Solicitada por la señora Convencional Abraham

Señor Presidente:

Más allá de los conceptos vertidos en oportunidad de presentar el proyecto de normativa constitucional referido al tema que nos ocupa para la oportuna consideración de esta Honorable Convención Nacional Constituyente (Expediente 643), no quiero dejar de pasar la oportunidad para hacer unas someras consideraciones en relación a éste específico tema, tan caro a los sentimientos de los argentinos. En primer lugar de aquellos que de alguna forma vivimos y soportamos, como simples ciudadanos o víctimas directas, la continua violación de los derechos constitucionales y por otro la de aquellos que si bien no la vivieron, son conocedores de esta historia reciente. Es por esto que no queremos que la dolorosa experiencia haya sido en vano y asumimos con convicción la defensa de la democracia como sistema de gobierno, y el respeto irrestricto de los derechos emanados de la base jurídica que le sirve de sustento.

Estamos considerando concretamente el instrumento idóneo para darle al texto constitucional viabilidad concreta a sus enunciados. De nada serviría una mera declaración abstracta de derechos que quedara en las enunciaciones teóricas de los doctrinarios; y en la realidad concreta tuviéramos sistemáticas violaciones a esas "grandes y retóricas declaraciones".

Durante el transcurso de esta Convención han sido innumerables las citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales que han sido traídas para la consideración de esta temática siendo, la profundidad, la excelencia y por consiguiente la seriedad la que ha reinado para la configuración del artículo proyectado por la mayoría. Corrobora lo recién afirmado la sola lectura de la cantidad de proyectos que se han presentado para su tratamiento en esta Convención.

Habiendo sido éste el tratamiento técnico jurídico dado, es para mí relevante tratar de considerar el "espíritu o la razón de ser de la norma proyectada", para que en consideración de éste el intérprete (los jueces, en primer y relevante lugar; y los restantes operadores del derecho, por otro lado) pueda concretar sociológicamente el fin buscado.

El amparo, como género de garantía constitucional, es la enunciación de la herramienta para evitar los abusos del poder de quienes lo detentan. Este abuso del poder, preciso y oportuno es recalcarlo, tiene profunda raigambre en nuestra historia, reciente y no tanto, donde los circunstanciales "violadores constitucionales" usufructuaron de ese poder en desmedro de los legítimos derechos de los ciudadanos. Traduciéndose ese desmedro en muchos casos en la misma muerte o desaparición.

Por lo que Señor Presidente detrás de estas líneas que conforman el artículo hay una historia dolorosa que reclama hoy la proyectada constitucionalización de estas garantías.

Pero debe quedar claro que este reclamo no se detiene sólo en la normativa constitucional, sino que sigue más allá, donde la norma cobra vida concreta y a su ejecutor; me refiero a la sentencia judicial y al juez. Es éste el que tiene la suma responsabilidad de ser el celoso guardián de la Constitución; se reclama jueces con coraje que ante un pedido de habeas corpus, amparo, habeas data, derechos del

consumidor y usuario, derecho ecológico, tengan como premisa de estudio y análisis "que puede existir" 1a violación de un derecho constitucional y no la forma "legal" de la fundamentación de su rechazo en cuestiones, la mayor de las veces, sólo formales.

En este orden debe incorporarse una garantía tan amplia que borre este discurso jurídico argentino tan propio derivado de la aplicación de la ley nacional 16.986 que, como bien se ha graficado, tendió a reglamentar el desamparo y en cuyas magros preceptos se protegió el miedo, la censura o la indiferencia de muchos jueces respecto de la salvaguarda de los derechos que deben ser resguardados de una forma rápida y eficaz.

Debemos estar contestes que en el actual desarrollo jurídico político, la acción de amparo (como género), el habeas corpus y habeas data (como especies del mismo género), revisten la categoría de garantías de "rango constitucional", fruto -como ya se dijo- de una larga y muchas veces penosa elaboración jurisprudencial, doctrinaria y en los últimos tiempos legislativa y constitucional provincial.

Necesario es pues la inclusión expresa de estas figuras en el texto constitucional. Se impone por cuanto los ciudadanos tendremos, ahora sí, los derechos y garantías resguardados constitucionalmente ante cualquier abuso del Estado o de los particulares, cumpliendo con el compromiso internacional que dimana de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica que, al estarse a lo ya aprobado por esta Honorable Convención, sus normas tienen ya rango constitucional.

Con lo expuesto he tratado modestamente de colaborar para afianzar la razón de ser de la importancia de otorgar rango constitucional a estas garantías. Concluyo recordando dos comentarios que destacan una vez más la relevancia de lo tratado. En primer lugar el constitucionalista Germán Bidart Campos enseña que: "Lo que caracteriza el régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia, y que en el terreno de la vigencia, la acción procesal es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer, la vía para demandar su amparo". En segundo lugar es preciso recordar lo que para nosotros los justicialistas tiene una vigencia e importancia particular, por emanar de nuestro fundador; decía Juan Domingo Perón el 11 de Septiembre de 1948: "La Argentina se encuentra entre las naciones que han advertido la necesidad de transformación, especialmente en los aspectos sociales, económicos y jurídicos. Los derechos y las garantías individuales han de subsistir en cuanto afirman la dignidad humana y la libertad de los hombres".

2
Solicitada por el señor Convencional Araoz

Señor Presidente:

Voy a referirme al artículo propuesto por la Comisión, relativo al amparo, en cuanto garantiza la defensa de intereses difusos, relativos a cualquier forma de discriminación, a la protección ambiental, la lealtad comercial, la corrección de los servicios públicos u otros derechos de incidencia colectiva, como los denomina el texto proyectado.

Como es propio de la institución que nos ocupa, que es la acción de amparo, ella resulta procedente subsidiariamente, es decir cuando no existe un procedimiento idóneo para el caso.

El concepto de intereses difusos o de derechos colectivos, que han sido denominados en el texto como derechos de incidencia colectiva, ha nacido en las últimas décadas. Nuestro Derecho Constitucional lo incorporó a través de textos de Constituciones Provinciales (Salta, art. 30; La Rioja, art. 66; San Juan, art. 58; Córdoba, art. 53) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Ekmedjian c/Sofovich y Sáenz, admitió la acción de quien "asume una suerte de representación colectiva" cuyo "efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio".

La doctrina jurídica internacional se ha ocupado de esta figura jurídica. Podemos recordar, como ejemplos a Massimo Severo GIANNINI ("La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi", Padova 1976) de notoria influencia en la ley italiana del 7 de agosto de 1990; P. MÁNTINI ("Associazioni ambientaliste e interessi difusi", Padova 1990); L. DE ANGELIS ("La tutela degli interessi diffusi nell'ainministrazione: possibile ruolo del difensore cívico", en "Diritto Processuale administrativo", N° 2, 1991), Luis Filipe COLACO ANTUNES, "A tutela dos interesses difusos", en "Direito Administrativo" Coimbra, 1989. Entre nosotros se ocuparon del tema, Augusto Morello y Gabriel Stiglitz, H. Quiroga Lavié, Germán Bidart Campos, Mario F. Valls, Guillermo J. Cano y Miguel S. Marienhoff, estos últimos en recordada polémica en torno a la legitimación procesal de quienes objetaban una decisión administrativa que autorizaba la captura de toninas.

En general, la polémica ha centrado su atención en la legitimación de los sujetos procesales para asumir la defensa de intereses colectivos o difusos.

De allí que la "Convención sobre la Responsabilidad Civil por Daños Resultantes de Actividades Peligrosas para el Ambiente" celebrada en Lugano, en junio de 1993 por los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Comunidad Económica Europea y otros Estados, se haya tratado detalladamente la legitimación activa de las ONG y los límites a las demandas que ellas pueden interponer (art. 18 de la Convención).

El principio general es que "toda asociación que, conforme a sus estatutos, tiene por objeto la protección del ambiente y que satisfaga toda otra condición suplementaria impuesta por el derecho interno de la Parte donde la demanda es interpuesta" pueda demandar la prohibición de "una actividad peligrosa ilícita que constituya una amenaza seria de peligro al ambiente", o una orden judicial o administrativa, para que el explotador tome ciertas medidas preventivas, o de "remise en etat", medidas razonables de rehabilitación del entorno dañado. El derecho interno puede prever el caso en que la demanda resulte inadmisible.

Es decir que, a la vez que un reconocimiento explicito de la capacidad de estas asociaciones para asumir la defensa de intereses colectivos, el tratado ha establecido importantes límites, en cuanto al contenido de las demandas y ha dejado a las partes contratantes toda latitud para establecer las condiciones que deben reunir esas organizaciones, para asumir la representación de intereses de ese tipo y ser legitimadas procesalmente.

Los límites, sin embargo confirman la aceptación universal, ya generalizada, del papel de las organizaciones no gubernamentales para ejercer la representación de intereses colectivos o difusos, principalmente en el campo ambiental, de manera similar al reconocimiento que -en el Derecho Laboral- se reconoce a las organizaciones gremiales.

S.S. Juan Pablo II ha señalado con acierto el deber del Estado de "proveer a la defensa y tutela de los bienes colectivos, como son el ambiente natural y el ambiente humano, cuya salvaguardia no puede estar asegurada por los simples mecanismos del mercado" (Centesimus annus, N° 40) y nos ha hecho reflexionar, al respecto, que

aunque “los mecanismos de mercado ofrecen ventajas seguras; ayudan, entre otras cosas, a utilizar mejor los recursos; favorecen el intercambio de los productos y, sobre todo, dan primacía a la voluntad y a las preferencias de la persona, que en el contrato, se confrontan con las de otras personas”, no debe caerse en la idolatría del mercado y debe tenerse en cuenta que existen “necesidades colectivas y cualitativas que no pueden ser satisfechas mediante sus mecanismos”. De allí la importancia de establecer otras reglas para “defender los bienes colectivos que, entre otras cosas, constituyen el único marco dentro del cual es posible para cada uno conseguir legítimamente sus fines individuales” (Cent. Annus, ídem).

Ciertamente, la protección de los intereses difusos, es una cuestión que incumbe inicialmente al Derecho Administrativo. En la tutela del ambiente, subyace el reconocimiento de un interés social que, por su misma naturaleza, es compartido por los integrantes de la comunidad y que se expresa no solamente a través de los órganos del Estado, sino también a través de las organizaciones constituidas con ese fin específico.

De allí que las leyes de procedimiento administrativo más recientes se ocupen de este asunto, así como la doctrina jus-administrativista, siguiendo la orientación participativa que es el sesgo doctrinario actual de la doctrina procesal administrativa.

Esta orientación participativa del procedimiento administrativo es la que fundamenta principios que se van incorporando, como son la publicidad y transparencia de la actividad administrativa, y el de audiencia de los interesados.

Ahora bien: las formas en que la participación de los interesados se predispone en la norma jurídica, debe variar según el grado de homogeneidad que se puede suponer en los copartícipes de un interés difuso.

Así, por ejemplo, debe suponerse homogéneo el interés de los habitantes en preservar una zona, respecto de la descarga de contaminantes, pero no ha de suponerse tan homogéneo el interés de los mismos, con referencia a las modalidades de valorización y mejoramiento del ambiente.

La evolución de la doctrina y la legislación, en este tema y durante la última década ha sido también vertiginosa. La doctrina y la legislación han ido superando la distinción entre intereses difusos en sentido propio (sin portador) e intereses difusos en sentido impropio (intereses colectivos, asumidos por una asociación o entidad “ad hoc”), que en 1976 había expuesto Massimo Severo GIANNINI (“La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi”, Padova, 1976) con aceptación generalizada. El fundamento de esta evolución es que la caracterización del interés difuso se debe centrar más en la naturaleza del bien tutelado que en el sujeto, que puede ser tanto individual como colectivo.

La doctrina prevaleciente define a los “intereses difusos” como intereses relativos a la participación.

Esa participación no implica necesariamente el logro de consenso, aunque este sea deseable, sino, fundamentalmente, una función de protección jurídica temporalmente adecuada, que trata de garantizar no solamente una legalidad de las decisiones administrativas, sino también la justicia intrínseca de las decisiones.

Nos estamos refiriendo a procedimientos administrativos, cuando la defensa de los intereses difusos puede ser necesaria tanto con referencia a actos de la autoridad pública como a conductas de particulares. Pero debe observarse que en este último caso, a la vez que una conducta antijurídica o ilegítima de un individuo hay, generalmente, una omisión de la autoridad que la ha hecho posible.

Y ese procedimiento administrativo, en caso de producir lesión, amenaza, restricción o alteración ilegal o arbitraria, actual o inminente, de un derecho, resulta la antesala de la tutela judicial. El amparo, entonces estará referido a la ausencia del debido procedimiento administrativo o a su antijuridicidad.

Para la procedencia de la acción de amparo la norma constitucional propuesta requiere la concurrencia de extremos respecto de este tipo de derechos:

a) que una acción u omisión de la autoridad pública o de particulares lesione, restrinja, altere o amenace, en forma actual o inminente y con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas un derecho reconocido por el orden jurídico;

b) que el derecho o garantía protectora del ambiente, la competencia, el usuario o consumidor y en general, los derechos de incidencia colectiva, en caso que su defensa sea asumida por una asociación para tal fin, sea registrada conforme a la ley que determinará los requisitos y formas de su organización.

Esta remisión a la ley para establecer los requisitos y formas organizativas de las organizaciones no gubernamentales cuya legitimación procesal activa se considera, sigue entonces un criterio similar al establecido en la citada Convención de Lugano. A la vez que la utilidad de las organizaciones no gubernamentales en la defensa del ambiente y otros bienes colectivos, debe garantizarse su aptitud, seriedad organizativa y responsabilidad.

3
Solicitada por el señor Convencional Armagnague

Uno de los aspectos contemplados en la norma, que ha sido objeto de reformas en el trámite previo a su tratamiento, debe quedar perfectamente en claro. Nos referimos a la imposibilidad de usar el remedia procesal del amparo restringiendo la libertad de prensa o que la supresión de datos que ordene un juez pueda implicar censura previa judicial.

El art. 14 reconoce el derecho de todos los habitantes de publicar sus ideas por la prensa "sin censura previa". El texto parecía no ofrecer dificultades para su interpretación (SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, "Libertad de imprenta, Delitos de Imprenta y Censura", Bs. As., Argentores, 1964, pág. 42). Porque la censura previa no es algo contemporáneo, sus antecedentes se remontan a Grecia (restricción de la libertad de los poetas) y, apenas surgió la imprenta, España implantó dicha restricción previa, en 1.502 (PELLET LASTRA, Arturo, "La libertad de Expresión", Bs As., Abeledo Perrot, 1973, págs. 24/25).

Se ha sistematizado el conjunto de derechos agrupados bajo el rótulo "derecho a la información", de la siguiente forma:

1) Derecho a informar (formación de la opinión pública): a) Expresión pública de ideas u opiniones. b) Transmisión pública de noticias.

2) Derecho a informarse: a) Libre acceso a las fuentes de información. b) Protección de la confidencialidad de las fuentes de información.

3) Derecho a la protección contra la información disfuncional: a) Acceso a los medios de comunicación para replicar. b) Protección contra las noticias falsas y 1as opiniones injuriosas (EKMEDJIAN, Miguel Ángel, "Derecho a la información", Bs. As., Depalma, 1992, págs. 25/26). Adelantamos nuestra opinión en contra del contenido que se pretende respecto de los derechos contenidos en este último tercer párrafo.

Esta Convención he tenido oportunidad de tratar algunos proyectos que intentaban introducir el denominado "derecho a réplica" y su rechazo es causal suficiente para que consideremos que el criterio mayoritario es contrario a su

introducción en el texto constitucional. Lo resuelto con respecto a la jerarquía de los tratados internacionales también debe ser tenido en cuenta para la interpretación constitucional. Se inicia así un importante camino en contra de los amparos establecidos en las Constituciones de Chaco (art. 15), Jujuy (art. 23), Río Negro (art. 27), Salta (art. 23), San Juan (art. 23), Santa Fe (art. 11) y Santiago del Estero (art. 20).

Por lo tanto la cuestión se limita al último derecho mencionado en la cita anterior, la protección a cualquier habitante para que acceda a archivos periodísticos y, una vez tomado conocimiento de su contenido, la posibilidad de exigir, utilizando como herramienta procesal la acción de amparo, la supresión, rectificación o actualización de aquéllos.

Estamos totalmente de acuerdo con que hay que proteger el derecho de cualquier habitante cuando es objeto de imputaciones falsas o injuriosas, pero no creemos que el remedio preventivo sea el adecuado, porque ello implica colisionar con la libertad de prensa constitucional.

La libertad de expresión, como todas, puede entrar en colisión con otros derechos de otros sujetos. Es común intentar solucionar el problema con la formulación liberal "el derecho de uno llega hasta donde empieza el derecho de los demás", pretendiendo con esta analogía física un sistema de equilibrio. "La Corte Suprema de Justicia utiliza permanentemente este eufemismo (la afirmación de armonizar los derechos), para encubrir la realidad, esto es la existencia de conflicto entre ellos, evitando referirse a é1. Con tal ingenuidad se pretende ignorar -en las palabras- la diferente jerarquía de los derechos, aunque en los hechos se la utiliza -siempre en forma tácita- para resolver tales conflictos, que pese a que parecen no existir, deben ser resueltos. E pur si mueve" (EKMEKDJIAN, "Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa", en L.L. 1992-D-182).

Cuando la libertad de expresión entra en colisión con otros derechos o con algún principio republicano, hay que decidirse, esto es lo que llevó a Jefferson a su famosa frase sobre que, si debía optar entre un gobierno sin prensa libre o prensa libre sin gobierno, se decidía por lo último.

En nuestro caso, no podemos introducir la censura previa judicial. La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, comienza con el caso "Verbitzky" (L.L. 1989-D-182, con nota de BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., "Censura previa y advertencia previa"), en donde comenzaron a advertirse los distintos criterios de los Ministros.

Los antecedentes del caso "Servini de Cubria" son interesantes, porque todo indicaba que había que decidirse sobre cuál derecho era de jerarquía superior: el honor de la Dra. Servini de Cubría o el derecho de expresarse del Sr. Mauricio Borensztein (fallo de Cámara en L.L. 1992-D-111, con medida precautoria en L.L. 1992-B-572). Sin embargo, la lectura de 1os distintos votos nos lleva a concluir que sigue el criterio pendular, porque si bien la decisión fue en favor de la libertad de expresión, hubo mucho debate sobre la operatividad del Pacto de San José de Costa Rica. De cualquier forma, rescatamos las opiniones de quienes se decidieron por uno de los derechos en colisión, otorgándole jerarquía superior a la libertad de expresión (COLAUTTI Carlos E., "El Largo Camino de la Abolición de la Censura", en L.L. 1992-E-1.151). Recientemente, en los casos "Granada" y "Triacca" (L L. 1994-A-237 y ss., con nota de BARRANCOS Y VEDIA, "La Corte Suprema refirma y fija el alcance de la doctrina del caso "Campillay"), lamentablemente volvemos a encontrar párrafos sobre que "el conflicto entre valores o bienes jurídicos en apariencia contrapuestos, obliga a los jueces a realizar una armónica ponderación axiológica".

Uno de los defensores del criterio que criticamos, fue Ministro de la Corte y es integrante de esta Convención, por lo que queremos transcribir su opinión, publicada

hace pocos días (BARRA, Rodolfo Carlos, "La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", en L.L. 1994-E-1.139 y ss). "La protección es una actitud previa a que me pase algo; me protejo contra un resfrío si me abrigo, no me protejo contra un resfrío cuando tomo un antibiótico después de estar resfriado" (pág. 1.148). No estamos de acuerdo con el razonamiento ni con la comparación entre el resfrío y las violaciones de los derechos.

Este problema no puede ser comparado con un resfrío: tenemos la oportunidad de decidir y expresar nuestra opinión sobra la distinta jerarquía de los derechos. Decidamos en favor de la libertad de expresión.

Los representantes del pueblo no podemos restringir, bajo ninguna excusa, dicha libertad. Les podemos recordar a los periodistas que "les corresponde también rendir culto a aquel mandato, a fin de demostrarle a la comunidad a la que deben servir, que el poder de las ideas es tal si se obra de acuerdo a "principios éticos (MONTOYA, Mario Daniel, "La Ética y el Periodismo en los Estados Unidos", en L.L. 1993-A-1.145), pero no podemos, en la reglamentación de una medida procesal tan importante como el amparo, introducir una restricción al derecho comunitario a una libre información, en todos sus aspectos.

Desde el punto de vista jurídico, no puede equipararse a la libertad de prensa con los demás derechos y libertades constitucionales, porque siempre tuvo un nivel excepcional (voto del Dr. Fayt en el caso "Verbitsky", MILLER, Jonathan M., GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, "Constitución y Derechos Humanos", Bs. As., Astrea, 1991, Tº 2, Pág. 954).

"Es la palabra 'previa' la que define el espíritu de la protección constitucional. Lo que la Constitución Nacional no tolera es que un poder del Estado se arrogue, previamente a la publicación de un texto, la facultad de conocer su contenido, para autorizarlo o para impedir su aparición. Una vez publicado, en cambio, quedan abiertos todos los caminos de la justicia" (MITRE, Bartolomé, "Sin Libertad de Prensa no hay Libertad", Bs. As., Fund. Bco. de Boston, 1990). No solamente el Poder Judicial tiene prohibido esta injerencia: también este Poder Constituyente debe respetar la libertad preexistente, que solamente puede ser reconocida en el texto constitucional

El último argumento que se esgrime a favor de la restricción va dirigido a cada uno de nosotros: pensemos en la posibilidad de ser nosotros los afectados, imaginemos lo beneficioso que sería tener a nuestra disposición un juez que impidiera que nos injuriaran. A ello contesto con lo cita efectuada por un perseguido (PALACIOS, Alfredo L., "Libertad de prensa", Ciencias Sociales, Bs. As., 1935, pág. 214) "Esos hombres ilustres, calumniados e injuriados, aparecían todavía más grandes y más fuertes, se dignificaban más ante el pueblo, acaso por los mismos combates que habían tenido que sostener, acaso por las mismas contiendas que soportaron. Y esto es, señores senadores, porque lo piedra que pueda aplastar a una sabandija cuando se arroja sobre la cabeza de un gran hombre, sólo contribuye a formar el pedestal para su estatua futura". Todo está en qué tratemos de ser: hombres o sabandijas.

4

Solicitada por la señora Convencional Babbini

SECRETO A LAS FUENTES DE INFORMACION

Mi intervención tiene como finalidad expresar la trascendencia que desde el alcance constitucional significa la incorporación del Habeas Corpus, Habeas Data y Amparo en la nueva normativa.

La garantía de los derechos fundamentales implica asegurar en mecanismos idóneos, la eficacia, su protección y reparación.

No obstante, me referiré en forma particularizada al segundo párrafo del art., que en su última parte dice: "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

Este derecho, implica el reconocimiento de una lucha mundial y obviamente nacional, que libran los periodistas por ratificar la vigencia positiva de esta prerrogativa, integrante de su más amplia categoría: la libertad de prensa. Cabe recordar que en Latinoamérica ya en el año 1952, en oportunidad de celebrarse el Primer Congreso Mundial de Periodistas, que tuvo su sede en Santiago de Chile, se mencionaron como restricciones a la libertad de prensa, necesarias de eliminación, las limitaciones impuestas para llegar a las fuentes de información y la presión y sanciones a los periodistas para obligarlos a revelar las fuentes de información. (Linares Quintana, Segundo; Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, t. 3, pág.646)

Este tema, que pareciera de interés solamente para los hombres y mujeres de prensa, no pierde significación para el ciudadano común, no sólo como sujeto titular del Derecho a recibir información, sino cuando poseedor de noticias, solo las puede o quiere revelar bajo estricta reserva de su nombre.

La incorporación expresa en la norma constitucional es la reafirmación de la doctrina; así Bidart Campos afirma: "No cabe duda que la libertad de prensa exige necesariamente la libertad de información, o sea, el acceso fácil a las fuentes de opinión y de noticias" y con no menos autoridad, "el periodista profesional necesita de esa colaboración oficiosa y para obtenerla, el derecho al secreto", dice Eliel Ballester en "El Secreto de las fuentes de Noticias" (J. A. 1966-V, Secc. doctr. p.73).

De aquí en más, este derecho que emana del art. 14 de la Constitución Nacional, ya no quedará sometido a reglamentación, ni a interpretación alguna. La eventual discrecionalidad queda superada por la letra expresa de la norma constitucional y en ella, ya nadie podrá mutilar el ejercicio de esta prerrogativa, ni articulará el argumento que afirmaba el carácter de categoría o norma ética, sin trascendencia jurídica.

Cabe recordar lo manifestado por Eliel Ballester, quien ha estudiado con detenimiento este tema, el cual manifestaba que "El secreto de las fuentes es un derecho subjetivo público. El bien jurídicamente tutelado en las profesiones clásicas, es el derecho privado del deponente. Aquél se sitúa en el derecho público. Este en el derecho común... Ambos secretos son extracontractuales, pero el secreto del origen es más bien institucional".

En la cita de Ballester se desprender que el verdadero titular de este derecho es el periodista, que lo utiliza en el ejercicio de su profesión y no el diario ni la agencia para los que trabaja. "La libertad de prensa es coartada por la negación del secreto, no por su admisión".

Cabe resaltar nuevamente que este derecho y su rango constitucional, importa un instrumento al servicio de la comunidad y contribuye a realzar el principio republicano de gobierno. Reviste por lo tanto una jerarquía distinta a la prevista por los Códigos de Procedimientos, donde se tiende únicamente a asegurar el desenvolvimiento de las profesiones y el amparo de los hechos conocidos en ejercicio de sus funciones.

El secreto de las fuentes de información, constituye, tal se afirmara, un derecho subjetivo público, cuyo titular es el periodista y cuyo objeto es resguardar el modo y la

forma de la imposición de la noticia, así como el nombre del informante (Mercado Luna, Ricardo en Derecho Constitucional Ed. Astrada, pág.226.)

La necesidad de proporcionar protección a los periodistas supera una cuestión individual de independencia e integridad, conlleva el asegurar la libertad de expresión como elemento esencial del sistema democrático. De ello se desprende que el público tiene el derecho inalienable a recibir noticias, información, ideas. Es decir, están en juego dos derechos fundamentales: el derecho a comunicar y el derecho a recibir información, noticias, ideas.

Así el informe Mac Bride, sostiene: "Estos dos derechos dependen, en gran parte, de la libertad de todos quienes trabajan para los órganos de información en lo que se refiere a la posibilidad de ejercer objetivamente su función de acopio y comunicación de noticias, informaciones, ideas sin injerencias y con plena seguridad".

Estos derechos deberán ser concebidos en términos de relación mutua con la responsabilidad. "Dado que toda persona que actúa sin responsabilidad, debilita su pretensión de libertad al paso que no se puede pedir que ejerza responsabilidades a quien está privado de libertad" (Inf. Mac Bride).

Quizás, sin pretender salir del tema especifico, no pueda sustraerme en recordar que "el intentar llegar a un justo equilibrio ante la libertad y la responsabilidad, los aspectos éticos de semejante dicotomía, no dependen solamente de las decisiones concientes de los periodistas, sino también de las prácticas de los órganos de información y del ambiente social en general".

Antes de concluir, cabe recordar algunas reflexiones que fueran parte del contenido del Informe Mac Bride, como se lo denominara y que responde al Informe de la Comisión Internacional sobre problemas de la Comunicación de la UNESCO, el cual afirma: "Aunque hay millones de personas que intervienen de un modo u otro en la comunicación, la atención se centra especialmente en los periodistas. No solamente porque desempeñan una importante función social, sino también por las posibilidades que tienen de influir en las ideas y en las opiniones… el periodismo es una misión a la vez que una profesión".

Igualmente, en el mencionado informe se afirma "Los periodistas revindican el derecho a buscar una información sin trabas y a trasmitirla sin peligro ni obstáculos"; en este reclamo, está el secreto a la fuente de información, y en ello reconocer que para el periodista el ejercicio de este rechazo constituye una condición fundamental para una acción eficaz, acción que a menudo está en la primera líneas en defensa de la libertad.

Es por ello, que no resulta sobreabundante recordar que la libertad de prensa, constituye una extensión de la libertad de expresión de todo ciudadano, reconocida como derecho humano.

En el informe de la UNESCO, se planteaba la necesidad de construir un "Nuevo Orden de Información y de la Comunicación" como proceso, no como un conjunto de condiciones y de prácticas, posición a la cual adhiero, y que en ella se incorpora entre otras cosas, avanzar hacia una democratización de la comunicación, teniendo como objetivos "una mayor justicia, una mayor equidad, una mayor reciprocidad en el intercambio de información, una menor dependencia con respecto a las corrientes de comunicación, mayor autosuficiencia e identidad cultural y un mayor número de ventajas para toda la humanidad".

Estoy persuadida, que desde nuestra Constitución, hoy con la sanción de esta norma, estamos contribuyendo a estos objetivos y garantizando el Derecho Humano a la libre expresión.

Sean Mac Bride, parafraseando a H. Wells dice: "La historia humana se convierte cada vez más, en una carrera entre la comunicación y la catástrofe. El empleo

total de la comunicación es vital, para asegurar que la humanidad tiene algo más que historia... que nuestros hijos tienen futuro”

5

Solicitada por el señor Convencional Baldoni

HACIA LA PLENA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Como Convencional por la Provincia de Entre Ríos e integrando el Bloque del Partido Justicialista, fundamento mi voto positivo en este plenario de la Honorable Convención Constituyente, con la firme convicción de la trascendencia que tiene para el ejercicio de las libertades, civiles y políticas incluir de manera expresa en el texto constitucional, los denominados recursos de habeas corpus, amparo y habeas data. Por las razones que seguidamente expondré, es que solicito señor presidente de la Convención Dr. Eduardo Menem, quiera disponer la inserción del presente trabajo, en la publicación de las sesiones correspondiente al tratamiento de esta temática.

I) Desde el 6 de Septiembre de 1930, en que se quebró el orden constitucional en nuestro país, repetido en 1955, como así posteriormente acontece en sucesivas oportunidades y con la característica de que tales procesos de facto implicaron la anulación de las garantías constitucionales.

Así fueron miles de protagonistas políticos, sindicalistas, de organizaciones juveniles, y genuinos voceros del pueblo, que por sostener sus ideales sufrieron cárceles y persecuciones, sin que se contara con un medio procesal eficaz y explícito de naturaleza constitucional, que estableciera a los jueces las potestades suficientes y necesarias, para preservar y obtener de forma rápida la libertad personal de los afectados por medidas restrictivas y arbitrarias de quienes detentaron el poder de turno. De ahí señor Presidente, señoras, señores convencionales, la relevancia que implica otorgar rango constitucional a dichos recursos y acciones procesales, en salvaguarda de la libertad y de los derechos básicos y que como expresara al inicio, llevan a este convencional a votar favorablemente por su incorporación en las actuales reformas. Inclusive como se desprende del texto elaborado con participación de la mayoría de bloques partidarios, tales medios de defensa, no pierden vigencia durante el tiempo en que pudiera implantarse el estado de sitio.

Podrá argumentarse que estos recursos cautelares, se encuentran establecidos en diversas leyes nacionales y provinciales, pero lo cierto e indubitable es que desde ahora y para el futuro al incorporarlos normativamente a la Constitución Nacional, resultará muy difícil que pueda eludirse la aplicación de tales preceptos y por lo demás, quienes hipotéticamente incurrieran en ello, serán responsables por violar la Constitución Nacional

II) En el proyecto que oportunamente presente a la Convención, bajo el título “De las Garantías Constitucionales”, hice mención de los antecedentes que obran en Constituciones modernas y actualizadas de importantes países. Haciendo cita particular de la Constitución de los EEUU., donde fue incorporado mediante enmienda al efecto, el “Auto de Habeas Corpus”, (Art. I secc. 9) y que constituye base liminar de la libertad en aquella Nación. Otras Cartas Fundamentales, España, Alemania, Suecia y Bélgica, en su Constitución reformada el año pasado, también Polonia en su nueva Constitución de 1992, entre otras naciones tienen incluidas normas expresas sobre Recurso de Habeas Corpus, en defensa de la libertad conculcada, o ante la inminencia cierta de perderse. También sobre Recurso de Amparo contra abusos que menoscaben o impidan el ejercicio de derechos esenciales, que partiendo de cualquier autoridad o particular

actuando con manifiesta ilegalidad, no admita por la urgencia o los daños a evitarse, otras vías o procedimientos comunes. Cabe también mencionar que en las recientes Constituciones aprobadas en distintos países de América del Sur, (Ej.: Colombia; Ecuador, Perú, Guatemala, entre otros), incorporan a sus respectivos textos constitucionales, tales recursos.

Como militante del Justicialismo, quiero señalar el visionario antecedente del art. 29 de la Constitución de 1949, en el cual se incorporó el Habeas Corpus y asimismo, traer a colación que el Concejo Nacional del Partido, en sus documentos a la opinión pública y proyectos sobre la reforma constitucional -aprobados en 1992- bajo el subtítulo de "Protección Procesal de los Derechos", propuso su incorporación al texto constitucional y así fue recepcionado por la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma y en razón de la cual nos encontramos deliberando en estos momentos.

Otros señores Convencionales han expuesto con precisión sobre los clásicos recursos de Habeas Corpus y de Amparo, teniendo de mi parte el propósito de realizar el análisis del Recurso de Habeas Data. Y mediante el cual se tiende a preservar el buen nombre y honra de todos los habitantes, ante Registros Oficiales y Privados que tengan la finalidad de recavar informes y datos de las personas.

Para que tales registraciones se ajusten con veracidad y certeza a los antecedentes negativos y/o positivos que tenga objetivamente cada habitante. Pero que decididamente nadie pueda sufrir desmedro alguno, por sus ideas políticas, sentimientos religiosos, origen de la nacionalidad y/o cualquier otra discriminación por su manera de pensar. De tal forma que toda persona que se considerare afectada por los conceptos, antecedentes o informes que obraren exclusivamente relacionado con ella, en tales registros, pueda mediante este recurso demostrar si cabe, la tergiversación o equivocada información existente y obtener la rectificación respectiva.

En esta materia existen leyes o normas constitucionales, en Alemania, España, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Noruega, Portugal, Brasil y Perú entre otras naciones. Así por ejemplo en Alemania desde 1977, y actualizada en 1988, obran disposiciones para la protección contra el abuso de datos de las personas, en vinculación con el archivo y tratamiento electrónico de datos. En España se admite constitucionalmente el derecho al acceso a los archivos públicos de manera personalizada y existen disposiciones relacionadas con la automatización de datos y protección de las personas al respecto (Ley Orgánica sobre Informática de 1992). También en Francia se han dictado normas sobre funcionamiento de ficheros e informática. Por Ley de 1984, en Gran Bretaña se regula el uso de información relacionada con personas individualmente y la prestación de servicios respectivos a dicha información. Mientras en Irlanda a partir de 1988, se puso en ejecución el Convenio para la protección de las personas físicas en materia de datos y que fuera firmado en Estrasburgo en mayo de 1981. También en Noruega desde 1978 se reglamentó lo relacionado con registros de datos personales. En cuanto a Portugal, está comprendido este tema en el ámbito de las garantías personales obrantes en la propia Constitución y en disposiciones sobre utilización de la informática y protección de datos personales frente a la información. Cabe reiterar que ha sido incluido el Habeas Data en las últimas Constituciones de Colombia, Brasil y Perú.

Con los antecedentes y referencias expuestas, corresponde al finalizar, indicar las conclusiones siguientes:

a) La redacción del dictamen de Comisión en mayoría, contiene precisiones bien determinadas que impedirán dudas en las interpretaciones y que aseguran los mejores fines previstos para estos recursos.

b) Insistir con énfasis, en la significación que tienen los recursos legales que desde hoy, quedarán incorporados a nuestra Constitución Nacional, expresando además la impostergable necesidad de que la población conozca ello, para que nadie en el futuro

resulte injustamente perjudicado en sus libertades y derechos fundamentales como personas.

6

Solicitada por el señor Convencional Barra

Señor Presidente, Señores Convencionales:

I.- Nos encontramos examinando la cuestión referida a la acción de amparo. En la presente inserción quisiera, muy brevemente, realizar algunas reflexiones en torno de la verdadera novedad que introduce el párrafo segundo del presente artículo, en la medida en que amplía la legitimación activa en lo referente a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, el usuario, el consumidor y los derechos de incidencia colectiva en general, en favor del defensor del pueblo y de "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

II.- A título general, cabe decir que la presente redacción recoge, en sustancia, la propuesta que, junto al Dr. Héctor Massnata, realizamos en relación a la defensa del eco sistema, al presentar nuestro proyecto sobre medio ambiente (Proyectos Ingresados, cuadernillo N. 26, pp. 1211 ss.). El artículo propuesto decía: "Mediante ley del Congreso se determinará (...) la legitimación para accionar en defensa del ecosistema en favor de instituciones especializadas y reconocidas como tales, sin perjuicio de la intervención necesaria y de pleno derecho del defensor del pueblo y del ministerio público". Por tal razón, los fundamentos entonces vertidos al presentar el proyecto de referencia, son igualmente válidos para el texto sub examine, por lo que, sucintamente, procuraré señalarlos.

El texto sujeto a aprobación parte del supuesto de que esta acción puede plantearla el particular afectado. El primer párrafo alude a este aspecto. Sin embargo, parecería claro que limitar la legitimación activa de estos derechos solo a quien invoque un derecho subjetivo, en el sentido clásico del término, supondría, en algunas circunstancias tornarlo ilusorio. A este respecto, es bien sabido que los problemas suscitados en relación, v. gr., al ambiente, no son estáticos, sino móviles. Un escape aéreo o el vertido de un río pueden recorrer, por efecto del viento o del agua, miles de kilómetros y atravesar diversas poblaciones. En tal caso, los afectados pueden, pues, ser muchos y de manera diversa. Ello obliga a superar la legitimación activa clásica, pero, al mismo tiempo, parece poco ajustada una extensión desmedida de ésta.

Diversas razones avalan esta apreciación. Así, el aludido criterio lleva a minimizar la necesidad de que exista un agravio concreto y diferenciado y la de su directa relación con quien promueve la acción, extremo que desnaturalizaría por completo el sentido de la tarea jurisdiccional en los términos de los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional. Íntimamente ligado a este aspecto, se encuentra el hecho de que esta postura afecta a la doctrina de la división de poderes y, en tal contexto, puede producir una judicialización de los procesos de gobierno. De igual modo, y como lo han señalado agudamente diversos autores, con "la expansión excesiva del círculo de legitimados se agrega (...) la dificultad de cerciorarse de los motivos de la demanda, la que puede deberse a propósitos de hostigamiento, repercusión política u otros aún más reprensibles" (cfr en tal sentido: Héctor A. Mairal, "Sobre legitimación y ecología", en La Ley, 1984-B, p. 881 o Guillermo J. Cano, "Introducción al Derecho Ambiental Argentino", en La Ley, t. 154-1974, pp. 921-922). Por lo demás, cabe señalar que una amplia legitimación, al contrario de lo que una primera impresión podría generar, no supone per se ninguna garantía de una mejor defensa de los derechos en cuestión, ya que, de ordinario, dada la gravedad y complejidad de los problemas (en el caso

ambiental, ello es patente), estos resultan mejor atendidos por instituciones de reconocida trayectoria en la materia.

