones no gubernamentales, asi como del Ministe- rio Público para que pueda actuar de oficio.

Asimismo se deberá habilitar procesalmente a los miembros integrantes de los órganos públicos cuyos derechos se pudieran encontrar vulnerados, en razón de que se ha convertido en corriente la tesis de que un integrante de un poder público no lo representa, con lo cual se desestiman acciones por razones de falta de legitimación procesal sin importar que se ponga en juego la estructura institucional prevista en la Constitución. Se debe volver a los orígenes, cuando en los tiempos de Cullen c/ Llerena un representante de un Gobierno provincial elegido por el pueblo, podía demandar al Interventor en la Provincia, sin que los jueces apaleran ¿para sacarse trabajo? a la escuza absurda de que al Gobierno no le concernia la intervención. Ahora se sostiene que a un legislador no le concierne que no se haya respetado el tramite de formación de las leyes (Doctrina de la Corte en el caso Polino).

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
21

La legitimación procesal cuando no esté en juego, en forma exclusiva, un derecho individual, no debe ser causa para no proteger el orden público afectado cuando se violan los derechos públicos subjetivos de la sociedad o de los organos del Estado en tanto están en juego los procedimientos y las competencias públicas.

II. La regulación del habeas corpus en la reforma de la Constitución Nacional está dirigida a perfeccionar la defensa de libertad individual a la altura de las necesidades de una sociedad que se ha encontrado con mucha frecuencia insuficientemente protegida frente a las acechanzas del poder público ejercido sin limitación suficiente. Es por ello que siguiendo los lineamientos del nuevo derecho constitucional provincial, especialmente en el caso de las Constituciones de Córdoba, de San Juan, de Salta, de San Luis, de Santiago del Estero, de Jujuy y de La Rioja, asi como el dictamen producido en tal sentido por el Consejo de Consolidación de la Democracia y el Proyecto de Jorge R. Vanossi de 1970 formulamos la propuesta de regulación del habeas corpus, con apercibimiento a los tribunales intervinientes de considerarlos incursos en mal desempeño de sus funciones en caso de incumplimiento de los requerimientos procesales establecidos. La acción tambien procederá en caso de agravación ilegitima de las condiciones en que se cumple la privación de libertad y de oficio cuando un juez estuviere en conocimiento de una detención arbitraria.

Como ampliación de la forma clásica de regular el habeas corpus el proyecto extiende la protección al habeas data, que es el derecho que todo individuo tiene a tener acceso a la información que le concierne, que se encuentre almacenada en bancos de datos públicos o privados, con posibilidad de cancelarla o corregirla, cuando haya sido procesada indebidamente o sin autorización. Se ha tenido para ello antecedentes del derecho comparado, particularmente las modernas Constituciones de Brasil (art. 5 inc. LXXII) y de Colombia (art. 15).

Con estos fundamentos, Sr. Presidente es que vengo a presentar el siguiente proyecto de reforma de la Constitución Nacional, dirigido a incorporar cuatro ar artículos en el texto de la Constitución Nacional, según se encuentra habilitado en las letras K, M y N del art. 3 de la ley 24309.

Humberto Quiroga Lavié
Convencional Constituyente
U.C.R.