

INSERCIONES PUBLICADAS

1

Solicitada por el señor convencional Agud (pág. 4281 – 4282)

Acción de amparo

Señor presidente y señores convencionales:

Voy a fundar la disidencia parcial al Despacho de Mayoría en cuanto propugno la supresión del párrafo: "En el caso, el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto en omisión lesiva".

Una de las facultades más importantes y trascendentes, es la de declarar la inconstitucionalidad de la Ley. Desde el célebre caso "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" (Fallos 33:162) la Corte ha sostenido: "que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los Tribunales de Justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en posición con ella, CONSTITUYENDO ESTA ATRIBUCION MODERADA, UNO DE LOS FINES SUPREMOS Y FUNDAMENTALES DEL PODER JUDICIAL NACIONAL". Esta grave declaración requiere que las cuestiones de constitucionalidad se ventilen con la amplitud del contradictorio: que las partes puedan exponer sus argumentos a favor o en contra de la constitucionalidad y que el Juez pueda valorar ambas posiciones. Además, y en virtud de la presunción de constitucionalidad de las leyes, resulta indispensable que el Ministerio Público pueda defender la constitucionalidad cuando la norma es cuestionada.

Se trata en definitiva de consolidar la seguridad jurídica. La Corte Suprema de Justicia de la Nación al resistirse a declarar la inconstitucionalidad en los procesos de Amparo, advirtió que en ciertos supuestos, dicha acción "que no permite debate suficiente en los derechos cuestionados", puede discutir medidas de contralor previstos 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 agravan las bases morales de la comunidad. (Fallos 249:227). La falta de debate propia del Amparo podrá acarrear, de admitirse pronunciamiento de inconstitucionalidad, la inseguridad jurídica, o aún afectar la conservación misma y el desarrollo del Estado (Ver: Néstor Pedro Sagiés, "Ley de Amparo", Bs. As, Pág.200).

La cuestión que estamos analizando no es pacífica en la Doctrina, en la jurisprudencia y en el Derecho Público Provincial. Por eso la analizaré en estos ámbitos.

1º) En la Doctrina amplia, Germán Bidart Campos sostiene que, fundado en el principio de supremacía constitucional, ante la colisión de normas de distintas jerarquías el magistrado "ha de preferir la superior y marginar la inferior. O sea, tiene que rechazar la que avasalla a la Constitución y denegar su aplicación". ("Régimen Legal y Jurisprudencial del Amparo", Bs. As., Editorial Ediar, 1969, pág.128).

A pesar de ello, reconoce que la cuestión requiere un mayor análisis y solo reserva la posibilidad de declarar inconstitucionalidad solo cuando se cuestionan leyes o normas generales, no así a los demás actos estatales.

En el mismo sentido, para su mayor restricción, José Luís LAZZARINI solo admite la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad "cuando en el momento de sentenciar el Juez tenga a su disposición los elementos necesarios, caso en el cual la rapidez de la decisión no será óbice para el fallo". "Muy distinto será el supuesto especial en el cual... fueran precisos elementos de prueba cuya presencia en el proceso trajeran aparejada la dilación, o que, de alguna forma, se desvirtuara la celeridad que Amparo requiere" ("El Juicio de Amparo", Bs. As., Ed."La Ley", 1967, Pág.87/88 y 379).

De las propias palabras de este autor, se culta el reconocimiento de la improcedencia de declarar la inconstitucionalidad de la Ley en este juicio sumarísimo: si hacen falta elementos de prueba con seguridad se va a desvirtuar la celeridad del Amparo, y eso fue justamente lo que la Corte Suprema advirtió cuando fundó en el ya citado caso "Kot" la tesis restrictiva.

2º) La Corte Suprema la Justicia de la Nación ha sido renuente para admitir la declaración de inconstitucionalidad en el Juicio de Amparo, sin perjuicio de hacer lugar a la protección inmediata del derecho conculcado, pero sin pronunciar aquella declaración.

A partir del caso "Gallardo Antonio" el Procurador General de la Nación sostuvo que "con relación a la declaración de inconstitucionalidad, la vía sumarísima del Recurso de Amparo no es la más indicada para el examen de tan grave cuestión (FALLOS 242:436).

Y la Corte misma en el caso "Laperne, Pedro Alfredo" sostuvo que la demanda de Amparo no es el procedimiento adecuado para discutir la validez constitucional de disposiciones legales o reglamentarias de carácter general (FALLOS 253:17). Este criterio fue reiterado en la causa "Aserradero Cliper S.R.L" y luego en "Luminarias S.A. (La Ley, Tomo 115, pág.716) también lo recordó.

Solo en el caso "Outon, Carlos. J y Otros" (FALLOS 267:215) la Corte atemperó este criterio agregando que debía considerarse esa regla (como principio), pero luego in - re: "Editora Popular Diario El Mundo: (FALLOS 289:167 y 244:471) la Corte exigió la necesidad de plantear previamente la declaración de inconstitucionalidad del art.2 inc. d) de la Ley 16.986, como paso previo a la declaración de inconstitucionalidad de la norma violatoria de la Constitución, motivo del Amparo.

En síntesis, señores convencionales nuestro más Alto Tribunal ha decidido y advertido constantemente sobre la necesidad de que los Jueces se abstengan de efectuar una declaración tan trascendente en la vía excepcional y sumarísima del Amparo.

3º) Este mismo criterio ha sido receptado en el Derecho Público Provincial.

Así la Constitución de la Provincia de Córdoba en su art.48 dispone: "Siempre que en forma actual o inminente, se restrinjan, altere, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada podrá pedir el Amparo a los Jueces en la forma que determine la Ley".

Nada dice la norma creativa del Amparo sobre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una Ley, y por eso, la Ley 4915 art.2 inc. a) prohíbe tal declaración. En el mismo sentido: Corrientes Ley 2903 art.2º, Mendoza Decreto Ley 2589/75 art.5º, Misiones Ley 388 art.2º, Salta Ley 5180 art.2º y Santa Cruz Ley 1186 art.3º, entre otras.

Señor presidente, en defensa de la seguridad jurídica y sin que ello implique de modo alguno desconocer o cercenar la efectividad del Amparo, solicito que tratándose en particular el segundo párrafo del Despacho, se suprima la última parte de dicho párrafo donde dice: "En el caso el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

Habremos contribuido así al perfeccionamiento de tan noble Instituto.

2

Solicitada por el señor convencional Alvarez (pág. 4283)

Amparo, habeas corpus y habeas data

Señor presidente:

Quiero referirme a uno de los aspectos tal vez más relevantes del despacho sobre recurso de hábeas corpus y amparo, y es el de la inclusión de la figura de la desaparición forzada de personas como uno de los supuestos de admisibilidad de este recurso.-

Es, lamentablemente, en nuestro país donde la desaparición forzada de personas irrumpe en forma sistematizada como mecanismo sofisticado de represión y persecución política. La lucha por los derechos humanos en nuestro país, durante la dictadura militar, y aún en el proceso de transición democrática, frente a los tribunales nacionales como ante los organismos supranacionales, han influido en el Derecho Internacional Público. Lo que originariamente se dio en llamar "Grupo de Trabajo contra la Desaparición Forzada de Personas en Argentina", al que luego se le suprimió la referencia a nuestro país, en el marco de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, junto con el trabajo de éste y otros grupos en el marco interamericano, elaboró sobre la base de la terrible experiencia de nuestro país, La Convención Internacional contra la Desaparición Forzada de Personas.-

Hago estas referencias para resaltar que, el otorgamiento de rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos votado por esta Honorable Convención y la inclusión del instituto del Hábeas Corpus incluyendo la desaparición forzada de personas, aún durante el estado de sitio, no es ni puede ser para la Argentina solamente lo que podríamos denominar la "modernización" de la norma. El impacto simbólico que la norma constitucional necesariamente implica, y esta reforma, es de ruptura del discurso jurídico antecedente, en un nuevo discurso, enmarcado e implicado

en la “ética de los derechos humanos”. Así lo interpretamos desde el Bloque del Frente Grande, y así creemos lo interpretan otros convencionales que han trabajado en la elaboración del nuevo texto constitucional. Es, por otra parte, mandato expreso del poder constituyente al poder constituido.