En el próximo punto, abundaré sobre los dos primeros aspectos.

III.- a) En efecto; su artículo 100, la Constitución dispone que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución". A su vez, el siguiente artículo completa al anterior cuando señala que "en estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso" y, de seguido, se refiere a aquéllos bajo la denominación de "asuntos".

b) Si bien la doctrina coincide en que el origen de estas cláusulas se encuentra en la sección II del artículo III de la Constitución norteamericana (Alberto B. Bianchi, Control de Constitucionalidad, Abaco, Buenos Aires, 1992, p. 185; Montes de Oca, ibídem, entre otros), como es lógico, ya el genio jurídico romano había advertido sobre la necesidad de que todo proceso girara en torno de una causa, pues sin ésta, no se advierte problema alguno (no hay, pues, litigio) sobre el que pronunciarse. "Ponere causam" fue la consigna irrenunciable y primaria a la que acudieron los jurisperitos de entonces (cfr Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, "Una metodología jurídica realista desde Tomás de Aquino", ED, 144-771), los que poseyeron una técnica de razonar que, como bien lo ha señalado Theodor Viehweg, se orienta al discernimiento del problema (Tópica y Jurisprudencia, Taurus, Madrid, 1964, passim).

c) Conforme se vio, la Constitución no hace distingo entre estas tres expresiones, por lo que, como bien afirma M. A. Montes de Oca, éstas han de entenderse como sinónimas (Lecciones de Derecho Constitucional, Menéndez, Buenos Aires, 1927, p. 422). Su sentido parece, pues, bien claro. Con ellas se alude -señala el autor citado con apoyo la autoridad de Story- a "un proceso, sea en materia de ley, sea en materia de equidad, instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales" (ibídem).

La idea de proceso es indudable, al punto que el propio artículo 100 agrega más adelante que la Corte ha de entender en los asuntos en que la Nación sea parte, término que contiene, necesariamente, a demandante y demandado. Es que, si bien se mira, toda la vida del poder judicial se desenvuelve alrededor de la palabra "caso" (es decir, alrededor de la existencia de un problema), lo cual no se encuentra exento de consecuencias, ya que, como oportunamente ha señalado Arturo Bass, en el esquema de la división de poderes ideado por el constitucionalismo moderno, lo recién expuesto no solo convierte al judicial "en la fuerza controladora de las otras dos ramas del Gobierno", sino que, con .ello, se logra "sin disputa la conquista más preciosa que ofrecen los Estados modernos, para la estabilidad y progreso en la vida en sociedad" (El derecho federal argentino, Abeledo, Buenos Aires, 1927, p. 340).

d) Esta afirmación es fundamental para el tema que aquí nos ocupa, ya que, como advierte el propio Bass, en armonía con pacifica jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, "sin una noción exacta del concepto enunciado, más de una vez se ha pretendido, sin embargo equivocadamente, convertir al Judicial en un poder despótico, atribuyéndole en cualquier caso y en cualquier sentido facultades para juzgar y anular las resoluciones o actos de los poderes Legislativo o Ejecutivo" (ibídem). La doctrina de la Corte, en efecto, nos previene contra este riesgo, a través de un lenguaje que no admite lugar a duda: "si para determinar la jurisdicción de la Corte y de los demás tribunales no existiese la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendida ésta como un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso de procedimiento, la Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República y podría llegar el caso de que los demás

poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y espíritu de la Carta Fundamental" (Fallos 156:318, 227:688, entre muchos otros). Precisamente por ello, ha enseñado también nuestro máximo Tribunal que "el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un "caso" o "controversia" sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes" (Fallos 245:552).

La experiencia norteamericana es, a ese respecto, aleccionadora, tanto más cuanto que, históricamente, no fue el Poder Judicial el que quiso atribuirse facultades por encima de las recibidas, sino que, al contrario, fue el Poder Ejecutivo quien al consultarle a la Corte Suprema sobre una cuestión de política internacional, pudo colocar -seguramente sin desearlo- colocar a la Corte Suprema en un plano de verdadero "superpoder" (cfr sobre este hecho: Rodolfo C. Barra, "Caso Polino, la Corte ratifica su papel constitucional", ED, 27.5.94, p. 7 y Bianchi, op. cit., p. 187).

Como es sabido, la Corte Suprema rehusó contestar tal cuestión, sentando el principio que, entre nosotros, tempranamente fijó la ley 27 en su art. 2.

Ésta, al reglamentar el art. 100, dispuso que la justicia federal nunca proceda de oficio, ejerciendo su jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte. De esta manera, y como lo dijera el Senador Zapata, miembro informante del despacho de la ley, la judicatura actúa como árbitro entre partes, pues si "se pronunciara sobre una ley sin partir de un proceso", saldría de su "esfera para penetrar en el Poder Legislativo": el judicial estaría emitiendo consultas, principios generales y, de este modo, toda la teoría de la división de poderes sería perdida (cfr. sobre este tema: Barra, ibídem; Bass, ibídem y Bianchi, op. cit., p. 189).

Nuestro Alto Tribunal se ha mantenido fiel a esta idea. Los ejemplos son abundantes y se remontan al fondo mismo de su historia (cfr. Fallos 2:253, 30:281, entre tantos otros). En todos los casos, la doctrina sentada es diáfana, como nos los recuerda, a mero título ejemplificativo, este reciente precedente: "el Poder Judicial de la Nación conferido a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales nacionales por los artículos 94, 100 y 101 de la Constitución se define, de acuerdo con invariable interpretación que el Congreso Argentino y la jurisprudencia de la Corte han recibido de la doctrina constitucional de los Estados Unidos, como el que se ejercita en las causas de carácter contencioso a las que se refiere el artículo 2 de la ley 27. Tales causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas" (Incidente promovido por la querella sobre inconstitucionalidad del decreto 2125 del PEN, del 19-11-87).

e) La existencia de causa es, pues, conditio sine qua non para que el Poder Judicial pueda obrar y en esa existencia residen, según se vio, una garantía fundamental para la libertad y para el respeto a la persona sobre el que nunca se insistirá lo suficiente. Pero es menester avanzar un poco más en el análisis de los términos aquí aludidos. Si hay controversia, esto es, si hay causa, hay partes y si éstas existen, existe quien se afectará o beneficiará por el resultado de la controversia. Como hemos dicho en otro lugar, "parte es quien tiene algo que perder o ganar del resultado del pleito, es decir, a quien la sentencia afectará, para bien o para mal, de una manera concreta, directa, especifica" (Barra, ibídem). Hemos llegado, pues, al afectado y, con ello, al quid de la legitimación. Como dice Alexander Bickel en su importante The least dangerous branch, "las palabras claves que están a la mano de tales ideas son caso y controversia y legitimación (standing)" (cfr. Barra, ibídem). La legitimación, pues, procede cuando hay una afección que coloca al afectado, automáticamente, en parte de un proceso en el que busca remediar la afección. La legitimación importa, entonces, un "daño diferenciado", un "agravio concreto", pues de no haberlo, sencillamente, no hay legitimación, no se puede ser "parte" y no puede, en fin, existir "proceso" (sobre esto,

con algunos ejemplos y referencias doctrinales: Barra, "Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial", ED, 17-3-92, p. 6).

Tanto la jurisprudencia norteamericana como la nuestra han sido particularmente firmes en la defensa y aplicación de este sistema. Así, la del país del Norte ha señalado que "en los problemas acerca de la legitimación se destaca si la parte que invoca la jurisdicción federal tiene un interés personal en el resultado de la controversia (...) y si la disputa se relaciona con las relaciones legales de las partes que tienen intereses legales contrarios". Más aún, el Alto Tribunal norteamericano entiende que "al dictaminar sobre legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado y el reclamo que se procura satisfacer", lo cual es esencial para garantizar que él es una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal" (Flast v. Cohen, 392 U.S. 83). No menos diáfana es la postura de nuestro, el cual, en un también reciente precedente ha señalado que no procede decisión judicial si los agravios invocados "carecen de la suficiente concreción e inmediatez como para considerar configurado un caso o controversia en los términos de los artículos 100 de la Constitución" (causa "Cabaña Hotel S.A. contra Prov. de Buenos Aires", del 30-4-91).

El agravio, pues, ha de ser personal, concreto, inmediato; no diluido o difuso pues, de ser así, no hay propiamente tal interés personal, pues no hay agravio circunstanciado; no hay daño preciso.

f) El tema de la recién aludida legitimación ha adquirido interés en relación al uso -mejor dicho: al abuso- que las llamadas "cuestiones políticas" han hecho de aquélla, ya que ello altera directamente el equilibrio de poderes creado por la Constitución, con grave desdoro, como se ha dicho ya, de los derechos humanos naturales y el armónico desarrollo de la vida social. En tal sentido, y como aleccionadoramente lo ha notado el juez de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. Antonin Scalia "la doctrina judicial del standing es un crucial e inseparable elemento del principio de la división de poderes, cuyo desconocimiento produce, inevitablemente -como lo ha sido durante las últimas décadas- la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno" ("The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers", 17 Suffolk Univ. Law Review, 1983, p. 881). Y es que, como recuerda la Corte Suprema norteamericana como un permanente llamado a la reflexión -en definitiva, a la aplicación de la sabia doctrina "self restraint"-"el requisito de la legitimación está destinado a asegurar que los tribunales hagan bien su trabajo, y no a que no se entrometa en competencia propias de otros poderes" (Fast v. Cohen, 392 U.S. 83).

La postura de nuestro Alto Tribunal es semejante a la aquí reseñada. Así, ha señalado que "es improcedente el recurso extraordinario contra la sentencia que rechazó la acción de amparo deducida para obtener la declaración judicial de inconstitucionalidad del decreto 2272-84 por el cual el Poder Ejecutivo Nacional convocó a una consulta popular sobre los términos del arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle. Ello así, pues no se configura la causa o caso contencioso que contempla los artículos 94, 100 y 101 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27, únicos supuestos en los cuales cabe el ejercicio del Poder Judicial atribuido por aquellas normas constitucionales y las leyes reglamentarias del Congreso, a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación" (Fallos 306:1125, 1720). Y, en análogo sentido, más recientemente ha señalado que el concepto de causa aquí examinado "no se da cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes" (Fallos 308:2268).

Lo doctrina expuesta ha realizado la adecuada interpretación de lo que en esta inserción se defiende y, en definitiva, del sentido de la norma propuesta. La Corte, en efecto, no solo ha mantenido con firmeza que no compete a los tribunales de justicia la

decisión de cuestiones de naturaleza política, materia del resorte de los restantes poderes, sino que ha advertido con sumo acierto que en las cuestiones políticas stricto sensu, es decir, en aquellas cuestiones políticas "reales" porque se encuentran involucrados "actos institucionales" (declaración de guerra, celebración de tratados internacionales, etc.) no hay causa, caso o asunto (cfr. sobre esto más ampliamente: Barra, "Caso Polino...", p. 8). Esta afirmación resulta de la mayor importancia para el presente tema, porque de ordinario la cuestión de los llamados "intereses difusos" se plantea, precisamente, contra decisiones de naturaleza política, las cuales en un estado de Derecho tienen un ámbito propio, que no es el de la administración de justicia, sino el parlamento y, de modo directo y concreto, el propio acto comicial. De no tener presente este liminar principio del constitucionalismo moderno, la llamada "judicialización de las decisiones políticas" contra las que se quejaba Scalia -quien, como se vio, lamentaba su desarrollo en los últimos decenios en los EE.UU- acarreará la abrogación de la teoría de la división de poderes y, en definitiva, como decía Bass, la pérdida de la más preciosa de las conquistas de aquél constitucionalismo (sobre esto, más extensamente: cfr. Barra, "Comentarios...", pp. 5-7).

g) Se ha advertido sobre la contradicción que se observa en el hecho de extender la legitimación cuando existen los llamados "intereses difusos" porque, en tal supuesto, no hay causa, caso o asunto. Se ha dicho también que el aludido supuesto, en relación a las cuestiones políticas, afecta al sistema de la división de poderes y que su abuso ha merecido fuertes criticas en los EE.UU., donde alcanzaron cierto desarrollo.

El constituyente argentino se ha hecho cargo de tal situación y, por ello, pone en consideración de esta Asamblea una cláusula que es el resultado de la mejor experiencia comparada. Por ello, se precave de lo que no ha funcionado positivamente, pero favorece lo que tal experiencia ha detectado como valioso. Así, extiende la legitimación procesal en favor del defensor del pueblo y de las asociaciones especializadas, debidamente calificadas como tales por ley. Con ello, atiende, como se decía al principio, a una realidad que no es exclusivamente idéntica a la existente en tiempos de la legitimación subjetiva clásica. Se trata de una sociedad que, por su alta complejidad, existe una protección más amplia pero, a la vez, más calificada. No cualquiera puede realizar esta tarea: el defensor del pueblo y asociaciones profesionalizadas parecen responder a esta nueva situación.

Empero, en todos los casos, ha de existir un límite objetivo: la existencia de causa, esto es, de parte (legitimación) y, en lógica rigurosa, de daño o afección. Si aquella no existe, no hay legitimación. De lo contrario, estaríamos frente a un planteamiento teórico al que, como es bien sabido, no atiende el derecho, ciencia práctica por naturaleza, destinada, por tanto, a la resolución de los casos concretos.

Así lo ha reconocido la mejor jurisprudencia norteamericana en relación a las asociaciones especializadas. Dos ejemplos pueden ilustrar, ya a guisa de conclusión, este punto. El primero es el "Asociation of Data Processing Service Organizations v. Camp (397 U.S. 150) de 1970. En éste se dijo que basta para el progreso de la acción el hecho de que la conducta administrativa impugnada cause o pueda causar al recurrente un daño de hecho, económico o de otro tipo, y que el interés que se intente amparar se encuentre "dentro de la zona de interés protegida o regulada por la ley o garantía constitucional en cuestión". Sobre la base de lo recién expuesto, se decidió que una asociación de compañías de servicios de computación estaba legitimada para solicitar la revisión judicial de una decisión administrativa que permitía a los bancos prestar servicios de procesamiento de datos a terceros, en alegada violación de la legislación bancaria.

Empero, no discurrió de igual modo en el caso Sierra Club v. Norton (405 US 727) de 1972, ya que en éste la mencionada asociación no logró demostrar la existencia

de un perjuicio directo (en definitiva, no probó la existencia de una causa). Así, diáfanamente sentenció el Alto Tribunal Norteamericano que "en ausencia de alegación de que la asociación (se trataba de una asociación de defensa de la naturaleza) o sus miembros sería afectado en alguna de sus actividades o pasatiempos por el alegado proyecto (la construcción de una estación de ski), la asociación que alegó "especial interés" en la conservación de los refugios naturales y de la flora, carece de legitimación en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo, para mantener la acción".

En definitiva: no basta un interés teórico o difuso, sino un "special interest". El párrafo cuya aprobación se solicita mantiene las sabias tradiciones jurídicas de causa (es decir, parte, legitimación y daño) en el contexto de los nuevos requerimientos sociales. Es un nuevo paso adelante en la vieja "lucha por el derecho".

7
Solicitada por el señor Convencional Cavagna Martínez

Hábeas Data

Si bien los derechos de la personalidad se consideraban garantizados por la Constitución Nacional, lo cierto es que Vélez Sarsfield -fiel al pensamiento imperante en la época de sanción del Código Civil- consideraba que este cuerpo debía ocuparse básicamente de los derechos reales y personales, dejando de lado a los personalísimos, por entender que hallaban suficiente protección dentro de la rama penal.

Pero, tal como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, la aislada, esporádica y en parte desordenada reglamentación de algunos derechos personalísimos, debido a la falta de una clara visión filosófica presenta notables fallas y defectos.

Esto originó una primera aproximación al tema que nos ocupa, lo que sucedió cuando la ley 21.173 incorporó el artículo 1071 bis al Código Civil.

Dicho artículo alcanza, entre otros, al que arbitrariamente mortifique a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbe de cualquier modo su intimidad, obligándolo a cesar en sus actividades y a pagar una indemnización equitativa.

Sin embargo, la aparición de la informática -definida como la ciencia del tratamiento lógico y automático del soporte del conocimiento y de la comunicación humana, es decir, de la información- crea una realidad completamente nueva. Es necesario insistir en esto.

Los referidos sistemas de información, basados en el procesamiento de datos mediante los nuevos soportes magnéticos pueden llegar a constituir formas de invasión al derecho a la intimidad no cubiertas por la normativa mencionada más arriba.

El desarrollo tecnológico posibilita la existencia de diversas modalidades de captura, registro, transmisión y consulta de datos personales. A diferencia de los ficheros mecanografiados o manuscritos, que -por su naturaleza- impiden una interconexión ágil de los datos que registran, los sistemas automatizados permiten una circulación fluida de informaciones.

El derecho a la intimidad ha cobrado -entonces- una nueva dimensión debido a la capacidad de los bancos de datos para almacenar, combinar, y dar a conocer información con inmediatez.

Ya no consiste únicamente en el derecho a que determinados aspectos de la esfera personal del individuo queden preservados del dominio público, sino que a ello se suma el derecho a la utilización no perjudicial de la información contenida en los bancos de datos.

El peligro de la posesión y la manipulación malintencionada, por ejemplo, de datos sensibles (origen racial, hábitos sexuales, salud, religión u opiniones políticas) consiste en que éstos pueden facilitar procesos de discriminación.

Esta nueva situación exige, queremos enfatizarlo, una protección distinta de la que existe hoy en nuestro derecho positivo.

La seguridad de los ficheros se ha convertido en una preocupación esencial y han surgido, en consecuencia, diversas regulaciones tendientes a permitir el acceso del interesado para controlar y detectar posibles usos abusivos de la información.

En el orden internacional, la tutela integral del nuevo derecho a la intimidad ha sido ampliamente contemplada. Las nuevas constituciones de España, Brasil, Perú, Portugal y Suecia le dan rango de garantía constitucional.

Así, la constitución española establece que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos; la constitución peruana garantiza que toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, en Portugal todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de qué constan los registros informáticos a su respecto; y en Suecia de conformidad con lo que dispongan las leyes, los ciudadanos gozaran de protección contra toda violación de su integridad personal como consecuencia del registro de informaciones que existan sobre ellos por medio del procesamiento electrónico de datos.

Parece claro, entonces que -como se ha dicho- no existe mayor protección para el ciudadano que el reconocimiento de sus derechos en el texto constitucional, ya que al tener este rango constitucional participa del principio de supremacía constitucional; el legislador ordinario no puede modificarlo, y el Estado y ciudadanos deben respetarlo.

En este sentido, no se puede hablar de garantía constitucional sino cuando los derechos se sitúan en la cumbre de la pirámide de las normas, en la Constitución, en la que los derechos del hombre son sagrados y su sanción organizada.

En la década del ‘70 encontramos una abundante legislación en la materia: Suecia (1973), Estados Unidos (1974), Alemania Federal (1977), Noruega, Austria y Francis (1978). Por otra parte, la firma del Convenio para la protección de las personas individuales en materia de tratamiento automatizado de datos personales -suscripto en Estrasburgo en 1981 por los países miembros del Consejo de Europa- impulsó a países como Irlanda (1988), Gran Bretaña (1984) y Portugal (1991) a legislar siguiendo sus principios orientadores.

Por su especificidad, merecen mencionarse los principios generales que surgen del Convenio de protección de personas, suscripto por el Consejo de Europa. Según este texto, los datos personales sometidos a tratamiento automatizado deberán:

a) obtenerse y tratarse conforme a la ley;

b) almacenarse para los fines especificados. Guardar relación con los mismos y sólo ser utilizados para la concreción de esos fines;

c) ser exactos y actualizarse cuando sea necesario;

d) conservarse por el tiempo que requiera la finalidad para la que se almacenan.

Nos parece del caso subrayar que son éstos los principios que inspiran el proyecto que oportunamente presentáramos.

En el orden nacional, las provincias de La Rioja, Córdoba y Río Negro contemplan en sus constituciones el derecho de toda persona a conocer lo que de ella conste en forma de registro, la finalidad a la que se destina esa información, y el derecho de exigir su rectificación y actualización.

Aceptan el almacenamiento de datos siempre que éstos no se utilicen con fines discriminatorios, ni atenten contra el honor, la intimidad personal y el pleno ejercicio de los derechos.

Un principio de regulación que merece mencionarse -aunque desde el punto de vista de la protección resulta insuficiente por ser una iniciativa aislada- es la disposición contenida en la Carta Orgánica de la Municipalidad de Rosario de Lerma, Provincia de Salta. En su artículo 9 establece que se regulará el uso de la informática para resguardar el honor y la intimidad de las personas.

El derecho a la privacidad y a la intimidad se hallan hasta ahora, pues, jurídicamente protegidos sólo por el artículo 19 de la Constitución Nacional, el artículo 1071 bis del Código Civil, y por los capítulos II (Violación de domicilio) y III (Violación de secretos) del Título V del Código Penal (Delitos contra la libertad).

Dichos resguardos normativos fueron pensados y diseñados en épocas en las que -como dijéramos antes- el peligro generado por el avance tecnológico no había aparecido nítidamente, o la tecnología no era la que hoy es, por lo cual sus actuales alcances pueden apreciarse como limitados, por no proteger adecuadamente el bien jurídico en cuestión.

Es por ello que surge la necesidad de una regulación especial, que prevenga la posible intrusión en la intimidad a través del uso indebido de la informática, ya que, si bien es cierto que la reparación del perjuicio puede obtenerse por aplicación de la teoría general de la responsabilidad, ninguna norma contempla mecanismos de acceso inmediato y de seguridad, necesarios para la prevención del daño.

La necesidad de llenar este vacío jurídico ha inspirado, por otra parte, varias iniciativas en el Congreso Nacional, cuya mención omitimos aquí como homenaje a la brevedad.

Esta Convención Nacional propone incluir el hábeas data coma una garantía con consagración expresa. La Rioja en 1986, Córdoba en 1987, y Río Negro en 1988, se adelantaron a constitucionalizar el instituto, incorporándolo en las secciones o capítulos destinados a los derechos y garantías personales, los cuales incluyen el habeas corpus y el amparo.

La constitución reformada contemplará el tratamiento de la información de índole personal contenida en bancos de datos, sean éstos públicos o privados.

Debería quedar exceptuado, en una futura reglamentación, el acceso a datos relacionados con la seguridad del Estado, así como también los utilizados con fines estadísticos, siempre que su conservación no permita la identificación de personas.

Con buen criterio, el art. 10 de la Ley Federal Alemana de Protección de Datos incluye también dentro de las excepciones, a las empresas de la prensa y a sus auxiliares, la radiodifusión y cinematografía. El requisito es que la información se use exclusivamente para sus fines propios, siempre y cuando se adopten las medidas técnicas y organizativas indispensables para el respeto a la intimidad.

Salvo consentimiento expreso por parte del interesado, sería conveniente prohibir el tratamiento electrónico de datos que revelen -como dijéramos- el estado de salud de una persona, sus hábitos sexuales, origen racial y sus opiniones políticas o religiosas.

Las entidades que dispongan de este tipo de datos, deberían comunicar al titular que el hecho de otorgarlos implica consentir su almacenamiento. En la ley alemana, por ejemplo, este consentimiento expreso debe formalizarse por escrito.

La ley federal de Austria brinda otra solución, consistente no ya en la prohibición de almacenar, sino en la obligación de mantener en secreto los datos que

hubieren sido confiados, o a los que se hubiera tenido acceso en cumplimiento de actividades profesionales.

Otra cuestión que debería contemplarse, en su caso, es en qué situación se encuentra el que recepta datos protegidos por el secreto profesional. Si bien la violación de secretos ya está penada por la legislación vigente en el orden nacional, una vez violado el secreto oficial o profesional, debería extenderse la sanción a quien circularice estos datos.

Otro tema importante es la transmisión de datos. Debería considerarse lícita la efectuada tanto por entes públicos como privados, cuando sea indispensable para el cumplimiento de las funciones u objetivos del transmisor o del receptor, acreditando un interés legítimo y con el requisito de no menoscabar derechos de terceros.

La transmisión internacional de datos, siguiendo el modelo austriaco, no debería requerir autorización alguna por parte del organismo fiscalizador creado para la protección de datos personales. Pero debería ser condición indispensable que la transmisión y cesión de datos se concrete con estados que tengan una protección equivalente a la que establezca la ley argentina.

La transmisión podría ser inmediata, cuando la solicite por escrito el propio interesado, cuando la cesión surja de compromisos internacionales o cuando los datos sean de acceso público en el país. La ley portuguesa limita el flujo interfronteras cuando la transmisión tenga por objeto eludir las prohibiciones y requisitos de su propia ley, como así también cuando fuera posible la utilización política de los datos.

Como dijimos al mencionar la Carta Orgánica de la Municipalidad de Rosario de Lerma, una protección local es insuficiente, pero también lo será una regulación nacional que no contemple el creciente flujo internacional de datos personales, sometidos a tratamiento automatizado.

Todos estos aspectos deberán analizarse con mayor detenimiento en una futura ley nacional que reglamente el instituto del que nos estamos ocupando.

Respecto de la acepción que damos al término acceso (derecho a tomar conocimiento), es importante dotar a todo interesado del derecho a conocer qué datos suyos hay almacenados, quién y cómo los obtuvo, su contenido, el fin para el cual se utilizan y las personas o entidades a las cuales se transmite este tipo de datos regularmente. Este derecho se verá limitado cuando la información sea reservada en virtud de un precepto legal.

En cuanto a rectificación y actualización, cuando los datos consignados resulten erróneos, incompletos o desactualizados, surge, por una parte, el derecho del interesado a exigir su corrección o puesta al día; por la otra, el deber del gestor de rectificarlos. La ley de protección de datos de Gran Bretaña reconoce el derecho a indemnización por daños derivados del almacenamiento inexacto de datos personales.

Supresión, por su parte, supone que el interesado debería poder pedir la destrucción de los registros que contengan sus datos personales, cuando el almacenamiento fuera ilícito. También podría solicitarlo cuando no se pudiera establecer la exactitud de ciertos datos como los de salud, acciones punibles, infracciones administrativas y convicciones religiosas o políticas.

Por todo lo expuesto hasta aquí, consideramos acertada y oportuna la inserción de este nuevo instituto, herramienta que con toda seguridad prestará su concurso para mantener incólumes, como el Estado de Derecho así lo requiere, las seguridades de las personas acerca del mantenimiento de la reserva de sus vidas privadas.

HABEAS DATA

NRO. DE EXPTE.	NRO. DE BOLETIN	AUTOR	PARTIDO	SOLO HABEAS DATA	OTROS TEMAS	CON FUNDAMEN-TOS	UBICACION EN LA C.N.	REGISTRO PUBLICO O PRIVADO / MECANICO O MANUAL
7	2	QUIROGA LAVIE	UCR	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	NUEVO ARTICULO EN LA PRIMERA PARTE	BANCO DE DATOS PUBLICOS O PRIVADOS
41	2	REVIDATTI	PAL	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	NUEVO ARTICULO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
46	3	ARAOZ	PJ	NO LO TRATA	DERECHO A LA VIDA, INTEGRIDAD FISICA Y MORAL, ACCION DE AMPARO	SI	NUEVO ARTICULO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
49	3	VALDES	PJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	NUEVO ARTICULO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
57	3	ROQUE	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	NUEVO ARTICULO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
58	3	ROQUE	UCR	NO LO TRATA	A. AMPARO	SI	NUEVO ARTICULO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
72	6	HERNANDEZ	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI (GRALS. DE TODA LA REFORMA QUE EL PLANTEA)	CAPITULO NUEVO DE LA PRIMERA PARTE (ART. 6 Y 7)	NO REGULA EL HABEAS DATA
95	7	CARRIO	UCR	NO LO TRATA	A. AMPARO (PROTECCION AMPLIA)	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
97	7	CARRIO	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
104	7	IRIGOYEN	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI (SEIS RENGLONES)	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
115	8	DRESSINO	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
123	8	LORENZO	UCR	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	NUEVO CAPITULO DE LA PRIMERA PARTE	INFORMACION QUE SE REGISTRA
137	9	MARTINO DE RUBEO	PJ	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS PUBLICOS O PRIVADOS
142	9	ARMAGNAGUE Y LLAVER	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA

HABEAS DATA

NRO. DE EXPTE.	NRO. DE BOLETIN	AUTOR	PARTIDO	SOLO HABEAS DATA	OTROS TEMAS	CON FUNDAMEN-TOS	UBICACION EN LA C.N.	REGISTRO PUBLICO O PRIVADO / MECANICO O MANUAL
146	9	CAFIERO	FG	NO	H.CORPUS - A. AMPARO - A POPULAR DE AMPARO - A.DE AMPARO DE INFORMACION	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS O BANCOS DE DATOS PUBLICOS O PRIVADOS
161	9	MORENO Y OTROS	FJ	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
162	9	MORENO Y OTROS	FJ	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
165	10	AGUAD Y MESTRE	FCS Y UCR	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
201	12	BABBINI Y OLMEDO	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
214	12	BABBINI Y OLMEDO	UCR	NO	A.AMPARO	SI	NO LO UBICA	REGISTROS OFICIALES O PRIVADOS DE CARACTER PUBLICO
215	12	BRAVO Y OTROS	AUS	NO	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS OFICIALES O PRIVADOS DE CARACTER PUBLICO
235	14	CARATTOLI	UCR	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
322	16	ARELLANO	UCR	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO DE LA PRIMERA PARTE	EN FORMA DE REGISTRO
350	17	RAIJER	FREJUPO	NO LO TRATA	H.CORPUS	NO	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
351	17	RAIJER	FREJUPO	NO LO TRATA	A.AMPARO	NO	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
353	17	BASSANI Y JAROSLAVSKY	UCR	NO LO TRATA	GARANTIA TUTELAR UNICA Y MINIMA COMPRENSIVA DE LOS SUPUESTOS DE H.CORPUS Y A.AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
362	17	HERNANDEZ, SIMON	FCS	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA

HABEAS DATA

NRO. DE EXPTE.	NRO. DE BOLETIN	AUTOR	PARTIDO	SOLO HABEAS DATA	OTROS TEMAS	CON FUNDAMEN-TOS	UBICACION EN LA C.N.	REGISTRO PUBLICO O PRIVADO / MECANICO O MANUAL
391	18	LEIVA	FG	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
414	18	HUMADA Y OTROS	FJP	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
415	18	BIAZZI Y OTROS	FJP	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
436	19	MEANA GARCIA Y OTROS	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	NO	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
461	19	ALASINO	PJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
506	21	CARATTOLI	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
536	21	BIAZZI Y OTROS	FJP	SI (EL PROYECTO SOLO TRATA SOBRE EL INCISO DE HABEAS DATA)		SI	NUEVO INCISO DE UN ARTICULO EN EL CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS O BANCOS DE DATOS PUBLICOS O PRIVADOS
555	21	ESTEVEZ BOERO Y OTROS	HTE	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
559	21	RUFEIL	FREJUPO	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
569	21	AUYERO Y OTROS	FG	SI		NO	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	CUALQUIER TIPO DE REGISTRO
577	21	MONTES DE OCA Y OTROS	FG	SI		NO	NO LO UBICA	REGISTROS OFICIALES O PRIVADOS
615	24	MESTRE Y AGUAD	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
631	24	HERRERA	FJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
643	24	PEDERSOLI	PJ	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS O BANCOS DE DATOS PUBLICOS O PRIVADOS
645	24	DALESIO DE VIOLA	PJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA

HABEAS DATA

NRO. DE EXPTE.	NRO. DE BOLETIN	AUTOR	PARTIDO	SOLO HABEAS DATA	OTROS TEMAS	CON FUNDAMEN-TOS	UBICACION EN LA C.N.	REGISTRO PUBLICO O PRIVADO / MECANICO O MANUAL
660	25	KENT DE SAADI	FJ	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
664	25	KENT DE SAADI	FJ	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
684	25	ROQUE Y SACHS DE REPETTO	UCR	SI		SI	PRIMERA PARTE	REGISTRO PUBLICO
702	25	COUREL	?	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS OFICIALES O PRIVADOS
720	25	PITE DE LANDA	FR	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	ARTICULO 36	NO REGULA EL HABEAS DATA
739	26	BALDONI	FJE	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	AUTORIDAD U ORGANISMO PUBLICO, SOBRE CONCEPTO, ANTECEDENTES
784	26	NATALE Y OTROS	DP	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
796	26	HITTERS	?	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTRO, BANCO DE DATOS O MEDIO ANALOGO, EN ENTIDADES U ORGNISMOS PUBLICOS O PRIVADOS
802	26	CAFIERO	PJ	SI		SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS PUBLICOS OFICIALES O NO
810	27	CAVAGNA MARTINEZ	PJ	SI		SI	NO LO UBICA	REGISTROS INFORMATICOS
859	27	LA PORTA Y OTROS	AUS	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	NO	ARTICULO NUEVO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
886	27	DELICH	UCR	SI		SI	NO LO UBICA	REGISTROS
897	28	VELARDE	FJ	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
899	28	VELARDE	FJ	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA

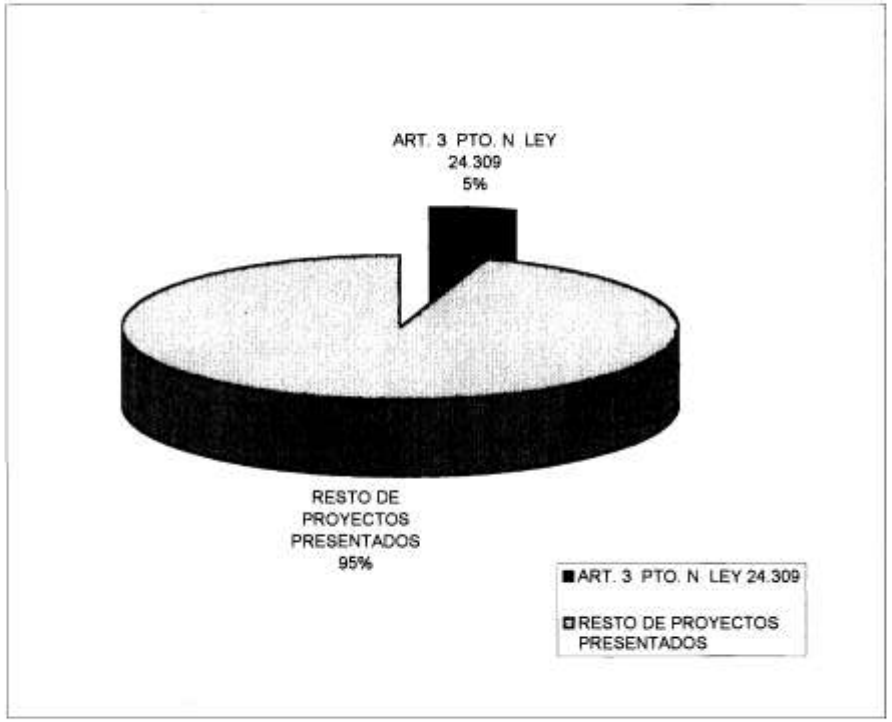
HABEAS DATA

NRO. DE EXPTE.	NRO. DE BOLETIN	AUTOR	PARTIDO	SOLO HABEAS DATA	OTROS TEMAS	CON FUNDAMENTOS	UBICACION EN LA C.N.	REGISTRO PUBLICO O PRIVADO / MECANICO O MANUAL
932	28	MAEDER	ACH	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
948	28	MENEM	PJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
955	29	ANACARAMI	PJ	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS
967	29	MARIN Y BOSIO	PJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1071	30	BERHONGARAY Y OTROS	UCR	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS PUBLICOS O PRIVADOS
1106	31	ESCOBAR Y OTROS	FE	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1115	31	ESCOBAR Y OTROS	FE	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1125	31	GUZMAN	MPJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1131	31	STEPHAN	MPJ	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS O BANCOS DE DATOS PUBLICOS O PRIVADOS
1139	32	DE VEDIA	UCR	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS OFICIALES O PRIVADOS DE CARACTER PUBLICO
1154	32	MARIN, CLAUDIO Y DEI CASTELLI	UCR	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
1176	32	KAMMERATH Y CORNET	UCD	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1206	33	FONZALIDA	FJR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1244	33	CORACH	PJ	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
1274	34	VEGA DE TERRONES	PR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1292	35	FIGUEROA	UCR	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA

HABEAS DATA

NRO. DE EXPTE.	NRO. DE BOLETIN	AUTOR	PARTIDO	SOLO HABEAS DATA	OTROS TEMAS	CON FUNDAMEN-TOS	UBICACION EN LA C.N.	REGISTRO PUBLICO O PRIVADO / MECANICO O MANUAL
1334	35	BALESTRINI	UCR	NO LO TRATA	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1380	36	YOMA	PJ	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
1432	38	MAQUEDA	PJ	NO	A.AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO EN LA PRIMERA PARTE	REGISTROS O BANCOS DE DATOS PUBLICOS O PRIVADOS
1434	38	MAQUEDA	PJ	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO NUEVO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1476	39	CACERES	UCR	NO	H.CORPUS - A. AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	REGISTROS PUBLICOS O PRIVADOS
1491	39	CIAURRO	PJ	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	NO LO UBICA	NO REGULA EL HABEAS DATA
1522	39	ESTEVEZ BOERO	HTE	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO NUEVO EN LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1550	40	CULLEN	UCD	NO LO TRATA	A.AMPARO	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1552	40	CULLEN	UCD	NO LO TRATA	H.CORPUS	SI	CAPITULO SEGUNDO DE LA PRIMERA PARTE	NO REGULA EL HABEAS DATA
1584	40	BELLO	PJ	SI		SI	NO LO UBICA	INFORMACION PUBLICA PRODUCIDA POR EL ESTADO, INFORMACION SISTEMATIZADA POR TERCEROS

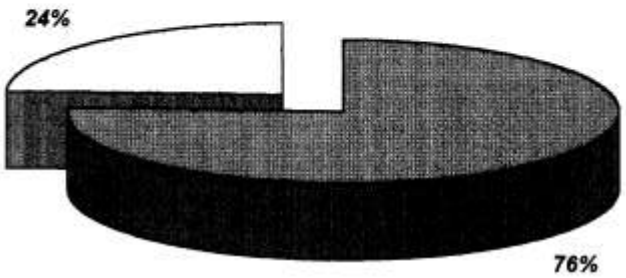
PROYECTOS PRESENTADOS SOBRE EL ART. 3 PTO. N DE LA LEY 24.309



MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTINEZ
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

BASE DE DATOS DEL DR. MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ

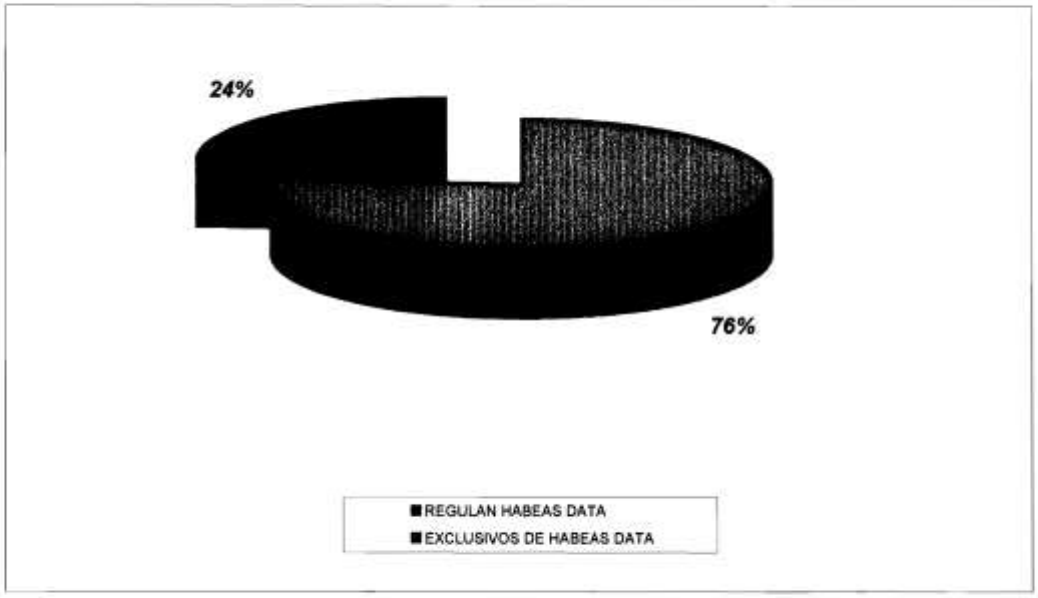
PROYECTOS QUE REGULAN EL DERECHO DE HABEAS DATA



BASE DE DATOS DEL DR. MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ

MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTINEZ
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

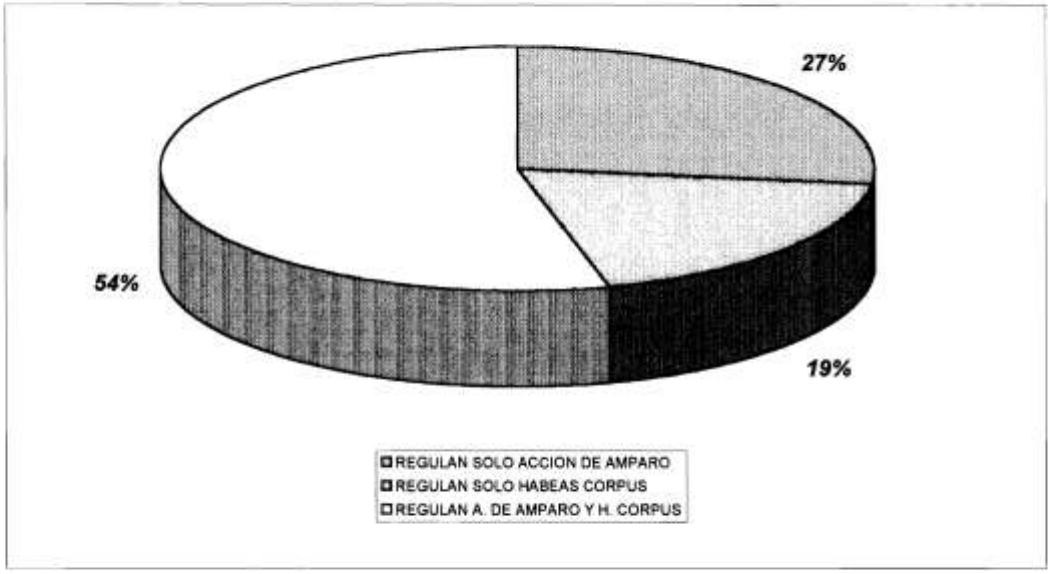
PROYECTOS QUE REGULAN EXCLUSIVAMENTE EL DCHO. DE HABEAS DATA



MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTINEZ
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

BASE DE DATOS DEL DR. MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ

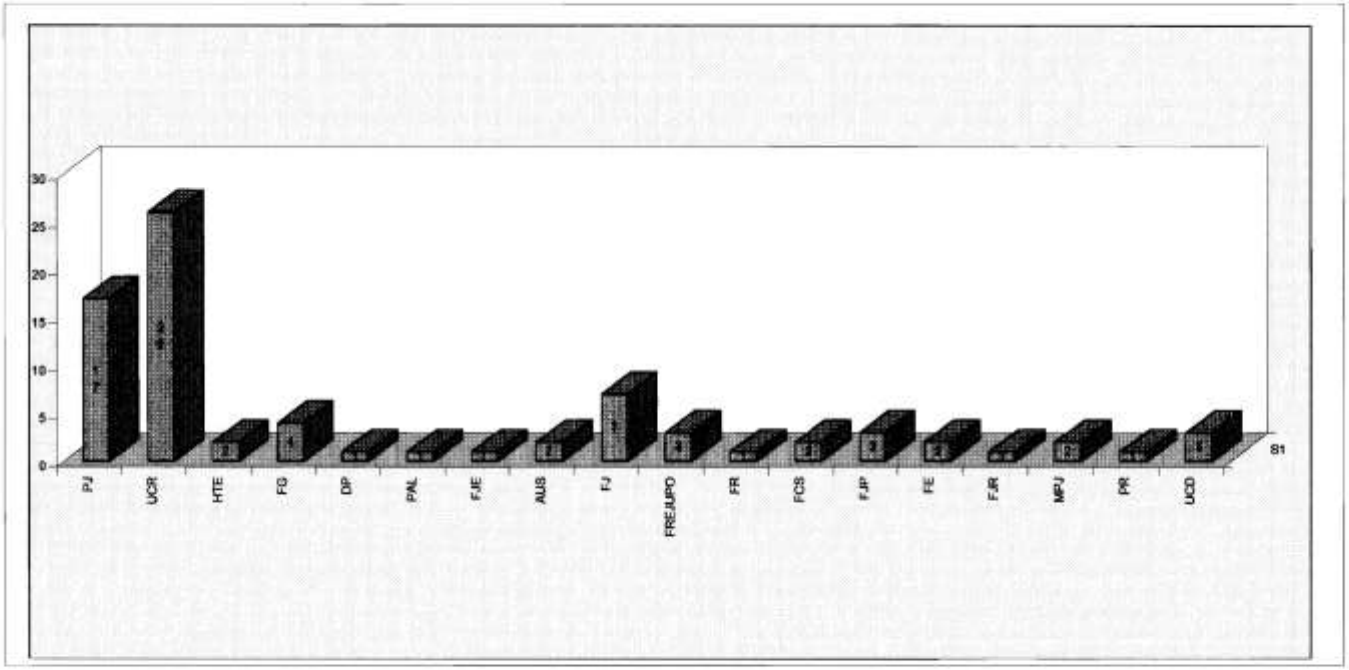
PROYECTOS PRESENTADOS QUE NO REGULAN HABEAS DATA



MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTINEZ
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

BASE DE DATOS DEL DR. MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ

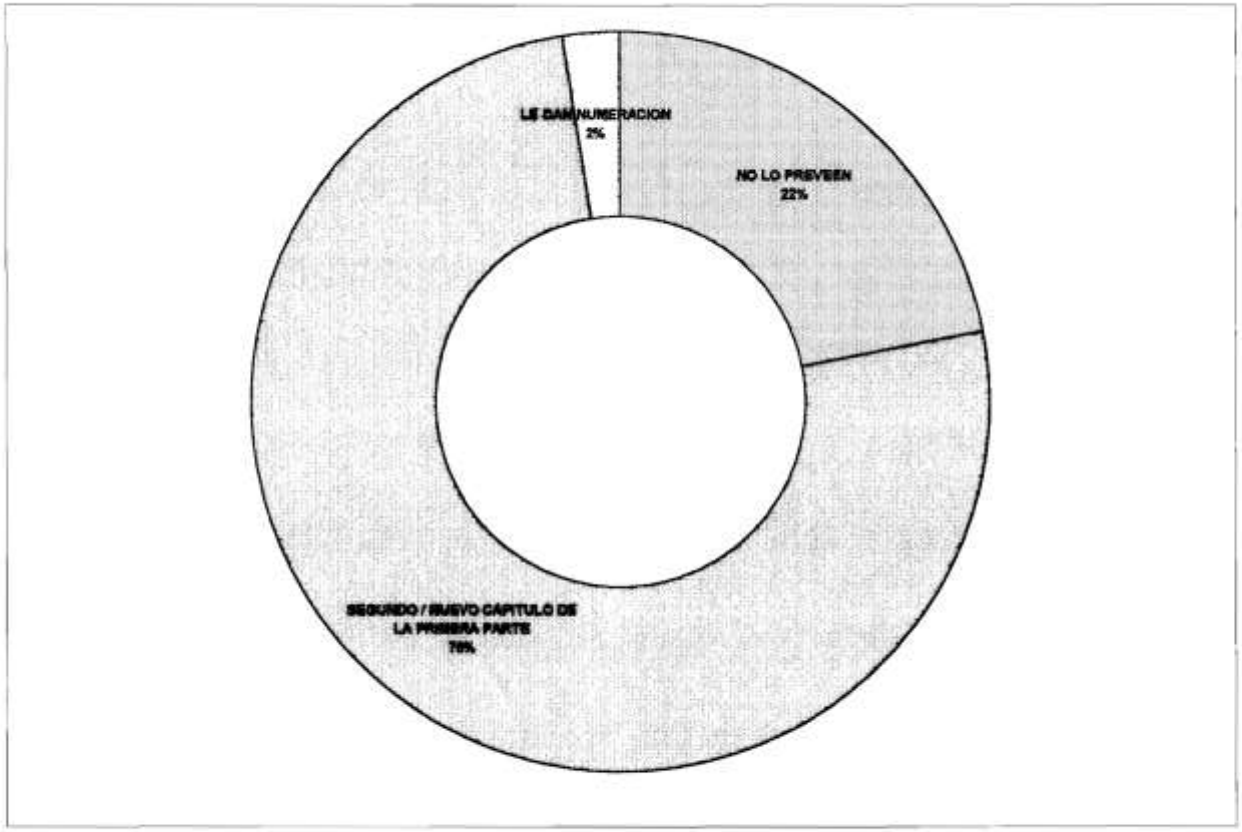
PROYECTOS PRESENTADOS REFERIDOS AL ART. 3 PTO. N DE LA LEY 24.309



MARIANO ANGEL LAVAGNA MARTINEZ
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

BASE DE DATOS DEL DR. MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ

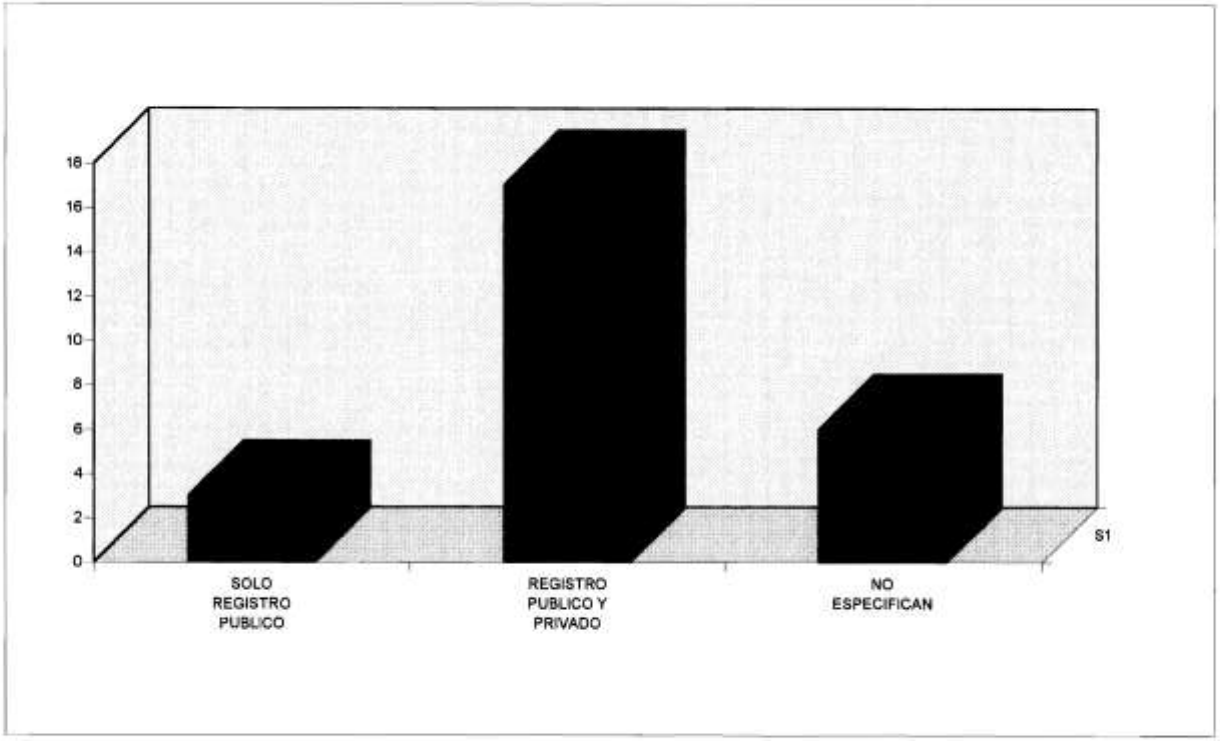
UBICACION DE LOS PROYECTOS EN LA ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCION NACIONAL



BASE DE DATOS DEL DR. MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ

MARIANO AUGUSTO CAVAGNA MARTINEZ
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

HABEAS DATA - REGISTRO PUBLICO O PRIVADO



BASE DE DATOS DEL DR. MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ

MARIANO A. CAVAGNA MARTINEZ
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
BUENOS AIRES

Solicitada por el señor Convencional Ciaurro

Voy a referirme exclusivamente a los dos últimos párrafos del nuevo artículo proyectado por la mayoría sobre amparo y hábeas corpus, limitándome exclusivamente a la novísima institución del "hábeas data" y al "hábeas corpus".

Habeas data

La norma expresa: "… toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos que consten en registros públicos o privados o del fin de éstos; y en su caso para exigir la supresión, rectificación o actualización de aquellos".

Este precepto tiene origen en las siguientes constituciones provinciales:

Art. 50 de la Constitución de Córdoba que, bajo el título de "Privacidad", expresa: "Toda persona tiene derecho de conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destina es información, y a exigir su rectificación y actualización. Dichos dato no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legitimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no se vulneren el honor la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos".

El art.27 de la Constitución de San Juan, titulado "Derecho a información" preceptúa "Todos los habitantes tienen derecho a que se les informe veraz y auténticamente, sin distorsiones de ningún tipo, teniendo también el libre acceso a las fuentes de información, salvo en asuntos vitales para la seguridad del Estado. El tiempo de la reserva se fijará por ley".

El art.23 punto 6 de la Constitución de Jujuy, refiere al respecto: "Todas las personas tienen derecho de tomar conocimiento de la que constare a su respecto en los registros provinciales de antecedentes personales y del destino de esas informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos. Queda prohibido el acceso a terceros a esos registros, así coma su comunicación o difusión, salvo en los casos expresamente previstos por la ley".

La Constitución de Río Negro regula la institución con el título "Derecho a la privacidad": art.20 "La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de la información de toda índole o categoría, almacenada, procesada a distribuida a través de cualquier medio físico a electrónico, debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos. La ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguarda de la seguridad, apertura de registros, limitaciones en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando no fuera razonable su mantenimiento".

Por último, la Constitución de Tierra del Fuego dispone en su art. 45 con el título "Privacidad": lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro y la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su rectificación y actualización. Esos datos no pueden registrarse con propósitos

discriminatorios de ninguna clase, ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando éstos tengan un interés legítimo".

Si bien últimamente algunos medios de prensa han efectuado críticas a este instituto, mezclándolo indebidamente lo que es materia del derecho de respuesta y aseverando que por este medio podrían borrarse los prontuarios y asegurarse impunidad a los reincidentes, tal crítica no resiste el menor análisis, pues la acción se ejerce bajo la garantía del poder judicial.

Se trata, indudablemente, de un inmenso progreso en la garantía y preservación de las libertades públicas.

Es de dominio público la aparición en la Provincia -no hace mucho tiempo- de archivos secretos destinados a la persecución ideológica, lo que constituye por otra parte una nefasta tradición autoritaria en nuestro país.

Por tal motivo, el Dr. Juan Bernardo Iturraspe en ocasión de formar parte de la Comisión encargada de proyectar la reforma de la Constitucional de la Provincia de Santa Fe, presentó un proyecto al respecto.

Por otra parte, el hallazgo de los referidos archivos secretos motivó la intervención del Defensor del Pueblo y la redacción de numerosos proyectos de jóvenes enrolados en partidos políticos que solicitaban la implantación de éste instituto por vía legislativa.

Por tanto, no cabe duda, de que existe el necesario consenso para su recepción en la Carta Magna y ello viene a dar respuesta a un viejo anhelo de la ciudadanía.

Hábeas Corpus

El último párrafo del despacho de la mayoría expresa: "Cuando el derecho lesionado, alterado o amenazado fuera la libertad física o en caso de agravamiento ilegitimo en la forma o condiciones de detención o en el de desaparición forzada de personas, la acción de Hábeas Corpus, aún durante la vigencia del estado de sitio, podrá ser interpuesta por la persona afectada o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato".

Este instituto ha sido omitido en la Constitución Nacional vigente.

La Constitución de 1949 suplió esa omisión constitucionalizando el Hábeas Corpus en el art.29 in fine, en los siguientes términos:

"Todo habitante podrá interponer por sí o por intermedio de sus parientes o amigos, recurso de hábeas corpus ante la autoridad judicial competente, para que se investigue la causa y el procedimiento de cualquier restricción o amenaza a la libertad de su persona. El Tribunal hará comparecer al recurrente y, comprobada en forma sumaria la violación, hará cesar inmediatamente la restricción o amenaza".

Derogada por decreto dicha Constitución, el instituto quedó durante mucho tiempo falto de legislación hasta que en el año 1984 se dicta la ley 23.089, por cuyo art.3º se establece que corresponde hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique la limitación o la amenaza de la libertad ambulatoria, sin orden escrita de autoridad competente; siendo igualmente, el caso de accionar por hábeas corpus cuando se diere la circunstancia que se agravara ilegítimamente, la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad.

Por su art. 4º la ley dispone que procede esta garantía en los casos de limitación de la libertad dispuesta con motivo del Estado de sitio (art. 23 de la Constitución Nacional), en cuyo caso, la acción podrá comprobar: a) la legitimidad de la declaración del Estado de sitio; b) la correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio; c) la agravación ilegítima

de las condiciones en que se cumple la privación de la libertad, la que no podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados al cumplimiento de penas; d) el ejercicio del derecho de opción previsto en el art.23 de la Constitución.

Como lo dijera Lazzarini ("El juicio de amparo", Ed. 1988, Pág.67) refiriéndose a la ley 23.098, no obstante tener vigencia en todo el territorio de la Nación cualquiera fuera el Tribunal que la aplique, ello no impediría "la aplicación de las disposiciones constitucionales o legales de las provincias, cuando se considere, que las mismas tornan más eficiente la protección del hábeas corpus".

Lo mismo podemos decir de la nueva norma constitucional.

La aplicación de hábeas corpus seguirá correspondiendo a los Tribunales nacionales o provinciales, según sea la autoridad de quien emanare el acto lesivo.

El agregado de la "desaparición forzada de personas" constituye la lección de una trágica experiencia vivida por nuestra Patria y no hay duda de que su inserción en la Carta Magna, revela la intención de no reincidir más en tales circunstancias trágicas. Y, viene a coordinar este precepto con la norma defensiva de la democracia y la cláusula ética ya sancionada por ésta Convención.

No hay duda pues de que se trata de un inmenso progreso en nuestro Derecho Constitucional que ha de servir de pauta para no volver a incurrir en los errores del pasado.

9

Solicitada por el señor Convencional Cornet

Señor Presidente

Esta Honorable convención está viendo ya su atardecer. Entramos en la última semana de debate y me toca hoy nada menos que exponer sobre lo que ha sido a mi criterio una de las expresiones más cabales de la inteligencia de la constitución del 53: **el derecho de amparo y habeas corpus** que, si bien no estaba reconocido expresamente en la letra de la misma, se evidenció a los ojos de los jueces argentinos como uno de los derechos implícitos contenidos en ella. La fuerza de su legitimidad hizo que su regulación pretoriana pronto encontrara regulación legal a nivel nacional y reconocimiento constitucional expreso en muchas cartas orgánica provinciales.

Hoy, a casi un siglo y medio de la sanción de aquella sabia constitución que estamos reformando, podemos corroborar una vez más que sus aciertos no fueron el producto de la casualidad o de la inspiración espontánea de los convencionales de la época, que sin duda lo tenían, sino fundamentalmente de la clara concepción liberal con que se la cinceló.

Cuando estamos entonces analizando institutos tales como el amparo y el habeas corpus, que no son sino frenos o defensas en contra del ataque a los DERECHOS DEL HOMBRE de raigambre constitucional, bueno es que recordemos que es justamente **con la idea del hombre como centro de todo**, es decir con el **antropocentrismo**, que nace en el mundo occidental el germen de la **necesidad de dividir el poder** como forma efectiva de autocontrol y **dictar constituciones que reconozcan los derechos fundamentales** del hombre **y pongan límites a las funciones de gobierno para evitar el abuso del poder.**

Así el célebre Montesquieu dice "es preciso que **el poder detenga al poder"**; resumiendo en esta frase lo que John Locke en su obra **"Ensayo sobre el Gobierno**

Civil", Capítulo 13, expresara al referirse a un poder Legislativo, un poder Ejecutivo y un Poder Federativo.

La influencia de Locke y Montesquieu con respecto a la separación de poderes, una de las patas del trípode en que descansan las garantías ciudadanas, queda plasmada como derecho positivo en las primeras cartas fundamentales como **la Declaración de Derechos de Virginia 1776, sec. 5, la Constitución de Massachusetts de 1780**, Preámbulo sec. 30 y **La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Francés de 1791, Sec. 16**.

En cuanto a los primeros antecedentes del recurso de hábeas corpus, los mismos son aún mucho más remotos que los concernientes a la división de poderes. Así el **INTERDICTO "HOMINE LIBERO EXHIBENDO"**. Título XXIX, Libro XLIII del Digesto establece que es un derecho patrimonial en que el cuerpo (equiparado a una cosa) por estar sometido a 1a voluntad del propietario era recobrado por él mediante el interdicto quedando el esclavo excluido de esta acción.

La CARTA MAGNA del Rey Juan Sin Tierra concede en 1215 sustanciales limitaciones al poder real. En su Sección 48 expresa "NINGUN HOMBRE LIBRE PODRA SER APRESADO, PUESTO EN PRISION NI DESPOSEIDO DE SUS BIENES, COSTUMBRES Y LIBERTADES, SINO EN VIRTUD DEL JUICIO DE SUS PARES SEGUN LA LEY DEL PAIS."

Al JUICIO DE MANIFESTACION por su parte, instituido **en 1428** en el reino de Aragón, se lo puede tomar como el antecedente más remoto del habeas corpus. Se separaba a la autoridad para que no siguiera ejerciendo su acción sobre el manifestante. Tenía por fin evitar la arbitrariedad de la autoridad, no sólo contra los aragoneses, sino contra cualquier habitante del reino.

Continuando con las instituciones del derecho español tenemos **el FUERO DE VIZCAYA DE 1527**. En su Título XI decía: "Ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno sea osado de prender a persona alguna sin mandamiento de juez competente, salvo el caso de in fraganti delito. Si así sucediere y el juez competente ordenara la libertad, se le suelte, cualquiera sea la causa o la deuda porque está preso".

La **LEY DE HABEAS CORPUS INGLESA DE 1679** viene por su parte a reconocer expresamente lo que ya mencionaba la petición de derechos en 1628, es decir el HABEAS CORPUS. La ley de habeas corpus viene de esta manera a garantizar definitivamente este derecho proclamado desde hacía más de cuatro siglos y reconocido por la costumbre inglesa desde entonces. El HABEAS CORPUS inglés es una institución que pone al amparo de los magistrados la libertad corporal de los individuos.

Nuestro país, por su parte, no permanecerá al margen de este movimiento por mucho tiempo pues dentro de nuestro ordenamiento constitucional la influencia del pensamiento de la división de poderes como límite al mismo se manifiesta desde el mismo 1810.

Si bien de manera un tanto rudimentaria el problema del abuso del poder era ya preocupación latente en los patriotas del Río de la Plata. El reglamento de junta gubernativa del 25 de mayo del año citado establece en su art. 7 que **"los referidos S.S. que componen la junta provisoria quedan excluidos de ejercer el poder judiciario, el cual refundirá en la real audiencia, a quien se pasará todas las causas contenciosas que no sea de gobierno"**. Pone así un límite en la función judicial que, sin duda, se trasuntará luego en una garantía concreta del ciudadano.

El reglamento de la división de poderes sancionado por la Junta Conservadora del 30 de Septiembre de 1811 establece en la Sec. Tercera, llamada "Del Judicial", que **"El poder Judicial es independiente y a él sólo le toca juzgar a los ciudadanos"**

La Asamblea del año XIII establece también la división de poderes encargando el Supremo Poder Judicial a la Cámara de Apelaciones. A tal efecto dicta un reglamento

de administración de justicia, que constaba de 43 artículos divididos en tres títulos, el que termina siendo sancionado el 14 de Agosto de 1813.

El proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica en 1813, en el Capítulo 29, art. 153 decía textualmente **"El gobierno ejecutivo a pretexto de haber cumplido las leyes no podrán avocar causas ni conocimientos en materias judiciales".**

El Estatuto Provisional para la Dirección y Administración del Estado dado por la junta de Observación de fecha 5 de Mayo de 1815, en la sec. 3 cap. 2 **"Límites del poder ejecutivo y autoridad del director"**, en el art. 1 establecía: **"No podrá fuera de los casos que expresa este reglamento intervenir en negocio judicial alguno, civil o criminal, contra persona alguna de cualquier clase, o condición que fuese, ni alterar el sistema de administración de justicia"**.

El mismo estatuto aprobado con modificaciones por el Congreso de Tucumán el día 22 de noviembre de 1816, al referirse al poder ejecutivo establecía en la sec. 3, cap. 2, art. 3: **"No ejercerá jurisdicción alguna civil, o criminal, de oficio, ni a petición de partes; no alterará el sistema de administración de justicia según las leyes"**.

La Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica seguidas en el manifiesto del 22 de Abril de 1819 en la Sec. 4, trata expresamente al poder judicial y consagra su separación de los demás poderes.

Lo mismo sucede con la Constitución sancionada por el Congreso General Constituyente de 1824/27, en la sec. 6, donde se refería especialmente al Poder Judicial y a la separación de los demás poderes.

La Constitución de la Confederación Argentina del 1 de Mayo de 1853 en la sec. 3 Del Poder Judicial en el art. 92 establece **"En ningún caso el presidente de la confederación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"**.

A esta altura de la historia patria a nadie le cabían dudas respecto a las bondades de la división del poder como garantía en contra del avasallamiento de las libertades individuales y, por si los conceptos teóricos a muchos no le hubiesen llegado, la tiranía de Rosas despejaba cualquier duda al respecto por la evidencia manifiesta de la que implicaba para el gobernado el que el gobernante asumiera LA SUMA DEL PODER PUBLICO, es decir todas las funciones del poder.

Así nuestros constituyentes del siglo pasado, siguiendo las enseñanzas de Alberdi y los consejos de la historia patria y universal, no se conformaron por detallar uno a uno los derechos y garantías <u>que el estado le reconocía a el ciudadano</u>, sino que además delinearon perfectamente cuales eran los límites del poder y el control recíproco que debía existir entre las distintas funciones que los conformaban.

Esta permanente preocupación por ponerle límites al poder y los derechos implícitos mencionados en el art. 33 de la C.N. es lo que en definitiva da vida a las instituciones del amparo y del Habeas Corpus como un medio de evitar el avasallamiento de los derechos expresamente reconocidos en la constitución al hombre.

La Corte Suprema, último intérprete de la inteligencia de las cláusulas de nuestra carta magna, en tres fallos ejemplares insinúa lo que luego se iba a cristalizar en el marco de la jurisprudencia y con posterioridad en las leyes nacionales y constituciones provinciales.

El caso FLORES por exclusión de dicho ciudadano del Padrón Electoral (7 de noviembre de 1930); el caso BERTOTTO (confunde amparo y habeas corpus) por no distribución del diario "Democracia" por el correo (5 de abril de 1933) y el caso MALVAR, similar, al anterior (22 de septiembre de 1933), junto con el caso SAN MIGUEL, son los vértices sobre los que se trazarán luego las 1íneas directrices del amparo y el habeas corpus (LAZZARINI Pág. 16, 17 y 18).

Es recién con la reforma constitucional de 1949 que el habeas corpus encuentra reconocimiento constitucional expreso (art. 18, 2º parte) en tanto que en 1955, al ser derogada la misma, dicho remedio pierde tal estatus jurídico.

El Amparo a diferencia del Hábeas Corpus que alcanzó a tener reconocimiento constitucional expreso como vimos, recién es aceptado como vía excepcional para restablecer la vigencia de una garantía constitucional violada al resolver la Corte el caso "ANGEL SIRI" el 27 de diciembre de 1927 y el caso "SAMUEL KOT" el 5 de octubre de 1958.

En estos casos, por el voto de la mayoría, integrada por los **Dres. Alfredo Orgaz, Manuel Argañaraz, Enrique Galli y Villegas Basabilbasso**, se sostuvo que procedía el amparo para tutelar los derechos constitucionales, con excepción de la libertad física protegida por el Habeas Corpus, y que no era obstáculo para la procedencia del mismo su falta de regulación procesal.

El amparo nace para proteger a los particulares de los actos arbitrarios del estado que lesionan garantías a derechos de raigambre constitucional y se da cuando las acciones ordinarias por su lentitud pueden producir un daño irreparable o de difícil reparación ulterior. Sobre esta base es que el amparo luego será reglamentado por ley integrando nuestro derecho positivo, pasando a ser una figura de enorme vigencia en la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos argentinos.

La consagración constitucional a nivel provincial de estos institutos, tal como lo venimos viendo en el plano legislativo y jurisprudencial, no siguió un orden determinado, sino que reconoce distintos momentos o etapas. A modo de ejemplo me permito citar las siguientes Cartas Orgánicas provinciales pertenecientes a la primera mitad de este siglo: 1. La Constitución Provincial de Santa Fe de 1921, que en su art. 17 consagraba el Amparo; 2. La Constitución de Entre Ríos de 1923 en sus arts. 26 y 27; 3. La Constitución de Santiago del Estero de 1939, en su art. 22.

Hoy el amparo tiene reconocimiento legal en la ley nacional 16.986 y el habeas corpus en la ley 23.098, en tanto que en casi todas las provincias a través de textos legales y constitucionales su reconocimiento expreso es una realidad.

En el derecho comparado el reconocimiento o vigencia de estos institutos es similar a la de nuestra país, bastando citar a modo de ejemplo a MEXICO que en la CONSTITUCION DE YUCATÁN DE 1840 (LAZZARINI PÁG. 38) establece en forma clara el AMPARO haciéndolo extensible a todo hecho, acto o lesión constitucional, siendo competente para entender en el mismo el Juez de 1º Instancia. El ACTA DE REFORMA DE 1847 (LÁZZARINI PÁG. 39), por su parte, puso en vigencia la Constitución Federal de 1824, en ella se preveía que los Tribunales de la Federación amparaban a cualquier habitante contra todo ataque de los poderes ejecutivo y legislativo. La CONSTITUCION 1857 (LAZZARINI PÁG. 39), de corte netamente liberal, regula al AMPARO en el art. 101 en forma amplia, estableciendo el control judicial federal en al art. 102. La CONSTITUCION DE 1917 (LAZZARINI PÁG. 40), en tanto, avanzada del constitucionalismo social, distingue el AMPARO por violación de derechos individuales en la fracción 1, art. 103 y el AMPARO por invasión de soberanías en las fracciones 2 y 3.

BRASIL, por su parte, en la CONSTITUCION de 1891 (Art. 72 inc. 22) (Ob. Cit. Pág. 50), contempla el HABEAS CORPUS con carácter amplísimo. Se protege no sólo la libertad física sino también los restantes derechos individuales. No obstante ello, es decir su extensión no precisada, dio lugar de todas maneras a la idea de crear en forma independiente lo que llamamos ACCION DE AMPARO y que ellos denominaron MANDATO DE SEGURIDAD.

El CONGRESO JURIDICO DE RIO DE JANEIRO de 1922 - PROYECTO PIRES- presentaba el Mandato de Seguridad como un remedio procesal para garantizar

el ejercicio de derechos líquidos y ciertos que no estaban amparados por el HABEAS CORPUS, mientras que en la CONSTITUCION BRASILEÑA de 1934, de la unión de los proyectos de Joao Mangabeira y Brandao Cavalcanti, nace el AMPARO y el trámite del mismo como el del Habeas Corpus. (art. 113, ap. 33).

Luego de este paso viene la CONSTITUCION BRASILEÑA 1937 en donde no se reconoce como garantía constitucional el Mandato de Seguridad pero se mantuvo su grado legal previsto en el Código de Procedimiento.

La CONSTITUCION BRASILEÑA 1946 reconoce por fin al HABEAS CORPUS y al AMPARO. En el art. 141 asegura a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la vida, la libertad, la seguridad individual y la propiedad en los términos siguientes: inc. 23. - El HABEAS CORPUS tendrá lugar siempre que alguien sufra o se hallare amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder. En las transgresiones disciplinarias no corresponde el habeas corpus… inc. 24 -. Para proteger derecha líquido y cierto no amparado por habeas corpus se concederá MANDATO DE SEGURIDAD, sea cual sea la autoridad responsable de la ilegalidad o abuso del poder.

Con posterioridad a ello, a la ley 191 y al Código de Procedimientos Civiles viene a sucederle la LEY DE BRASIL 1533, del 31 de diciembre de 1951 que crea el MANDATO DE SEGURIDAD. Su art. 1º es semejante al art. 153 inc. 21 de la Constitución.

Para finalizar, al HABEAS CORPUS y al MANDATO DE SEGURIDAD debemos agregar la ACCION POPULAR que garantiza todos los derechos constitucionales que no afecten derechos del individuo directamente, pero que le produzcan lesión a través de la violación de derechos que corresponden a la colectividad, al Estado o al Municipio. Esta acción la ejerce el individuo invocando la lesión de derechos que pertenecen a todos y al propio pueblo, sea del Municipio, de las Provincias o de la Nación.

Podemos decir entonces Sr. Presidente que hasta aquí nada nuevo se incorpora a nuestra Carta Magna, sino que EXPRESAMENTE se reconoce lo que implícitamente estuvo dado desde 1853. Si en cambia resulta novedoso y útil, y por ello nuestro bloque apoya la iniciativa aunque desde el dictamen de la minoría, de la incorporación al texto legal de la Constitución del recurso de HABEA DATA.

HABEAS DATA

Este recurso que ha ingresado de la mano de la informática, en el derecho comparado ha sido dado como un modo de protección que tiene el ciudadano frente a la existencia de archivos que consignan sus datos en bases que pueden ser usados de manera ilegítima o contener informes erróneos.

ALEMANIA

Por la ley 27 de enero de 1977 se dicta una ley de protección de datos

BRASIL

CONSTITUCION

Título II Capítulo I

Art. 5 apartados LXIX

LXXII

ESPAÑA

TITULO I
Art. 18 INC. 4

FRANCIA
LEY ESPECIAL AL IGUAL QUE ALEMANIA
LEY 17 DEL 6 DE ENERO 1978
ART. 3

INGLATERRA
LEY DEL 12 DE JULIO DE 1984
ART 6

IRLANDA
LEY 25 DEL 13 DE JULIO DE 1984
ART 3

NORUEGA
LEY 48
9 DE JUNIO DE 1978
ART 7

PORTUGAL
CONSTITUCION DE 1992
ART 35

De esta manera el Habeas Data constituye un instrumento eficaz para que el ciudadano tenga el derecho a informarse de los bancos de datos relativos a su persona.

Por lo tanto decimos que constituye

1 Un derecho que tiene todo ciudadano a la información.

2 Para ello debe tener como lo establece la ley francesa libertad de acceso a los documentos conforme lo regule la ley que reglamente su ejercicio.

3 El derecho que por media de este recurso debe tener todo ciudadano cuando se siente afectado por algún dato mal consignado a ser informado sin demora.

4 El derecho que tiene cuando el documento es INEXACTO ILEGITIMO ILEGAL A PEDIR SU RECTIFICACION O SUPRESION.

5 Y por último el Documento en cuanto a objeto de la información tiene que ser tomado en un sentido amplio es decir como una expresión gráfica del pensamiento referido al documento electrónico, literal etc.

También Señor Presidente se debe consignar que ciertos documentos como son referidos a la DEFENSA A LA POLITICA EXTERIOR, A LA SEGURIDAD A LA MONEDA DEBE ESTAR EXCLUIDO DE ESTE REMEDIO IMPUGNATIVO.

Por lo expuesto adherimos al proyecto de la minoría en cuanto el derecho a la información se puede dar cuando se trata de un acto ilegal el consignado en el archivo privado como único medio para poder acceder a este.

Solicitada por el señor Convencional Cullen

1. Introducción.

El hábeas date es un proceso constitucional con fines diversos. Literalmente, apunta a "traer los datos" (así como el hábeas corpus procura "traer el cuerpo"), y su objetivo principal es contener ciertos excesos del llamado "poder informático".

Como tal, el hábeas data genera dos órdenes de interrogantes. El primero es típicamente de derecho constitucional: ¿Cuáles son los derechos en juego (y en conflicto) en el hábeas data? ¿Qué categoría de derechos debe privilegiar el legislador y el juez en el hábeas data? La segunda esfera de problemas es propia del derecho procesal constitucional: ¿Qué trámite tiene que darse al hábeas data? ¿Quién debe tener 1egitimación activa y pasiva? ¿Cuál será el órgano competente para conocer y decidir en él? (1)

2. Dimensión constitucional del hábeas data. Derecho informático y poder informático.

Siempre ha existido, por supuesto, la operación de recolectar, clasificar y conservar información. Lo que ocurre es que en el siglo XX, y en particular después de la aparición de las computadoras, el asunto ha tomado une dimensión insospechada.

La existencia, ahora, de impresionantes bases o bancos de datos parte del supuesto de tres operadores principales en tal sistema: el "productor" de datos (quien los recolecta y los traduce en lenguaje computarizado), el gestor (que conserva y organiza aquella información, y crea el software indispensable para que los datos sean consultables por los usuarios), y el distribuidor, que es quien transmite (cobrando o no por su tarea) tales datos, intermediando así entre el gestor y el usuario. (2)

El productor, el gestor y el distribuidor cuentan con derechos constitucionales que amparan su labor. Cualquier constitución dispone de un arsenal tradicional de derechos que de modo directo o mediato sirven para tutelar esas tareas: por ejemplo, los derechos de trabajar y ejercer el comercio, la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados, de propiedad (incluyendo los derechos a la propiedad intelectual y, en términos generales, los "derechos intelectuales"), intimidad, etc.