Y esta ética de los derechos humanos marca una diferencia casi de esencia con la defensa de los derechos subjetivos desde el liberalismo tradicional. A la ética de los Derechos Humanos subordinamos las normas jurídicas, pero también la política, y la forma de ejercer el poder. Es una nueva mirada que por un lado pretende la mayor eficacia de la norma, esto es consagrar el derecho, pero además garantizar desde el Estado, su efectiva realización y su protección en caso de violación, mediante mecanismos rápidos de resolución.-

Esta claro que esta reforma no implica mecánicamente la realización de estos objetivos, y tendremos que explicar muy bien a la sociedad que no se le pretende dar letra por un lado mientras por el otro se le recorta cada vez más, las reales posibilidades de desarrollar una vida digna, en consonancia con todos los derechos consagrados. También habremos de explicar que se pretende remediar el divorcio endémico entre derecho y realidad, otorgando operatividad y mecanismos de protección. La sociedad civil puede petitionar, y ahora puede además demandar, accionar contra el poder constituido. Pretendemos la efectividad y eficacia de las normas que hemos conjuntamente diseñado para favorecer, en lo que atañe a la labor de esta Convención, el bienestar del Pueblo, intentando darle a esta democracia política un marcado contenido social.

3

Solicitada por la señora convencional Arellano (pág. 4283 – 4285)

Acción de amparo y habeas corpus

Señor presidente:

Ya hemos tenido oportunidad de expresar en esta Honorable Convención Constituyente, en relación a otros temas, que en la evolución del derecho constitucional , podemos registrar etapas que van desde la organización jurídica misma del Estado mediante un texto; luego la incorporación de los avances de constitucionalismo social; y , últimamente el perfeccionamiento de las instituciones, la descentralización y correcta distribución de las competencias en el caso de los estados federales, y la mayor democratización de los sistemas de elección y de gobierno, y la consagración de nuevos órganos y procedimientos de contralor constitucional y legal .

En ese marco, asistimos a la inclusión expresa en la Carta Magna del Amparo, el Habeas Corpus y el Habeas Data. Es que al decir de Germán Bidart Campos: " en la compleja trama de relaciones que vinculan a los hombres dentro del Estado moderno, el interés por la declaración solemne de sus derechos y prerrogativas en fórmulas más o menos perfectas ha cedido al de asegurar prácticamente su vigencia. Hoy es más importante conseguir que esos derechos tengan eficacia y vigor en el orden de la realidad, que definirlos por escrito en catálogos o tablas constitucionales. En suma, la vida va desplazando el racionalismo excesivo, centrando como punto principal de la

política el de la vigencia del derecho, y no su expresión gramatical".

Sin procedimientos eficaces y expeditivos a los cuales recurrir, Señor Presidente, de nada sirve los claros textos constitucionales y legales que reconocen o crean derechos y garantías. Cuando estos son infringidos por actos u omisiones de los poderes constituidos o aún por particulares, las personas que sufren menoscabo o creen padecerlo, deben contar con remedios rápidos y eficaces que posibiliten como se ha sostenido " la tutela jurisdiccional en el momento en el que se la reclama y en la forma que su pretensión requiere. No después ni de otra manera".

El Amparo en nuestro país fue creado por imperio de pretoriana jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir del histórico caso " Siri" en 1957. En efecto, con tal pronunciamiento el máximo tribunal habilitó la vía de un remedio sumarísimo para la protección de derechos afectados o amenazados distintos de la libertad física. Así las cosas, al poco tiempo de aquel señero fallo, la misma Corte en el caso "Kot" expandió la posibilidad de proteger los derechos constitucionales ante actos u omisiones lesivas, no sólo provenientes de la Administración Pública. Sino también de particulares. En suma, no interesa pues, de donde proviene el ataque, interesa la tutela expeditiva de los derechos y garantías antes que detenerse en el sujeto que los vulnera.

El primer párrafo de este nuevo artículo, viene a receptar constitucionalmente la tesis amplia respecto de admitir, a través de la acción de amparo, la protección de todos los derechos y garantías reconocidos, no sólo los enumerados inmediata o directamente en la Carta Magna, sino también los mediata e indirectamente enunciados en ella, los contemplados en tratados y en leyes.

También este mismo párrafo posibilitará que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de una norma mediante el acogimiento de la Acción de Amparo. Al respecto, debido a la sumariedad, se sostenía en algunos rincones de la jurisprudencia, que no era adecuado declarar la inconstitucionalidad. Ello Señor Presidente, queda debidamente aclarado con el nuevo texto.

La constitucionalización del Amparo en la forma prevista otorga amplia legitimación a una figura nueva que esta Honorable Convención ha incorporado ya. Nos referimos a la facultad del Defensor del Pueblo para incoar esta acción en aras de proteger los intereses de toda o parte de la comunidad, en el caso de actos u omisiones de las autoridades públicas o particulares que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen los llamados derechos de tercera generación, derechos difusos o de incidencia colectiva.

Así, en circunstancias en que los habitantes puedan verse afectados por un accionar actual o potencialmente lesivo con trascendencia de la propia esfera individual del afectado, el Defensor del Pueblo y determinadas asociaciones intermedias estarán legitimadas procesalmente para interponer la acción de Amparo ante discriminaciones arbitrarias, la degradación del medio ambiente y los recursos naturales, frente a los abusos y deslealtades que existen en actividades que tienden a un ejercicio monopólico u oligopólico en la producción y comercialización de bienes y servicios.

Por otro lado y a la luz de nuestras propias experiencias históricas, la consagración del status constitucional del Habeas Corpus y el Habeas Data, representa sin lugar a dudas un avance trascendental en el derecho público argentino.

El tercer párrafo alude a un ámbito de derechos personales en el marco de una realidad donde la acumulación de información y su manipulación han generado

amenazas y daños tremendos a las personas y a sus derechos. Estamos en presencia de una acción destinada a proteger el derecho a la privacidad, a la intimidad, derecho contemplado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Con ello se incorpora una protección efectiva ante el avance de un fenómeno nuevo y poderoso que puede acceder el ámbito de las garantías y defensas clásicas.

Es del caso destacar que en el plano nacional, durante las IX Jornadas de Derecho Civil realizadas en Mar del Plata en el año 1984, se redactó la siguiente recomendación : " Reglamentar el uso de la informática para evitar agresiones a la vida privada, contemplando los siguientes aspectos: a) el derecho del sujeto a verificar la amplitud y el tenor de los datos recogidos; b) el de exigir y lograr la corrección y actualización de datos; c) limitación al derecho de acceso a la información a los casos en que medie un interés legítimo; d) la utilización de los datos conforme a la finalidad para la que fueron recogidos."

Esta incorporación Señor Presidente, es por demás relevante, máxime considerando las aciagas épocas del autoritarismo, en donde la inclusión de datos de personas en determinados registros podía implicar desde la incorporación en las llamadas " listas negras " con discriminaciones y atropellos consiguientes, hasta la pérdida de la libertad o la vida.

Por último, la consagración del Habeas Corpus implica recoger en la Carta Magna una añeja y excelsa institución del derecho, haciéndoselo de una manera que comprende a todas sus modalidades, al igual que modernas constituciones - como la de la República del Paraguay - es decir al habeas corpus preventivo, reparador y genérico con la sabia disposición de estar vigente aún durante la vigencia del estado de sitio.