Existe, en síntesis, un "derecho informático", de base constitucional, que da pie a las actividades reseñadas.

El problema que evidencia la última parte del siglo XX es que, con el auge de los sistemas computarizados, ese "derecho informático" genera un "poder informático" de dimensiones insospechadas. La capacidad de registro de las computadoras, la rapidez de consulta y de transferencia de datos y la cobertura de toda esa información genera para quien la posee o puede acceder a ella una fuerte dosis de poder (contar con información es, desde ya, contar con poder), que puede ser tanto de poder económico ("la información se compra y se vende, viaja de un lugar a otro sin que el interesado lo sepa"), (3) como de poder político (ya que conocer minuciosamente la vida de los demás permite, en buena medida, regular, controlar y vigilar su comportamiento).

3. Conflicto de derechos.

Precisamente, el "derecho informático" (y sobre todo, el "poder informático") pueden entrar en colisión con los derechos constitucionales de las personas registradas.

Un primer nivel de conflicto ocurre con el derecho a la privacidad: ¿Es legítimo que un banco de datos acumule información sobre, por ejemplo, la conducta sexual de un individuo? ¿Es bueno que archive detalles sobre qué hace –y qué no hace- en su domicilio? ¿Qué puntualice si se embriaga o consume drogas en su casa de veraneo?

Otro frente polémico aparece con el derecho a la libertad de cultos: ¿Es conveniente que una base de datos explore la re1igión que practica una persona? Con relación al derecho a la igualdad, pueden suscitarse los mismos interrogantes si el banco de datos acumula noticias sobre el color de un habitante, ya que ello puede generar posteriormente actitudes discriminatorias. Al mismo tiempo, las anotaciones respecto a las inclinaciones políticas, filiación ideológica, compromisos sindicales, etc., pueden fomentar tratos discriminatorios o perjudicar el libre ejercicio de los derechos políticos y gremiales.

A su turno, es factible observar que el registro de ciertos datos puede ser perfectamente aceptable, pero no así su divulgación a terceros. Tal sería el caso, v. gr., de ciertos movimientos contables cuyo conocimiento es comprensible para un ente oficial de recaudación impositiva (para determinar, por ejemplo, si la empresa del caso ha tributado bien o mal), pero que su transmisión a una empresa rival importaría quebrar las reglas habituales de discreción y competencia mercantil, en perjuicio para la corporación "desnudada".

4. Vías de armonización.

La compatibilización entre el "derecho informático" y los otros derechos eventualmente perjudicados por el primero (privacidad, honor, propia imagen, igualdad, libertad de cultos y política, etc.), no es fácil, (4) pero sí posible.

Una vía de solución estriba en definir una zona de "información sensible", no registrable en los bancos de datos, o con áreas insusceptibles de registrar. La "información sensible" cubre puntos como religión, ideas políticas, comportamiento sexual, salud moral y física, vinculaciones sindicales, raza. (5)

Otro mecanismo de adaptación consiste en auspiciar un proceso judicial expeditivo (en concreto, el hábeas data), con los siguientes objetivos:

1. Derecho al acceso. Conforme a él, cuando un sujeto está registrado de algún modo en un banco o base de datos, tiene derecho a saber lo que consta en el mismo, acerca de su persona.

Este "derecho al acceso" presenta serios problemas cuando una ley (o la propia Constitución, como es el caso de la brasileña, en su art. 5 declara reservada la información que concierne a la seguridad de la sociedad y del Estado. En tales supuestos, la coexistencia entre el derecho personal de cada uno a saber qué se dice de él en el banco de datos (en tutela de una gama de derechos constitucionales personalísimos, como honor, privacidad, dignidad, etc.), y los derechos de la sociedad y del Estado a la auto conservación (cosa que legitimaría el secreto, en aras de la seguridad colectiva) es una empresa harto complicada, pero que de todos modos debe hacerse.

El riesgo que se corre, cuando se habilita una excepción al "derecho al acceso" con el argumento de la seguridad social o estatal, es que la administración pública recurra habitualmente a la excusa de tal seguridad para negarse a suministrar información. A su vez, si no se permite tal reserva, existe el peligro de difundir

(mediante el ejercicio del "derecho al acceso") noticias que efectivamente pueden perjudicar la defensa nacional o la seguridad de todos.

Un dispositivo intermedio consiste en autorizar la excepción de la reserva estatal por razones de seguridad colectiva, pero sometida a la revisión judicial de razonabilidad de tal alegación. En tal esquema, el Poder Judicial evalúa si la excusa estatal tiene sustento serio que la justifique. Ello parece ser una solución equitativa.

2. Derecho a la actualización. En esta variable, el hábeas data permite que una persona logre que los datos relativos a ella, queden puestos al día (por ejemplo, si figuraba en el banco de datos como deudor, que se anote haber pagado su obligación; si aparece como procesado, que conste su sobreseimiento o absolución).

3. Derecho a la rectificación. Aquí el interesado procura que se corrija información inexacta. V. gr., si figura como abogado, siendo arquitecto; o que ha viajado a Cuba, cuando nunca lo ha hecho; o que es hijo de fulano de tal, cuando lo es de mengano, etc.

4. Derecho a la confidencialidad. En este campo, el sujeto en cuestión exige que una información que él ha proporcionado, y que ha sido legalmente requerida, permanezca secreta para los terceros. Es el caso, por ejemplo, del "secreto fiscal" o del "secreto bancario", como del "secreto médico".

5. Derecho a la exclusión. Respecto a diversos datos conceptuados como "información sensible", el fin del hábeas data puede consistir en "cancelar" o "borrar" tales noticias de los bancos de datos. Como se anticipó, algunas veces es posible registrar algún tipo de información, o algún modo de archivo y no ciertos informes o maneras de guardarlos. Por ejemplo, la ley 23.798 de Argentina, de "lucha contra el SIDA", prohíbe "individualizar a las personas (que padecen tal mal) a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada" (art. 2 inc. e). (6)

5. Enunciado constitucional.

El derecho constitucional comparado exhibe distintas técnicas para lograr la coexistencia entre el "derecho informático" y los demás derechos constitucionales personales en conflicto.

a) Una variante es que la Constitución presente el problema, dé algunas directrices fundamentales, y remita el grueso del tema a la legislación ordinaria. Así, el art. 18 inc. 4 de la constitución española indica que "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

b) Otra variable es que la Constitución explicite con mayor detalle el asunto y formule reglas operativas concretas. Un buen antecedente de ello está en el art. 35 de la constitución de Portugal: "todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos".

Una muestra de explicitación circunstanciada de cómo amalgamar los derechos que citamos, se encuentra también en el art. 20 de la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina): "la ley asegura la intimidad de las persona. El uso de la información de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuida a través de cualquier

medio físico o electrónico, debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos. La ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguardia de la seguridad, apertura de los registros, limitación en el tiempo y control público.

Asegura el acceso de las personas afectadas a la información, rectificación, actualización o cancelación cuando no fuera razonable su mantenimiento".

c) Silencio constitucional. A menudo, la constitución nada señala expresamente sobre el "poder informático" y su inestable coexistencia, con los demás derechos constitucionales. Ello se explica - en parte- por la novedad del problema.

¿Si hay silencio constitucional, cabe concluir que la persona citada en un banco de datos carece de los derechos al acceso, rectificación, actualización, confidencialidad o exclusión? Una primera reacción, de tipo negativo, podría concluir que si esos derechos no están mencionados en la Constitución, no son constitucionales, aunque una ley si podría habilitarlos (hipótesis en las que tendrían base legal, pero no constitucional).

No obstante, es posible afirmar que si la Constitución admite de modo explícito o implícito (V. gr., mediante la cláusula de los derechos no enumerados, al estilo de la enmienda IX de los Estados Unidos de América, art. 33 de la Constitución Argentina o art. 3 de la Constitución del Perú de 1993) ciertos derechos constitucionales (intimidad, honor, propia imagen, no discriminación, libertad de cultos, etc.), de tales derechos se infieren otros, también constitucionales, que son consecuencia inevitable de los primeros. Por ejemplo, del derecho a la igualdad se deduce el de borrar de los bancos de datos informes sobre mi raza o creencia religiosa. (8)

Así, el citado derecho a la exclusión o a la cancelación sería un derecho constitucional inferido.

6. El hábeas Data como capítulo del Derecho Procesal Constitucional.

La Constitución brasileña de 1988 instrumentó un amparo específico, denominado "habeas data", destinado a asegurar a las personas el conocimiento de informaciones referidas a ellas, que constasen en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, y para rectificar tales datos.

El sujeto activo, en el caso brasileño, es cualquier nacional o extranjero residente en el país; pero se trata del ejercicio de un derecho personalísimo, que no debe confundirse con el ejercicio, genérico del derecho a la información que posee, por ejemplo, un periodista. En el habeas data, es "mi" derecho a recabar "mis" datos.

El sujeto pasivo es el Estado propietario del banco de datos, pero también todo sujeto titular de un registro susceptible de generar información. (9) Esto es importante, porque algunas leyes reglamentarias del "habeas data", lo han ceñido al caso de registros oficiales, cuando en rigor de verdad cualquier base de datos apta para ser utilizada por terceros, debe ser sujeto pasivo del proceso que comentamos. Por el contrario, un banco de datos de uso exclusivamente personal para su titular, estaría cubierto por el derecho a la privacidad de este, como papel o correspondencia privada, y (al menos en principio) sería incuestionable mediante el habeas data.

Respecto al órgano competente para tramitar al habeas data, el derecho brasileño ha reservado jurisdicción al Supremo Tribunal Federal para juzgar originariamente los que cuestionen actos del Presidente de la República y de otros dignatarios nacionales.

(10) Se intenta de tal modo excluir a jueces de primera o segunda instancia el conocimiento y decisión de cuestiones de posible gran importancia, donde por lo común surgirán temas próximos a la seguridad nacional.

El trámite del habeas data ofrece dos posibilidades principales: o se aceptan las reglas habituales de cualquier amparo (pauta seguida, por ejemplo, por la ley 4444 de la Provincia de Jujuy, Argentina), aunque existan algunas pequeñas variaciones de procedimiento; o se programa un nuevo y distinto amparo, con plazos generalmente más breves (así, la ley 2384 de la Provincia de Río Negro, Argentina; contempla una demanda, traslado por dos días, dos días de prueba y sentencia en cinco días). (11)

La elección de una u otra variante es a todas luces una cuestión accesoria. En principio, el amparo genérico debe ser un trámite ágil y comprimido, y de ahí que –como regla- no se justificaría para el hábeas data otra reducción suplementaria. No obstante, los particularismos locales pueden exigir una instrumentación peculiar para éste último.

La sentencia del hábeas data, detalla Othon Sidou, es constitutiva, y condenatoria (cuando hace lugar al mismo), con vigor de cosa juzgada cuando adquiera firmeza, si es pasible de recursos.

7. El hábeas data en la Constitución peruana de 1993.

El art. 200 de la nueva constitución del Perú, menciona en su inc. Tercero, como "garantía constitucional", a "la acción de hábeas data, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2do, incisos 5, 6, y 7 de la Constitución".

Estos últimos refieren a distintos rubros. Por un lado, el derecho genérico a la información, a obtener "de cualquier entidad pública en el plazo legal", con excepción de las informaciones que afecten la intimidad personal y las excluidas por ley o por razones de seguridad nacional. Añade el inciso 5to. Que el secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido de juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a la ley. El inciso 6to. del art. 2 enuncia el derecho a "que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar". Finalmente, el inciso 7 enuncia el derecho "al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias", así como el derecho de réplica, también llamado de rectificación o respuesta.

Una apreciación global del régimen del habeas data peruano conduce a afirmar que tiene un radio de acción decididamente amplio, probablemente excesivo. Para empezar, engloba al derecho de réplica, instituto que es decididamente distinto al hábeas data. Este pecado conceptual, dicho sea a favor del constituyente peruano, no fue original: ya lo había cometido la ley 2384 de la provincia Argentina de Río Negro.

Por lo demás, el hábeas data tiene por meta natural tutelar a las personas por los excesos del poder informático, y no, en términos generales, por cualquier lesión que se infiera, por cualquier medio, a su honor, privacidad o propia imagen, o a la intimidad familiar y la voz. Para decirlo más claro, y como su nombre lo indica, el "hábeas data" es un amparo especial referente a datos (y a "datos" registrados en bancos o bases de datos).

A raíz de la amplitud de sus términos, el hábeas data peruano ha hecho preguntarse a muchos, sino podría emplearse para imponer, so pretexto de tutelar el honor y la privacidad, la censura previa a periódicos, radioemisoras o canales de televisión. Una errónea interpretación del inciso 5to. del art. 2 de la Constitución,

cuando menciona a los "servicios informáticos" como sujetos pasibles, mediante el hábeas data, de no suministrar información, ha permitido auspiciar aquella hipótesis de la censura previa.

Sin embargo, hay que distinguir entre "servicio informático" o "servicio informativo" La Constitución, cuando menciona a los primeros, habla claramente de los servicios informáticos "computarizados o no". Es decir, a bancos o bases de datos. No alude a medios de comunicación.

Paralelamente, el inc. 4 del art. 2 de la nueva Constitución excluye enfáticamente cualquier clase de censura o previa autorización para ejercer las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, con lo que, según una interpretación orgánica y sistemática de la Constitución, cualquier programación del hábeas data en tutela de los derechos de los incisos 5, 6 y 7 del mencionado art. 2, debe compatibilizarse con la directriz de "no censura" del inc. 4 del mismo artículo.

De todos modos, el caso peruano evidencia la necesidad de reducir al hábeas data a sus objetivos propios: acceder, actualizar, rectificar, excluir (en su caso) información, y reservarla algunas veces en virtud del principio de confidencialidad; y no inflacionarlo con otros propósitos o en protección de otros derechos, para lo cual está la acción de amparo general.

NOTAS

(1) Sobre derecho procesal constitucional, v. Sagües Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario", 3ª. Ed. (Buenos Aires 1993), ed. Astrea, t. I pág. 1 y stes.

(2) Stiglitz Rosana M., "Impacto de la informática en 1a sociedad", en Revista La Ley, Buenos Aires, 1987-E-859.

(3) Cfr. Heredero Manuel, "La informática y el uso de la información personal", en "Introducción a la informática jurídica", (Madrid 1986), ed. Rievero-Santodomingo, cit. por Stiglitz Rosana M., ob. cit. en nota 2, pág. 860.

(4) Así, se ha dicho que "resulta de todo punto de vista necesario y urgente impedir las intromisiones perturbadoras y la inadecuada difusión de datos procesados conforme a los modernos adelantos tecnológicos que pudieren afectar la esfera familiar y personal", máxime cuando "el mero hecho de la conjunción de informaciones nominativas puede llevar a desnudar la intimidad de cada una de las personas físicas haciendo ilusorias las garantías constitucionales": Andorno Luís O. "La informática y el derecho a la intimidad", en La Ley 1985-A-1108, con cita de Faustina Zarich de Piatti, "La revolución informática y el derecho a la privacidad", Rosario, 1984.

Sobre el "derecho informático", v. Cocca Aldo Armando, "El derecho: programador de la informática", en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1983-III-679.

(5) Cfr. Correa Carlos M. y otros, "Derecho informático" (Buenos Aires 1987), ed. Depalma, pág. 248 y sgtes.

(6) Nos hemos referido a estas proyecciones del hábeas data en Sagües Néstor Pedro, "Elementos de derecho constitucional" (Buenos Aires 1993), ed. Astrea, t. 2 pág. 86.

(7) Sobre otras constituciones que han normado puntos concernientes al hábeas data, v. por ejemplo las de Paraguay de 1992 (art. 136), las provinciales argentinas de Córdoba (art. 50), Tierra del Fuego (art. 45), Jujuy (art. 23), San Juan (art. 26), San Luís (art. 24), etc.

(8) El decreto reglamentario 1.244/91 de la ley argentina 23.798 de lucha contra el SIDA, especificó que en los registros o almacenamiento de datos sólo deberá consignarse, con relación a los afectados por aquella dolencia, "un sistema que combine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento".

(9) Sobre el hábeas data en Brasil, cfr. Othon Sidou J. M., "Hábeas data, mandato injunçao, Hábeas Corpus Mandado de segurança, açao popular", 3a. ed. (Río de Janeiro, 1989), ed. Forense, pág. 446 y sgtes.

(10) Othon Sidou J. M., ob. Cit. en nota 9, pág. 450.

(11) V. Sagües Néstor Pedro, "Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo", 3ª. Ed. (Buenos Aires 1992). T.3 pág. 654 y ss.

Habeas Data:

La registración de antecedentes o referencias de personas en los denominados bancos de datos no es un fenómeno nuevo.

De todas maneras, estos no generaron demasiados conflictos, por su escasa utilización dado que los sistemas de registración, actualización y consulta siempre fueron manuales y engorrosos.

Pero con la aparición del fenómeno informático cambió sustancialmente aquella realidad. Así, problemas antes casi inexistentes vinieron a surgir por causa de esas registraciones, y en especial por la velocidad y practicidad con la que se puede operar sobre esos bancos de datos con las computadoras y telecomunicaciones actuales.

Así, cualquier persona conectada a una red puede contar en segundos con información que existe a miles de kilómetros de distancia, e incluso limitar la búsqueda a algunos aspectos de todos los que le consten en el banco central de datos.

Esa trascendencia a terceros, que puede desde facilitar transacciones comerciales hasta practicar actos discriminatorios, ha llevado a calificar al nuevo fenómeno como un nuevo poder, el "poder informático".

Así, los derechos fundamentales de las personas, en especial el derecho a la intimidad, al honor, a la propia imagen (e incluso algunos otros que pueden verse colateralmente involucrados, como el derecho a la propiedad) están expuestos a una nueva y especial hipótesis de violación.

Ahora bien, desde el ángulo constitucional se habla incluso de un nuevo derecho fundamental denominado "libertad informática" y de un "derecho a la autodeterminación informativa", que tendría por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión" (1)

Como bien lo expresa Sagües, si un registro de datos es de acceso potencial o actual a varias personas (aunque fuesen particulares) o pertenece al Estado, tal archivo ingresa al ámbito de las acciones externas públicas, porque su difusión o empleo puede perjudicar a quienes están allí registrados.

Para evitar los atropellos que pudieren generarse, se ha creado el hábeas data ("vengan los datos"); cuya misión es brindar protección inmediata y efectiva a los derechos afectados.

Antecedentes:

El hábeas data nace en las Constituciones de España y Portugal (2). Los demás países europeos, ante la necesidad de contar con una regulación que enfrente estos problemas, "… a partir de 1970 paulatinamente van elaborando una legislación especifica que llega incluso en el plano internacional a la elaboración del "Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal" del 28/1/81. Del mismo modo, en Estados Unidos, la Privacy Act del 31/12/74 trata de contemplar garantías para ello…" (3)

Desde allí se fue extendiendo, aunque con diferentes alcances y con algunos errores conceptuales, especialmente en el nuevo proceso constituyente latinoamericano, mereciendo citarse las constituciones de Brasil (art. 5 Nº LXXII); Colombia (art. 15) y Paraguay (art. 135) y Perú (arts. 200 y 2 incs. 5, 6 y 7). (4)

En Argentina, a nivel federal no se ha regulado en razón de que a la fecha de las últimas reformas la informática apenas existía en estado embrionario o experimental, por lo que doctrinariamente se lo suele encuadrar dentro de los arts. 29 y 33 de la Constitución Nacional.

Las constituciones provinciales al ser reformadas en el último proceso constituyente han ido incorporando al instituto. Algunas las consagran en forma expresa (Córdoba, Jujuy, La Rioja, Río Negro, San Luis, San Juan y Tierra del Fuego), y otras sólo establecen algunos de los derechos que la caracterizan, en especial el derecho de acceso. (5)

A falta de norma nacional expresa, partiremos de un modelo teórico que conjuga las variantes del instituto tanto en el orden interno como en el externo, remarcando que por el momento la ruta a seguir sería la del amparo general o contra particulares según el caso.

Objeto:

Siguiendo la sistematización de Sagüés serían las de:

a) acceso a la información personal registrada;

b) actualización de los datos vetustos;

c) rectificación de aquellos que fueran incorrectos,

d) exclusión de los que corresponden a la "información sensible" (v gr. religión, ideas políticas o gremiales, conducta sexual, raza);

e) confidencialidad de los que puedan estar legítimamente registrados pero que no pueden ser conocidos por cualquiera, sino sólo por algunos, y en casos debidamente justificados. (v gr. composición patrimonial, fórmulas de productos registrados, carácter de portador del virus HIV o enfermo de SIDA, etc.).

Nosotros agregaríamos otro derecho, que podría considerarse comprendido dentro del de actualización, que sería el de inclusión (v gr. cuando el Estado omita en sus bancos de datos a determinados prestadores de servicios incurriendo en discriminación, como en el caso concreto de los listados de hoteles que se encuentran registrados en los servicios informatizados puestos a disposición de los turistas en los aeropuertos).

Sujeto activo:

Podrán ser tanto las personas físicas como las jurídicas y (aunque si bien las garantías son en general otorgadas a las personas frente al poder público) también el Estado cuando actúa en el campo del derecho privado (v gr. una sociedad estatal que no figura en un banco de datos de prestadores de servicios).

Sujeto pasivo:

En este caso será siempre el registrador, se trate de una persona privada o de organismos públicos y eventualmente aquellos que estén conectados a su red.

Competencia:

En este aspecto rigen las mismas pautas que las reseñadas para los casos de amparo.

Casos concretos vinculados con el HIV/SIDA:

La actual ley 23.798, dispone la comunicación forzosa y la registración codificada de los casos a nivel nacional.

Ello no impide que otras instituciones o personas tengan esos datos, en especial los centros de salud o de análisis bioquímicos, etc.

También pueden existir en otras esferas, como la judicial, como en el caso de Rosario, donde la Presidencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal lleva un listado reservado de los imputados por prostitución y travestismo seropositivos, e incluso el Juzgado de Faltas Nº 2 acumula la información de personas seropositivas que fueren prima facie prostitutas que no hubieren sido detenidas y que fueran atendidas en los hospitales públicos, en una medida abiertamente inconstitucional.

Como pauta general aplicable a todos los casos, toda persona (portador o no) tendrá, al menos los siguientes derechos:

a) de acceso, para constatar si figura entre sus datos personales el carácter de portador;

b) de inclusión en el banco de datos, si la constancia de tal carácter le sirviera, v gr., para acceder a determinadas prestaciones;

c) de rectificación, si no es portador y figura como, tal y viceversa, o si es mero portador asintomático y figura como sintomático o viceversa;

d) de actualización, si figura como portador asintomático y ya la enfermedad se le ha declarado o si (hipótesis hasta el momento improbable) se ha convertido en seronegativo;

e) de confidencialidad, que implica que los datos levantados por el organismo de aplicación solo puede trascender a quienes tengan una habilitación especial. En este aspecto, si se tratase de registros llevados por otros (v gr. instituciones de salud) podrán establecerse restricciones puntuales para su divulgación o acceso por parte de terceros;

f) de exclusión, si el registrado no es seropositivo; si el mantenimiento de la confidencialidad no fuera posible o si según las normas el registrador no está habilitado para almacenar esa información.

CITAS:

(1) Pérez Luño, Antonio E. “Los derechos humanos en la sociedad tecnológica”, en Mario Losano y otros “Libertad informática y leyes de protección de datos personales” Madrid. CEC, 1989, pág. 140).

(2) España:

art. 18 inc. 4: La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Portugal:

art. 35: “Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones y podrán exigir la rectificación de datos, así como su actualización. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes

a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos".

(3) "Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento: normatividad vigente". Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, pág. 12.

(4) Brasil.

Art. 5, LXXII Se concede hábeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante contenidas en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo.

LXVII: Serán gratuitas las acciones de hábeas corpus y hábeas data y, en la medida que la ley disponga, los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía…

Colombia:

art. 15: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución…"

Guatemala:

art. 31: Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.

Paraguay:

art. 135: "Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos".

Perú:

art. 200: "Son garantías constitucionales: 3. La acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución".

(5) Catamarca:

art. 11: La libertad que antecede (de expresión) comprende el libre acceso a las fuentes de información. Prohíbase el monopolio de la información gubernativa y el funcionamiento de oficinas de propaganda de la labor oficial.

Córdoba:

art. 50: "Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su rectificación y actualización.

Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legitimo.

La ley reglamenta el uso de la informática para que no se vulneren el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.

Corrientes:

art. 184: Hasta tanto se dicte la legislación pertinente, se aplicará el régimen de la Ley de Amparo para la efectiva protección inmediata y expeditiva de los derechos y garantías contenidos en las cláusulas operativas de los tratados y convenciones internacionales, que hayan sido objeto de ratificación o adhesión por parte de la República Argentina, sin que puedan incluirse o comprenderse otros reclamos con tal motivo.

art. 185: Mientras no se dicte la Ley Reglamentaria de una libertad o garantía declarada por esta Constitución y la omisión sea irrazonable, quien se considere afectado por ella en su derecho individual a colectivo podrá solicitar y deberá obtener que la garantía o libertad integre el orden normativo, con efecto limitado a la contienda judicial y al solo fin de decidirla.

Formosa:

art. 10: "...Todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho al libro acceso a las fuentes de información".

La Rioja:

art. 30: La ley limitará el uso de la informática para preservar el honor, la intimidad personal y familiar de los habitantes y el pleno ejercicio de sus derechos.

Las autoridades policiales sólo proporcionarán antecedentes penales de los habitantes en los casos previstos por la ley.

Jujuy:

art. 23:

inc. 6: Todas las personas tienen derecho de tomar conocimiento de lo que constare a su respecto en los registros provinciales de antecedentes personales y del destino de esas informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos. Queda prohibido el acceso a terceros a esos registros, así como su comunicación o difusión, salvo en los casos expresamente previstos por la ley.

inc. 8: El procesamiento de datos por cualquier medio o forma nunca puede ser utilizado para su registro y tratamiento con referencia a convicciones filosóficas, ideológicas o políticas, filiación partidaria o sindical, creencias religiosas o respecto de la vida privada, salvo que se tratare de casos no individualmente identificables y para fines estadísticos.

Río Negro:

art. 20: La ley asegura la intimidad de las personas. El uso de toda índole o categoría, almacenada, procesada o distribuida por cualquier medio físico o electrónico, debe respetar el honor, la privacidad y el goce completo de los derechos. La ley reglamenta su utilización de acuerdo a los principios de justificación social, limitación de la recolección de datos, calidad, especificación del propósito, confidencialidad, salvaguardia de la seguridad, apertura de los registros, limitación en el tiempo y control público. Asegura el acceso de las personas afectadas a la información para su rectificación, actualización o cancelación cuando no fuera razonable su mantenimiento".

art. 26: "... Todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho del libre acceso a las fuentes públicas de información".

Salta:

art. 22: "…Las autoridades policiales proporcionan antecedentes penales o judiciales de los habitantes exclusivamente en los casos provistos por la ley.

San Luís:

art. 21: "…Todos los habitantes de la Provincia tienen derecho a tomar conocimiento de lo que de ellos conste, en registro de antecedentes personales e

informarse sobre la finalidad a que se destinan dichos registros y la fuente de información en que se obtienen los datos respectivos".

San Juan

art. 26: "Todo ciudadano tiene derecho a tomar conocimiento de lo que de él conste en forma de registro y de la finalidad a que se destinan las informaciones, pudiendo exigir la rectificación de datos, así como su actualización.

No se puede utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se destine para fines estadísticos no identificables.

art. 27: Todos los habitantes tienen derecho a que se les informe veraz y auténticamente sin distorsiones de ningún tipo, teniendo también el derecho al libre acceso a las fuentes de información, salvo en asuntos vitales para la seguridad del Estado. El tiempo de la reserva se fijará por ley.

Los registros de antecedentes personales harán figurar en las certificaciones que emitan solamente las causas con condenas no cumplidas contra el interesado, salvo solicitud de autoridad judicial o del mismo interesado. No hay restricción alguna para introducir publicaciones, distribuirlas en el interior de la Provincia, programar, organizar y asistir a congresos de carácter provincial, nacional o internacional. La información en todos sus aspectos es considerada como de interés público.

Tierra del Fuego:

art. 45: "Toda persona tiene derecho a conocer lo que de ella conste en forma de registro y la finalidad a que se destine esa información, y a exigir su rectificación y actualización.

Esos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase, ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando éstos tengan un interés legitimo.

11

Solicitada por el señor Convencional De Vedia

Señor Presidente:

En el despacho que estamos considerando, se incorporan a nuestra Carta Magna tres instituciones fundamentales para asegurar de manera realmente efectiva la plena vigencia de los derechos humanos en nuestro país.

En primer lugar, se otorga jerarquía constitucional al "hábeas corpus" ya consagrado en textos legislativos nacionales y cuya efectividad deberá redoblarse en el fututo, mediante leyes que lo contemplen adecuadamente.

Se consagra igualmente el amparo o acción de amparo para proteger a la persona de toda acción que lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratados o leyes. Hasta hoy, sólo ha tenido la efímera vigencia que otorgan las leyes comunes, siempre sujetas a cambios según los intereses en juego.

En el segundo párrafo del despacho se protegen, mediante el amparo, los derechos del usuario y del consumidor, medida que considero sumamente acertada, sobre un tema al que me he de referir cuando se trate el despacho correspondiente.

Por último y a esto quiero referirme en especial con la benevolencia del señor Presidente, se incorpora a nuestra Constitución una inteligente institución, de total aceptación en Europa, que debiera extenderse en toda América Latina, como ya lo han hecho Brasil y Paraguay en sus nuevas constituciones.

La democracia, lenta y progresivamente, ha ido incorporando normas jurídicas para asegurar a los ciudadanos sus derechos y garantías fundamentales.

Entre las conquistas más recientes en el orden referido y a partir de la segunda mitad de este siglo, han aparecido a través de Convenciones, Tratados, Resoluciones, etc. distintos institutos jurídicos, que han hecho posible, de alguna manera, la efectiva vigencia de los respectivos derechos.

Una de las últimas conquistas del ser humano para la protección de sus derechos y la efectividad de las garantías es, sin lugar a dudas, el "hábeas data", también conocido por el derecho de acceso de información o comprobación de datos personales, que surgió como una exigencia racional ante la debilidad del "ciudadano soberano" frente a la enorme máquina administrativa, que lo convertía en un simple "administrado sujeto", desprovisto y solitario ante las negativas feroces de la gigantesca "administración", la que siempre se manifestó renuente a contestar las instancias de los administrados, verdaderos sujetos pasivos y débiles ante el poder del Estado, quien generalmente se negó a informarle sobre los documentos administrativos.

Ante esas actitudes, desconocedoras de la dignidad humana y del carácter del ciudadano como sujeto de la historia y verdadero soberano en una democracia, la opinión pública se fue sensibilizando y el legislador fue tomando conciencia de la realidad.

Durante las monarquías y otras formas de poder absoluto, el derecho a estar informado no sólo fue desconocido, sino negado de manera arbitraria, constituyendo el secreto la regla general.

Este criterio deriva del concepto tradicional de una administración soberana, jerarquizada y centralizada en extremo, con decisiones unilaterales, imperativas y apremiantes, en la cual se prohibía, ordenaba, reglamentaba, concedía o negaba sus beneficios, sin nunca dar cuenta de sus actos a los administrados.

Así, lentamente, en los Estados Unidos de Norte América desde 1946, las relaciones administración-administrados, comenzó a regirse por un procedimiento administrativo, que ofreció garantías para la defensa de los derechos individuales, como el procedimiento contencioso. Además la ley del 4 de julio de 1966, relativa a la libertad de información, estableció y reguló el derecho al libre acceso de los ciudadanos a los documentos oficiales.

En Alemania Federal, la ley del 25 de mayo de 1976, reconoció a todo ciudadano el derecho a ser informado y obligó a la administración a indicar los motivos de hecho y de derecho de sus decisiones, así como a comunicar el expediente que corresponda.

En igual sentido en Suecia, Austria y otros países europeos, la información se fue convirtiendo en la regla y la no información, en la excepción. Portugal lo consagra en la Constitución, 3a. Revisión.

En Francia, particularmente, la ley 78.753 del 17 de julio de 1978, otorgó a los administrados acceso a los documentos administrativos. Por su parte la ley 79.587, del 11 de julio de 1979, impuso a la administración la obligación de motivar los actos administrativos individuales.

Estos textos consagran, por una parte, el derecho de los administrados a la información y la libertad de acceso a los documentos administrativos y, por la otra, el

derecho a ser informados, sin demora, de las decisiones administrativas individuales que les sean desfavorables.

Señor Presidente, al proclamarse en Francia que, por estas leyes, la información es la regla y el secreto la excepción, modificando el criterio anterior, algunos autores y tratadistas expresaron que ello significaba la revolución más importante desde 1789; al tiempo en que otros lo estimaron como el advenimiento de la tercera generación de derechos humanos: la del derecho a saber, después de la de los derechos políticos de 1789 y de los derechos sociales de 1916.

Debe destacarse, entre otras disposiciones, que la ley se esfuerza en conciliar el ejercicio del derecho de acceso reconocido a los administrados, con las necesidades del funcionamiento normal de la administración, así como la preservación de los documentos.

Como garantía de este derecho se establece un recurso ante un organismo específico y un recurso contencioso ante el juez administrativo, estos recursos se ejercen en este orden obligatoriamente.

En el derecho europeo comunitario ha quedado el "hábeas data" consagrado por distintas convenciones entre la que se destaca la de Estrasburgo de 1981 y por distintas leyes locales entre las que deben mencionarse las de Gran Bretaña, Irlanda, España y otras; cabe señalar la Constitución de España de 1978.

Ello forma parte de todo un sistema legal internacional, referido a la informática y la acumulación de datos, ficheros, etc. y libertades, como la protección de la intimidad y otros derechos, sin perjuicio de la seguridad nacional y los derechos del Estado.

Señor Presidente, en América Latina las motivaciones para dar categoría constitucional al "hábeas data", en cierta medida son, por el momento, diferentes, recién cobrarán importancia al estilo europeo, con el desarrollo de la informática y de los demás medios de almacenamiento de datos, pero desde ya abrimos el camino y nos adelantamos a los acontecimientos.

Y la motivación es distinta, en nuestro continente, por cuanto todos nuestros países han sufrido a lo largo de su historia frecuentes gobiernos despóticos, autoritarios dictaduras militares, policías arbitrarias, jueces corruptos o dependientes de las autoridades de turno, y distintos organismos estatales, policiales, de inteligencia, espionaje, etc., que acumulan datos carentes de autenticidad, racionalidad y justicia, para utilizarlos en la actividad política interna.

Cuantas veces señor Presidente, por el sólo hecho de haber asistido como curioso a una manifestación política o reclamo social, o participado en el mismo en ejercicio de un derecho constitucional o firmado una declaración pública de protesta o requerimiento, ha servido para dejarlo marcado para toda la vida, figurando como subversivo, antisocial, comunista, o cualquier otra calificación, que la autoridad de turno no comparte o combate.

Entre los ejemplos más cercanos de la consagración constitucional del "hábeas data" en América Latina, podemos mencionar la Constitución de la República Federativa de Brasil y la de nuestra sufrida República hermana del Paraguay.

En mérito a la brevedad y por ser mencionadas en todos los proyectos que tuvieron entrada en esta reforma nuestra, omito referencias particulares de las mismas.

Dada la importancia fundamental que reviste para nuestra República el tema en debate, sólo resta señor Presidente, antes de finalizar mi exposición, destacar que estamos ante un hecho histórico que merecerá el reconocimiento del pueblo argentino con el correr de los años y que dignifica la labor, por cierto encomiable, de esta Convención Nacional constituyente que ha sabido ponerse a la altura de las circunstancias y trabajar para el pueblo argentino.

Muchas gracias señor Presidente.

12

Solicitada por el señor Convencional Irigoyen

Señor Presidente:

Es motivo de íntima satisfacción participar en este debate porque nos complace el texto constitucional propuesto por la mayoría.

Nos parece acertada la regulación del instituto de Habeas Corpus que después de una larga vigencia en nuestro orden jurídico recepta su consagración constitucional.

Se ha señalado como antecedente más antiguo de esta institución el de la legislación inglesa del siglo XVII y por eso deseamos aportar un antecedente escrito que es muy anterior, el de un pequeño pueblo de origen inmemorial, enclavado entre el mar Cantábrico y los Pirineos.

Me refiero al País Vasco que ha tenido, podríamos decir desde siempre, un derecho consuetudinario esencialmente democrático fundado en los antiguos hábitos y costumbres populares fuertemente impregnados de ese carácter.

El gobierno de sus comarcas era elegido en asambleas por los Caseríos (voto fogueral) y estos representantes unidos a los de otras regiones elegían las Juntas Generales que gobernaban a los estados históricos. Y este origen popular del derecho, bajo forma de fueros, en principio no escritos, hace que encontremos, desde épocas muy pretéritas, el reconocimiento de las libertades garantizadas por el habeas corpus, junto a expresas tutelas de la igualdad del derecho de defensa, de la inviolabilidad del domicilio, del juez natural, de la abolición del tormento y de la libertad de conciencia y de culto que impidió el ingreso de la inquisición en su territorio.

La vigencia del derecho consuetudinario deriva de su consubstanciación con el pueblo. Esta legislación secular se fue recopilando en forma escrita, inscribiéndose las normas de conducta que estaban en vigor desde mucho tiempo atrás.

Este proceso escriturario de los siglos XV y XVI nos permite la recepción del Habeas Corpus en 1526 en la ley 26, titulo XI del Fuero de Bizkaya en estos términos:

"Otro si dijeron: Que habían de Fuero y establecían por ley, que ningún Prestamero, ni Merino, ni ejecutor alguno, sea osado de prender a persona alguna en la tierra llana sin mandamiento de juez competente; excepto en aquellos casos que el derecho permite, así como infragante delito. Si así sucediere y juez competente ordenara la libertad, se le suelta cualquiera que sea la causa o la deuda porque está preso"

Jesús de Galindez sobre este instituto vasco tiene dicho "Suprema garantía penal, expresada siglo y medio antes del "Act. del Habeas Corpus" ingles, y dos siglos y medio antes de la declaración francesa y norteamericana de los derechos individuales". ("El derecho vasco" Ekin 1943, Bs. As. Pág. 135).

También es de señalar la incorporación constitucional del "Habeas Data" como una moderna garantía de los habitantes que coloca a la legislación nacional en el primer plano de la protección personal.

En lo que concierne al derecho de Amparo es de destacar la amplitud de la protección que incluye los derechos de contenido programático insertos en la Constitución y que han sido letra muerta hasta esta reforma.

También debemos poner de relieve la legitimación procesal de las asociaciones especializadas para que, junto con el Defensor del Pueblo, puedan interponer acciones,

contra cualquier forma de discriminación en materia de medio ambiente, competencia de usuarios y de consumidores; así como los derechos de incidencia colectiva en general que significa incorporar la defensa de todos los "intereses difusos" o derechos colectivo o sociales para cuya consagración constitucional he tenido decisiva participación en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías.