4

Solicitada por los señores convencionales integrantes del bloque del Frente Cívico y Social de Catamarca (pág. 4285 – 4288)

Amparo, habeas corpus y habeas data

Señor presidente, señores convencionales:

El Bloque de Convencionales del Frente Cívico y Social de la provincia de Catamarca, ha sostenido en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, en congruencia con su proyecto original, el siguiente despacho en minoría:

Artículo Nuevo: Toda persona, desde el momento de su concepción, que de modo actual o inminente sufra una restricción manifiestamente arbitraria o ilegal de los derechos o garantías reconocidos en esta Constitución, tratados o leyes de la Nación, distintos de la libertad física, tiene derecho al amparo judicial. Podrán interponer esta acción, para la defensa de derechos de incidencia colectiva en general, el Defensor del Pueblo, las asociaciones legalmente reconocidas que propendan a esos fines y el particular damnificado.

Todo habitante podrá acceder a cualquier información que sobre sí mismo, o sobre sus bienes y actividades, conste en registros, sean oficiales o no, e indagar sobre el uso y finalidad de los mismos, pudiendo exigir la rectificación, supresión o actualización de aquellos que afecten ilegítimamente sus derechos o fueran erróneos.

Todo habitante que de modo actual o inminente sufra una restricción manifiestamente arbitraria o ilegal de su libertad física, aún durante la vigencia del estado de sitio, tiene derecho a recurrir, por sí o por medio de otro, sin necesidad de mandato, ante cualquier juez o tribunal a fin de poner término a la restricción. Goza del mismo derecho toda persona que sufra una agravación ilegítima en las condiciones en que se cumple la privación de la libertad.

Una ley reglamentaria establecerá la forma sumarásimas de hacer efectiva, aún de oficio, las presentes garantías; y si esta ley no se dictare o no estuviere vigente, los jueces arbitrarán las medidas necesarias para poner en movimiento las garantías y resolver sin dilación alguna.

La principal disidencia con el despacho de la mayoría, radica en la expresa mención del derecho subjetivo al amparo de la persona por nacer. Sin embargo, deben considerarse otros dos aspectos.

En relación a la legitimación activa para la interposición del amparo respecto de los derechos de incidencia colectiva en general, se debe señalar que el presente dictamen guarda congruencia con el dictamen de la mayoría que suscribimos con motivo de la cláusula ecológica, en el sentido de incluir entre los legitimados al particular damnificado, además de las instituciones legalmente reconocidas a esos fines y el Defensor del Pueblo.

Ciertamente nos causa alguna sorpresa los vaivenes políticos de la mayoría, que no dudó en abandonar la fórmula consensuada con otros numerosos bloques, e incluso la clara tendencia de los proyectos de texto constitucional puestos a su consideración, cuya enumeración no haremos aquí, pero que señalan la voluntad poco menos que unánime de los señores convencionales en favor de una legitimación amplísima. La sanción de un párrafo tal más parece una mordaza para el desenvolvimiento futuro de la interpretación judicial que el logro ciudadano de mayores y más extensos ámbitos de libertad.

Por otra parte, y a los fines de la inmediata operatividad de las garantías contenidas en el proyecto de reforma, se incluye, en el cuarto párrafo, una mención expresa a las potestades judiciales para poner en movimiento las mismas, aún si las necesarias leyes reglamentarias no se dictaren o no estuvieren vigentes.

Entrando de lleno en el tema del amparo de los derechos de las personas por nacer, debemos, en primer lugar, analizar la procedencia del mismo a la luz de las materias habilitadas por la Ley 24.309 para la presente reforma constitucional. En tal sentido, nos anticipamos a expresar que, conforme a la redacción propuesta, esta Convención se encuentra claramente habilitada para definir -tal es el caso- el sujeto titular del "derecho al amparo", vg. "todos los ciudadanos", "todos los habitantes", "todas las personas", etcétera.

No se trata en el presente caso de propiciar la inclusión expresa -ociosa por una parte y no habilitada en la ley 24.309, por la otra- del derecho a la vida en nuestra Constitución Nacional, sino de garantizar igual protección jurídica a todas las personas, desde el momento de su concepción en el seno materno hasta el de su muerte.

No es ajeno al conocimiento público, por otra parte, que esta Convención iba a prestar preferente atención a la incorporación constitucional de los tratados suscriptos por la República sobre materia de derechos humanos, como el llamado Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce el derecho a la vida de las personas desde el momento

de su concepción (Art. 4.1) y derecho a la igual tutela judicial y legal (Art. 24). No estamos pues, ante el caso de un tema no habilitado para su tratamiento, o no explicitado suficientemente ante la sociedad que votó la reforma. Ello no implica desconocer la magnitud y seriedad de la polémica que plantea, por ejemplo, la realidad del aborto en la Argentina, con su alarmante costo en vidas provocado por las condiciones sanitarias deficientes en que se practica, ni la importancia de los argumentos de quienes sostienen posiciones opuestas a la nuestra.

Desde el punto de vista de la ciencia, la vida humana individual comienza con la fecundación del óvulo, que constituye una nueva realidad biológica distinta de la materna, con un patrimonio cromosómico propio.

Existe acuerdo unánime entre los tratadistas en que nuestra Constitución reconoce, en forma implícita, el derecho a la vida (Art. 33). Es éste, sin duda alguna, el primero entre los derechos no enumerados, al punto de constituir el presupuesto lógico para el ejercicio de cualquier otro derecho, y así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Baricalla..." (27/01/87 LL-1987, B-311). Para Bidart Campos (Derecho Constitucional Argentino, T. I, pág. 318) "Lato sensu, todos los derechos que se consideran como integrantes del rubro derechos de la personalidad o personalísimos se hallan implícitamente incorporados en la Constitución: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, ética o moral, al honor, etc."

La C.S.J.N. tuvo oportunidad de referirse al derecho a la vida y de conferirle operatividad, cuando debió conciliar, en un caso de trasplante de órganos, la situación del donante con el donatario -que eran hermanos entre sí- para autorizar la ablación de un órgano del primero, que era menor de edad, a favor del segundo.

No huelga en este punto en particular remarcar que, no obstante todas las cláusulas constitucionales que declaran derechos gozan de igual rango, los derechos "en sí" no son todos iguales, porque hay unos más valiosos que otros -la vida "vale" más que la propiedad, por ejemplo-. De ahí que haya que afirmar, con el derecho judicial de la Corte, que si hay conflicto entre valores jurídicos contrapuestos, se debe preferir el de mayor jerarquía.

Sin embargo, como expondremos más adelante, resulta al menos una simplificación sostener que es el derecho a la vida de la persona por nacer el único supuesto de aplicación de la redacción que proponemos para la norma en tratamiento y es este malentendido el que oscurece el debate fundamental que debe dar esta honorable Convención.

Siguiendo con el orden de la exposición, consideramos que resulta procedente la acción de amparo para la tutela de todos los derechos reconocidos por nuestra Constitución, ya sea explícita o implícitamente, sin distinción alguna. En principio, cualquier acto que viole la dignidad humana u otro derecho constitucional, posibilita la acción de amparo, dados los demás recaudos que exige este remedio excepcional -lesión clara y cierta, falta de otros procedimientos que puedan subsanar el daño, manifiesta ilegalidad o arbitrariedad en el acto u omisión lesivo, etc.-. Pero aún para posiciones más restrictivas, que sólo admiten el amparo para la tutela de los derechos subjetivos expresamente reconocidos en la Constitución y en las leyes, la incorporación normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, ley 23.054, lleva a igual solución.

No nos detendremos en el presente tema, que en el pasado pudo ser una cuestión controvertida, por cuanto los dictámenes de la comisión de origen, tanto el de la

mayoría como el nuestro, zanján expresamente la cuestión al referirse, como ámbito abarcativo de la protección jurídica del amparo, a los derechos reconocidos en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes.

Sí hace al caso revisar el actual estado de nuestra legislación sobre la materia, análisis que arroja elementos contundentes para sostener nuestra posición. En primer el Código Civil Argentino define a las personas de existencia visible (Art. 51) como "todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de calidades o accidentes", para continuar indicando que "les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no le fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política" (Art. 53)

En los artículos 54 y 57 se establece la incapacidad absoluta de obrar de las personas por nacer y se designa como representantes legales de sus intereses a sus padres y, a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre, a más de la representación promiscua del Ministerio de Menores, establecida en el artículo 59.

Siguiendo con el análisis de las normas del Código Civil, se dispone en el artículo 63 que "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno" aclarando el codificador en la nota correspondiente que "las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre". En otro lugar de la nota, luego de analizar la legislación extranjera vigente en su época, Vélez explica su apartamiento de la corriente dominante en la materia en los siguientes términos: "si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado?, ¿por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?". Para mayor abundancia, dispone el artículo 70 "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

Es obvio que el codificador se refiere aquí a los derechos civiles y no al cúmulo de derechos englobados en la denominación común de derechos humanos. Si la ley reconoce a la persona por nacer aptitud para la adquisición de "algunos" derechos civiles, ¿cómo sería posible sostener que tal sujeto pueda carecer de la protección jurídica de sus derechos fundamentales?

Por otra parte, la reciente reforma ordenada por la ley 23.264, al redefinir el concepto de patria potestad ha dispuesto que "La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos para su protección y formación integral desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hallan emancipado". Todo ello nos habla a las claras de la adhesión de nuestra legislación interna a determinados conceptos y convicciones que consideramos acertados en principio y congruentes con los valores morales medios de nuestra sociedad.

Si el sistema del Código Civil es suficientemente claro respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica al no nacido, la legislación penal incluye al aborto entre los delitos contra la vida. Es sabido que el bien jurídico protegido y el monto de la sanción amenazada son criterios que nos permiten arribar a una noción respecto de la importancia relativa de determinada figura delictiva. En el caso que nos ocupa, estos parámetros nos señalan que el aborto es, para la legislación argentina, un

delito grave, habiéndose receptado además de los tipos dolosos una figura preterintencional.

Que se haga en este repaso de la legislación argentina sobre protección de los derechos de las personas por nacer expresa referencia al aborto es al solo efecto de dejar anotado que el atentado contra la vida de éstas es considerado un delito y, como tal, severamente reprimido por la ley. Más adelante tendremos oportunidad de considerar si la amenaza de la sanción criminal es un medio idóneo de tutela o si, por el contrario, entorpece la solución de fondo de un grave problema social que no admite, al parecer, salidas fáciles.

Entrando en la consideración de los tratados internacionales, la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a nuestro derecho interno por ley 23.054 y con rango supralegal por enmienda sancionada por esta Convención, dispone en su artículo 4.1 que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.", para puntualizar en el párrafo quinto del mismo artículo "No se impondrá la pena de muerte... a las mujeres en estado de gravidez".

Respecto de la protección jurídica de los derechos reconocidos en la Convención, dispone el artículo 24: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley", y el Art. 25 "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Por su parte, la Convención sobre los derechos del niño adoptada por las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, año 1989, fue incorporada a nuestro orden normativo por la ley 23.849 bajo expresa declaración de la República Argentina, con respecto al artículo 1º, de entender por niño al ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad, extendiendo así la protección legal en el ámbito de su competencia, abarcando el período de la gestación. Esta norma goza de igual carácter supralegal que el ya citado Pacto de San José de Costa Rica, estableciendo, entre otros, el principio de prevalencia del interés del menor.

De la normativa vigente surge, entonces, que la negación de tutela jurídica a las personas por nacer, como sería el caso de desconocerles la titularidad del derecho subjetivo al amparo, importaría una discriminación arbitraria e ilegal, repugnante a uno de los postulados más elementales del sistema democrático, al consagrarse una excepción carente de todo sustento jurídico al principio de igualdad ante la ley.

En otro orden de ideas, cuando la Constitución Nacional dice en su artículo 19º que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe" está enunciando, en forma implícita pero clara, un tercer aspecto o faceta del mismo principio y que la doctrina ha concretado en feliz expresión: "nadie puede ser privado de lo que la ley otorga". En consecuencia, ante el menoscabo o agresión de los derechos que la ley confiere se está afectando la cláusula constitucional del artículo 19, violación claramente objetable por medio de la acción de amparo.

Una solución tal importaría, además, -y no es este un tema menor o secundario-

el incumplimiento de compromisos internacionales contraídos por la República Argentina, a través de sus legítimos representantes, en los dos gobiernos constitucionales posteriores a la recuperación de la normalidad institucional del año 1983. No es ocioso recordar que ambos gobiernos estuvieron en manos de los dos partidos mayoritarios del espectro político nacional, la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista.

Son numerosas las hipótesis teóricas por las que se justifica la adopción de la reforma propuesta, la que sin duda implicaría una profunda revisión de la legislación vigente en la materia y la paulatina formación de una jurisprudencia conciliadora de los intereses en pugna.

Podemos imaginar una eventual acción para la protección del derecho a la integridad física de un número indeterminado de personas en estado de gestación, ejercida por el defensor del pueblo ante la comprobación o sospecha que un determinado medicamento pudiera provocar, en un apreciable porcentaje de casos, malformaciones u otros daños y tal circunstancia no fuera claramente advertida a la población en el prospecto correspondiente. Otro tanto podría decirse de la aplicación de la presente norma para la protección del derecho del no nacido de contar con una filiación correlativa a la realidad biológica, que el tráfico de niños vulnera y que podría evitarse con este remedio ante sospechas fundadas de ocultamiento de parto.

Esta y otras hipótesis nos indican, como ya adelantáramos, que resulta al menos una simplificación sostener que el asunto en debate se reduce al conflictivo tema del aborto. Y ello es así porque la persona ya concebida no es, en definitiva, menos digna de la protección de esta Constitución que el niño recién nacido o que cualquier otro habitante y, como persona que es, posee en sí la expectativa de vivir, crecer y desarrollarse libre de toda restricción de sus derechos fundamentales.

En verdad creemos que este recurso tiene bien pocas posibilidades de aplicarse a casos concretos de tentativas de aborto, lo decimos para angustia de tanto fundamentalista que ha estorbado en los últimos tiempos la seriedad de este debate, ya que la actual penalización establecida en el código correspondiente conlleva que, para la defensa de la vida de la persona por nacer, se deba imputar a la madre la tentativa de comisión de un delito que, aunque no reprimida, implica una seria afeción de su honra personal y familiar. Si tenemos en cuenta que por las características del tema resulta poco menos que imposible que personas ajenas al núcleo familiar de la mujer tomen conocimiento de la situación y que tales personas tienen prohibido declarar en su contra, sólo podemos pensar como posible la utilización de la misma con fines de extorsión, repugnante actitud que con la actual legislación -y sin necesidad de la presente reforma- ya es posible.

Creemos por lo tanto que el buen principio es la protección irrestricta de los derechos fundamentales de toda persona. A partir de allí debemos construir los correctivos que las particulares circunstancias sociales nos indiquen, con los pies puestos en la realidad y con la honesta y permanente intención de transformarla por los mecanismos idóneos, hasta lograr la vigencia en los hechos del más amplio grado posible de justicia e igualdad para todos.

Solicitada por el señor convencional Cafiero (J.P.) (pág. 4288 – 4289)

Derechos tutelados por la acción de amparo

La reforma que introducimos tanto en este despacho de amparo como en la de tratados de derechos humanos y su rango constitucional, termina con la vieja polémica doctrinaria y jurisprudencial sobre cuales son los derechos tutelados por la acción de amparo.-

Ustedes recuerdan, las discusiones sobre el amparo de derechos explícitos y los implícitos del art. 33 de la CN, y dentro de los que llamamos implícitos, las teorías que sustentaban que eran derechos implícitos sólo los de raíz político gubernativa (los concernientes a soberanía popular y a la forma republicana de gobierno)

Con la introducción de esta norma, con las propuestas de inclusión que efectuó el Bloque del Frente Grande a través del Convencional Barcesat, terminaríamos con las diversas interpretaciones sobre el margen de aplicabilidad del amparo que tantas veces significaron la frustración del derecho, acogiéndonos en forma definitiva a las teorías amplias que proyectan la protección del amparo a otros derechos que aparentemente no tendrían raíz constitucional.