Es de señalar que la amplitud de la "cosa juzgada", en materia de Habeas Corpus, debe ser tal como para comprender a todos los interesados en las mismas condiciones que el peticionante.

En este momento en que adquiere categorización fundamental el Derecho de Amparo, corresponde recordar que su inserción en el derecho nacional no se produjo por un acto legislativo.

Su origen es jurisprudencial o pretoriano ya que fue la Corte Suprema la que al resolver el caso Siri Angel S. (41675) el 27 de diciembre de 1957 instituyó el recurso de amparo al sostener que debía restablecerse en su integridad la garantía constitucional afectada, aunque no exista una ley que la reglamente. La sola circunstancia de que el Derecho tuviera jerarquía constitucional imponía el amparo de la garantía que en el caso ocurrente era la libertad de imprenta y de trabajo. Se trataba de la clausura del diario "Mercedes" de dicha ciudad y el Alto Tribunal dispuso hacer cesar esa restricción.

En momentos en que se cuestiona la independencia de la Corte durante este gobierno constitucional debemos hacer un justiciero homenaje a los magistrados Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañarás, Benjamín Villegas Basavilvaso y Enrique V. Galli, que mantuvieron su independencia ante el gobierno de facto que los había designado y porque no decirlo, también implica un homenaje a este gobierno de facto, que reconoció en el caso, la división republicana de los poderes.

13

Solicitada por el señor Convencional Iturraspe

El tema del orden del día Nº 9, que versa, sobre amparo, hábeas data y hábeas corpus, ha sido analizado con enjundiosa profundidad por los oradores que me han precedido en el uso de la palabra, lo que constituye, a no dudarlo, un magnifico aporte para la interpretación auténtica de esta norma.

Empero, quisiera referirme a una cuestión que ha sido objeto de múltiples controversias en el pasado y ahora cobra categoría constitucional. Me refiero a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Tema harto controvertido en el pretorio, nuestro Tribunal Supremo pasó por varias etapas en su hermenéutica.

Una primera tesis negatoria sostuvo que, "en principio", el amparo no era vía apta para el juzgamiento de la constitucionalidad de las leyes o de actos normativos de carácter general, ello en razón de que la naturaleza "ultra sumaria" de este instituto no "permite debate suficiente de los derechos cuestionados".

En el caso "Aserradero Clipper SRL", la Corte Suprema advirtió que en ciertos supuestos, dicha acción, que "no permite debate suficiente en los derechos cuestionados", puede controvertir medidas de contralor previstas por el legislador, frustrando la actividad misma del Estado. El amparo destinado a salvaguardar los derechos constitucionales, puede "convertirse en lo opuesto, es decir en el desamparo

del derecho de todos y cada uno, ante la conducta de los que dolosamente, dañan la economía nacional y agravian las bases morales de la comunidad".

El planteo se reiteró en el caso "Asociación Argentina de Seguros y otros".

Nueve años después, en el caso "Outon" la Corte estableció que 1a prohibición del art. 2º inc. 2 de la ley 16.986 no era absoluta.

La tesis de "Outon" fue seguida en el caso "Mate Larangueira".

Esta segunda etapa culmina en una tercera, cuando el Tribunal vuelve a la tesis negatoria en el caso "Cugliari c/ Provincia de Salta", aunque sosteniendo que la vía procedente no era el amparo sino el juicio sumario.

Sagües, resume la tesis negatoria moderada (Tesis del "principio" y de la "excepción") diciendo que "reitera el uso de una expresión tribunalicia frecuente y algo difusa 'en principio'. Esta frase, recuerda Bielsa no toma el principio en sentido lógico, sino que enuncia una prioridad, como si dijese 'por regla generar'".

Frente a las tendencias que se han enumerado ut supra, en doctrina se ha afirmado la posibilidad de discutir en el amparo la constitucionalidad de las leyes y decretos y ordenanzas.

Los sostenedores de esta tesis son: Sánchez Viamonte Bielsa y posteriormente Bidart Campos. El primero expresa que "no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional".

Bielsa, a su vez enseña que "la atribución de declarar inconstitucional una ley la tiene todo Tribunal Judicial, cualquiera sea su grado jurisdicción y competencia.

El amparo -agrega- protege al lesionado en sus derechos fundamentales o constitucionales. (Aunque estos derechos no sean definidos). Por lo demás, el juicio sobre inconstitucionalidad no requiere prueba y amplitud de debate. Basta la confrontación de la norma u acto impugnado y el precepto constitucional (Ley, reglamento, sentencia, decisión administrativa irrevisable).

Bidart Campos a su vez sostiene la conveniencia de que en el juicio de amparo se declare la inconstitucionalidad. Advierte entre ambos institutos "una cierta materia común". Se pregunta entonces: "¿Quiere ello decir que cada vez que un acto es inconstitucional se puede acudir al procedimiento del amparo para evitar su aplicación; o viceversa, que en todo juicio de amparo en que se hace cesar una restricción indebida a un derecho subjetivo debe declararse la inconstitucionalidad del acto lesivo? Ni lo uno ni lo otro. Pero sí, afirmamos que hay casos en que la vía sumaria de amparo no debe impedir pronunciar una declaración de inconstitucionalidad, sea de ley, de decreto, o de cualquier otra actividad".

El 27 de diciembre de 1990, la Corte se hizo eco de esta elaboración doctrinaria, resolviendo en el leading case "Peralta", que "e1 noble remedio excepcional de amparo no puede engendrar la falsa creencia de que cualquier cuestión litigiosa tiene solución por esta vía; o peor aún, que mediante ellas es dable obtener precipitadas declaraciones de inconstitucionalidad".

"Empero, -prosigue- el carácter no absoluto de ese principio ha llevado al Tribunal a señalar que cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resultan claramente violatorias de algunos de los derechos fundamentales, la existencia de reglamentación (ley 16.986, art. 2º inc. d) no puede constituir obstáculo para que se restablezca de inmediato a la persona en el goce de la garantía constitucional vulnerada. De otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de preceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa –por más constitucional que esta fuese- para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una oportuna restitución del derecho esencial conculcado".

“El art. 2º inc. d) de la ley 16.986 -continúa diciendo la Corte- debe ser interpretado como un medio razonable concebido para evitar que la acción de amparo sea utilizada caprichosamente con el propósito de obstaculizar la efectiva vigencia de las leyes y reglamentos dictados en virtud de lo que la constitución dispone”.

“Pero no como un medio tendiente a impedir que se cumplan los fines perseguidos por la misma ley cuando el acto de autoridad arbitrario se fundamente en normas que resultan palmariamente contrarias al espíritu y a la letra de las leyes”.

Explicando el sentido del concepto de “control de inconstitucionalidad” que compete a los jueces y especialmente a la Corte Suprema en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, el decisorio aclara que “no se limita a la función negativa de descalificar una norma, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra u el espíritu de aquella lo permita, esto es cuidando que concuerde con los principios, derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional”.

“Nada obsta -enfatiza la Corte- pese a la sólo aparente rigidez de los términos del art. 2º inc. d) ley 16.986 -que no puede ser entendido en forma absoluta porque ello equivaldría destruir a la esencia misma del amparo- el examen de inconstitucionalidad propuesto en ese trámite- cuando no existe otro remedio eficaz al efecto”.

Concluye la Corte afirmando, que “la norma del art. 2º inc. d), aludida varias veces, halla su quicio constitucional en tanto se admita el debate de inconstitucionalidad en el ámbito del proceso de amparo, cuando en el momento de dictar sentencia se pudiese establecer si las disposiciones impugnadas resultan o no, clara, palmaria o manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales, que este remedio tiende a proteger”.

Coincidentemente Sagües expresa que “Puesto que el art. 2º de la ley 16.986 veda a los magistrados judiciales expedirse sobre la supremacía de la Constitución en los juicios de amparo, dicha disposición legal resulta, prima facie, violatoria del art. 31 de la Constitución Nacional y viene a ser por ende inconstitucional. Una norma por cierto no debe prohibir a los jueces hacer valer la Constitución por encima de 'leyes, decretos u ordenanzas', por cuanto el tribunal se encuentra obligado a aplicar la norma fundamental (art. 31, Constitución Nacional) antes que la norma derivada. Legal y fácticamente, el mencionado art. 2º de la ley 16.986 posibilita la evaporación jurídica del texto constitucional en los pleitos de amparo, derogando, paradójica e ilegalmente, su aplicación y vigencia en estos asuntos”.

Coincidentemente Lazzarini expresa: “si tenemos presente la supremacía de la Constitución, es fácil concluir que no pueden bajo ningún concepto, ser desconocidos o violados por el Estado, o por los particulares los derechos constitucionalizados. De tal manera, en principio todo amparo trae implícito un pedido de inconstitucionalidad. En efecto, cuando el juez entra a conocer del amparo, hallará un hecho o un acto o una disposición legal en su caso, que está en colisión con algunos de los derechos constitucionalizados y en este supuesto debe aplicar la Constitución”.

Coherentemente concluye sosteniendo que “nada impide al juez resolver sobre la conformidad de la norma legal respecto de la Constitución, si es que, en la oportunidad de dictar sentencia, tiene a su disposición los elementos necesarios para expedirse. No debemos perder de vista que la acción de amparo es una garantía y lo importante es su efectividad, con o sin declaración de inconstitucionalidad, pero si en la oportunidad de resolver, el sentenciador no está privado de elementos de juicio necesarios, no encontramos valla para que se expida sobre la inconstitucionalidad, por el sólo hecho de tratarse de un proceso sumario. La rapidez con que debe resolverse no es suficiente motivo, puesto que ello no puede significar, en manera alguna, que la decisión ha de ser irresponsablemente dictada, sin el convencimiento, estudio y ponderación de

argumentos doctrinarios, legales y hechos puestos a consideración por las partes. Si así no fuera el juicio de amparo sería una manera de desvirtuar la justicia y, con declaración de inconstitucionalidad o sin ella, una puerta abierta de la injusticia y la arbitrariedad".

En el orden judicial cabe significar que, como ocurre por lo general, las disidencias, a lo largo del tiempo terminan por convertirse en mayorías. Así ocurrió en el caso "Compañía Argentina de Teléfonos c/Pcia. de Santiago del Estero" donde los ministros de la Corte Suprema Dres. Boffi Boggero, Aberastury y Oyhanarte, acogieron el amparo invalidando los decretos provinciales tachados de inconstitucionalidad y creando un precedente que luego se transformó en jurisprudencia en los casos "Outon", "Mate Larangueira" y "Peralta".

En la actualidad la doctrina está conteste en admitir la procedencia del planteo de inconstitucionalidad en el juicio de amparo. Se trata de una materia que ya no puede ser discutida.

Empero, conforme a los precedentes jurisprudenciales, no hay duda de que el instituto puede ser utilizado abusivamente pare desvirtuar sus fines. Como dijera la Corte en el ya citado caso "Aserraderos Clipper": "el amparo destinado a salvaguardar los derechos puede convertirse en lo opuesto…".

Dada la obvia conexión entre el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data, que participan de una misma naturaleza, constituyendo los dos últimos un "subtipo" del primero, según el pensamiento de Gimeno Sendra, no cabe duda de que establecida la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad en el amparo la misma rige para ambos institutos que constituyen "subtipos" del primero.

Por ello me parece prudente, y así lo propongo, ubicar el precepto al final del artículo y, manteniendo los sabios precedentes de la experiencia, redactarlo en los siguientes términos: "En estos casos el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva, cuando al momento de dictar sentencia las disposiciones impugnadas aparezcan clara, palmaria y manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger".

Para redactar esta modificación me he limitado a transcribir parte pertinente del Considerando Nº 10 del fallo de la mayoría en el caso "Peralta".

Parafraseando a Rivas en el prólogo de su obra "El Amparo", si "la verdadera esencia del derecho es la armonía", toda prevención por evitar que ella se altere en su práctica, constituye un laudable propósito en homenaje a esa virtud estética.

Espero pues, se acoja mi propuesta en homenaje a la jurisprudencia, que es bueno recordar, deriva etimológicamente de ius, iuris "derecho" y prudentia, "sabiduría, conocimiento".

Como una Constitución es un cuerpo normativo que se prevé para larga vida institucional, es bueno tener en cuenta las razones de prudencia que signaron su lenta evolución, hasta trocarse en precepto escrito.

Nada más, señor Presidente.

14

Solicitada por la señora Convencional Kent de Saadi

Señor Presidente:

El hábeas corpus es una herramienta de los ciudadanos aplicada a la protección de la libertad física o corporal contra el arresto, la detención o la imposibilidad de desplazamiento. Opera asimismo en el caso de agravación ilegítima de las condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.

Surge de los principios fundamentales de nuestra Constitución cuando el artículo 18 enuncia que: "nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita emanada de autoridad competente".

Fue incorporado en el Código de Procedimientos en Materia Penal en sus artículos 617 a 645. Luego en la ley Nº 23.098, recurso de Hábeas Corpus, del año 1984, que establece su procedencia y contempla las normas reglamentarias para entablar dicha acción.

Lo que se obtiene mediante el empleo de este instituto es una respuesta ágil de la justicia consistente en la investigación de la causa de la privación de la libertad de que se trate. Logra, además, determinar para satisfacción de los interesados, si la persona que efectuó dicha detención está facultada por la ley para ello.

La realización de este derecho no tiene por objeto juzgar sobre la existencia o inexistencia de un delito o si el mismo está prescripto.

El amparo, que fue instituido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 1957, protege todos los derechos y las libertades contemplados en la Constitución que no sean los de la libertad física o corporal.

Surge del artículo 33 de la Constitución Nacional donde se regla que: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como la negación de otros derechos y garantías no enumeradas, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Es en este caso, una vía rápida y expeditiva que procura obtener la tutela y el resguardo judicial de inmediato.

Debemos destacar, señor Presidente, que para que el amparo sea viable, es menester que el bien jurídico lesionado surja explícitamente o implícitamente enunciado en la letra constitucional. Del mismo modo el acto lesivo debe mostrar una ilegalidad manifiesta o una arbitrariedad grave y evidente.

Cuando existe una vía procesal prevista para la defensa de los derechos, el amparo es en principio improcedente, salvo que la utilización de dicha vía cause gravamen irreparable.

En este punto es interesante reconocer cómo una ley nos ayuda a encontrar, en su generalidad, caminos para la resolución de problemas puntuales, no siempre eficazmente encarados. Me refiero por ejemplo al deber que tenemos en el cuidado de los derechos de los discapacitados o de quienes adquieren enfermedades, que el prejuicio de las personas los coloca en inferioridad de condiciones frente al resto. Tantas veces discriminados en nuestra sociedad y no suficientemente contemplados los dispositivos adecuados en la trama normativa de nuestro país, poseen en el amparo un mecanismo eficientísimo para la preservación de sus libertades.

En principio tomando la orientación de la Corte Suprema en el caso Kot (año 1958), a diferencia del hábeas corpus, el amparo procede contra actos de particulares, dado que no hay -permítaseme leer parte de los expresado en ese fallo- "nada en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita aseverar que la protección de los derechos humanos esté limitada a los ataques que provengan sólo de la autoridad ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección

constitucional adecuada por la sola circunstancia de que el ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos".

Más tarde, con la ley Nº 16.986, en el año 1966, quedó establecido que la acción de amparo sería admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública. Tal restricción fue severamente criticada por la doctrina, pues no condecía con los objetivos de la Constitución, que asegura a todos los habitantes los beneficios de la libertad, y que se debilita cuando se introducen distinciones que directa o indirectamente afectan la plenitud de sus derechos.

De esta forma se insistió en la vigencia del amparo contra actos de particulares a pesar del criterio de la ley. En tal sentido Bidart Campos expresa que el amparo, por emanar de la Constitución Nacional, no puede ser aniquilado legislativamente. Lo acompaña Robredo: "el fundamento de la acción está en la Constitución y no en la ley".

Luego, con la inclusión en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación de sus artículos 321 y 498, Proceso Sumarísimo, que establece en su inciso 2 que "cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que fuera necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes", se contempla el caso de los actos de los particulares. Así Carlos Colombo, observando la similitud entre los artículos 321 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación y el artículo 1° de la ley de Amparo, dice: "esta correlación conceptual se ha establecido deliberadamente, con el objeto de que fuese aplicable la jurisprudencia ya existente".

Es necesario destacar que en la Convención Constituyente de 1957, la comisión redactora cifró sus conclusiones en un artículo nuevo, que se agregaría al actual 18. Decía: "Toda persona podrá obtener el amparo de sus derechos individuales consagrados en esta Constitución promoviendo por sí o por conducto de un tercero, ante cualquier juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, acción de amparo. Los jueces tienen obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación, restricción o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución, ya provenga de actos o de omisión de autoridad o de particulares". En su parte final decía: "No se necesitará reglamentación previa para el cumplimiento de las garantías precedentes".

Estos antecedentes no hacen más que abonar una decisión que es importante tomar para seguir construyendo el marco jurídico que nos debemos los argentinos, en el cual la salvaguarda del crecimiento y la promoción del cuerpo social no signifiquen de ninguna manera la más mínima obstrucción al pleno ejercicio y goce de las libertades de cada argentino.

Muchas gracias.

15

Solicitada por el señor Convencional La Porta

Señor Presiden te:

En mi carácter de presidente del Bloque de la Unidad Socialista voy a fundar el despacho de la minoría, firmado juntamente con el Frente Grande.

El estudio del derecho y el análisis de la experiencia y su confrontación con la realidad, otorgan un valor indiscutido e imprescindible a la opinión jurídica que se torna indispensable. Pero así como es necesario profundizar el derecho para que la norma legal tenga perfección, también resulta insoslayable la opinión política, porque ello hace a la visión de la necesidad y oportunidad de incorporar al derecho positivo los institutos que exige la realidad social.

Se ha dicho con mucha propiedad que la historia del hombre es la hazaña por la libertad .No es concebible el ser humano, sino hombre libre. No una libertad sin límites, sino civilizada, esto es, enmarcada dentro de la ley que pone el equilibrio entre las necesidades del individuo y la sociedad, entre el ejercicio del poder y el respeto a la persona. Precisamente, ante la necesidad de limitar el poder, que fácilmente se transforma en abuso, y someter la autoridad a la ley para asegurar la libertad, surge el constitucionalismo en el desarrollo histórico de occidente.

La Argentina desde la Revolución de Mayo de 1810 y especialmente de la Asamblea del Año XIII, abrazó decididamente la ideología de la libertad, que a pesar de las luchas intestinas cargadas de pasiones y de intereses encontrados, no exenta de tragedias y de oscuros despotismos, se consolida definitivamente en la Constitución de 1853, que conforma una adecuada aún cuanto perfectible, estructura jurídica para garantizar la libertad individual y poner marcos institucional al ejercicio del poder.

Con el transcurso del tiempo el mundo comprendió que las ideas de libertad, igualdad, fraternidad, que desde la Revolución Francesa quedaron como ideales del constitucionalismo liberal, no se daba en la vida social por el sólo marco de la ley. Había realidades que hacían que esa igualdad no era tal y consecuentemente, la libertad quedaba en gran medida atrapada y la fraternidad se transformaba en un voluntarismo abstracto. Se comprendió entonces que era necesario modificar las relaciones socio económicas y para ello debía elaborarse una nueva concepción del derecho que tornara a la persona en su situación real dentro de la sociedad y no solo dentro de la letra de la ley, de manera que el derecho pusiera el equilibrio que fácticamente no se daba. Esta nueva concepción política y jurídica dio nacimiento al constitucionalismo social, que en la República Argentina entra a través de la reforma de 1957, aún cuanto incompleta, recepcionando los derechos sociales en su art. 14 bis, con el objeto de hacer más posible la libertad.

Pero la hazaña por la libertad es una lucha continua, y garantizarla es una preocupación constante del hombre civilizado, y dentro de este especialmente el hombre político, de ahí que ante situaciones concretas que requieren solución, fueron naciendo institutos que restablecen en forma inmediata y eficazmente la libertad, cuando ésta está ilegítimamente amenazada o alterada. Las respuestas están en el Hábeas Corpus para garantizar la libertad ambulatoria o física, la acción de amparo para asegurar el ejercicio de los demás derechos y libertades y el hábeas data para garantizar la intimidad.

Este fenómeno no pudo ser ajeno al constitucionalismo y es así que surge en el derecho comparado la incorporación de estos institutos en las constituciones de diversos países de Europa y América. Incluso en nuestro propio país, a través de las constituciones provinciales recientemente reformadas, algunas de estas instituciones han sido llevadas a la normativa constitucional.

La reforma que esta Convención está efectuando a la Constitución Nacional no puede menos que incorporar a su texto estas formas jurídicas de garantizar la libertad, cumpliendo así con el mandato de nuestra historia y la exigencia de nuestras convicciones. Por otra parte, ellos ya están incluidos en tratados internacionales

firmados por nuestro país y que esta misma Convención días atrás, le ha otorgado rango constitucional.

Pero el camino no se detiene y el pensamiento individualista del viejo liberalismo ha quedado superado por una concepción más amplia, más compleja, variada y diversa. Hoy preferimos hablar de derechos humanos en vez de derechos individuales, porque es más abarcativo, de un contenido más rico y profundo de la libertad.

La calidad de vida forma parte de ese contenido. Implica la de gozar de un ambiente sano y equilibrado y el derecho a consumir bienes y utilizar servicios libremente elegidos y de calidad. Surgen así derechos y libertades que son necesarios garantizar y que escapan al clásico concepto individualista, para ser acogido en un sentido colectivo. Ya no es sólo la persona sino el conjunto social que requiere asegurar la libertad de cada uno y del conjunto. Estamos frente a los denominados derechos difusos.

Cuando alguno de estos derechos está seriamente afectado o es inminente su afectación, se requiere la acción de la justicia para evitar la lesión o hacerla desaparecer lo más rápidamente posible si ella ya se ha producido, aún en el supuesto de que no haya una persona directamente afectada. Un remedio rápido y eficaz es imprescindible para asegurar el goce de la libertad individual o colectiva y la acción de amparo es el instrumento idóneo para ello. De ahí la inclusión de la legitimación de actuar de quienes no estando directamente afectados, asume por sí o por representación de entidades reconocidas, la defensa de esos derechos.

A veces son las propias autoridades gubernamentales encargadas de hacer efectivo las garantías y los derechos constitucionales, los que la alteran mediante leyes, decretos o actos de gobierno. Cuando ello ocurre no siempre la justicia es suficientemente generosa y amplia con los lesionados como para poner las cosas en su lugar. Algunas veces por comodidad, por sacarse tareas de encima, otras por temor o por sometimiento al poder político, se escudan en formalidades para evitar tratar el fondo del asunto. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha caído en este despropósito, como por ejemplo el "Caso Polino", que con excepción de la medulosa disidencia del Dr. Carlos E. Fayt, desestimó un recurso de amparo que cuestionaba la legitimidad e inconstitucionalidad de la ley 24.309 que convocó a esta reforma.

La utilización de argumentos como falta de legitimación, de cuestiones políticas no judiciables o porque no se puede declarar la inconstitucionalidad a través del amparo, convierten al poder judicial, investido por la propia constitución para asegurar su vigencia, en el encargado de convalidar actos o disposiciones que la violan. Esta realidad, requiera la incorporación expresa en el dispositivo constitucional normas que eviten estas situaciones y pongan a los jueces en la obligación de actuar en resguardo de los derechos y libertades constitucionales cuando éstas, se vean alterados. De nada valdría la normativa constitucional si la justicia no es eficaz, porque bajo "el puente de la Justicia pasan, como dice Calamandrei, todos los dolores, todas las opiniones políticas y todos los intereses sociales."

La historia es dinámica, y con el desarrollo de la computación y la informática, ha cobrado singular trascendencia en las sociedades modernas la necesidad de garantizar más eficazmente el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad. Esto ha hecho surgir una nueva modalidad de acción de amparo denominada "hábeas data", que permite asegurar el derecho de tener acceso a la información personal, a su actualización, a su rectificación y hasta su exclusión si fuese inexacta o altere los derechos mencionados, que se encuentren en registros públicos o privados. Una constitución moderna como pretendemos, no puede dejar de incorporar esta garantía que ya es imprescindible, y lo será más aún con el correr de los años.

Para concluir Sr. Presidente, y como símbolo de la libertad que como socialistas y demócratas queremos garantizar para nosotros y para la posteridad y como dice nuestro Preámbulo "para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino", voy a permitirme narrar un cuento muy corto de Alejandro Solyenitzin titulado SHARIK y que es un canto a la libertad. El cuento dice así: En nuestro patio un chico tiene encerrado a su perrito, Sharik. Lo tiene así desde que era un cachorrito. Una vez fue a llevarle huesos de caldo, humeantes y aromáticos, pero justo en ese momento el chico soltó al pobrecito.

La nieve en el patio es copiosa y blanca. Sharik, lleno de júbilo da vuelta por el patio, salta como una liebre, el hocico lleno de nieve; corre por todos los rincones, del uno al otro, del uno al otro... se me aproxima, todo velludo, salta alrededor de mi, huele los huesos y vuelve a correr.

"No necesito yo sus huesos...denme solamente la libertad".

Gracias Sr. Presidente.

16

Solicitada por el señor Convencional Maqueda

AMPARO, HABEAS DATA Y HABEAS CORPUS.

Un examen, así sea superficial, nos lleva al convencimiento de que han sido tres las acepciones tradicionales del término Amparo según el derecho hispánico:

a) Como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales.

b) Como interdicto posesorio.

c) Como procedimiento sumario destinado a la protección de la libertad personal.

En primer término podemos observar que en la parte introductiva del título XXIII de la partida tercera, se habla de "amparo y amparamiento" para designar los medios de impugnación de las sentencias judiciales, o sea que para este importantísimo cuerpo legal, la palabra amparo tenía un significado de recurso procesal, en estricto sentido.

En segundo lugar, también se ha utilizado el vocablo "amparo" para designar el interdicto de retener la posesión, en la inteligencia de que esta acepción se sigue usando en la actualidad en España, debido a la fuerza de la tradición, según lo expresa el procesalista español Leonardo Prieto Castro.

Pero el significado jurídico más importante del "amparo" es aquel que sirve para calificar la defensa, protección o auxilio de los derechos de una persona.

Se designaba con el nombre de "cartas de amparo" a los documentos que expedía el monarca para que nadie ofendiese al beneficiado con ella, bajo ciertas penas.

También se utilizó el término "amparo" para denominar a los procesos forales aragoneses, y particularmente el fundamental de ellos, es decir, el de "manifestación de las personas" que constituye el equivalente hispánico del Habeas Corpus del derecho angloamericano, en la inteligencia de que como la doctrina lo ha puesto de relieve, la intuición aragonesa se consolidó y perfeccionó con mucha anterioridad a la británica, que si bien se había venido conformando en el Common Law no se le configuró plenamente sino hasta el año de 1679 en que se promulgó la famosa Habeas Corpus Act, en tanto que los procesos forales de Aragón, cuyo origen todavía no se ha precisado,

pero que se remonta a la Edad Media, alcanzaron su perfeccionamiento entre los siglos XIV y XV, en cuyas postrimerías se inició la decadencia.

Tratándose de una institución protectora de la libertad individual y que limitaba las prerrogativas del monarca, tuvo que luchar con el absolutismo de los Austrias, y la decadencia de la institución que señala precisamente a partir de un famoso "amparo" concedido por el justicia don Juan de Lanuza en el año 1591, con objeto de proteger la persona del inquieto e intrigante Antonio Pérez contra la orden de detención proveniente nada menos que del mismo Felipe II, de quien había sido su secretario más influyente.

De Lanuza se enfrentó con valentía, o más precisamente con temeridad, al poderoso monarca, que poseía entre sus títulos la Corona de Aragón, y era tal la fuerza de la tradición que el mismo soberano se sintió impotente para luchar jurídicamente contra la manifestación (amparo) decretado en favor de Pérez, y debió resignarse a entregarlo a la jurisdicción privilegiada del justicia, con la intención de vengarse posteriormente del funcionario tan impertinente.

El tratadista estadounidense Phanor Eder advierte como el derecho indiano se estructuró fundamentalmente sobre el modelo del derecho de Castilla, y esta razón atribuye la circunstancia de que los procesos forales aragoneses no trascendieran a las leyes de Indias.

No obstante, la significación jurídica del vocablo no se perdió totalmente en las colonias españolas de América, pues si bien es verdad que en el Estado actual de las investigaciones históricas no se encuentran vestigios del empleo de la palabra para designar la protección de la libertad personal, en cambio no perdió totalmente su significación como interdicto posesorio.

A) Como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales. No obstante que como hemos expresado, durante la época colonial el término "amparo" no se utilizó con la amplitud que poseía en la metrópoli, sin embargo, podemos observar un renacimiento paulatino de esta palabra en el derecho de la gran mayoría de los pueblos de Iberoamérica, con posterioridad a su independencia, y lo que es muy significativo, en el triple sentido que el vocablo había adquirido en el derecho español peninsular.

Podemos hacer referencia al Derecho Público Provincial Argentino, en el cual el amparo ha tenido un florecimiento verdaderamente admirable, y que emplea el calificativo de "recurso", para designar a la institución, tanto en los preceptos constitucionales como en las leyes reglamentarias respectivas, que normalmente llevan el nombre de "ley sobre el recurso de amparo", denominación que han recibido los siguientes ordenamientos sobre la materia: ley N° 2355 de la Pcia. de Mendoza; ley N° 11 de la Pcia. de Santa Cruz, Decreto 2582 de la Pcia. de Entre Ríos y ley N° 2596 de la Pcia. de San Luis.

Afortunadamente esta calificación impropia empieza a ceder el paso a la que se debe considerar más correcta, es decir la de "acción de amparo" que indica ya su autonomía, y que es el nombre que utiliza el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso Argentino en el mes de junio de 1964.

B) Como interdicto posesorio. Con este alcance, el amparo ha sido consignado en la mayoría de las legislaciones de Centroamérica, de Cuba y Venezuela por lo que puede considerarse que este significado ha tenido y tiene una amplia divulgación.

Primeramente podemos citar la orden militar cubana N° 362 promulgada el 17 de septiembre de 1900, y por la cual se estableció un procedimiento sumario intitulado "orden de amparo", con el carácter de un interdicto para proteger la posesión, tanto de cosas como de derechos.

Casi todos los países centroamericanos, con excepción de Panamá que como veremos otorga al término "amparo" una significación diferente, regulan al propio amparo como una institución interdictal de carácter posesorio, predominantemente

conservativo, pero en ocasiones también restitutorio, variando escasamente en su reglamentación y terminología.

Así podemos citar que tanto Honduras como Nicaragua designan con el nombre de querella de amparo al interdicto para conservar la posesión de bienes raíces y derechos reales.

Honduras, en los arts. 662 a 674 de su Código de Procedimientos (Civil y Penal) de 1906 y Nicaragua en el Código de Procedimiento Civil de 1915 arts. 1654 y 1655.

En la República de El Salvador recibe la denominación de "juicio de amparo de posesión" el interdicto para proteger la posesión de bienes raíces y derechos reales.

El Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, consigna con el nombre de amparo de posesión, un interdicto que se utiliza para mantener en la posesión de bienes inmuebles, en los términos de sus arts. 660-663.

C) El amparo de pobreza. El vocablo "amparo" adquiere una significación jurídica especial en las legislaciones procesales de Colombia y Panamá, países que se encuentran estrechamente vinculados en numerosos aspectos culturales e-ideológicos.

Estas dos naciones iberoamericanas emplean la palabra que examinamos para designar el procedimiento necesarios para que los justiciables de escasos medios económicos obtengan una declaración que los exima de las costas judiciales, y que equivale al instrumento procesal denominado "beneficio para la defensa por pobre".

D) Como procedimiento sumario para proteger los derechos de la persona humana. Este es el significado que no sólo debe considerarse el más importante, sino también el que ha obtenido una mayor divulgación, por lo que debe tomarse como el aspecto por antonomasia del vocablo de que hemos venido tratando.

Haciendo abstracción del amparo mexicano que requiere un examen independiente en virtud de su extraordinaria complejidad los restantes países iberoamericanos han otorgado al amparo como instrumento protector de los derechos del hombre una extensión muy variable, que para los efectos de su estudio podemos dividir en tres categorías.

a) En un primer sentido el término "amparo" se utiliza para designar la tutela de la persona contra las detenciones arbitrarias, y por lo tanto, constituye un sinónimo del Habeas Corpus en su significado de exhibición personal, y con este alcance lo encontramos claramente en la doctrina y la jurisprudencia chilenas, que han generalizado la denominación de "recurso de amparo".

Son tres las finalidades esenciales del citado instrumento procesal; 1) decretar la inmediata libertad del detenido, procesado o preso; 2) subsanar o reparar los efectos legales y c) poner al individuo a disposición del juez competente.

Este mismo significado del amparo como sinónimo de la exhibición personal lo encontramos en varios de los Códigos Procesales Penales de las Provincias Argentinas y particularmente, en el de la Capital Federal y Territorios Nacionales, se refieren al Habeas Corpus con la denominación de "recurso de amparo de la libertad".

b) Una segunda categoría de ordenamientos es aquella que otorga al amparo un significado de instrumento protector de todos los derechos fundamentales de la persona humana consignados en la ley suprema, pero excluyéndose expresamente la protección de la libertad física o de movimiento que está tutelado por el procedimiento independiente del Habeas Corpus, reglamentado además en ordenamientos legales diversos.

Podemos señalar a este respecto el proceso, juicio o acción de amparo que surgió en el ámbito nacional de Argentina con motivo del cambio de criterio de la Suprema Corte de Justicia en los asuntos ya clásicos: el de Ángel Siri (1957) y el de Samuel Kot (1958) pues tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que este instrumento

procesal tiene como finalidad la protección de todos los derechos fundamentales establecidos por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad personal, ya que la misma se encontraba tutelada por el Habeas Corpus.

No es muy claro el régimen constitucional venezolano en este aspecto, en virtud de que no existe una coordinación precisa entre el art. 49 de la ley fundamental de 1961 y el art. 5 transitorio de la misma carta constitucional, pero de la confrontación de ambos preceptos se desprende que el proceso de amparo a que se refieren se contrae a la protección de los derechos fundamentales de carácter constitucional, con exclusión de la libertad personal tutelada por el Habeas Corpus, ya que esta última institución no constituye un novedad adoptada por la citada Constitución de 1961.

Con esta misma amplitud fue consagrado el amparo en el art. 48 de la Constitución de Costa Rica de 1949.

c) Con un triple aspecto, abarcando no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino también comprendiendo la tutela de la libertad personal, y además, el examen de las leyes inconstitucionales, el que se traduce, en su caso, a su desaplicación en la controversia concreta en la cual se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, encontramos el amparo, tal como ha sido reglamentado por las legislaciones de Guatemala, Nicaragua y Honduras.

La extensión que posee el juicio de amparo mejicano es mucho mayor que la que existe en los otros países de Iberoamérica.

Hemos podido descubrir cinco aspectos autónomos, comprendidos todos bajo la misma denominación, y que si bien están unidos al tronco común poseen principios peculiares que permiten un examen independiente de cada uno de ellos.

Estos aspectos autónomos, que son cinco en la actualidad nos hemos permitido denominarlos: “amparo-libertad”; “amparo contra leyes”; “amparo-casación”, “amparo administrativo” y “amparo en materia agraria”.

a) En primer término el amparo mexicano, y esa fue una de sus prístinas funciones, protege a la persona individual contra los ataques de que puede ser objeto por parte de cualquier autoridad, en su libertad física o en su dignidad personal con una amplitud similar a la que se atribuye al Habeas Corpus en los regímenes iberoamericanos

b) En segundo lugar podemos hacer referencia al “amparo contra leyes”". Esta faceta del amparo tiene por objeto mantener la supremacía de las normas constitucionales contra las disposiciones legales secundarias que las contradigan, siempre que estas últimas se traduzcan en la afectación de la esfera jurídica de los particulares.

c) El tercer aspecto del amparo mexicano, o sea el que hemos calificado gráficamente de “amparo-casación”, no puede parangonarse con ninguna de las instituciones que en el derecho Iberoamericano reciben la misma denominación del amparo, ya que esta modalidad apareció por razones de carácter histórico, político y social, de naturaleza estrictamente nacional.

d) Entramos a un cuarto aspecto del amparo mexicano en la función de este instrumento protector para la tutela de los particulares contra los actos de la administración activa y respecto de las resoluciones del Tribunal Fiscal de la Federación.

a') En primer término se utiliza contra los actos y resoluciones de la administración activa, y este sector realiza las funciones que se atribuyen a la institución tradicionalmente denominada, aunque no con mucha propiedad, “contencioso-administrativo”, nombre atribuido a un órgano judicial.

b') En segundo lugar, si se hace valer contra las sentencias del referido Tribunal Fiscal de la Federación, se configura realmente una casación administrativa, ya que se contrae exclusivamente al análisis de la legalidad de las resoluciones de dicha jurisdicción administrativa delegada.

En cuanto al primer aspecto abarca el examen de los actos o resoluciones administrativas que afecten los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, el amparo administrativo mexicano coincide tanto con el Habeas Corpus, en cuanto se utiliza como protección contra detenciones arbitrarias efectuadas por autoridades administrativas, como en relación con el "amparo" estimado como instrumento tutelar de los restantes derechos fundamentales de la persona humana, tal como estas instituciones han sido configuradas por los otros países iberoamericanos.

e) finalmente, el aspecto que hemos denominado "amparo en materia agraria", tampoco encuentra paralelo en las restantes instituciones que hemos examinado con el nombre de "amparo" en los países hispanoamericanos, puesto que constituye una modalidad inspirada en la peculiar reforma agraria del derecho mexicano, y surgió en la reforma constitucional del 30 de octubre de 1962 y de la Ley de Amparo del 3 de enero de 1963, por virtud de las cuales se establecieron reglas especiales para proteger los intereses de los grupos campesinos organizados de acuerdo con el régimen de la propiedad ejidal y comunal.

POSIBILIDAD DE ESTABLECER UN AMPARO AMERICANO:

Si excluimos la significación secundaria del interdicto de "amparo" y la de "amparo de pobreza" podemos descubrir un común denominador en la institución, considerada en su acepción esencial de protectora de los derechos de la persona humana, ya sea también que comprenda la tutela de la libertad física o que esta última se encuentre encomendada a un instrumento independiente, como lo es el Habeas Corpus o exhibición personal.

En los Congresos Jurídicos Internacionales Latinoamericanos se descubre esta misma tendencia en favor de la unificación de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, y como ejemplo podemos citar la proposición que se aprobó por aclamación en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil efectuada en la ciudad de Sao Paulo, Brasil, en septiembre de 1962, en el sentido de establecer en el continente americano un sistema unitario de protección de los derechos fundamentales, según el modelo del juicio de amparo mexicano y el mandato de seguridad brasileño.

También debemos señalar el profundo ensayo realizado por el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou, para redactar una ley reglamentaria uniforme, no solo de un juicio de amparo americano, sino inclusive de carácter universal, apoyándose en el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que tiene su antecedente y coincide esencialmente con el invocado artículo XVIII de la Declaración Americana.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que el vocablo "amparo" tan castizo, evocador y legendario, según la certera apreciación del constitucionalista mexicano Tena Ramírez, es el que posee mayores y mejores títulos para calificar la futura y nobilísima institución uniforme de carácter jurisdiccional que proteja los derechos del hombre establecidos en todas las Constituciones del continente americano, justificando de esta manera, el nombre que ha recibido de "Continente de la Libertad". (Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos de Héctor Fix Zamudio).