Pero dentro de la tesis amplia, también encontrábamos matices en cuanto a la calidad y cantidad de derechos amparados, teniendo en cuenta además la fuente de los derechos (Constitución, ley, reglamento, contrato, etcétera)

La doctrina denominó "tesis intermedia", a aquella que se formulaba de la siguiente manera: el amparo garantiza los derechos humanos enunciados directa e inmediatamente en la Constitución, pero no los basados mediata o indirectamente en ella (por ejemplo los que surgieran de tratados o leyes).-

Esta posición fue recogida por la jurisprudencia. En el fallo "Ojea c/Decreto 2196/86" de la Cámara Nacional del Trabajo y otras, donde se señalaba que el amparo solo tiende a proteger garantías y derechos constitucionales , no dando lugar al recurso la invocación de agravios a derechos establecidos en un tratado internacional.-

Nosotros creemos que, con esta cláusula y el rango constitucional de los nueve tratados de derechos humanos incorporados en el nuevo inciso 19 del art. 67, adherimos, en forma explícita a las teorías amplias, que ya fueron fundadas por ejemplo en el voto de Boffi Bogero en la causa " José Bousi" o, como se indicó más adelante en los autos "Bussola, Pedro A. y otros" donde se dijo: " ...no hay derecho, en definitiva, que no tenga raíz y fundamento en la Constitución" . Más allá fue la posición del Dr. Bidart Campos: " Basta con la legalidad; cualquier derecho, cualquier pretensión apoyada en la ley, en el contrato, en los principios generales de justicia, puede ser tutelada por la vía del amparo... aún cuando la pretensión material no hallara en el articulado de la Carta Magna un texto expreso o implícito en que fundamentarse".-

Por otra parte, no hacemos más que recepcionar en el más alto nivel legislativo, el art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona "...a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención".-

La Opinión Consultiva 9/87 del 6 de octubre de 1987 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, se pronunció así: " Los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art.25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción". Principio éste que se ha visto reflejado en la sentencia de la Corte. Pero además, estableció en la misma O.C. que " ... la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar... debe subrayarse que para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto en la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla".

La Corte se ha pronunciado, en este sentido, y recogiendo la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por este recurso como vía regia de amparo de los derechos fundamentales, al establecer en la misma O.C. que "... No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país, o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrado en la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado de la decisión; o por cualquier otra causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial".-

Por tanto, la cláusula que otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y ésta que ahora debatimos, completan un sistema de reconocimiento de derechos más el mecanismo de protección que asegura la mayor eficacia de los derechos consagrados.-

Constituye un gran avance de nuestra legislación, la consagración del amparo de los denominados intereses difusos, los llamados derechos humanos de tercera generación, generalmente referidos a la preservación del medio ecológico. El avance es significativo sobretudo frente a la incorporación en el texto consensuado proveniente de la Comisión Redactora, del afectado como legitimado activo, recogiendo lo mejor de la jurisprudencia argentina y la Doctrina Nacional.-

6

Solicitada por el señor convencional Estévez Boero (pág. 4289 – 4292)

Amparo, habeas corpus y habeas data

La difusión y la lucha por los derechos del hombre, por los derechos del ciudadano, lleva siglos de duración y aun es posible que pase algún tiempo hasta que

todos los hombres del planeta sean respetados en la totalidad de sus derechos. Sin embargo un derecho es tal cuando existe la obligación de respetarlo, lo que equivale a decir cuando existe el medio para hacer efectivos los derechos individuales.

La vida, la libertad y la dignidad del hombre necesitan garantía, pues estos derechos en su mera declaración no se bastan a si mismos y la garantía en este, como en cualquier otro caso de naturaleza jurídica; es accesoria y separada de lo garantizado, aunque indisolublemente ligada a ello.

La Constitución Nacional no contiene norma expresa acerca de la acción de amparo, no obstante este instituto ha sido acogido primero por la jurisprudencia y luego por la legislación tanto nacional como provincial, a punto tal que en la actualidad resulta indiscutible su raíz constitucional. Si la Constitución ha consagrado y garantiza la libertad en todos sus aspectos, no es posible que por el hecho de que la misma guarde silencio por los remedios jurídicos para hacer efectiva la protección de la libertad quede esta huérfana del amparo de los tribunales (Linares Quintana, Segundo).

Sin embargo, hasta 1957, nuestra jurisprudencia no solo desconocía, sino que expresamente negaba el amparo, fundándose en que los jueces no pueden, a falta de ley procesal, crear vías ni procedimientos y debe atenerse a lo que la ley les depara.

En 1957, en el celebre caso "Siri" la Corte abandona por primera vez esta interpretación y hace lugar a un amparo para proteger la libertad de expresión contra un acto de autoridad que la lesionaba inconstitucionalmente. Resulta elocuente el párrafo de la sentencia siguiente: "las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados por la Constitución, e independientemente de las reglamentarias...". El voto mayoritario de la Corte fue firmado por los jueces Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela; entre otras cosas este trascendente fallo sostiene que nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" - porque son derechos esenciales del hombre- este circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, 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.

Queremos rendir nuestro homenaje a la actitud moral que asume el profesor de Derecho civil, Alfredo Orgaz, al enfrentarse como juez de la Corte Suprema con los casos de Derecho público en los que están en juego la dignidad y la libertad humanas. Es innegable, que hasta la decisión del caso "Siri" en nuestro país se dejaban en el mayor desamparo todos los derechos inherentes a la persona humana que integran la libertad personal.

Al año siguiente en el caso "Kot", ante la ocupación de un establecimiento por parte del personal en conflicto con la patronal, la Corte admite por vía de amparo su desocupación en tutela de los derechos de propiedad y de ejercer la actividad propia de la fabrica (derecho de trabajar). En este caso el acto lesivo de un derecho subjetivo no emanaba de autoridad sino de particulares. Este nuevo fallo expresa: "siempre que aparezca, en consecuencia, un modo claro y manifiesto, la legitimidad de una restricción cualquiera a alguno 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 rápida vía del recurso de amparo.

Los casos "Siri" y "Kot" significaron un nuevo lineamiento jurisprudencial que reunió ciertos criterios interpretativos fundamentales: a) Nada hay en la letra ni el espíritu de la Constitución que autorice a afirmar que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de protección constitucional adecuada; b) Nada hay tampoco que autorice a afirmar que la protección de los llamados derechos humanos (derechos esenciales del hombre) este circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad ; c) Aun existiendo vía procesal ordinaria, el amparo puede provocar daño grave e irreparable para el derecho ilegítimamente restringido.

A partir de 1966 el amparo fue reglado legalmente, existiendo en la actualidad numerosos cuerpos normativos que prevén tal acción; así pueden distinguirse: a) el amparo general, implementado por la ley 16.986 del año 1966, previsto solo contra actos estatales; b) el amparo contra actos de particulares, reglamentados en el orden nacional en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17.454 del año 1968); c) el amparo ,por mora de la administración, incluido en la ley nacional de procedimientos administrativos; d) el recurso de amparo por demora de la Dirección General Impositiva o de la Administración General de Aduanas (ley 11.863 y modificatorias); e) el amparo electoral, previsto en el Código Electoral; f) el amparo laboral, de uso en algunas normas provinciales. Por otra parte las provincias también dictan su propia normativa en materia de amparo.

La ley 16.986 fue dictada por un gobierno de facto y para restringir el amparo. Sin embargo, la ley 23.098, que reglamenta el HABEAS corpus autoriza incluso la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la ley que funde la detención ilegítima.

En cuanto a las condiciones de los procesos judiciales no podemos dejar de analizar la relativa independencia de los tribunales en nuestra historia constitucional, lo que pone de manifiesto las frecuentes oscilaciones de la jurisprudencia. Así, en 1990, luego de ampliar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tras la designación de cuatro jueces en sesión secreta del Senado que llevo "cuatro minutos" de tratamiento, la misma se aboco por per saltum al tratamiento de un amparo iniciado contra el proceso de privatización de Aerolíneas Argentinas, revocando la medida precautoria. Esta orientación que socava profundamente la continuidad de nuestra práctica constitucional, lamentablemente fue continuada en los casos "Godoy", "Montalvo", "Fernández", "Peralta", etc.

Hoy estamos tratando la incorporación de la acción de amparo a nuestra Constitución; desde hace muchos años esta acción la conoce México con la denominación de juicio de amparo.

En igual sentido la constitución republicana española el 9 de diciembre de 1931 inserto en su texto el art. 105 que decía: "la Ley organizara tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales". En la presentación de la constitución republicana, el 27 de agosto de 1931, el Dr. Luís Jiménez de Asa destacó muy claramente que los derechos individuales devienen ilusorios sin un recurso de amparo que los garantice.

Señor presidente, quiero elevar a consideración de esta Convención, el homenaje a quien fuera especialista en derecho penal, profesor y político español, que residió en Argentina a raíz del exilio, y que esta Universidad del Litoral le tributara su homenaje con la designación de Doctor Honoris Causa, me refiero al doctor Luís

Jiménez de Asúa quien fue mencionado como uno de los que impulsara la incorporación del recurso de amparo en el texto constitucional, dando sanción así en la ley fundamental de su país la mencionada acción (me refiero a España) cuando el derecho comparado recién comenzaba a considerar la implementaron de la misma en las legislaciones positivas.

Don Luís Jiménez de Asúa en el prologo al libro "La competencia por razón de materia de la acción de amparo" escribió: "Creamos entonces y creemos hoy con mayor convencimiento, que la parte dogmática de una Constitución, es decir aquella en que se declaran los derechos del hombre y del ciudadano, se transforma en letra muerta sin el 'amparo' que el poder judicial ha de prestar contra los atropellos del poder ejecutivo. Cuando se declaran derechos y no se le proveen del medio capaz de defenderlos, esa Declaración se transforma en un hermoso documento romántico sin la menor eficacia.

Señor presidente, el reconocimiento jurídico de las garantías procesales vinculadas al debido proceso han tenido un amplio reconocimiento en el ámbito internacional. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 8 prescribe que 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.

El reconocimiento jurídico de las garantías procesales aparece también en el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por las Naciones Unidas en 1976 y aprobado por la Argentina por ley 23.313; en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1968; en el Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, convenio que fue aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversos casos. En la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada por la Argentina mediante ley 23.054, que establece las garantías judiciales de acceso a un tribunal judicial independiente e imparcial para determinar sus derechos. Por otra parte todas las Constituciones de los países de Europa occidental dan amplio reconocimiento a las garantías procesales, por ejemplo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que forma parte de la Constitución de Francia de 1791; la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece en su art. 101 que no son lícitos los tribunales de excepción; el art. 24 de la Constitución española vigente establece la prerrogativa de todas las personas a obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte de los jueces, a ser juzgado por un juez predeterminado por la ley, a una asistencia letrada, a no declarar contra si mismo, a la presunción de inocencia y a ser informados de la acusación; la Constitución portuguesa de 1976 establece una amplia gama de garantías procesales; Gran Bretaña fue precursora de garantías; en los Estados Unidos el debido proceso de ley para privar a alguien de la vida, libertad y propiedad esta establecido en las enmiendas V y XIV.

En el momento en que esta Honorable Convenio dará sanción a la incorporación Constitucional de la acción de amparo, merece resaltarse la pionera obra del Dr. Carlos Sánchez Viamonte que nos dijera: " en los tiempos que corren, la cuestión a resolver no radica en los fines contenidos en los principios abstractos que todas las Constituciones consignan y que todos los hombres, aun los medianamente cultos, conocen. Se trata de una actitud de lucha para obtener los medios que aseguren la efectividad de esos fines y,

por eso, una Declaración universal, para el hombre y para el ciudadano, debería dedicar toda su atención: 1) a establecer los medios técnicos, que si no logran ahora asegurar al hombre su dignidad y su libertad, por lo menos le señalen el camino de lograrlas y lo inciten y exhorten a marchar por el. 2) a obtener el compromiso formal y responsable de los gobiernos, de respetar las instituciones creadas para el amparo de los Derechos Humanos. 3) a la creación de tribunales internacionales, aceptados por todos los gobiernos, para decidir en última instancia las cuestiones suscitadas en cada país con motivo de la afectación de los Derechos del hombre y del ciudadano, aunque tal afectación provenga de los gobernantes .

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre al replantear el problema, hace oportuno el recuerdo de nuestra tradición como limpio y noble aporte a la formulación de los principios en aquella contenidos.

Sin extendernos en el recuerdo minucioso de todo lo que la tradición argentina ofrece al esclarecimiento y la confirmación de los principios de libertad que hoy figuran en la Declaración Universal de los Derechos aprobados de la UN, es interesante consignar y dejar expresa constancia de que la emancipación argentina, desde los primeros actos en que se va manifestando el espíritu revolucionario, efectúa proclamaciones reiteradas de los derechos humanos, negados en aquel tiempo con rara unanimidad.

Analizando el despacho de la Comisión de Redacción, en principio estamos de acuerdo en la formulación del HABEAS data y especialmente en cuanto al HABEAS corpus, como veremos mas adelante. En cuanto al amparo, manifiesto mi opinión favorable- tal como lo hicieron otros convencionales- tendiente a aclarar el alcance del párrafo segundo en el que se menciona quienes quedan habilitados para el reclamo y para la legitimación activa en el tema de los derechos colectivos, pluripersonales o difusos -como suele llamárselos- solicito que se incorpore la palabra "también". De esta manera el párrafo dirá "Podrán también" las asociaciones... y el defensor del pueblo.... Pero esta legitimación al defensor del pueblo y a las asociaciones no debieran desplazar a los particulares damnificados.

Reitero que, si bien con la formula del primer párrafo podría llegar a entenderse que frente a los intereses difusos o colectivos toda persona esta habilitada y legitimada para interponer acción de amparo, no queda claro cuando el segundo párrafo termina diciendo que podrán hacerlo el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a los fines de evitar cualquier forma de discriminación y a la protección de derechos colectivos que protegen al medio ambiente, a la competencia, al usuario, al consumidor, etc. Por eso es que solicitamos -ya lo han hecho varios Señores convencionales- la posibilidad de que la redacción incluya la palabra "también", de manera que los párrafos primero y segundo pueden articularse en una misma línea de protección del acceso a la justicia.

Entiendo muy importante la incorporación de la institución del HABEAS DATA, que fue pensado originalmente como un mecanismo por el cual los habitantes pueden recurrir antes los organismos públicos para obtener la información existente en los archivos. Durante el debate en la Comisión de Nuevos Derechos y en las Comisión de Redacción se elaboró una nueva formulación del HABEAS DATA, con una ampliación en el texto que se trata que entiendo muy positiva. Se brindará una mayor protección a la libertad individual, a la vida privada de los individuos -derecho

reconocido por nuestra Constitución- que posibilitará a los individuos que se sientan afectados acceder a las oficinas privadas encargadas de prestar los servicios de informes para recabar las que considere necesarias y pedir la eliminación de las que los afecten en su libertad individual o en su privacidad.