La acción de Habeas Corpus -que garantiza al individuo una expedita intervención judicial para proteger su libertad física -y la acción de amparo- que protege respecto de actos que en forma actual e inminente lesionen otras derechos

constitucionales, en aquellas ocasiones en las que la demora de los trámites judiciales normales imposibilitaría una reparación eficaz- tienen la característica común de proteger no sólo el derecho sustantivo en juego sino el procedimiento procesal que los garantiza.

Si bien ambas garantías no se encuentran expresamente consagradas en el texto de la norma fundamental, han reconocido expresa vigencia en el sistema como consecuencia de derivaciones implícitas y de la axiología del mismo.

En e1 caso del Habeas Corpus, 1a interpretación del artículo 18 respecto a la expresa mención de que "nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente …". Sin embargo una de las preguntas aún sin responder es si todos los aspectos involucrados en el concepto de Habeas Corpus gozan de tal sostén constitucional.

En principio estuvo previsto para impugnar arrestos o detenciones realizados en violación al mencionado art.18 (Habeas Corpus clásico o principal). Más tarde fue habilitado para cuestionar amenazas de arresto (Habeas Corpus preventivo) o lesiones menores a la libre locomoción tales como vigilancias infundadas o seguimientos molestos (Habeas Corpus restringido). También ha sido instrumentado para cuestionar detenciones que si bien provenían de autoridad competente y con orden escrita, resultaban vejatorias o no se realizaban en concordancia con el tipo de arresto (Habeas Corpus correctivo). En este último supuesto se ha aplicado sustancialmente el art. 18 in fine.

Tales subtipos han sido receptados en el art. 3 de la ley 23.098 -sancionada en 1984- que ha regulado esta institución de manera autónoma en el ámbito nacional. En adición a la ley federal, cada provincia cuenta con su legislación constitucional o legal, propia en el tema.

A su vez, el Pacto de San José de Costa Rica consagra esta garantía en el punto 6° de su art. 7°.

En e1 caso del amparo, su expreso reconocimiento tuvo origen en una creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -fallos "Siri" y "Kot"- que fundó su consagración en el principio de que los derechos constitucionales tienen carácter operativo.

El pacto de San José de Costa Rica recepta esta protección en el punto 1° de su art. 25.

En relación con ambos institutos el Superior Tribunal de la República ha sostenido: "Lo que primordialmente tienen en vista el Hábeas Corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados. Dichas garantías no atienden unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales. La Constitución está dirigida irrevocablemente a asegurar a todos los habitantes "los beneficios de la libertad" y este propósito, que se halla en la raíz de nuestra vida como Nación, se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos.

En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 10 de diciembre de 1948, establece en su art. 8°: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley".

Con independencia de lo manifestado, la doctrina nacional ha planteado la ausencia de consagración expresa de estos institutos en el texto constitucional.

Otorgarles jerarquía constitucional permite desbaratar aquellas opiniones que sostienen que su reconocimiento emerge de la ley ordinaria y las peligrosas consecuencias que tal interpretación puede acarrear para su vigencia efectiva.

Por ello, su propuesta de inclusión en este proceso reformador aparece como sustancial, oportuno y necesario.

DERECHO COMPARADO - CONSAGRACION CONSTITUCIONAL.

Las modernas constituciones del mundo han dado cabida a estos institutos en forma expresa.

Algunos ejemplos son:

1. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL.

LXVIII. Se concederá el Habeas Corpus siempre que alguien sufra o se halle amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de desplazamiento, por ilegalidad o abuso del poder.

LXIX. Se concederá mandamiento de amparo para proteger un derecho líquido y cierto no amparado por Habeas Corpus o Habeas Data, cuando el responsable de la ilegalidad o del abuso del poder sea autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público.

2. COSTA RICA.

ART. 48. Toda persona tiene derecho al recurso de Habeas Corpus cuando se considere ilegítimamente privada de su libertad.

Este recurso es de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia y queda a su juicio ordenar la comparecencia del ofendido, sin que para impedirlo pueda alegarse obediencia debida u otra excusa.

Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el recurso de Amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley.

2. PERU.

Art. 200: Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Habeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales, ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

4. ESPAÑA.

Art. 17:

4.-La ley regulará un procedimiento de “Habeas Corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.

Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

HABEAS DATA

La función básica del Habeas Data es garantir el acceso de la persona a aquellas informaciones que constan en registros y bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público o la posibilidad de ratificar dichos datos.

El derecho que tal acción ampara parece pertenecer a la órbita del derecho a la intimidad en relación con el conocimiento e información de datos que puedan afectar la honra, reputación y dignidad personal. Por ello, debe ser distinguido del derecho a la información en general.

E1 vocablo "data" ha sido entendido como la representación convencional de datos concretos o instrucciones apropiadas para volcar a un procesamiento por medios automáticos. Registro de datos.

La protección tiende a evitar el abuso de poder o la negativa arbitraria a brindar información a la persona de cuyos datos se tratan.

Con independencia de que su reconocimiento encuentra fundamento en los que podríamos llamar la "zona de penumbra" de otros derechos constitucionales, tales como los indicados más arriba, lo cierto es que en el derecho comparado se ha tendido a consagrar en la norma base la garantía especifica.

DERECHO COMPARADO-CONSAGRACION CONSTITUCIONAL

1. BRASIL.

LXXII. Se concede el Habeas Data:
a) para asegurar el conocimiento de, información relativas a 1a persona del solicitante, contenidas en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;
b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiere hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo.

2. La Constitución peruana también lo consagra en forma expresa.

Art. 2°: Toda persona tiene derecho:
5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibir la de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la nación o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refiera al caso investigado.

A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

3. ESPAÑA

Art. 18:

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

5. PAISES BAJOS

Art. 10

l. -Todos tienen derecho, salvo las limitaciones que establezcan por o en virtud de la ley, al respeto de su intimidad personal y familiar.
2. -La ley establecerá normas para proteger la intimidad personal y familiar en relación con e1 registro y e1 suministro de datos personales.
3. -La ley regulará los derechos de las personas a tomar conocimiento de los datos registrados sobre ellas y del uso que se hace de los mismos, así como a la rectificación de dichos datos.

Luego de ciento cuarenta y un años de vigencia de la Constitución de 1853, es innegable que no ha sido suficiente plasmar en el texto constitucional un decálogo de derechos si los mismos estaban desprovistos de la compañía de dispositivos que fortalecieran y aseguraran su protección y operatividad plena. No bastaba, pues, declamarlos sino que era necesario garantizar que esos derechos pudiesen encontrar amplia, eficaz y rápida satisfacción para el ciudadano.

Ese es el norte que se persigue con la inserción en la Constitución de las acciones de amparo, Habeas Data y Habeas Corpus y que orientan el dictamen de la mayoría en esta cuestión.

Efectivamente, inscribir la acción de amparo –instituto característico del derecho de origen hispano- en la letra constitucional no es otra cosa que reconocerle el rango que jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia le había ya otorgado al fallar en las causas "Siri, Angel" y "Samuel Kot S.R.L.", en 1957 y 1958, respectivamente, al hacer jugar el art. 33 referido a los derechos no enumerados.

Como se sabe, el primero de estos casos significó dejar sin efecto un acto de la autoridad pública que lesionaba seriamente el derecho a expresar las ideas por la prensa (clausura por parte de la policía del periódico "Mercedes"). Un año después, el mismo alto Tribunal, protegiendo el derecho a trabajar, amplió el concepto a los actos llevados a cabo por los particulares (ocupación de una fábrica por parte de los obreros).

Posteriormente, en 1966, se dicta el decreto-ley 16.986, reglamentado por decreto 929/67, a través del cual se establece el régimen legal del amparo.

Ya más cerca de nuestros días, y enmarcándose en esa corriente -con el consenso y consejo prácticamente unánime de la doctrina- los procesos constituyentes de las provincias, iniciados a partir del retorno de la democracia en 1983, fueron incorporando en sus cartas fundamentales la figura del amparo como medio de protección de aquellos derechos distintos a los de la libertad individual, que se vieran lesionados, alterados, restringidos o amenazados por acciones u omisiones de autoridades o de particulares. Así, la cuasi totalidad de las constituciones provinciales contienen expresamente en sus articulados al amparo, mencionándose a guisa de ejemplo la de Córdoba (art. 48), Salta (art. 85), San Luis (art. 45), Santa Cruz (art. 15) y Misiones (art. 16).

Destacamos, además, que el Pacto de San José de Costa Rica acoge la acción de amparo y que por ley N° 23.054 del Congreso de la Nación se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

La característica de este instrumento protector de los derechos individuales está dada, esencialmente, por el hecho de tratarse de una acción rápida y expedita, o sea sumarísima. Ello en aras de evitar que interminables dilaciones en el ámbito de la justicia conspiren contra la eficacia y oportunidad del pronunciamiento requerido toda vez que, generalmente, al momento de reivindicarse el derecho conculcado a través del fallo, este carece de actualidad y por lo tanto ya se diluyó la urgencia que motivara la petición de amparo.

En el citado Pacto de San José de Costa Rica, se hace mención a un recurso "sencillo y rápido" y similar postura adoptan las constituciones de Chile, México, Ecuador, Guatemala, Brasil, Bolivia, Paraguay, Perú y Venezuela. Solamente dos

constituciones de América Latina no prevén expresamente la acción de amparo en su letra: Argentina, y Haití.

En nuestro proyecto de reforma de la Constitución que presentáramos en la Cámara de Diputados de la Nación en 1992, insistíamos ya en la imperiosa necesidad de abreviar el proceso de amparo para garantir su eficacia, mencionándose que los jueces, en caso de no haber reglamentación, arbitrarían trámites sumarísimos.

Esa es la clave para evitar el fracaso del derecho que se busca amparar y lograr, al mismo tiempo, que la acción entablada no se ordinarice sino que, por e1 contrario, mantenga su calidad de remedio excepcional. En concordancia con ello, y como apoyatura de lo expuesto, se menciona en el dictamen de mayoría que la interposición de la acción procederá siempre que no exista un medio judicial más idóneo.

Conviene resaltar, además, que mediante esta acción no sólo se tutelan derechos reconocidos por la Constitución, sino también por un tratado o por una ley.

Por fin, se incorpora la posibilidad concreta que el magistrado interviniente declare la inconstitucionalidad de la norma en que se basa el acto o la omisión lesiva.

En el segundo párrafo del dictamen de mayoría se habilita expresamente al defensor del pueblo para que pueda actuar procesalmente en los casos que los derechos afectados tuvieren relación con cualquier forma de discriminación, o de protección al ambiente, a la competencia, al usuario, y al consumidor. Igualmente serán admitidas en procesos las asociaciones por ley, reconocidas y registradas, que tiendan a la salvaguardia de los fines descriptos.

En el tercer párrafo, se hace ineludible remarcar la inclusión del instituto de la acción de Habeas Data en la Constitución argentina está orientada a la consecución de dos objetivos prioritarios, cuales son: primeramente, la adaptación del texto constitucional a las épocas presentes y a la adecuación de los tiempos por venir, y, seguidamente, reconocer y amparar la privacidad y el derecho a la intimidad de las personas por medio de un real y efectivo mecanismo de protección.

En ese sentido, la permanente búsqueda de satisfacer que los ciudadanos puedan tener gozo pleno de sus derechos más personalísimos, maraca el rumbo del dictamen de la mayoría.

Por ello, la impostergable necesidad de dotar de la acción de Habeas Data a toda persona a los fines que conozca los datos a ella referida que consten en registros públicos o privados y del fin de éstos, y en su caso exigir la supresión, rectificación y actualización de esos datos.

Hoy, esta acción destinada a brindar amparo al ciudadano, atendiendo al derecho de acceder a la información que del mismo conste en registros no sólo manuales sino también en soportes magnéticos es de suma importancia, y en especial habida cuenta del constante avance de la automatización de la información y la tecnología informática a través de lenguaje de las computadoras, almacenamiento de datos y procesamiento inmediato de los mismos. Estas no son más que algunas de las múltiples razones que convierten esta acción en esencial para conjugar armoniosa y cuidadosamente la utilización de los actuales poderosos ordenadores y los derechos humanos.

Pero ya en el siglo pasado -y por ende sin computadoras- comienza a debatirse en los estrados judiciales la aparente colisión que existiría entre el derecho de una persona o empresa a recabar información sobre otra persona y el derecho a la privacidad de ésta. Así, en los Estados Unidos de América, en el año 1888, nace jurisprudencialmente el rigth of privacy (el derecho a la privacidad).

En este siglo encontramos la protección de los datos personales en diversas declaraciones internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966, la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades

Fundamentales de 1950, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, entre otras.

Igualmente, en el derecho internacional comparado -y esencialmente en los países de cultura occidental- se retoma idéntico principio de defensa al derecho a la privacidad, sancionándose leyes o disposiciones tales como la ley francesa N° 78.753 de 1978, la Privacy Protection Act en Estados Unidos de 1980 que establece la vía judicial para la protección de datos personales, el Freedom of Information Act australiano de 1982, y análogamente en Canadá e Israel.

Del mismo modo existen países en los cuales se acoge la tutela del derecho a la intimidad y a la privacidad a través de su incorporación en los códigos civiles, como ha sido el caso de nuestro ordenamiento al introducirse el artículo 1071 bis mediante la ley 21.173. Similar criterio adoptó la entonces República Checoslovaca en los arts. 11 y 12 de su código civil.

Sin embargo, algunas naciones, al considerar insuficiente tratar el derecho a la privacidad en una ley ordinaria o en un código, procedieron a otorgarle rango constitucional. Tal convencimiento rige en España, Puerto Rico, Perú, Venezuela y, Egipto, entre otros países.

Párrafo aparte resulta apropiado dedicar al derecho público provincial comparado, puesto que algunas de las constituciones de nuestras provincias prevén en sus textos la protección del derecho a la privacidad (La Rioja, art. 30) sumado a la posibilidad de los ciudadanos de acceder a registros en los que consten información sobre ellos y a solicitar su actualización, modificación o supresión (San Juan, art. 26; Córdoba, art. 50; Rio Negro, art. 20; y Tierra del Fuego, art. 45) pero no les confieren la herramienta esencial para lograrlo, es decir que carecen de un remedio rápido y eficaz como es una acción sumarísima.

Merece destacarse, a esta altura, la circunstancia que considerábamos que no era suficiente sólo el reconocimiento del derecho personalísimo a la privacidad y a la intimidad -aún cuando el mismo se hiciera en el texto constitucional-, sino que era necesario que todas las personas contasen con un enérgico y positivo instrumento que les permitiera hacer valer tales derechos y, de esa manera, conocer fehacientemente la información que de ellas se tuviera en cualquier clase de registro y la finalidad que se le pretendiera dar a tal información, como así también evitar el mal uso de ella. Ese instrumento es el Habeas Data.

En virtud de ello, resulta imprescindible destacar que en el derecho constitucional comparado las disposiciones de las Cartas Magnas de Portugal de 1976 (artículos 33 y 35) y de Brasil de 1988 (art. 5° inc. LXXII), han seguido ese camino al consagrar expresamente e1 Habeas Data como mecanismo de acción efectiva de protección.

Ahora sí, incorporando también el Habeas Data en nuestra Constitución, el derecho deja de ser sólo un anhelo, un reconocimiento subjetivo, o una mera declamación de garantías para convertirse en un elemento de acción y eficacia procesal tendiente a lograr el efectivo amparo del bien jurídicamente protegido.

Finalmente, en el último párrafo del dictamen de mayoría, se propone incluir en la Constitución, la acción del Habeas Corpus.

El antecedente más remoto de esta acción -según sostiene el profesor Sagüés en su obra sobre el Habeas Corpus- sería el interdicto romano homine libero exhibendo previsto en el Digesto y se circunscribiría a una acción popular y perpetua tendiente a obtener una orden de exhibición de una persona. Ello, evidentemente, sólo estaba reservado para los hombres libres y vedado su acceso a los esclavos.

El rasgo primordial del actual Habeas Corpus, como de aquellas acciones que le sirvieron de génesis, consiste en su carácter tuitivo que persigue esta protección de la libertad ambulatoria, lo cual se traduce, indefectiblemente, en la posibilidad concreta del

goce de otras libertades dependientes y derivadas de aquélla.

Los pueblos, desde siempre, tuvieron una continua y constante lucha con el poder, al tiempo que buscaban de éste el reconocimiento de derechos, garantías y libertades, tanto como cuerpo social íntegro y como componentes individuales de ese todo. Innumerables han sido los episodios que en ese sentido hicieron historia, siendo indispensable recordar -con el riesgo que depara la brevedad asumida- aquellos documentos que inspiraron la modernidad jurídica, como la Carta Magna arrancada a al rey Juan Sin Tierra a comienzos del siglo XIII, el Habeas Corpus Act de 1679 durante e1 reinado de Carlos II de Inglaterra, la Constitución de Filadelfia de 1787, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 dictada apenas un mes después de la toma de la Bastilla.

Actualmente, la acción de Habeas Corpus está reconocida de modo explícito en casi todas las constituciones de este siglo, tanto de América Latina como del resto del mundo occidental, como así también se dispuso su incorporación en diversos instrumentos internacionales. Cabe destacar, en el mismo orden de ideas, que las constituciones que rigen nuestras provincias también han incluido en sus textos esta acción, sobre todo aquellas provincias cuyo proceso reformador tuvo lugar con posterioridad a 1983. Análogo objetivo tuvimos al proponer la inclusión de esta acción en el proyecto de reforma de la constitución que presentáramos por ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en 1992.

El dictamen de mayoría sigue idéntico criterio a lo sostenido jurisprudencialmente a nivel nacional y a lo reglado por ley No 23.098 en cuanto a la directa y efectiva protección que debe dispensarse a la libertad física o ambulatoria, ampliando el campo de su esfera de defensa a distintos momentos o circunstancias.

En efecto, por un lado se puede accionar cuando el derecho a la libertad física ha sido ya dañado y se persigue, por ende, la reparación o e1 cese del hecho lesionador. Además, puede ser invocado cuando se produce un acotamiento en el derecho al pretender, por esta vía, evitar, su restricción. Igualmente, una modificación que altere la esencia de la libertad ambulatoria o simplemente la amenace, encuentra acogida en la acción de Habeas Corpus elevada ahora a rango constitucional. Ello, consecuentemente, nos lleva a decir que este instituto puede interponerse con carácter de prevención, de corrección o de reparación del bien jurídico tutelado.

Equivalente convencimiento ha guiado la protección de la libertad física a través del Habeas Corpus para aquellas ocasiones en que se agraven, de modo ilegítimo, la forma o condición de detención de una persona, solicitando al juez el inmediato cese de tal situación.

Por otra parte, conocidos por todos son los lamentables episodios que vivió la República durante el último período militar y significaron e1 antecedente para que expresamente se reconozca la acción de Habeas Corpus ante casos de desaparición forzada de personas.

Por último, el Habeas Corpus no podrá ser objeto de ninguna suspensión o restricción ni aún durante la vigencia del estado de sitio, lo que sin duda garantiza su efectividad incluso en ocasiones donde las libertades individuales deban ser recortadas por reales motivos de gravedad institucional.

Solicitada por la señora convencional Martino de Rubeo

Señor Presidente:

La protección de los derechos fundamentales de la persona es uno de los pilares esenciales del sistema democrático; dicha protección se alcanza a través de garantías expresas que tutelan tanto la libertad física como los demás derechos y libertades de la persona humana.

Estos mecanismos de protección se consagran explícitamente en el despacho de la mayoría, que otorga rango constitucional al amparo, al hábeas corpus y al hábeas data.

En relación a la garantía del amparo la misma no encuentra un fundamento expreso en la Constitución Nacional, pudiendo distinguirse, nítidamente, tres etapas bien definidas: la primera, que abarca hasta el año 1957 en la cual el amparo no presentaba un reconocimiento constitucional; a partir de ese año, con los célebres fallos "Siri" y "Kot", se concluye sobre la raigambre constitucional de esta garantía; y una tercera etapa a partir del año 1966 en que se regula legislativamente al amparo a nivel nacional a través de la ley 16.986.

Es decir, señor Presidente, que el amparo fue admitido tanto jurisprudencial como legislativamente.

El despacho de la mayoría consagra explícitamente la vía del amparo tanto contra actos de autoridad pública como de particulares, receptándose de esta manera lo normado en el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y lo dispuesto en diversas constituciones provinciales que extienden el amparo contra actos lesivos de particulares.

Además el despacho de la mayoría amplía garantizadoramente el ámbito de tutela del amparo, ya que procederá contra todo acto u omisión que lesione, amenace o altere no solo derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional sino también por un tratado internacional y por una ley, procediendo la viabilidad del amparo respecto de tres situaciones diferentes: contra cualquier forma de discriminación, los derechos que protegen el ambiente, y a la competencia, el usuario y consumidor.

Se legitima para interponer esta acción no solamente al afectado sino también al defensor del pueblo, a determinadas asociaciones y a quien alegue la existencia de un interés difuso.

También, Sr. presidente, el despacho de la mayoría reconoce constitucionalmente la procedencia del hábeas data (traer la información), como una forma específica de amparo, que se fundamenta en el derecho a acceder a las fuentes de información, a fin de que cualquier persona conozca las informaciones que a ella se refieran existentes en registros públicos o privados.

Por último, Sr. presidente, el despacho de la mayoría consagra constitucionalmente al hábeas corpus, que ya encontraba fundamento en el art. 18 de la Constitución Nacional, al señalar que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, siendo procedente esta acción en los supuestos de hábeas corpus reparador, preventivo, correctivo y también en los casos de desaparición forzada de personas.

En definitiva, Sr. presidente, el despacho de la mayoría instrumenta constitucionalmente suficientes medios de protección para un pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana.

Solicitada por la señora Convencional Meana García

La incorporación expresa de la acción de amparo al texto constitucional implica un salto cualitativo muy importante para quienes propugnamos un régimen de garantías amplio para los derechos constitucionales.

Hasta la fecha, y más allá de la tradición amparística que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal ha venido sosteniendo desde los ya citados casos "Siri" (1957) y "Kot" (1958), la jerarquía legislativa dada a esta acción a través de la ley 16.986 contra actos del Estado y del art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contra actos de particulares, tuvieron un basamento constitucional impreciso en la norma de habilitación de los derechos no enumerados o implícitos del art. 33 de nuestra Constitución Nacional. A partir de ahora, la precisión del texto que vamos a incorporar como un artículo nuevo en el Capítulo Segundo de la Constitución Nacional hace que su basamento constitucional expreso fortalezca esa tradición amparística ya señalada, a partir de lo que la doctrina, vaya de ahora en más enriqueciendo a partir de la interpretación más favorable a la ampliación del garantismo en general.

En efecto: si existe un común denominador en la voluntad de esta Convención Reformadora al tratar los temas de los "Nuevos Derechos" es sin lugar a dudas la extensión de los horizontes que en materia de protección constitucional se le pretenden otorgar como herramientas a todos los habitantes de la Nación.

Se sigue en esto la tendencia evidenciada en el nuevo constitucionalismo provincial en los últimos diez años.

Por supuesto que ha habido diferencias en la discusión en la Comisión de estudio al abordar este tema: no es conveniente en este momento evidenciar las discrepancias sino el consenso alcanzado en torno al texto que aprobaremos en esta sesión.

Pero sí vale la pena resaltar que los distintos bloques no pensaron desde un primer momento de la misma manera en cuanto a la extensión de esta medida tutelar. Por eso, vengo a ratificar cual es la voluntad de los convencionales de la UCR de Río Negro cuando presentamos nuestra propuesta transcribiendo prácticamente las normas que nuestra Constitución provincial de 1988 ha sancionado.

Los arts. 43, 44 y 45 de la misma incorporaron con una extensión muy amplia esta acción, incluyendo además de su jerarquía constitucional expresa los denominados "Mandamientos de ejecución y de prohibición", a fin de perfeccionar el remedio procesal que nuestros constituyentes habían sancionado.

En estos seis años que van de vigencia no ha habido ninguna de las amenazas que hoy se pretenden señalar como desventajas en cuanto a los límites que le damos a la norma: no ha habido "industrias de juicios", no se ha alterado el normal funcionamiento de los Tribunales Provinciales, y los abogados de Río Negro no somos más ricos a costa del Estado Provincial o Nacional como se ha pretendido acusar sin fundamento. Por el contrario lo que sí ha habido es un mejor andamiaje institucional para que todos los rionegrinos gozaran de manera efectiva la vigencia real de los derechos consagrados en nuestra Carta Provincial.

Lo que sí ha habido también es una mayor participación y conciencia ciudadana en la defensa de lo que a cada uno le corresponde. Y a esto no le tenemos miedo, sino que por el contrario no tenemos el menor empacho en reconocer que así estamos profundizando la democracia de todos los argentinos.

Por supuesto que aquí aparecen entre todos los sectores políticos que integran esta Honorable Convención diferencias ideológicas: ¿Por qué las vamos a ocultar? Los

radicales creemos que estamos dando un paso fundamental en el afianzamiento de la participación democrática y en la protección de la gente en sus derechos de todos los días. Otros no pensarán lo mismo, y seguramente verán en esta figura el fantasma de la demagogia, del desorden y del caos que se avecina a partir del día siguiente al que juremos esta nueva Constitución. Pero estoy convencida que el consenso alcanzado entre los sectores populares va a darle más fuerza a nuestra intención de hacer de esta una "Constitución para la gente".

La incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, ya largamente debatida en este recinto, así como las figuras de la iniciativa popular, el referéndum y el plebiscito, es sin duda un hito fundamental en esta voluntad transformadora que el radicalismo viene sosteniendo desde siempre. Este instrumento que hoy estamos aprobando va a complementar de manera contundente un principio constitucional que creemos esencial: NO HAY DERECHO SIN GARANTIA.

Por ello, el tema del acceso a la justicia no es una cuestión de forma sino de fondo. El tema de la legitimación procesal, si bien es fundamentalmente analizado desde la perspectiva procedimental, debe necesariamente ser tenido en cuenta al momento de incorporar nuevos derechos y garantías. Aquí una vez más un instrumento en apariencia, neutro tiene su propia carga ideológica.

Me tocó ser miembro informante por mi bloque al momento de debatir la preservación del ambiente. Al discutir su jerarquía constitucional, la Comisión había recogido este principio de que no hay derecho sin garantía, al incluir en un último párrafo la legitimación para accionar en la defensa ambiental. Por razones metodológicas, y luego de largas discusiones, se decidió que era de mejor técnica legislativa remitir el tema a este artículo que estamos analizando. Por ello, quiero resaltar especialmente el carácter complementario que este texto tiene con referencia al artículo que ya hemos aprobado sobre preservación del ambiente.

Dejo de esta forma aclarado uno de los puntos que fueron criticados oportunamente por algunos miembros de otras bancadas: no es cierto que no estemos incorporando los llamados "Derechos colectivos" o lo que mi compañero de bancada, el Dr. Humberto Quiroga Lavié, ha llamado "Derechos públicos subjetivos". Por el contrario, y siguiendo los preceptos de quien es un maestro en esta materia, el Dr. Augusto Mario Morello, estamos convencidos que los llamados "intereses difusos" forman parte indudablemente del derecho "fondal".

¿Hasta dónde abrir "la canilla" de la legitimación?: esta es la pregunta que debemos hacernos. En lo personal, y desde la experiencia ya señalada en mi provincia, no tengo ningún temor en abrirla hasta el final. La participación de la ciudadanía en la defensa de sus derechos no es algo a lo que le tenga miedo, sino que es mi compromiso en esta actividad. Quizás podríamos haber hecho un texto que se acerque más a mi "Constitución ideal", pero estoy segura que esta "Constitución posible" es infinitamente más rica de valores democráticos y progresistas que la que teníamos hace apenas menos de tres meses.

Una vez más rescato pues el consenso alcanzado, con la certeza que estamos cumpliendo con nuestro mandato como convencional constituyente.

19

Solicitada por el señor Convencional Menem

<u>NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS</u>

Vamos a comenzar este tema habilitado para la reforma constitucional haciendo un breve comentario a la forma en que la ley 24.309 lo instituyó.

La diferencia entre la Constitución formal y la Constitución material es a menudo de grado. La enumeración de los derechos puede ser parcial, no significando la negación de otros que aunque no enumerados subyacen y existen en forma implícita.

Cuando esto sucede encontramos aquella diferencia de grado, de manera tal que no implica ni puede ser la negación de la existencia de derechos. Mientras los denominados derechos implícitos no atenten contra la estructura o el sistema constitucional, no pueden en forma alguna, ser negados bajo pena de caer en el despropósito de ponderar lo formal sobre lo sustancial.

La dinámica de la interpretación constitucional a partir de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así lo ha establecido basado fundamentalmente en lo preceptuado en el artículo 33 de la ley fundamental.

La tutela de cualquier derecho - enumerado o no - es derivación razonada de su existencia; y la inexistencia de mención del aspecto formal tutelar, no tiene ninguna significación si partimos de la base de la existencia "in totum", entendiendo por ésta el derecho en sí y su forma de protección.

Lo expresado encuentra suficiente basamento en la regla que establece que todo lo que no está prohibido está permitido. Esta regla contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional - que opera en forma inversa para los funcionarios - es sin duda la ratificación de existencia de derechos implícitos.

Por estas razones comenzábamos comentando la forma de habilitación del texto legal porque tal cual lo expresara la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el leading case "Siri": "Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias..."; y siendo ello así es indudable que nos encontramos con aspectos formales que hacen a la defensa como vía procesal apta de derechos substanciales, enumerados o no, los que de acuerdo a la doctrina referida existen por sí solos y contienen su método de tutela.

Pero más allá de esta disquisición que indudablemente es una óptica parcial de análisis del tema, lo real y cierto es que la idea del legislador preconstituyente ha sido cuando menos, la de realzar la jerarquización de estos medios de tutela de los derechos individuales. Y ello responde a la evolución de la doctrina constitucional y de las corrientes filosóficas de pensamiento, que con el paso de los tiempos y con los impactos sociales van dotando de un cariz distinto conforme a los requerimientos, a la norma constitucional.

Sin embargo no podemos olvidar que ya en 1860 al incorporarse Buenos Aires a la Confederación, Vélez Sársfield en apoyo de la tesis que sustentara Sarmiento procurando la incorporación del artículo 33 de la Constitución Nacional, sostenía la validez del texto en la forma que fue concebido para su redacción, diciendo que la enumeración resultaba imposible porque debían comprenderse además todos aquellos derechos inherentes a los hombres y a los pueblos, que por ser anteriores a la ley revestían el carácter de derechos naturales y eran comprensivos de toda la existencia humana.

No escapó al legislador constituyente del 53 la amplitud del accionar del hombre que debía ser protegido, lo que plasmó a través del principio de reserva que incorporó en el texto del artículo 19 de la Constitución Nacional. Y en el próximo tramo del mismo texto reafirmando este ámbito de libertad le agrega el principio de legalidad. Y para evitar cualquier abuso y dotar a los derechos del contenido material de justicia incorpora la regla de la razonabilidad en el artículo 28.

Nótese entonces que a veces de manera expresa y otras como derivación razonada, el constituyente del 53 dejó previsto al menos la cobertura futura de los silencios de la Constitución. Pero hoy el hombre necesita la tranquilidad frente a los abusos que ha sido objeto en numerosas oportunidades, de contar con normas legales expresas que tiendan a proteger sus derechos. Ya no se contentan con dejar librado al criterio judicial su protección; necesita y exige que el propio juez se encuentre atado a la ley para erradicar cualquier riesgo.

Han sido tantos los abusos cometidos por los seres humanos en contra de sus semejantes, que aquí encontramos razón más que suficiente para justificar plenamente la incorporación al texto constitucional de estos institutos que nos ocupan.

Tal cual lo hemos apuntado no todos los derechos constitucionales forman parte del silencio constitucional; algunos están expresamente establecidos y creemos que son aquéllos a los que en su momento el constituyente consideró como más importantes o primeros o de mayor categoría axiológica para el hombre.

Así, el "hábeas corpus" reconoce una raigambre constitucional expresa en el artículo 18 cuando señala "...ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente". Este instituto protege la libertad corporal del hombre, que al momento de la organización nacional revestía un lugar preponderante en el pueblo que acaba de emanciparse.

Pero el tiempo transcurrió y este derecho como otros tantos se fue consolidando; y como siempre sucede en las sociedades, cuando los requerimientos son satisfechos se incorpora el resultado al patrimonio del hombre, precluye una instancia de su vida, y esa misma preclusión opera como punto de partida; de lanzamiento a una nueva conquista social. Es la lucha por el derecho.

HABEAS DATA

Como señalamos precedentemente el hombre a medida que transcurre su tiempo comienza a descubrir nuevas necesidades que paulatinamente las va incorporando o pretende hacerlo entre las cuales encontramos su intimidad.

Ahora bien ¿qué es la intimidad del hombre? Sin ninguna duda es un derecho esencial que hace a su personalidad. Es uno de los tantos derechos que le corresponde al ser humano como tal y que ocupa un lugar preponderante junto a los demás.

Así lo ha señalado correctamente Bustamante Alsina: "El respeto de la vida privada es un derecho de la personalidad cuya jerarquía no es menor que el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al honor, a la preservación moral de la creación intelectual, al derecho a la información y al respeto debido a los despojos mortales de las personas. Es que todos ellos no son sino los atributos esenciales de las personas, inseparables de su condición humana y cuyo desconocimiento implicaría aniquilar su existencia física y moral como individuo y como ser social. ...la persona humana, cuya unidad como ser ético físico no tolera el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos que son parte inescindible de su existencia misma".

"Tal vez pueda decirse que en un orden jerárquico de los derechos, el valor de la vida está antes que los otros valores que emanan del hombre como ser moral, porque, suprimida la vida, no cuentan ya los otros bienes jurídicamente protegidos, pero que aunque la existencia física no experimente ningún ataque, el desmedro de los otros bienes significará la privación de su goce, frustrándose así, un interés legitimo que el ordenamiento jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad del hombre".

Ahora bien la intimidad posee diferentes grados: en sentido estricto, es la zona espiritual íntima o reservada de una persona; y en sentido amplio de un grupo, especialmente de una familia (Diccionario de la Real Academia, Madrid 1970). Urabayen, citado por Feriar Rubio, en su obra Derecho a la Intimidad "...distingue un sentido estricto y otro extenso, al describir el contenido de la intimidad en el primer caso entiende que "comprende las relaciones sentimentales, sexuales y religiosas", con lo cual acrecienta el marco delimitado por la primera acepción que brinda el diccionario".

Tres aspectos fundamentales integran la intimidad: 1º) la tranquilidad; 2°) la autonomía, 3º) el control de la información personal.

Por tranquilidad, según el juez Colee se trata del "derecho a ser dejado solo y tranquilo o a ser dejado en paz". Novoa Monreal dice: "es el derecho que tiene todo ser humano a disponer de momentos de soledad, recogimiento y quietud que le permitan replegarse sobre sí mismo".

Autonomía, segundo aspecto que integra la "privacy" significa según Theodore Mitau "libertad de tomar decisiones relacionadas a las áreas fundamentales de nuestras vidas".

Por último el control de la información o "informational privacy" que es sin duda el más importante aspecto de la intimidad en el momento actual, comprende dos aspectos según Ferreira Rubio; "por un lado, la posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida de una persona; por el otro la posibilidad que corresponde a cada individuo de controlar el manejo y circulación de la información que, sobre su persona, ha sido confiada a un tercero".

El bien jurídico tutelado en el tema que nos ocupa es "la reserva espiritual de la vida del hombre, asegurando su libre desenvolvimiento en lo personal, en sus expresiones y sus afectos" según Zavala de González.

Producto de la sociedad moderna, el impacto tecnológico genera nuevas necesidades y ejercen sobre el derecho una influencia decisiva. Ante la posibilidad que la intimidad de las personas pueda ser violentada por el manejo abusivo de los sistemas informáticos y registros almacenadores de datos, hace necesario una respuesta por parte del ordenamiento jurídico que tienda a la protección y mantenimiento del derecho a la intimidad.

El medio adecuado para tal fin es el Hábeas Data. Othon Sidou, profesor de la Facultad Nacional de Derecho y Presidente de la Academia de Letras Jurídicas de Brasil, en un trabajo editado en "La Ley", 192-E, donde habla sobre el mandamiento de ejecución (writ of injuction) y sobre el mandamiento de prohibición (prohibition) y luego sobre el hábeas data, nos dice su significado de la siguiente manera: "Hábeas, segunda persona del subjuntivo de hábeas... habere, significa aquí "tengas en su posesión", que es una de las acepciones del verbo, y data es el acusativo plural de datum, que los diccionarios más modernos definen como representación convencional de hechos, conceptos o instrucciones de forma apropiada para la comunicación y procesamiento por medios automáticos. Entonces: que tengas los registros, los datos".

Señalamos que el medio adecuado es éste por ser específico para el fin, no obstante que la reparación del perjuicio que se pueda ocasionar a las personas por la intromisión en su vida privada a raíz de la circulación y manipulación de datos, también obtiene protección por la denominada teoría general de la responsabilidad.

Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en el fallo "Ponzati de Balbin, Indalia E. c/Edición Atlántida S.A." definió la intimidad como "derecho a decidir por sí mismo en que medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de la vida personal".

La protección de la vida privada reconoce ya tutela constitucional a través del Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 11 que dice: “Protección de la honra y de la dignidad”. 1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Cuando algunos de los aspectos que integran la intimidad es violentado por el uso abusivo en el manejo de datos aparece la necesidad de protección legal, que es a lo que se tiende con la incorporación de este instituto, que reviste una categoría similar a la de acción de amparo, como el medio eficaz y rápido de reparar inmediatamente el daño causado o prevenirlo en su caso.

La informatización como técnica de tratamiento en el manejo de datos “...comportan el riesgo de una categorización de los individuos sin tener en cuenta matices que pueden resultar del espíritu, del sentimiento y de la moral de cada uno. ...es tanto más grave cuanto que la información del perfil de una persona la convierte en una abstracción cuando se produce el intercambio de información entre los ordenadores...”.

Señala Bustamante Alsina, agregando otro riesgo, la posibilidad que la memoria de los ordenadores al conservar indefinidamente los datos pueda “...atentarse contra el derecho al olvido que es un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya al hombre haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedirme rehacer su personalidad”.

Otro riesgo consiste en desviar la información existente, que se acrecienta por la intercomunicación de los ordenadores, lo que sucede a menudo en la administración pública como en las empresas privadas, produciendo en consecuencia discriminaciones sustentadas muchas veces en opiniones políticas, filosóficas, religiosas, etc.