El despacho en tratamiento, ha tenido en la Comisión de Redacción, una incorporación que deseo resaltar especialmente, atento a que fue sostenido por este Convencional, en la campaña electoral, para las elecciones del 10 de abril de 1994. Me refiero al derecho a la confidencialidad de las fuentes de información, pues la no preservación de las fuentes de la noticia afectan especialmente al "periodista" conduciendo a una limitación en el ejercicio de su actividad profesional.

Con el agregado al despacho en consideración del siguiente párrafo: "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística" se consagra una especial garantía para quienes cumplen la misión de informar. Si así no fuera se cercenaría la posibilidad que tienen los periodistas de recibir información, pues quien la suministra no contaría con la garantía de la no difusión de la fuente. Demás está decirlo que nuestro criterio no convalida, ni muchos menos la difusión de información falsa o en forma maliciosa.

En cuanto al HABEAS CORPUS, quiero resaltar Sr. Presidente que la ley 23.098 que reglamenta el HABEAS CORPUS, autoriza la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la ley que sirve de fundamento a una detención ilegítima. Tengo la duda que lo que se sancione constitucionalmente, de no tener modificación, sea de menor entidad que lo dispuesto en el artículo 6 de la ley de HABEAS CORPUS Nro. 23.098. Por lo que también compartimos lo expuesto por la convencional Oliveira relativo a la declaración de inconstitucionalidad como facultad del juez.

Señor presidente, sin perjuicio de las modificaciones que sugerimos, y que entendemos van a ser atendidas por esta Honorable Convención, con el despacho en tratamiento estaremos dando sanción a los principios sustentados por el Dr. Carlos Nino sobre esta materia cuando sugería lo siguiente: "Una eventual reforma constitucional debería ocuparse del precisar algunos aspectos de la garantía del debido proceso; habría que incluir las acciones de HABEAS corpus y de amparo explícitamente en el cuerpo constitucional, estableciendo: su carácter expeditivo; la posibilidad de presentarlos ante cualquier juez de la materia; el carácter no suspensivo de la apelación de una decisión judicial que conceda los remedios; la posibilidad de dictar de oficio, en su curso, la inconstitucionalidad de un norma o medida, y su extensión a la revisión de razonabilidad de medidas dictadas bajo el estado de sitio y aun de la ley misma de su declaración. También se debería establecer constitucionalmente el carácter público y oral de los procesos judiciales; debería ratificar la necesidad de jurados para los procesos penales; abolir la pena de muerte para cualquier delito".

La Constitución de Santa Fe de 1921, en su artículo 17, instituía el recurso de amparo, al establecer que "cuando un funcionario o corporación de carácter administrativo impide el ejercicio de un derecho de los expresamente declarados en la Constitución Nacional o provincial, el lesionado en su derecho tendrá acción para demandar judicialmente, por procedimiento sumario, la inmediata cesación de los actos inconstitucionales.

En 1994, en esta Provincia de Santa Fe, se consagrara constitucionalmente esta

garantía para hacer efectiva la protección de la libertad, para que las acciones tendientes a lograr el goce efectivo de los derechos constitucionales no queden -como dijera Linares Quintana- supeditada al arbitrio de los poderes constituidos.

7

Solicitada por la señora convencional Figueroa (pág. 4293 – 4294)

Amparo

Señor presidente:

El amparo fue legislado en el año 1966 mediante la Ley 16.986.

Sin embargo con anterioridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó pretorianamente tal derecho en los autos "Siri, Ángel s/Recurso extraordinario" (1957), contra un acto de autoridad pública, y en "Samuel Kot S.R.L." (1958), contra un acto de particulares.

Con respecto a los derechos tutelados por la acción de amparo, se encuentran en principio todos los derechos constitucionales. Se ha discutido doctrinariamente si se amparan también los derechos emergentes de tratados internacionales. La jurisprudencia de la Corte ha sido fluctuante. Si bien en algunos casos se consideró a los tratados internacionales "self executing" o directamente operativos, en otros se opinó que el Estado debe dictar la legislación pertinente para permitir su operatividad.

Consideramos que la operatividad de los tratados internacionales que perfeccionan derechos individuales debe surgir inequívocamente del texto constitucional. En la actualidad, con su incorporación al texto de la Constitución Nacional, esa discusión ha quedado saldada.

En ese mismo sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 25: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Con respecto a la legitimación, puede interponer la acción de amparo todo habitante de la Nación cuando un acto u omisión de la autoridad pública o de un particular, manifiestamente ilegítimo o arbitrario, ponga en peligro alguno de los derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales que tutelen derechos del individuo.

En el despacho de la mayoría -al que adhiero- entiendo que debe agregarse al comienzo del segundo párrafo la palabra "también", ya que la habilitación para interponer recurso de amparo respecto de cuestiones ambientales, de competencia del usuario y consumidor, como así de los derechos de incidencia colectiva, a favor del defensor del pueblo y las asociaciones que propendan esos fines, no debería limitar la interposición de tal acción a los particulares. La actual forma de redacción podría interpretarse restrictivamente, limitando la acción a los mencionados en el antedicho párrafo segundo.

Es importante la incorporación de la tutela de los intereses difusos o intereses colectivos mediante la acción popular, la que si bien se presenta como derecho

moderno, constituye la representación de la ancestral acción popular contemplada en el Digesto del antiguo derecho romano (Libro 47, título 23, Ley I). Este derecho denominado por la doctrina como "de tercera generación" se encuentra estrechamente vinculado -al decir de Sagues- con el derecho constitucional a la salud (física y mental) de modo que es imposible afianzar a éste si al mismo tiempo no se tutela constitucionalmente al ecosistema. Es decir que la preservación integral de la persona humana lleva implícito el cuidado del medio ambiente en que aquél se desarrolla.

Puede verse, entonces, el cuidado del medio ambiente como una consecuencia de la tutela de los derechos humanos primordiales.

La incorporación de nuevos derechos dentro de la Constitución tales como los del usuario, del medio ambiente, de la no discriminación de la mujer, etc. cuyo titular resulta un conjunto de personas o el pueblo, ameritan la habilitación de la acción popular.

En el caso concreto del medio ambiente, siguiendo el verdadero pensamiento liberal que rige nuestra Constitución Nacional, debe legitimarse al ciudadano común para impedir el daño ecológico, otorgándole una acción concreta, aun en los casos de intereses difusos.

Se trata de canalizar -y con esta reforma es lo que se hace- la preocupación por el medio ambiente, y plasmar en una norma las herramientas para el logro de tal fin.

En la "DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO HUMANO" (Estocolmo, 5 al 16 de junio de 1972), se impone que el tutelaje del medio ambiente se vincula con la autodeterminación de los pueblos y con una política económica adecuada al desarrollo. Expresa tal declaración entre otros conceptos: "La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presente y futuras, se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales de la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas".

Debe contemplarse también la omisión de la autoridad pública (cuando la Constitución ordena a un órgano del poder el ejercicio de una competencia, y éste la omite), como presupuesto de la acción, circunstancia defendida en la doctrina por autores como Germán Campos o Néstor Sagues.

Por las razones expuestas, y con la sugerencia expresada, voto por el despacho de la mayoría.

8

Solicitada por el señor convencional Mestre (pág. 4294 – 4297)

Amparo, habeas corpus y habeas data

Señor presidente:

I) AMPARO:

A partir de la creación pretoriana del Recurso de Amparo en el célebre caso "SIRI, Ángel (Fallos: 239, 463)" una copiosa bibliografía ha agotado prácticamente el estudio de este Instituto.