André Roux en su libro “La protection de la vie privée dans les rapports entre l'état et les particuliers” dice refiriéndose a la peligrosidad de la informática con respecto a la vida privada: “El ordenador con su sed insaciable de información, su reputación de infalibilidad, su memoria donde nada puede borrarse, podría ser el centro nervioso de un sistema de contralor que transformaría la sociedad en un mundo de cristal, en el cual nuestro hogar, nuestra situación financiera, nuestras relaciones, nuestra salud física y mental, sería puesta al desnudo ante cualquier observador”.

Y apunta Bustamante Alsina “la vida privada resulta el valor humano más vulnerable a la generalización y perfeccionamiento de la informática, lo cual es un grave peligro en orden al progreso social, pues en el Estado moderno la vida privada esta en el corazón de la libertad”.

En orden al derecho comparado el instituto que nos ocupa de una u otra manera ha sido recepcionado por el “Freedom of Information Act”, la “Privacy Act”; y la “Privacy Protection Act” en Estados Unidos. Otros países como Alemania, Portugal, España, Brasil, Australia, Canadá, Israel, Turquía, Francia; etc. Han receptado este derecho en leyes o en sus constituciones.

El derecho público provincial también ha acogido el instituto en las constituciones de La Rioja, San Juan, Jujuy, Córdoba y San Luís.

El Hábeas Data se diferencia de la acción de amparo al decir de Sidou en que “...en la acción de amparo, existe un derecho líquido y cierto determinable de manera inmediata por el juez, al enfrentarse con la demanda, que es la existencia de acto o hecho contrario a la ley. Aquí no existe un derecho líquido y cierto de carácter fáctico por ser subjetivo”.

El derecho a la intimidad reconoce protección legal en el artículo 1071 bis del Código Civil, introducido por ley 21173, que dispone “El que arbitrariamente se

entrometiera en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en el diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

Existe un aspecto que eventualmente puede entrar en colisión con este derecho a la intimidad y con su forma de protección, el hábeas data; cual es el de la libertad de expresión. Sin embargo la doctrina de la Corte se ha encargado de analizar minuciosamente este aspecto, y demostrar que en modo alguno puede considerarse como derecho excluyente o preponderante cualquiera de ellos.

En efecto, ha dicho la Corte: "...la libertad de expresión debe ser sopesada con los valores relativos a la seguridad e incolumidad de las instituciones constitucionales. ...la garantía de la libertad de prensa como ningún otro derecho no es absoluto ni debe interpretarse de manera que anule o contradiga otro… es decir nunca puede llegar a constituir un derecho absoluto merced al cual se pueda hacer tabla rasa con todas las otras declaraciones, derechos y garantías que enumera expresa o implícitamente la propia Constitución".

Y continúa diciendo el fallo referido: "Es decir, que la Constitución Nacional no garantiza la irresponsabilidad en el ejercicio del mentado derecho, como es obvio, ni, como suele decirse, otorga al respecto un bill de indemnidad. …si bien es muy sabido, y sin que esto implique menguar en modo alguno la jerarquía que, por cierto le corresponde y se le reconoce a la libertad de prensa, que en nuestro Derecho Constitucional no existen los derechos absolutos".

Joaquín B. González en su célebre "Manual" ya señalaba: "La Constitución asegura la absoluta libertad de emitir ideas pero no la impunidad de las ofensas a la moral, al orden público, o a los derechos de terceros".

Como vemos no puede existir ningún argumento válido que enerve la posibilidad, o más bien diría la necesidad de incorporar con rango constitucional esta acción o derecho de hábeas data. Si bien no está mencionada en forma expresa en la ley de declaración de necesidad de la reforma, no cabe duda de que se trata de una forma especial de amparo, como protección a un derecho específico de la Constitución Nacional.

20

Solicitada por el señor Convencional Olmedo

SEÑOR PRESIDENTE:

Han pasado muchos años desde que el señor JOSE GUILLERMO BERTOTTO llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación reclamando por el ejercicio abusivo de derechos de parte del Estado en contra de sus derechos reconocidos constitucionalmente.

La fuerza de la realidad hizo advertir en épocas pasadas que los derechos tutelados en la constitución deben ser respetados y protegidos por un acto jurisdiccional rápido y sencillo. Y así es como nació el Instituto del AMPARO por ley, y este Cuerpo Legislativo elegido en forma legal y popular hoy va a darle Rango Constitucional al remedio procesal.

La figura del AMPARO, como fórmula de garantizar derechos constitucionales o legales, se halla consagrado prácticamente en todas las legislaciones provinciales, y fundamentalmente en la ley Nº 16.986 pero resultan un tanto complejas las medidas previas a su habilitación, y los criterios interpretativos de dicha ley, que su carácter de garantía previa se desnaturaliza, ya que al concederse, el daño ya está causado o es irreparable.

Siguiendo esta inteligencia, se habla en este proyecto de acción rápida y expedita de amparo, porque el Instituto tiende a evitar la consumación de una violación de un derecho subjetivo u objetivo de cualquier sujeto por parte de un particular o un tercero.

Esta situación hace que sea imprescindible su incorporación a la Carta Magna, como norma de carácter protectora de los derechos constitucionales y legales, que por la vía ordinaria o no serían eficaces por la lentitud, o directamente no remediarían un eventual atentado a derechos tutelados.

La ley Nº 16.986, que rige el Instituto, ha generado en la doctrina una serie de cuestiones interpretativas, que hacen necesario un texto constitucional como el propuesto que hagan al Instituto como figura que solucione problemas, y no que los cree.

Véase señor Presidente, que en la norma propuesta se han insertado las palabras DERECHOS Y GARANTIAS exactamente como la ley referenciada, y ello responde a una necesidad, en mi criterio, fundamental.

En efecto, es intención de este constituyente que LOS DERECHOS Y TAMBIEN LAS GARANTIAS DE LA CONSTITUCION se hallen amparados, y no solo los Derechos, dejando de lado las Garantías y esto es así, por las siguientes razones:

Siguiendo a DANA MONTAÑO "LA REGLAMENTACION LEGAL DEL AMPARO JURISDICCIONAL" mencionamos Derechos y Garantías por una cuestión práctica pues coincidimos con el autor citado en que la doctrina tiene dificultades para distinguir entre ambos términos, de manera que resulta más atinado y prudente comprender a ambos dentro del texto constitucional. Sin perjuicio de que en sentido estricto resulta correcto delimitar los derechos de las garantías, debemos reconocer que en nuestro derecho argentino tal distinción no es perfecta y que la aplicación no es unánime.

Se entiende que Derechos existen frente al Estado y a los particulares, y pueden ser violados por uno u otro, en tanto que Garantías existen solo frente al Estado para que preste su actividad jurisdiccional al individuo que invoca una pretensión jurídica.

Obsérvese, que en la ley 16.986 la protección sólo se extendía a los actos de AUTORIDAD PUBLICA y el presente proyecto se refiere también a los PARTICULARES lo que significa un avance en la legislación protectora de los derechos amparados por la constitución.

En definitiva aunque los términos no sean muy técnicos brindan sin embargo la solución interpretativa a la norma, amparando incuestionablemente a una extensa gama de bienes jurídicos, cualquiera sea su rotulación, en cuya protección estamos todos interesados.

Me congratulo, SEÑOR PRESIDENTE, que en un párrafo completo de esta proyectada norma se haya invocado a la Discriminación en todas su formas, la defensa el medio ambiente, la libre competencia, al consumidor, a1 usuario, los derechos de incidencias colectivas, el Defensor del Pueblo, las asociaciones que propician la protección de los derechos enumerados precedentemente porque dichas cuestiones hacen a la necesidad de la medida procesal que estamos propiciando.

En efecto, estos derechos, pueden ser violados en un solo acto o hecho del gobierno o de particulares, y la demora en la decisión judicial es siempre inidonea para asegurar la vigencia de dichos derechos, y entendiéndose, SEÑOR PRESIDENTE, que la enumeración es solo ejemplificativa y no taxativa ya que la dinámica de la vida legal es tan rápida que la norma no puede cristalizarse en determinadas necesidades coyunturales.

Nace aquí la primera duda, ¿es esta norma aplicable a todos los conflictos sobre los derechos y garantías reconocidos en la Constitución?

La respuesta se halla en la misma norma, ya que contiene conceptos que fijan los límites a tanta amplitud, dichos términos son SIEMPRE QUE NO EXISTA OTRO MEDIO JUDICIAL MAS IDONEO, en esa frase se fijan los alcances de la norma.

Hay situaciones especiales en que el reclamo de un derecho concreto no admite la dilación de un proceso común. La vía ordinaria resulta incomoda y sin eficiencia alguna, ya que al reconocernos un derecho, el mismo se torna ilusorio, pues el daño ya ha sido consumado, daño de un bien protegido constitucionalmente.

Cuando en una pretensión jurídica material va ínsito un derecho reconocido por la constitución escrita, cuya amenaza o violación se alega por una parte lesionada, el acto jurisdiccional debe tener la suficiente aptitud para que la sentencia mantenga la vigencia de la constitución. En todos los casos de las acciones de amparos ha habido una agresión ilegítima a derechos de rango constitucional.

Siguiendo a Néstor Pedro Sagües digo: "…Toda vez que la lentitud puede frustrar la idoneidad de la sentencia o desubicarla del ámbito real de la situación jurídica que debe resolver, el derecho a la jurisdicción reclama la apertura de vías procesales aptas por su celeridad y sumariedad".

Aún subsiste en la memoria de mis comprovincianos los abusos cometidos en épocas aciagas, en que veíamos caer nuestros ranchos o despojarnos de los bienes a las autoridades gubernamentales y cuando la justicia reconocía nuestros derechos, ya no existían formas materiales de volver las cosas a su estado anterior.

Fue así como insertamos en nuestro proyecto los conceptos de: EXPEDITA Y RAPIDA y esto no es, SEÑOR PRESIDENTE, una expresión demagógica, sino que responde a una realidad concreta, pues generalmente los avasallados en sus derechos, son los más débiles económicamente y por ende la lentitud jurisdiccional causa mayor perjuicio.

No quiero olvidar durante esta alocución, un término que no se halla en la ley 16.986, y es la palabra: ***inconstitucionalidad.*** Esto en mi modo de ver es fundamental, porque hace a la <u>sistematización</u> de este proyecto, pues, si los derechos regulados en la constitución son ambivalentes, o sea oponibles tanto al estado como a los particulares, toda violación en detrimento de su vigencia resulta inconstitucional, derive de donde derivase.

Si la inconstitucionalidad se configura por la incongruencia de un acto respeto de la constitución, cualquier acto -público o privado- puede atacarse de inconstitucional si la infringe.

Es decir, que cuando la constitución inviste a una persona de una facultad jurídica y la hace sujeto de derecho, obliga a los sujetos pasivos a no conculcarles esas atribuciones, vale decir, veda violaciones, abusos, desconocimientos de tales derechos individuales. Y en esa prohibición, involucra como sujeto pasivo universal a todos y a cualquiera: a los particulares, al estado, a los funcionarios etc. De tal manera que cualquier acto u omisión de la autoridad o de particulares puede y debe ser argüido de inconstitucionalidad.

En definitiva, la inconstitucionalidad no es, entonces privativa de las leyes o de las normas jurídicas estatales que vulneran la constitución, sino de toda actividad -incluso privada- que no se ajusta a la constitución, porque como decía el maestro GENARO R. CARRIO, "…La Constitución sirve de cartabón para enjuiciar la conducta de los habitantes del país…".

SEÑOR PRESIDENTE: seguidamente me referiré a otro párrafo del proyecto, una acción jurisdiccional y es al que en la terminología jurídica se la conoce como EL HABEAS DATA.

Debo reconocer SEÑOR PRESIDENTE que existe en mí la más absoluta convicción de que hemos dado un nuevo paso hacia una democracia mas perfeccionada, con la incorporación de ese texto a la Carta Magna. Con el instituto del Hábeas Data se da el tiro de gracia a uno de los últimos miedos de la sociedad argentina, el miedo a los falsos, erróneos o equivocados datos que sobre nuestra persona puedan tener los organismos de Seguridad del Estado, que fue el causante de tantas muertes innecesarias que asolaron el país en las décadas pasadas.

SEÑOR PRESIDENTE, a caballo de esos errores, quedó en el subconsciente colectivo un inmenso temor en la ciudadanía, que con el instituto de referencia podrá eliminarse poco a poco.

Realmente son pocos los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de esta figura que ya existía entre los romanos y que se fue desarrollando en todos los países de antiguo ejercicio de la democracia, y más recientemente en algunos que modificaron sus constituciones.

No podemos dejar de insertarla en nuestra Carta Magna que estamos modificando, ya que sería un error imperdonable.

Detrás de todas las grandes crisis devienen los cambios en un sentido o en otro y de nuestras crisis institucionales pasadas, entiendo que se va a dar en sentido positivo, y es allí, hacia donde vamos con la acción de Hábeas Data.

Es menester SEÑOR PRESIDENTE, en este momento hacer un paréntesis en el desarrollo del tema para hacernos algunos interrogantes, a) ¿qué se intenta proteger con esta acción? y b) ¿de qué se protege, con dicha acción?

Debo manifestar que muchas dudas se crearon en mí al hacerme esta pregunta, y qué escala de valores se debe utilizar para responder a esa pregunta.

Y ello, responde a muchos años de vida autoritaria en la Argentina, a la falta de costumbre de vivir en libertad y también al ánimo de vencer antes que convencer al adversario. Todo ello, me hizo pesar y medir las consecuencias de la existencia de la presente acción.

Me pregunto entonces ¿es la seguridad o la libertad lo más importante? Y me inclino por la libertad.

Y, al inclinarme por ella, comienzo a responder a mis interrogantes y digo: El Hábeas Data, protege el honor, la privacidad, la intimidad personal y familiar y el legítimo ejercicio de los derechos del ciudadano.

No se trata, como dirían los legisladores españoles, de oponerse a la acumulación de datos por parte de autoridades públicas o entes privados, sino de su aplicación, que con la sumatoria de todos los datos sobre las personas, hasta se podría crear un perfil individual de las personas, que en caso de ser erróneo, a más de violar la privacidad y el honor de ellas, podrían incluso causar más daños en otras áreas.

SEÑOR PRESIDENTE:

¿Cuál es la vía que debe elegir el ciudadano libre frente a un organismo estatal que posee sus datos personales en forma equivocada?, en primer lugar, ninguna, y es así, porque esta privado de acceder a él, pero en el caso de conocerlos, aún en forma

accidental, ¿qué podría hacer? y la respuesta sigue siendo nada, en principio, ya que de querer hacer algo, caería en quizás un proceso judicial, cuyo resultado no está garantizado por nadie.

Pero, hay otra cuestión, y es el caso de los entes privados, que poseen datos de la personas y en este caso, dichos datos deben ser conocidos por su titular.

Acaso, SEÑOR PRESIDENTE, no conocen los ciudadanos el maridaje que existe entre los comerciantes y ciertos centros de Informaciones Comerciales, que en algunos casos transforman a los ciudadanos en CASI MUERTOS CIVILES ya que no les posibilitan siquiera realizar ningún tipo de actividad mercantil y esto SEÑOR PRESIDENTE es una pequeña muestra de los beneficios que la figura del Hábeas Data traería a la sociedad Argentina.

Creo haber cumplido con mi deber de Convencional si un derecho más se incorpora a esta constitución, aún cuando lamento que el proyecto presentado por este constituyente no haya sido considerado en su integralidad.

Y digo esto porque soy un convencido de que nuestra democracia se perfeccionará con un control más estricto de nuestros hombres de gobierno y fue por ello, que en nuestro proyecto originario, se haya propiciado también el derecho de los ciudadanos a conocer los antecedentes de sus futuros gobernantes.

SEÑOR PRESIDENTE, esto no es nada nuevo, sino que este derecho ya se halla inserto en otras constituciones, pero, es evidente que aún no cabe en nuestra Carta Magna.

Antes de concluir con el tema en cuestión, quiero recordar lo dicho precedentemente. Al manifestar que en mi escala de valores la libertad estaba antes que la seguridad, me he ajustado estrictamente a la verdad y por ello me es especialmente agradable que la información periodística no haya sido afectada, porque considero personalmente que la libertad periodística es una de las bases del sistema democrático por la transparencia que obliga a imprimir a los actos de los gobernantes. Si antes se dijo que la Universidad es la tumba de los tiranos hoy digo que la prensa libre es tumba de los Dictadores.

Siguiendo con mi exposición, SEÑOR PRESIDENTE: me referiré a otro tema relacionado también con la libertad, pero en este caso, la ambulatoria, estoy hablando del Hábeas Corpus.

Si bien es cierto, que en nuestro proyecto original presentado a esta Honorable Convención Nacional Constituyente, se había desarrollado con mayor amplitud esta acción, debo reconocer que esta redacción me ha dejado satisfecho.

Me ha dejado satisfecho, porque en la simplicidad de su redacción, se hallan las tres clases de circunstancias que propiciamos para la vigencia de la garantía.

El texto de mayoría dice cuando el derecho lesionado se halle AMENAZADO, estamos SEÑOR PRESIDENTE, en presencia del Hábeas Corpus PREVENTIVO, señalado en nuestro proyecto. Asimismo cuando se habla del derecho lesionado, restringido hace referencia a la posibilidad de la aplicación del Hábeas Corpus REPARADOR, también denominado en doctrina CLASICO, y por ultimo cuando el proyecto dice: "…en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o en las condiciones de detención...", obviamente, nos referimos al hábeas corpus GENERICO, también señalado en nuestro proyecto.

Pero, justo es reconocer que el proyecto dado a luz, por la comisión respectiva, tiene un gran avance, previsto por nosotros, pero quizás no bien expresado: la desaparición forzosa de las personas. Esto no es más que efecto y consecuencia de hechos ocurridos en pasadas épocas.

SEÑOR PRESIDENTE: Lamento en la normativa proyectada, no se hallen más elementos como los insertados en el proyecto originario de este constituyente, que juzgo de gran importancia para la aplicación inmediata de la garantía propuesta, pues va a dar lugar a largos debates sobre la interpretación de la norma.

En honor a la brevedad, solo citaré un ejemplo de los problemas que creo se va a generar; cuando el artículo propuesto dice: "…el Juez resolverá de inmediato...", la pregunta es: ¿Qué Juez es competente? y esta pregunta no es vacua, pues es nuestro deseo que la garantía propuesta sea aplicable en todo el territorio de mi provincia y sabido es que en la misma solo hay tres circunscripciones Judiciales, y los ciudadanos que vivan lejos de los Juzgados específicos, se verán privados de la garantía que se transformaría en un beneficio para parte de la ciudadanía argentina.

SEÑOR PRESIDENTE: no estoy hablando como un letrado o versado en derecho, sino como un humilde profesor que ha trabajado en contacto directo con los habitantes del interior y ha visto de cerca los abusos que se cometían contra ellos, y lo único que pretendo es asegurar la libertad ambulatoria de mis conciudadanos.

Por último, quiero dejar mi reflexión sobre la necesidad de que la norma contenga sanción para la inobservancia de la misma por parte de los jueces como lo habíamos propuesto y la necesidad de que sea operativa en su aplicación.

Me referiré en primer lugar a la inobservancia de la norma por los jueces.

En efecto, muchas veces (en nuestro país tenemos vastísimos ejemplos) que cuando un ciudadano planteaba un recurso, en contra de una medida del poder político, el Juez, por compromiso moral o político, se negaba a recibir dichas acciones de amparo u otra garantía, y ello constituía un agravio difícil de reparar, ya que la responsabilidad del Magistrado se diluía, por no haber una norma concreta como la que proponemos.

En segundo lugar, las normas, entendemos deberían ser OPERATIVAS, y de aplicación concreta en aras de una mejor protección de los derechos ambulatorios y derechos humanos de todos los habitantes de esta Nación Argentina.

SEÑOR PRESIDENTE:

La declaración de derechos debe tener el carácter de operativa, significando con ello que ha de ser suficiente que la constitución consigne un derecho, implícita como explícitamente para que el Estado le depare la garantía necesaria.

Los formoseños tenemos la triste experiencia de que nuestra constitución provincial con más alarde literario que resultado práctico, ha enumerado una serie de derechos y garantías, pero que para revestirlos de vigencia los remiten al ejercicio de posterior actividad legislativa y con este sistema hasta que no se dicta la ley, el derecho declarado en la constitución carece de contenido y de aplicabilidad.

SEÑOR PRESIDENTE, no son simples formulas teóricas; cada una de los derechos y garantías, creados por la Constitución, poseen una fuerza obligatoria para los individuos, los particulares, las autoridades y el Estado.

De manera que la constitución debe deparar operatividad "per-se" a la declaración de derechos para que nunca pueda enervarse su vigencia.

Este proyecto de artículo, autorizado su tratamiento por la Ley de Convocatoria Nº 24.309, tiene como fundamento la protección de nuestros derechos constitucionalmente reconocidos y la seguridad de su aplicación por su inserción en esta Constitución Nacional.

En consecuencia, adelanto que votaré por la Afirmativa el proyecto de la mayoría, en la seguridad de que estamos construyendo en la Constitución, otro pilar mas para sostener y vigorizar la libertad y los derechos humanos de los miembros de la sociedad Argentina, en democracia.

GRACIAS SEÑOR PRESIDENTE.

21

Solicitada por el señor Convencional Pardo

TEMAS: Habeas Corpus - Recurso de Amparo - Habeas Data

Señor Presidente:

Todos los derechos humanos reconocidos por la Constitución, establecen para el Estado y los particulares la obligación de no interferir en su ejercicio y goce.

No puede ser que alguien quede desprotegido por ausencia de disposición legal y vías habilitadas ya sean judiciales o administrativas.

La incorporación de un nuevo art., en el cap. 11 de la 1ra parte de la Const. Nac. por la cual se instituye formalmente en ella los Recursos a Habeas Corpus y Amparo y una nueva derivación el Habeas Data, lo que pone fin en el país a una ausencia que llevó varias veces a que se negara la posibilidad de recurrirse al Amparo para la defensa de los derechos allí reconocidos, los cuales solo fueron aceptados luego de un largo trabajo doctrinario y jurisprudencia a partir de los Leading case "Siri y Kot"-1957-1958 - tal como se expide la Comisión pertinente.

EL HABEAS CORPUS: Que es el derecho de todo ciudadano detenido o preso a comparecer inmediatamente ante un Juez para que oyéndole resuelva si su detención fue legal o no.-

Tiene su orígenes en las ACTAS y el WRIT, que en Inglaterra garantizaban la libertad individual y remontándonos más lejos en el "Interdicto de Liberia Exhibendis et ducendis" del antiguo derecho romano y el "Juicio de manifestación de personas" del derecho medieval aragonés, el cual consistía en la protección de los Derechos Humanos frente a la demasía del poder discrecional de los gobernantes. Por ella se exigía la presentación del detenido a la autoridad aprehensora. La institución del Habeas Corpus ha pasada a la legislación de los países que mantienen el respeto a los derechos y libertades individuales es decir a los países políticamente organizados como Estados de Derecho.

El Habeas Corpus constituye desde antiguos tiempos, y más todavía en los actuales Estados de derechos, la suprema garantía de la libertad individual frente a los abusos y arbitrariedades de las autoridades ejecutivas.

De ahí que por su urgencia, se estimase que todos los jueces eran competentes para intervenir en las acciones de Habeas Corpus y que su orden debiera ser inmediatamente acatada sin existir excepción alguna alegable por la autoridad requerida para incumplirla.

Naturalmente la ACCION DE HABEAS CORPUS como la de AMPARO es poco grata para el poder Ejecutivo y para las autoridades que de él dependen, por cuanto se trata de impedir los atropellos contra la libertada de las personas a que son proclives los gobiernos autocráticos que no admiten ninguna clase de oposición a sus órdenes. Ello implica que siempre tratando de restringir el ejercicio ciudadano de las acciones mencionadas.

EL RECURSO DE AMPARO: Que en realidad en una ACCION puesto que no ataca a ninguna resolución judicial preexistente.

Va encaminado a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas o atropelladas por una autoridad -cualquiera sea su índole-que actúa fuera de sus atribuciones legales o excediéndose de ellas generalmente vulnerando las garantías establecidas en la constitución o los derechos que ella protege.

Respecto ante quien debe ejercitarse esta Acción la generalidad opina que ante cualquier juez, de manera no contradictoria para el inmediato restablecimiento de los derechos conculcados.

Reconoce como de sus antecedentes la Constitución Española de la 2da.Republica en la cual se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tenía entre otras facultades la de conocer del "RECURSO DE AMPARO DE GARANTIAS INDIVIDUALES" cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

El AMPARO funciona cuando no se permite el total goce de cualquiera de los derechos que se reconocen en la Constitución, Tratados Internacionales y en la leyes vigentes o cuando esté amenazado el derecho.

El HABEAS DATA: En la protección moderna de cierto Derecho hace surgir al "AMPARO LEGISLATIVO:"

Otra de las posibilidades de la Acción de Amparo ha sido el "informativo" vinculado con el acceso y modificación de ciertas fuentes de información -HABEAS DATA-

Las novedades que plantea la informática estimula la necesidad de tutelar constitucionalmente, al habitante frente a posibles ataques de aquella contra este en sus derechos constitucionales.

Constituciones provinciales han consagrado el Derecho de toda persona a conocer lo que de él consta en forma de registro -el destino de esa información- y a exigir su rectificación u actualización.

Los mismos no pueden registrarse con fines discriminatorios de ningún tipo ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan interés legitimo.

Se reglamente el uso de la informática para que no se vulnere el honor - la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.-

Con algunas variantes se expiden las Constituciones de Córdoba, Tierra del Fuego, San Luis Formosa, Catamarca, San Juan, Rio Negro, etc.

Con todo el material constitucional mencionado permite clasificar estas garantías en materia informática:

1-) Derecho a acceder a la fuente de información: En ciertos supuestos se circunscriben a las fuentes oficiales. En otros, se excluyen secretos estatales.

2-) Derecho a corregir ciertos datos personales o actualizarlos.

3-) Derecho a excluir datos no registrables: verbigracia referentes a la esfera de privacidad o discriminatoria.

4-) Derecho a prohibir el suministro: de datos o de cierta información personal asentada en registros oficiales a terceros (Derecho a la confidencialidad).

Para instrumentar procesalmente el ejercicio de alguno de esos Derechos surge una modalidad de la Acción de Amparo - denominada por la Constitución Brasileña de 1988 "HABEAS DATA" (Tráigase la Información)

Importa una pieza del derecho procesal constitucional configurativa de un Amparo Especializado, con finalidades especificas, de acceso a ciertas fuentes y de su corrección.

En Argentina, la reciente Ley 4444 de Jujuy establece la publicidad de los actos de gobierno y el libre acceso a la información del Estado, excepto los declarados secretos o reservados por la Ley o resolución administrativa o judicial.

Se solicita el informe por escrito y la respuesta por la autoridad debe ser de la misma manera. En caso de denegación expresa o tácita, el afectado puede recurrir al Amparo de su Derecho ante el organismo Judicial pertinente.

En concreto: Cabe mencionar el proyecto del Diputado Nacional Jorge H. Gentile en materia de "Seguridad Personal" asume concretamente el problema y designa en art. propio de "habeas data" "Cualquier persona puede por vía del amparo una orden judicial para reconocer información existente respecto de su persona de entidades públicas o privadas y el destino dado a esa información, a rectificarlo, actualizarlos para evitar perjuicio para sí, su familia, su honor, sus convicciones religiosas, políticas, etc.

La reforma inserta en la parte señalada ut-supra, con más el aditamento del resguardo de la fuente de información periodística, pero entendemos que no se protege al contenido de esa misma información, gozando del Amparo de quien lo solicite.

Entendemos Sr. Presidente que esta reforma consagratoria a nivel constitucional de los Recursos y/o Acciones mencionadas es un gran paso en la consolidación de los derechos y garantías y libertades individuales. La historia así lo juzgará.

22

Solicitada por el señor convencional Quiroga Lavié

LA ACCION DE AMPARO COMO TUTELA INTEGRAL DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

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.

1. La acción de amparo en nuestro país, nacida por imperio pretoriana jurisprudencia de la Corte a partir del histórico caso Siri (Fallos 239:459) y legislada posteriormente por la ley 16.896, 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 extranjeros, con la función específica 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 17.454 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 país tiene una serie de limitaciones que no le permiten jugar el rol de tutela 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 administrativos que, con el mismo vicio, impiden el pleno goce de los derechos consagrados en el orden jurídico. No podemos olvidar que la ley 16.986 prohíbe le procedencia del amparo cuando hubiere que declarar inconstitucional une 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 carácter imperativo que tiene la Constitución, mucho más si ellas son normas de organización. Tampoco podemos olvidar que la antigua ley 27 prohíbe la declaración de oficio de la inconstitucionalidad, norma que aún 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 García de Enterría 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, también, 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 ningún orden jurídico;

e) no es operativo frente a las omisiones del legislador, de cara a las normas programáticas de carácter imperativo. La declaración de inconstitucionalidad por omisión ha sido un postulado largamente reclamado por la doctrina en nuestro país (particularmente por Germán 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 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 necrofilia, 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 carácter 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 validez de normas en 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 legislativo.

i) no es operativo para lograr proteger todos los derechos, no solo los individuales, sino también 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 vía 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 entronizar 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 también 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 así 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, pág. 53). Lo mismo ocurre en Alemania donde la "queja de constitucionalidad" prevista 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): así lo explicita Francisco Rubio Llorente en su trabajo "La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho" (Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, N° 22, pág. 28)

En México es a través de la acción de amparo como se hace efectivo el control de constitucionalidad, pero dicha función no es excluyente 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, pág. 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 16.986. 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 transcendente precedente del caso Peralta, ha venido a 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. N° 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 después a la etapa de la relatividad, donde se sostuvo que si bien "en principio" no procede la inconstitucionalidad en el trámite del amparo, ello 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 de 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 cuestión 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, págs. 226/27 y Teoría Constitucional, T. 2 pág. 318 y 319), por Ricardo Mercado Luna (en Control de oficio de constitucionalidad, J.A. Secc. Doctrina, 1971, pág. 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 1072 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 también 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 supremacía 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 individuales, 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 inconstitucionalidad de la interpretación. Esto resulta mucho más costoso cuando se trata de la supremacía de las normas de organización de carácter 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 inconstitucionalidad de oficio sino de su nulidad absoluta, como veremos más adelante.

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

Esto cuestión se vincula con la falsa creencia instalada en la doctrina jurídica nacional, sobre todo en la doctrina implícita 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 aún siendo imperativas, por el hecho de ser organizacionales, no tienen carácter 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 (así 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 razón 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 nosotros) tiene para hacer efectivos aquellos otros (las facultades y los créditos). Si esto es así, y lo enseñamos en todas las Facultades de Derecho del país, 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 carácter 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 pretensión de 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” (citado por Francisco Fernández 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, aún 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 con 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 núcleo 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 núcleo 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 trabajador como para los derechos públicos de la sociedad, como veremos más adelante.

En el derecho argentino la Corte Suprema también se ha instalado en la línea 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 Corte “solo en principio”, porque salvo la Constitución misma, que vale absolutamente, lo demás vale solo en principio (considerando 5 del citado 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 jurídica, 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 si el código (las leyes) no se cumplen el sistema caminará a su desorganización 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 Germán 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 también 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 ..." (así se expidió Bidart Campos en el trabajo ya citado, pág. 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 pág. 17). Esto lo sostiene Bidart aún a falta de regla constitucional que lo establezca, pero reconoce que será mucho más conveniente que el procedimiento este previsto expresamente en la Constitución.

Esta es la línea 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 programáticas, tanto de los derechos sociales como de los derechos públicos de la sociedad, sino que tampoco se podrá exigir el cumplimiento de las normas organizacionales de carácter imperativo, que existen en gran medida sin posibilidad de cumplimiento, como veremos más adelante.

Esta línea 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 Fernández 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 políticos. (conf. "¿Giudici legislatori? citado por Fernández Segado en Nota 30 de op. cit).

Los tribunales constitucionales europeos también 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 también 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 más 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 jurídico suficientemente positivo y claro para que actué como clausula general directa sin que se ponga en peligro, insoportablemente la seguridad jurídica (conf. Klaus Schlaich "El Tribunal Constitucional Federal Alemán" trabajo colectivo, Nota 159 del estudio citado de Fernández Segado y pág. 11.476 de este 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 Néstor Sagues también reconoce la posibilidad de la inconstitucionalidad por omisión cuando la Constitución le asigna al legislador una tarea concreta y el no la cumple, aunque pudiera hacerlo en base a alternativas válidas. (Conf. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Perú, Año III, N° 5 pág. 34/44). Es decir que si bien hay cuestión 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 Fernández 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 constitucional

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 justicia 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 días 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 carácter transitorio y como modalidad supletoria frente a la inacción del poder político. Un verdadero desafío 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 necrofilico 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 acción directa de inconstitucionalidad se encuentre concentrada en el máximo tribunal del país: puede funcionar perfectamente como sistema difuso, pudiéndose llegar por vía 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 vía 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 auto aplicativas, una manera de denominar a las normas imperativas, o frente a las leyes medidas (sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 18 de mayo de 1982). También se le ha reconocido tal carácter cuando la norma constitucional "incita al recurrente a tomar decisiones importantes o contiene obligaciones implícitas", con lo cual se convierte en una acción declarativa de certeza. (conf. Klaus Schlaich "El Tribunal Constitucional Federal Alemán" citado en obra citada de Fernández Segado, Nota 165). En España tiene reconocimiento frente a la omisión del deber de reglamentar (sentencia del Tribunal Constitucional N° 18 de 1984)

Obviamente que si se constitucionaliza el amparo como acción directa de inconstitucionalidad la misma tendrá carácter 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 que expusimos cuando tratamos a la acción declarativa de inconstitucionalidad en relación directa con la acción directa de constitucionalidad.

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 pretensión o carga jurídica, el amparo también resultará una vía inexcusable para definir su situación. Es por ello que también 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 sistema. 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 confusiones:

1. Caso de leyes anti estructurales:

a) todas aquellas leyes que sean sancionadas violando el preciso procedimiento previsto en el capítulo 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, pág. 472).

Recordamos que la Corte de los Estados Unidos transformó 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 actúa quebrantando una norma precisa e imperativa de la Constitución".

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 prevé la delegación legislativa en materia administrativa y de emergencia, pero que los prohíbe en todos los otros casos. Si hubiéramos 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 constatarse 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 coparticipable, sin acuerdo de las Provincias, con perjuicio directo para sus economías ¿Puede caber duda que una ley de ésta naturaleza debe caer bajo los efectos de una nulidad, no alcanzando para nada la inconstitucionalidad?;

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 allá 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 ciudadanía 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 con 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. Solo 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 provinciales del área territorial donde debe instalarse. ¿Tiene sentido hablar de inconstitucionalidad 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 amplíe la competencia originaria de la Corte. Así 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 aplicada 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 inconstitucionalidad para un caso, dejando la violación en el 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 anti estructurales:

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, así 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 artículo 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 carácter 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 carácter 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 términos 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 decaído 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 efectividad 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 carácter 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 núcleo de constitucionalidad -la centralidad constitucional que meritúan los europeos-. La apelación a las cuestiones políticas y a la programaticidad fue el argumento fácil, 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 distorsión 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. pág. 823).

Los recientes análisis de Richard Freeman y James Medoff, profesores de Harvard, 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 Constitución argentina. Un pacto de esas características 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 Rodríguez, Presidente del Banco Hipotecario de España, ha sostenido que "la democratización del poder exige acuerdo entre 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, págs. 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 existencia de bienes que dispone el Estado es lógico atender a una reclamación por la vía 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 donde sea 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 cláusula 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 podrán 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 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 pretendiera Esteves Saguí, sino de los derechos que tiene la sociedad como ente moral o colectivo. Clara influencia de John Stuart Mill, pionero del neoliberalismo social, en el pensamiento de Mitre, como se desprende de la lectura de sus arengas, donde Stuart 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 verdadero sistema 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 carácter 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 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 racional 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 instalada 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, así 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 distribución 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 trámite 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 protección 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 también habilitar la intervención en juicio de las asociaciones representativas de cada sector, en definitiva de las organizaciones no gubernamentales, así como del Ministerio 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 apelaran ¿para sacarse trabajo? a la excusa absurda de que al Gobierno no le concernía la intervención. Ahora se sostiene que a un legislador no le concierne que no se haya respetado el trámite de formación de las leyes (Doctrina de la Corte en el caso Polino).

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 órganos 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, así 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 también procederá en caso de agravación ilegítima 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 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.

23

Solicitada por el señor Convencional Jesús Rodríguez

HABEAS DATA Y SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS

Señor Presidente:

Continuando la misma línea argumental en defensa de las libertades públicas y en particular de la libertad de expresión y el derecho a la información – símbolo genuino de todas las libertades – es que corresponde proteger el secreto profesional del periodista. En tal sentido las organizaciones que representan al periodismo independiente (ADEPA), han reclamado insistentemente sobre esta legislación, lamentando la morosidad del Congreso de la Nación en sancionar la ley que garantice el secreto profesional del periodismo. Esta cláusula constitucional que propiciamos conlleva necesariamente el normal desenvolvimiento de la actividad periodística, sin limitaciones ni traba alguna y por ende la consolidación definitiva del sistema democrático con una prensa libre e independiente.

El secreto profesional, definido como el derecho de abstenerse de revelar el origen de la información difundida por los medios de comunicación, es un derecho subjetivo de naturaleza pública que integra la libertad institucional de prensa.

En el orden internacional está consagrado por las legislaciones de España, Estados Unidos de Norteamérica (encuentra resguardo en la Primera Enmienda), Francia, Alemania, Inglaterra (en la Sección 10 de la Contempt of Court Act o Ley de Desacato a la magistratura, se protege a los periódicos respecto a la revelación de las fuentes de información).

En el caso de Suecia, la Ordenanza respectiva prohíbe que se viole la identidad de los informadores confidenciales. También Austria preserva el derecho de reservar las fuentes de información, entre otras legislaciones del derecho comparado.

También fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica al resolver en el año 1971, el célebre caso de “The New York Times vs. United States”, conocido con el nombre de “Papeles del Pentágono” y referente a la difusión de documentación reservada sobre política militar.

En nuestro país, podemos destacar que ya han sido varios los jueces que en sentencias judiciales han preservado y garantizado el derecho profesional del

periodismo. En tanto el art. 51 de la Constitución de Córdoba, aprobada por la Honorable Convención Constituyente (publicada en el Boletín Oficial el día 29 de abril de 1987), dispuso en relación al Derecho a la Información – Libertad de Expresión – lo siguiente: "LA LEY GARANTIZA EL LIBRE ACCESO A LAS FUENTES PUBLICAS DE INFORMACION Y EL SECRETO PROFESIONAL PERIODISTICO" (sic); por lo demás, podemos destacar que una ley recientemente sancionada por la Legislatura de Mendoza, lo incorporó al Código Procesal Penal de la Provincia. Entre los antecedentes judiciales que merecen citarse podemos señalar entre otros: 1ro. El fallo por el cual el Juez Federal de San Juan, Doctor LEOPOLDO RAGO GALLO, desestimó la denuncia fiscal por el delito de encubrimiento formulada contra periodistas y editores de "CLARIN" y "DIARIO DE CUYO" (por el problema del vino envenenado). El Dr. LEOPOLDO RAGO GALLO, consideró que de prosperar la denuncia, se estaría vulnerando el secreto profesional de los hombres de prensa.

También podemos destacar entre otros fallos dignos de mención, lo resuelto por la Cámara Criminal de la ciudad de Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos, en la causa caratulada: "VICTOR ELIZALDE", de fecha 1° de abril de 1991, dónde sostuvo el Tribunal de Alzada que "el secreto profesional periodístico es un derecho subjetivo de naturaleza pública que integra la libertad constitucional de prensa" (sic)

Por su parte la Constitución de Santiago del Estero, aprobada el 15 de marzo de 1986, establece que "Todos los habitantes tienen derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a publicar por la prensa y cualquier medio de comunicación social sus ideas y opiniones sin censura previa, y a la información veraz y objetiva" (sic); en tanto al Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica-, del cual nuestro país es signatario a partir de la ley nacional Nº 23.054, resguarda estos derechos a partir del numeral 13 y siguientes.

La Constitución Española (B.O.E. Nº 311 de fecha 29 de diciembre de 1978), en su artículo 20 establece lo siguiente:

1º) SE RECONOCEN Y PROTEGEN LOS DERECHOS:

a) A expresar y difundir libremente los pensamiento, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
c) A la libertad de cátedra.
d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia <u>y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades</u>. (sic) -el subrayado me pertenece-.

ADEPA, (ASOCIACION DE ENTIDADES PERIODISTICAS ARGENTINAS), sostuvo que: "Sin secreto profesional los periodistas corren serios riesgos de mantener la honrosa tradición de preservar a todo trance sus fuentes informativas. Paralelamente, esos riesgos son una espada de Damocles sobre la ciudadanía, que quiere ejercer su derecho a estar informada de todo asunto de interés público" (sic) (ver PAGINA/12, del día viernes 6 de noviembre de 1992, pág. 8).

En tanto la legislatura de Chubut aprobó por unanimidad las modificaciones al artículo 213 del Código Procesal Penal de la Provincia, que incluye a los periodistas entre los profesionales autorizados a preservar la fuente informativa. La fundamentación de la iniciativa corrió por cuenta de los Diputados JUAN PAIS y RAUL HEREDIA,

ambos del Partido Justicialista y el Radical JOSE PASUTI. Con esta ley un periodista de Chubut podrá legalmente negarse a suministrar la fuente por la que obtuvo una información, amparándose en el secreto profesional, al igual que los médicos, abogados, auxiliares de la medicina y personas vinculadas a los cultos oficiales y legalmente reconocidos.

Inexplicablemente, cuando se sancionó la ley 23.984 (Código Procesal de la Nación), que instituye el juicio oral, omitió incorporar a los periodistas profesionales o medios de comunicación social, dentro del derecho de preservar las fuentes de información como secreto profesional, en razón de los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento. Empero, extendió este derecho a quienes por su oficio o profesión hubieran tomado conocimiento de un hecho por su actividad funcional, entre otros a los ministros de un culto admitido oficialmente; a los abogados, procuradores y escribanos; a los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado – ver ley 23.984, art. 244 C. Procesal Penal -.

Se concluye entonces que la fuente de información del secreto periodístico es presupuesto esencial de la libertad de expresión. Pues la libertad de prensa es la garantía del sostenimiento de instituciones esenciales de la vida republicana, siendo el secreto de la fuente de información un elemento imprescindible de un periodismo libre y de defensa de los demás derechos y libertades constitucionales.

Esta iniciativa pretende facilitar la tarea de la prensa y garantizar el acceso de los periodistas a las fuentes de información y a proteger el secreto profesional del periodista, afianzando en plenitud la constitucionalizada libertad de prensa. Esta proyectada legislación vendría a cubrir un vacío legislativo, para evitar que algún magistrado pretenda que el periodista revele la fuente de información, olvidando que el periodista está al servicio de la población, y, por ello, no puede obrar como colaborador o confidente del poder público porque defeccionaría en aquel su rol elemental. Pues la libertad de prensa y la libertad de expresión son piedras angulares de los sistemas de libertades. En tal sentido y vinculado al tema que nos ocupa, el periodista español del periódico DIARIO 16, JOSE LUIS GUTIERREZ, sobre el secreto profesional, dijo: que "exigir que los periodistas revelen sus fuentes, además de un subrepticio síntoma de barbarie, creo que es una norma profundamente antidemocrática" (sic) (ver CLARIN del 7 de agosto de 1992, bajo el título POLEMICA POR EL SECRETO PROFESIONAL DEL PERIODISTA).

En tanto en la misma publicación, misma fecha, página 51, el prestigioso penalista y delegado de nuestro país en la SOCIEDAD INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA con sede en París, el Dr. BERNARDO BEIDERMAN, sostuvo en relación al art. 244 de la ley 23.984, que "la omisión (de incorporar a los periodistas dentro de este texto), hace vulnerable y riesgosa la investigación periodística", afirmando además la necesidad de "…introducir en la norma del art. 244 alguna oportunidad jurídica para el respeto de la garantía de <u>mantener en secreto la fuente informativa"</u> (sic) -el subrayado me pertenece-.

En el orden provincial, finalmente, lo ha incorporado expresamente también, la Constitución de la Provincia de Jujuy, que en su parte pertinente señala que: "…se garantiza a los periodistas el acceso a las fuentes oficiales de información y el derecho al secreto profesional…" (sic).

Independientemente de todo lo expuesto, podemos concluir que este derecho está contenido e implícito en la inteligencia del artículo 33 y demás disposiciones concordantes de la Constitución Nacional.

Por lo demás y para finalizar, es oportuno recordar que en horas del autoritarismo y desbordes del poder, el atropello a la prensa es una constante, tal como lo señalara con acierto SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, en su "TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL", to. IV, ed. Plusultra, "…los regímenes autocráticos temen más a la imprenta que a la más mortífera de las armas" (sic).

Lo expuesto precedentemente constituye suficiente argumento de la inclusión de la garantía constitucional del secreto profesional de los periodistas.

24

Solicitada por el señor convencional Romero

Discrepo con la incorporación del novedoso instituto de Habeas Data al texto constitucional por los motivos que expreso a continuación:

1.-Se trata de un tema no habilitado.

La ley 24.309 se refiere, textualmente (artículo 3° inciso c, apartado "N"), a "La consagración expresa del habeas corpus y del amparo". No puede caber duda alguna que la novedosa institución del habeas data no ha sido mencionada, ni tampoco cabe suponer que se la haya incluido tácitamente.

Cuando hablamos de habeas corpus nos referimos a la añeja creación inglesa que nuestra Corte considero como derecho implícito de nuestra Constitución limitado a garantizar la libertad individual ("Fallos", t.168, p. 15, in re "Bertotto", 1933). El habeas corpus solo tuvo incorporación expresa durante la vigencia de la Carta Magna sancionada en 1949.

No hay forma de forzar asimilaciones entre habeas data y habeas corpus, salvo su identidad idiomática. ..

Cuando nos referimos al "amparo" nos estamos ocupando de un medio, una vía rápida para restablecer derechos constitucionales vulnerados. Por más latinazgos que se utilicen no puede asimilarse el derecho sustancial que puede tener un ciudadano a preservar la intimidad de sus datos personales, con el instrumento mismo (amparo) que se utilice para restablecer el derecho conculcado.

Es valioso recordar que el amparo surgió en 1956, en el caso "Siri" ("Fallos", t. 239, p. 459, 1957) como una creación pretoriana en salvaguarda de las garantías constitucionales (en ese caso, precisamente la libertad de imprenta que hoy corre riesgo de ser desconocida por esta irrupción de una institución no depurada).

Tampoco hay forma de forzar que el "habeas data" sea una especie del género "amparo", porque sólo los derechos constitucionales consagrados expresa o implícitamente pueden ser objeto de aquel medio rápido de protección. Por esa ventana del amparo podrían, entonces, haberse incorporado los más dispares derechos constitucionales.

Es casi elemental reiterar que cuando la ley de convocatoria habla de incorporación en forma "expresa", se está refiriendo a aquellos derechos que se

consideran, desde hace muchos años, como integrantes del plexo constitucional, entre los que -obviamente- no se cuenta la simpática habeas data

Este apartamiento de la ley de convocatoria conlleva la insanable inconstitucionalidad del texto aprobado por la mayoría.

2.-Incorpora aspectos que no deben ser incluidos en la Constitución y omite límites imprescindibles.

Como referiré más abajo son pocas las Constituciones que han incluido el habeas data en su texto, y esas pocas han establecidos límites de distinta naturaleza.

En primer lugar en el texto sancionado se pretende establecer una cláusula operativa y autosuficiente cuando lo lógico (en una novel institución) es receptarla constitucionalmente y permitir que la ley regule su contenido y aplicación. Así lo ha hecho la Constitución española que en su artículo 18 inciso 4 establece que "La ley limitará el uso de la información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

Aquí cabe además advertir que la norma española habla de ciudadanos, y nuestro texto de "personas". Al no existir salvaguarda sobre el secreto del Estado o sobre el secreto judicial, podría cualquier extranjero solicitar información vital para la seguridad nacional. Sé que se me va a rebatir con los excesos provocados por la doctrina de la seguridad nacional, critica que comparto, pero que no tiene nada que ver con la utilización correcta de mecanismos de defensa nacional. También alguno me acusará de xenófobo, de chauvinista cuando afirmo que este derecho debe ser restringido a los extranjeros, me dirán que es discriminatorio, que nuestra Constitución ampara a "todos los hombres de buena voluntad que quieran habitar el suelo argentino" y que todos los "habitantes son iguales ante la ley". Es verdad. Pero un extranjero no puede ser presidente, ni legislador nacional, ni siquiera votar. Tampoco puede adquirir tierras en zonas de frontera ni integrar el ejército argentino, no puede trabajar sino se lo autoriza. En EEUU se ha decidido que la enmienda XIV prohíbe discriminaciones irracionales contra extranjeros, lo que no obsta a que pueda ser legítimo objeto de legislación como para constituir la base de una clasificación permitida.

En segundo lugar el texto en cuestión no contiene límites como el que, por ejemplo, trae la Constitución Peruana de 1993, que en su artículo 2° inciso 6 establece que simplemente los servicios informáticos "no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar". En igual sentido la Constitución de Portugal establece (art.35) que "Todos os cidadaos tem o direito de tomar conhecimento dos dados constantes de ficheiros ou registros informaticos a seu respeito e do fim a que se destinam podendo exigir a sua rectificacao e actualizacao sem prejuizo do disposto na lei sobre segredo de estado e segredo de justica" "...a lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registro informatico".

La constitución Portuguesa no sólo difiere a la ley la definición del concepto de datos personales, sino que también resguarda el "secreto de estado" y el "secreto de justicia", a diferencia del texto que se acaba de aprobar.

Por su parte la nueva Constitución de Brasil en su artículo LXXII, limita el habeas data a las entidades públicas.

No olvidemos que el habeas data surgió como consecuencia directa del avance de la informática sobre la intimidad de las personas, limitándose, en principio, a la "Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal" (El encomillado corresponde al nombre del tratado internacional celebrado por los estados europeos en Estrasburgo en 1981).

3.-Contradice otros preceptos de la parte dogmática de la misma Constitución.

Otro claro límite impuesto por la ley de convocatoria y por la elemental lógica que surge de la reforma parcial de la Constitución, es que no pueden afectarse aquellas normas preexistentes en la Carta Fundamental, en especial las correspondientes a su parte dogmatica.

La limitación del texto propuesto en cuanto a la no afectación de las "fuentes" de información periodística resulta insuficiente, ya que bien podría afectarse el "contenido" de tal información.

Decía Vélez Sarsfield "Preguntad a los opresores de los pueblos cual es el primer medio que emplean para dominarlos a su arbitrio. Quitar la libertad de imprenta o ponerles pesadas restricciones" El artículo 14 de la Constitución de 1853 inspirado en una secular preocupación de los prohombres de nuestra patria (Moreno, Dean Funes, Belgrano, etc.) estableció el derecho de los habitantes de la Nación de publicar sus ideas sin censura previa, y el artículo 32 reafirmó que el Congreso federal no dictara leyes que restrinjan la libertad de imprenta. El texto proyectado del habeas data con su laxitud evidentemente puede colisionar con estos y otros derechos.

4.-Se carece de antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

He examinado con detenimiento los proyectos presentados sobre este tema ante esta Convención (en particular los que llevan el número 569 [Auyero, Alvarez, Cafiero y Fernandez Meijide]; 577 [Montes de Oca, Keselman, Solanas, Zubiría]; 635 [Ponce de León]; 643 [Pedersoli y otros]; 684 [Roque y Sachs de Repetto]; 739 [Baldoni]; 796 [Hitters]; 802 [ACafiero]; 812 [Cavagna Martinez]; 955 [Ancarani]; 1125 [Guzman]; 1218 [Cardesa] y 1584 [Bello]; los que creo abarcan todos los ingresados), y he advertido que los primeros no venían acompañados de fundamento alguno. Ello nos veda la posibilidad de orientarnos sobre las razones que impulsaron a sus autores a otorgar rango constitucional a esta institución. Tampoco los siguientes proyectos -a fuerza de verdad- agregan mayores antecedentes a una institución que, al margen de toda discusión, resulta absolutamente desconocida no sólo para la gran mayoría del pueblo, sino también para su sector ilustrado.

Se han citado como antecedentes algunas Constituciones provinciales, pero se omite mencionar que muchas han legislado con un sentido inverso al aquí propuesto, esto es protegiendo el secreto de los datos privados. Otra diferencia es que las Constituciones provinciales han legislado sólo en la esfera de su competencia: el ámbito público provincial.

Ninguno de los proyectos presentados hace mención a doctrina nacional (ni extranjera, aunque la hay); tampoco refiere antecedentes legislativos nacionales (no existen) y por último no se cita caso alguno de jurisprudencia (desconocemos que existan).

Dado que los pocos antecedentes constitucionales extranjeros le han dado a esta institución un tratamiento acotado, nuestro nuevo texto constitucional se constituirá en una referencia exótica e inadecuada

Por último cabe señalar que mi oposición se refiere solo a la inclusión del habeas data en la forma en que se lo hace, no a la institución misma que considero de suma importancia y eficacia para evitar el abuso de la informática cuando invade derechos personalísimos de los ciudadanos.

25
Solicitada por la señora convencional Roulet

AMPARO -HABEAS CORPUS

La historia del hombre es la historia de la lucha por la libertad y por la vigencia de los demás derechos. Primero, combate para conseguir el reconocimiento de derechos, luego para conservarlos y, en caso de haberlos perdido, para recuperarlos.

Es por ello que el constitucionalismo del siglo XIX incorporó en las diversas constituciones las declaraciones de los derechos, creyendo que con las mismas quedaba satisfecha la defensa de ellos.

El constitucionalismo contemporáneo, en cambio, ha comprendido que no basta con inscribir en los textos una serie de derechos, sino que también deben crearse las garantías para asegurarlos y hacerlos efectivos en la realidad, por lo que se hace preciso que las personas cuenten con instrumentos técnico-jurídicos que posibiliten su ejercicio, que hagan realidad el goce de los derechos constitucionales.

Este pensamiento es el que fundamenta la necesidad de la constitucionalización de vías y medios procesales, rápidos y efectivos, que deparen una tutela oportuna de los derechos lesionados o amenazados de serlo. Estas vías son las acciones de Amparo y Habeas Corpus.

La acción de amparo es el remedio procesal que otorga una vía procesal sumaria y expeditiva, destinada a tutelar todos los derechos constitucionales, salvo la libertad física o ambulatoria que es tutelada por el hábeas corpus.

Es decir, es la acción por la cual se pretende hacer efectivo un derecho constitucional por vía sumarísima y eficaz, puesto que de seguir otro procedimiento se puede causar un daño grave e irreparable. Hay que tener en cuenta que la función jurisdiccional o la administrativa no cumplen con sus objetivos si carecen de procedimientos adecuados para resolver en tiempo oportuno.

La acción de amparo fue creada en nuestro país por vía pretoriana, a través de la jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia en los leading case “Siri” y “Kot”, de 1957 y 1958, para la defensa contra actos de la autoridad pública y contra actos de los particulares, respectivamente.

En los mismos se consagra que “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias ...”, y que “Siempre que aparezca de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a algunos de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la vía del recurso de amparo.. .”.

Con posterioridad, en octubre de 1966, se sancionó la ley 16.986 que regula el amparo contra actos u omisiones de la autoridad pública. El vacío dejado contra actos de los privados fue llenado por la ley 17.454 de 1968 (Código Procesal Civil).

En cuanto a los tratados internacionales, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 8, como el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 25 incorporan el derecho de toda persona a un recurso efectivo, sencillo y rápido, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Las pautas fundamentales del Amparo sentadas por nuestra jurisprudencia son: 1) procede para tutelar los derechos constitucionales, salvo libertad física; 2) no necesita reglamentación procesal por ley; 3) procede tanto para actos u omisiones de la autoridad

pública como de particulares; 4) procede, no obstante la existencia de vía procesal ordinaria, si el trámite lento de ésta puede producir un daño grave e irreparable del derecho violado.

Teniendo en cuenta las pautas mencionadas, podemos decir que la acción de amparo puede ser interpuesta o iniciada por toda persona que sufra una limitación a la plenitud en el ejercicio de sus derechos.

Dicha limitación puede consistir en una lesión, una restricción, una alteración o la amenaza de que la misma pueda ocurrir, es decir que también puede pedirse su aplicación preventiva, ya que en muchos casos el daño puede ser irreparable.

Es indiferente la fuente de la cual emana la violación del derecho, puede provenir de una autoridad pública o de un particular, no lo es en cambio la forma, ya que dicha violación debe ser manifiestamente arbitraria o ilegal.

Los derechos y garantías protegidos son los consagrados por la Constitución Nacional, los reconocidos por los Tratados Internacionales o por las leyes, el trámite a realizar debe cumplir con la condición de ser expedito y rápido, y debe ser el medio judicial más idóneo, es decir el más eficaz para la efectiva protección de los derechos, pudiendo declararse en dicho procedimiento, a diferencia de lo dispuesto por la ley 16.986, la inconstitucionalidad de la norma.

Pero dentro de la acción de amparo, en virtud de la especialidad de los derechos protegidos, en el artículo consensuado se contemplan algunas peculiaridades de procedimiento. Esto es así cuando se trata de defender cualquier forma de discriminación, o se trata de los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, y los derechos de incidencia colectiva en general.

De estos derechos, llamados derechos de tercera generación o también derechos de solidaridad, resultan los intereses colectivos o de clase que pueden afectar a personas individualmente o a un grupo de personas en especial, o a la totalidad de los componentes de una sociedad.

Por ello, es necesario que pueda interponer la acción, además del individuo interesado del cual ya hablamos, el Defensor del Pueblo -que debe velar por los derechos de todos los ciudadanos individual o colectivamente- y las asociaciones que propendan a esos fines, especializadas en la protección y defensa de los derechos colectivos de que se trate, las que seguramente tienen mayores facilidades para evaluar cada situación y tienen la infraestructura para poder accionar y salvaguardar estos derechos.

Debe entenderse entonces que ante un caso determinado como un daño o la amenaza de un daño ambiental, por ejemplo, puede suceder lo siguiente:

-Un ciudadano puede iniciar acción si vio afectado o puede ver afectado (lesionado, restringido, alterado o amenazado) su derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para un desarrollo sustentable;

-Un ciudadano puede recurrir al Defensor del Pueblo y efectuar su denuncia, para que éste inicie la acción.

-El Defensor del Pueblo, de oficio, puede iniciar la acción para evitar el daño ambiental o buscar la recomposición del mismo.

-Un ciudadano puede recurrir a una Asociación especializada en busca de asesoramiento para accionar.

-Una Asociación especializada acciona de oficio ante la posibilidad u ocurrencia del daño.

Respecto de las Asociaciones especializadas, se establece el registro de las mismas conforme a la ley. Dicha ley, que deberá ser sancionada en los menores plazos, teniendo en cuenta, de modo particular, a las instituciones ya existentes que se ocupen

de cada materia y facilitando su inscripción con la más amplia consideración a sus diversas modalidades de organización.

Otro amparo especial es el recurso de Habeas Data, que es la acción que permite a una persona, conocer cuáles son los datos referidos a ella que constan en registros o bancos de datos y, en caso de corresponder, rectificarlos o exigir su supresión o actualización.

Esta institución surge como consecuencia del desarrollo de nuevas facetas en lo que hace al reconocimiento de facultades, derechos y garantías, que requieren de nuevas protecciones canalizadas a través de lo que Néstor P. Sagües llama amparos especializados, y así lo ha manifestado al decir que el Habeas Data es "una pieza del derecho procesal constitucional configurativa de un amparo especializado con finalidades específicas".

El Derecho reconocido que se pretende salvaguardar con este remedio procesal es el del Derecho a la Intimidad, que ya ha sido reconocido por muchas Constituciones extranjeras, por Constituciones provinciales y por diversas normas en gran cantidad de países.

Cabe agregar que nuestra Constitución, a través del art. 19, reconoce el Derecho a la privacidad y a la intimidad, pero no ha podido tener en cuenta el desarrollo tecnológico, en particular la informática, que permite una manejo distinto de los datos, ya que el peligro de la posesión y manipulación malintencionada de "datos sensibles" (raza, sexo, religión, salud u opiniones políticas) consiste en que éstas pueden ocasionar la lesión de derechos (Cavagna Martínez).

Esta situación exige una protección más específica que la existente hoy en día a través de nuestra legislación positiva, y es, precisamente ésta deficiencia, la que se quiere salvaguardar a través de la incorporación expresa del instituto del Hábeas Data.

Los archivos, registros o bancos de datos a los que se puede tener acceso, son todos los públicos y los privados que tengan por objeto producir informes. Es decir no están incluidos los archivos privados para uso propio, cuyos datos no tienen por finalidad trascender a terceros.

La Unión Cívica Radical ha querido preservar el secreto de las fuentes de información periodística. Es lo que se protege con la innovación constitucional introducida al respecto, y que fue consensuada por la mayoría.

Finalmente tenemos el recurso de Hábeas Corpus, que es una acción judicial de proceso rápido que ampara la libertad física y la ambulatoria y que puede ser iniciada por el propio interesado o por un tercero. La finalidad de la acción es obligar al guardián o custodio de un detenido, a presentarlo ante el juez y explicar la causa de la privación de la libertad a fin de que este pueda decidir sobre su legalidad. Asimismo, también se prevé el Habeas Corpus preventivo para los casos en que estos derechos estén amenazados.

Los antecedentes del Habeas Corpus en el Derecho comparado, se remontan al Derecho Romano que a través del interdicto conocido como "Hombre líbero exhibendo", consagraba el derecho de dominio que el hombre libre tenía sobre su propio cuerpo. Más adelante, en Inglaterra, a través de la Carta Magna de 1215, se establece una regulación sobre la detención de las personas, en donde implícitamente se incluye el Hábeas Corpus que sirvió de base para la práctica efectiva de la acción hasta la sanción de la ley de Habeas Corpus inglesa de 1679, que establece expresamente el derecho.

En el Derecho hispano, podemos encontrar el juicio de manifestación de 1428 del Reino de Aragón, por el cual se podía solicitar la exhibición y protección del detenido, a petición del interesado o de un tercero, contra particulares o contra la autoridad pública.

En Argentina, en el orden federal, existían viejas normas procesales que contemplaban institutos similares, tales como la ley 48 (art. 20) y el Código de Procedimiento Criminal (art. 617 y siguientes), los cuales conjugados con los arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional sirvieron para su aplicación pacífica por los jueces.

Es que tal como lo expresara Zarini, "Carece de significación jurídica la existencia o no de una ley que reglamente el hábeas corpus que surge del texto constitucional con un claro propósito operativo" y concordantemente, Joaquín V. González: "las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación".

Sin embargo, debido a nuestra realidad histórica y los duros momentos que debió pasar nuestro país, es recién con la sanción en 1984 de la ley 23.098, conocida como ley De la Rúa, cuando se enfatiza la necesidad de preservar el derecho a la libertad, incorporando expresamente la acción de Hábeas Corpus al derecho positivo argentino.

Hoy se concreta la oportunidad de incorporar expresamente este instituto en la Constitución Nacional, siguiendo así la corriente predominante en todas las Constituciones modernas.

26

Solicitada por el señor Convencional Rovagnati

Del cuaderno de Navegación de Leopoldo Marechal, capítulo "Autopsia de Creso".

"…Naturalmente, limitado el común de los hombres a defender su existencia corporal ante un Creso endemoniado, y en una lucha que devora lo mejor de su voluntad y de su tiempo, las cacareadas libertades de la "persona" se reducen a un simple ramillete lírico, y en alguna (entre las que hacen ruido exterior) a una mera "libertad de pataleo".

27

Solicitada por el señor convencional Saravia Toledo

AMPARO Y HABEAS CORPUS

Observaciones al despacho de mayoría.

Comienza el despacho de la mayoría diciendo que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo…".

Al respecto cabe destacar que las normas constitucionales deben contener las mínimas precisiones necesarias para dejar simplemente caracterizada la institución que se recepta en sus rasgos esenciales. En consecuencia deben evitarse en los textos constitucionales las menciones sobreabundantes o meramente explicativas.

La reflexión que se acaba de formular da fundamento a nuestra objeción al párrafo transcripto en cuanto incluye las expresiones "toda persona" y "expedita y rápida". La inclusión de la primera no es necesaria porque el titular de una acción solamente puede ser una persona.

En cuanto a la segunda es redundante porque la característica del amparo es la rapidez. Rápido, según el diccionario de la Real Academia Española quiere decir veloz, pronto, impetuoso mientras que expedito significa libre de todo estorbo, pronto a obrar.

Según puede apreciarse expedito y rápido implican prontitud por lo que, en este plano, expedito y rápido se juntan. En suma parece superfluo insertar en un texto constitucional (vocablos que no enriquezcan el sentido de la palabra amparo que sí es la específica y que por ello no se puede omitir su mención).

También se considera sobreabundante la inclusión de "lesione, restrinja, altere o amenace". Se trata de especificaciones propias de una ley pero no de un texto constitucional. Parece suficiente, al respecto, la palabra lesione dejando librado a la ley los matices que pueda abarcar la afectación de los derechos. También resulta excesivo registrar en la Constitución que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma. Se trata de un aspecto reglamentario materia de ley tal como ha quedado estipulado en la ley de Habeas Corpus N° 23.098. Es al legislador a quien le compete evaluar seguir las circunstancias y la evolución de la jurisprudencia si es conveniente o no atribuir esa facultad al juzgador.

El segundo párrafo concentra nuestra mayor objeción puesto que al darse reconocimiento constitucional al amparo compete al Congreso dictar la reglamentación donde se pueda contemplar específicamente la acción especial para la protección del medio ambiente, del usuario y el consumidor. Nos parece también que legitimar al defensor del pueblo para iniciar una acción de esta índole implica expandir excesivamente las atribuciones de este funcionario que según la ley recientemente sancionada 24.284 limita su competencia a la defensa de los administrados contra las falencias de la Administración pública. Reiteramos al respecto nuestras objeciones al tratarse la incorporación de la institución del Defensor del pueblo. Por lo expresado creemos que sería conveniente suprimir este párrafo del texto.

Con referencia al tercer párrafo que trata de los datos relacionados con las personas que consten en registros públicos o privados estimamos oportuno suprimir la mención de las instituciones privadas porque ello puede afectar zonas de reserva que afecten intereses legítimos de particulares. Por lo tanto este sería también un aspecto que debería contemplarse en una ley reglamentaria evitándose así la cristalización y, por lo tanto, la imposibilidad de modificación que implicaría la inclusión del punto en la Constitución.

En las consideraciones vertidas fundamos el rechazo al despacho de la mayoría propiciando el texto que conforma el despacho en minoría que suscribimos.

28

Solicitada por el señor convencional Valdés

Señor Presidente:

La Constitución actualmente vigente y que en este proceso de reforma estamos modificando, como todas las constituciones decimonónicas, incorporó enunciados de declaraciones de derechos y libertades individuales a su texto.

Posteriormente, el constitucionalismo social del Siglo XX se preocupó no sólo por establecerlos, sino por garantizar su vigencia efectiva.

Creemos conveniente, siguiendo a las constituciones modernas, incorporar al texto de nuestra Constitución Nacional los mecanismos que garanticen la efectiva vigencia de los derechos consagrados en ese mismo texto constitucional, armonizándolo y completándolo, ya que la realidad ha demostrado que una declaración constitucional de derechos no basta para asegurar su cumplimiento y efectividad.

La constitución Nacional otorga a todas las personas la titularidad del derecho a la jurisdicción, que tal como lo define el Dr. Germán Bidart Campos en su obra "El derecho constitucional del poder", "consiste en poder acudir a un órgano jurisdiccional para que administre justicia…". De tal forma el ejercicio de la función estatal de jurisdicción lleva implícita la obligación del Estado de brindar, en el curso de un proceso, una resolución en el momento que esta resulte necesaria. Y no todo proceso es apto para garantizarlo. Hay situaciones en que las vías normales no guardan la celeridad y eficacia que las situaciones planteadas requieren. Si el Estado no otorga las vías adecuadas para garantizar la oportunidad de la resolución judicial, incumple con su obligación de administrar justicia.

Corresponde señalar aquí que nuestra Constitución vigente posee un mecanismo para asegurar la vigencia de los derechos y garantías tutelados, que se materializa a través del control de constitucionalidad difuso que pueden hacer todos los jueces en casos concretos. Pese a ello, la práctica ha demostrado que este mecanismo resulta insuficiente en numerosas cuestiones, tales coma las de violación a los derechos humanos y, por ello, tanto el amparo como el habeas corpus y el habeas data surgen como mecanismos adecuados a tales fines en circunstancias en que no debe existir demora, para restablecer el imperio de los derechos y garantías tutelados en nuestra Carta Magna.

Hasta 1957, en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió su posición en el recordado "Caso Siri", ésta había acogido el recurso de amparo para tutelar derechos y garantías individuales. Pero en dicho fallo la Corte sostuvo: "...las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar en la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias…".

Hasta ese momento el único remedio que había prosperado había sido el habeas corpus para tutelar la protección de la libertad física y corporal.

En 1958, pese a que había variada parcialmente la constitución del máximo tribunal, la nueva tendencia se ratificó con el "Caso Kot", al extender el remedio del amparo a los actos lesivos producidos por particulares.

Señor Presidente:

Desde 1930 hasta 1933 nuestro país ha vivido una situación de irregularidad institucional. El Estado de sitio primero y un mal llamado "Estado de guerra", abolieron prácticamente los derechos humanos en toda su extensión.

Nuestra experiencia fue dolorosa, como lo fue en los demás países de América Latina que vivieron bajo dictaduras totalitarias fomentadas desde los países centrales, para quienes era más sencillo tratar lucrativamente con los dictadores que con los auténticos representantes del pueblo. Esta experiencia en el ámbito del habeas corpus dio como resultado que los derechos humanos se convirtieran en una farsa meramente declaratoria cuando carecen de garantías constitucionales.

Nuestra historia reciente, más específicamente la dictadura militar que el pueblo, la Nación toda, sufrió entre 1976 y 1983, nos enseña la importancia que, pese a imperar la barbarie y la irracionalidad del despotismo, estos mecanismos adquirieron, ya que fueron un elemento valioso en la lucha contra el avasallamiento sistemático de las libertades individuales y de los derechos constitucionales.

En ese momento en el que imperaba la sin razón, la jurisprudencia ratificó la vigencia del habeas corpus, aún cuando estuviese bajo Estado de sitio. Estableció que este instituto no se suspende. Que lo único que ocurre es que aumenta el número de personas que pueden ser arrestadas pero ello no implica que no se requiera la existencia de una orden escrita del Presidente como también la razonabilidad de la detención.

Numerosas discusiones se mantuvieron en su aplicación durante el proceso militar bajo el Estado de sitio ya que se sostenía que los arrestos efectuados en base a decretos eran cuestiones no justiciables.

La Corte Suprema de Justicia, atestada de jueces procesistas, recordó sin embargo alguno de los ideales de cualquier estudiante de derecho en su primer año (luchar por-la justicia), y en su "leading case" Timmerman ratificó la revisión judicial de las medidas concretas dictadas en aplicación del Estada de sitio, examinando la razonabilidad de la actuación del Poder Ejecutivo y haciendo lugar a1 recurso. ¿Cuántas vidas de compañeros, de compatriotas, se hubieran salvado, cuántas familias se hubieran conservado, cuántos niños vivirían con sus padres?

Cuando hoy se llenan la boca con la palabra vida, con la palabra familia, los mismos que ayer aplaudían a los asesinas o les facilitaban su tarea ignorando institutos como el del habeas corpus, Señor Presidente, no puedo más que declarar mi asco e indignación. Por suerte, Señor Presidente, la justicia llega, siempre.

Señor Presidente:

Lo expresado conduce a poner de manifiesta la importancia que guarda incorporar a la Constitución en forma expresa este instituto dada la necesidad de resguardar la seguridad individual de las personas.

El habeas corpus ha sido y seguirá siendo la garantía típica de la libertad porque constituye el amparo o protección de ella llevada al máximo de su eficacia práctica.

El hábeas corpus se da en amparo de la libertad en todos sus aspectos. Las normas éticas, las limitaciones al poder público y las preocupaciones procesales y penales integran el concepto de libertad que debe estar tutelado por este instituto, que creemos insustituible.

Es por ello, Señor Presidente, que celebro su incorporación a la Carta Magna.

Permítaseme una breve digresión. No quisiera dejar pasar esta oportunidad sin reconocer la tarea del Instituto de Estudios Políticos de la Fundación Urbe, y en especial del Dr. Germán Carlos Hugo Maldonado, quien junto a su equipo hace ya muchos años milita en pos de la creación e incorporación constitucional de institutos que hagan nuestra sociedad más justa.

Señor Presidente:

Durante mis primeros años de militancia conocí una frase de Bertold Bretch que apelaba al compromiso. Aquella que nos invitaba a sacudirnos la indiferencia y a comprometernos cuando algún mal aqueja al prójimo, aunque más no sea en prevención de lo que pueda pasarnos a nosotros mismos. Aquella famosa frase reflexión que señalaba que se habían llevado a un negro, luego a un judío.. .hasta que me tocó a mí.

Quiero decir, Señor Presidente, que el habeas corpus no es sólo una protección para el individuo. También fue, es y será una herramienta para aquellos que quieren comprometerse en la lucha contra el totalitarismo y la opresión. Por eso, a él, y en él a todos los que por no poder gozar de sus beneficios hoy no pueden acompañarnos, mi homenaje.

28

Solicitada por la señora convencional Vega de Terronés

Habeas Corpus y Amparo.

La institución del Amparo fue creada por vía pretoriana, al igual que el Habeas Corpus. Este último está destinado a proteger la libertad física o corporal ante la detención ilegal o arbitraria y fue insertado en la Constitución de 1949, aunque ya tenía

una línea jurisprudencial de la Corte realizada a través de la interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional.

El Amparo en cambio, recién fue aceptado al resolver la Corte el caso "Angel Siri" el 27 de Diciembre de 1957 y el caso "Samuel Kot" el 5 de Octubre de 1958, en el que admitió el Amparo contra actos de los particulares.

En estos casos, se sostuvo que procede el Amparo para tutelar los derechos constitucionales, con excepción de la libertad física protegida por el Habeas Corpus. No es obstáculo para la aplicación del Amparo su falta de regulación procesal, tal cual lo resolvió el Supremo Tribunal de la Nación en el caso "Outon Carlos J. y otros". El Amparo protege por lo tanto de actos de particulares y del Estado y se da cuando las procedimientos ordinarios por su lentitud, pueden dejar que se produzca un daño irreparable o de difícil recomposición ulterior.

En base a esto es que el Amparo luego se reglamentó por ley, pasando a ser una figura de protección de los derechos constitucionales excepto de la libertad física y corporal que están protegidos por el Habeas Corpus.

Como antecedentes constitucionales, tenemos la Constitución Provincial de Santa Fe de 1921, que en su art. 17 consagraba el Amparo; la Constitución de Entre Ríos de 1923 en sus arts. 26 y 27; la Constitución de Santiago del Estero de 1939 en su art. 22 y por último la Convención Nacional Constituyente de 1957 que establecía como art. nuevo lo siguiente: "Toda persona podrá obtener el Amparo de sus derechos individuales consagrados en esta Constitución, promoviendo por sí o por conducto de un tercero ante cualquier juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, Acción de Amparo. Los jueces tiene obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación, restricción o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución ya provenga de actos o de omisión de autoridad o de particulares. Esta garantía se hará efectiva con procedimientos sumarísimos. En los casos en que se trate de libertad física, el juez hará comparecer a la persona afectada y al autor del agravio dentro de las veinticuatro horas. Examinará el caso y hará cesar inmediatamente la afectación, sino proviene de autoridad competente, o si no cumple los requisitos constitucionales y legales. El funcionario o empleado que restrinja o viole cualquiera de los derechos o garantías consignados en esta Constitución es civil y penalmente responsable. No se necesitará reglamentación previa para el cumplimiento de las garantías precedentes".

Aparte del antecedente constitucional citado, existieron otros proyectos legislativos, entre los que podemos nombrar al del Diputado Nacional Mario Antelo de 1933, del Senador José Nicolás Matienzo de 1934, del Diputado Nacional Ernesto Sanmartino de 1938, del Diputado Nacional Bernardino Horne de 1933, y así podríamos citar innumerables proyectos tendientes a la protección de la libertad individual y de los derechos constitucionales a través del Amparo y del Habeas Corpus.

Finalmente podemos decir que el amparo tuvo consagración legislativa a través de la ley 16.986 y de la ley 17.454. El Habeas Corpus está regulado por la ley 23.098. Las nuevas Constituciones provinciales también incluyeron dichos institutos, como por ejemplo la de Córdoba, La Rioja, Chubut, Salta, etc...

Sin embargo las garantías que deben otorgarse a las personas en un estado democrático, han llevado a un desarrollo y estudio de nuevas formas de ellas, que constituye lo que en definitiva la doctrina ha denominado como amparos especializados. Uno de ellos es lo que la Constitución Brasileña de 1988 ha introducido con el nombre de Habeas Data (traer la información).

Es que el desarrollo de la informática ha potenciado las posibilidades de almacenar y procesar gran cantidad de datos incluso los relacionados con las personas, por lo que no puede negarse el derecho de estas a tener acceso a los correspondientes a

sí mismas, a pedir la rectificación de los que no se ajusten a la realidad, y aún, porque no, a solicitar la eliminación de los que correspondan a su esfera de intimidad o sean discriminatorios, tanto de los que consten en registros públicos como privados.

Este instituto ha sido recogido en las más modernas Constituciones provinciales, como la de Tierra del Fuego, Córdoba, San Juan, Formosa, Catamarca, San Luis y Jujuy.

En definitiva, la incorporación expresa en el texto constitucional de estos institutos nombrados, como así también la protección de los intereses difusos, con las salvedades que hemos realizado en nuestra exposición ante la Asamblea, no es otra cosa que reconocer el verdadero rango que ellos merecen, aún cuando ya tengan vida a través del derecho positivo ordinario argentino.