Conviene, sin embargo volver a las fuentes y recordar los términos del voto de la mayoría que tan magistralmente expusiera su Presidente Dr. Alfredo ORGAZ:

"El escrito de fs.1 solo ha invocado la garantía de la libertad de imprenta y de trabajo que aseguran los arts. 14,17 y 18 de la Constitución Nacional, la que, en las condiciones acreditadas en la causa, se halla evidentemente restringida sin orden de autoridad competente y sin expresión de causa que justifique dicha restricción. Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los Jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una Ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados por la Constitución e independencia de las leyes reglamentarias... Ya a fines del siglo pasado señalaba Joaquín V. González: "No son, como puede ceerse, las declaraciones, derechos y garantías, 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. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o deliberar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina...Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consumo el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponer a los jueces el deber de asegurarlas".

Y luego en el caso "KOT, Samuel" (Fallos: 241, 299) recalcó:

Nada hay, ni en la letra ni el espíritu de la Constitución que permitiera afirmar que la protección de los llamados "Derechos Humanos" -porque son los derechos esenciales del hombre - esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, 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 -que es, desde luego, la del Hábeas Corpus y la del Recurso de Amparo.

II) En pocas palabras, puede definirse como:

"La acción de derecho público, de contenido formal y sumario, que restablece un derecho o garantía constitucional manifiestamente afectados por la acción u omisión de la autoridad". (BECERRA FERRER, Guillermo: "Naturaleza y Presupuestos del Recurso de Amparo". 1960, pág.7).

Luego, la Ley Reglamentaria explicita contenido al disponer que:

"La acción de Amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública en forma actual o inminente, lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el Habeas Corpus".

El despacho de mayoría reconoce o recoge esta filiación en la fórmula que menciona el primer párrafo.

Una vez más el Derecho Público Provincial se había adelantado en esta materia (Santiago del Estero, art.22; Río Negro, art.11; Santa Fe, art.17; Santa Cruz, art.15).

La reciente Constitución de Córdoba reformada en 1987, incorporó el Instituto

en los siguientes términos:

Amparo:

Artículo 48.- Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada podrá pedir el Amparo a los Jueces en la forma que determine la Ley.

III) El Despacho de Mayoría incorpora una facultad polémica que ha dividido a la doctrina: "En el caso, el Juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva"

Esta cláusula obligará al Congreso de la Nación a derogar o modificar el inc. d) del artículo 2º de la Ley 16.986 en cuanto dispone que "la acción de amparo no será admisible cuando... la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u Ordenanzas".

Es necesario recordar la trascendencia e importancia de la facultad de los Jueces de declarar la inconstitucionalidad de una Ley. Bidart Campos se inclina por ampliar el ámbito de lo justiciable a toda cuestión o causa judicial ("Régimen Legal y jurisprudencial del Amparo", J.A del 24 de Noviembre 1969), Vanossi, en cambio tiene una opinión distinta:

"Ante el estado actual de la cuestión, somos de opinión favorable al replanteo legal de las soluciones arbitradas hasta ahora por la jurisprudencia y por la norma reglamentaria del Amparo. En tal sentido, creemos conveniente reservar la acción de Amparo para el control de constitucionalidad en los supuestos en que medie impugnación a hechos o actos de los poderes públicos o de los particulares, ofensivos de derechos humanos; reservando el cuestionamiento de la constitucionalidad, semejante a la ya existente en varias Provincias Argentinas. De esa manera, quedaría perfeccionado el régimen Nacional de control, mediante la existencia de dos caminos: la inconstitucionalidad como defensa o excepción y la acción directa de inconstitucionalidad. Esta última es necesaria a los efectos de contemplar una faz del control de constitucionalidad que no está cubierta por la defensa o excepción, cuyo planteamiento puede dejar sin protección a derechos cuya lesión resulte de normas sancionadas o aplicadas en supuestos extraordinarios o excepcionales". ("Teoría Constitucional", Tomo II, pág. 292 y siguientes).

No estamos de acuerdo, pues, con esta parte del Despacho de Mayoría, Señores Convencionales, y me apoyo en la célebre y sabia admonición del Presidente de la Corte Suprema, en el ya mencionado caso "KOT": "...Los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia, lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios..."

La declaración de inconstitucionalidad exige, por su trascendencia e importancia un debate entre las partes donde una de ellas argumente y razone sobre la inconstitucionalidad y otra parte (utilizando este término en su significado procesal) que defienda la constitucionalidad de las leyes, tarea que suele estar a cargo, no solo de una de las partes, sino también del Ministerio Público.

El segundo párrafo faculta al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que protegen el ambiente, la competencia al usuario y al consumidor así como los derechos de incidencia colectiva -"los llamados derechos difusos"- para tener legitimación activa en esta materia. Se difiere a la Ley el crear un Registro de estas asociaciones y determinar los requisitos y formas de organización.

Queda por tanto debidamente, aclarado que los particulares no están legitimados para defender individualmente estos derechos. También deberá aclararse que el ejercicio de las Acciones de Amparo por las instituciones expresamente autorizadas, no implica dejar de lado ni derogar todo el régimen de la responsabilidad civil, esto es la reparación de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse cuando se trata de proteger el medio ambiente, la libre competencia, los derechos del usuario y del consumidor así como la protección de los derechos de incidencia colectiva o derechos difusos.

IV) HABEAS DATA:

El anteúltimo párrafo del Despacho consagra lo que modernamente se denomina "Habeas Data". Así como el Habeas Corpus significa "que tengas tu cuerpo" aludiendo a la libertad física o de locomoción, el Habeas Data se traduce como "tengas tus propios datos".

El desarrollo de la informática o la computación ha actualizado el problema derivado de la recopilación de datos que puedan significar no solo la violación de la intimidad sino también la incorporación y divulgación de antecedentes y datos personales que sean falsos, o inactualizados o que impliquen una descalificación personal o ideológica.

Una vez más las Constituciones Provinciales se han adelantado en la materia. En un estudio realizado por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se transcribe algunas de ellas:

Así la Constitución de la Rioja en 1986, en su art.30, 2º párr., establece: "La Ley limitará el uso de la informática para reservar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

En la Constitución de San Juan de 1986, en su art.26 dispone además del derecho de los ciudadanos a conocer los datos que de él consten en registros, la prohibición de utilizar dichos datos con fines referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada.

La Constitución de Jujuy de 1986 en el capítulo "Derechos y Deberes Humanos", manifiesta el reconocimiento de la personalidad. El artículo 23 dispone la protección de la intimidad, la honra y la dignidad, y desarrolla estos conceptos. En el apartado sexto faculta a los interesados a tomar conocimiento de los registros con posibilidad de rectificación y prohibiendo el acceso a terceros, el apartado ocho prohíbe la utilización de los datos con fines discriminatorios salvo en caso de tratamiento estadístico.

La Constitución de Córdoba de 1987, en su artículo 50 establece el derecho de toda persona a conocer lo que de él conste en forma de registro, el destino de esa información: incorporando la posibilidad de exigir su rectificación y la prohibición de su difusión a terceros no interesados.

También se citan en ese trabajo las recomendaciones de Congresos Nacionales sobre esta materia, de las cuales extraemos los siguientes:

En nuestro país, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, noviembre de 1983), recomendó: "Reglamentar el uso de la informática para evitar agresiones a la vida privada, contemplando los siguientes aspectos: a) El derecho del sujeto a verificar la amplitud y el tenor de los datos recogidos. b) El de exigir y el lograr la corrección y actualización de los datos. c) Limitación al derecho de acceso a la información a los casos en que media un interés legítimo. d) La utilización de los datos conforme a la finalidad para la que fueron recogidos".

Primer Congreso Nacional de Informática para Abogados (Rosario, Junio de 1986), se aprobó que: "se considera indispensable que ante una eventual Reforma constitucional se contemple de modo expreso la garantía del derecho a la intimidad.

Segundo Congreso Nacional de Informática Jurídica (Córdoba, Agosto de 1987) se coincidió en la necesidad de recepción del derecho a la intimidad en relación a los medios informáticos, por parte de las futuras Reformas a la Constitución Nacional y Provinciales.

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, Agosto de 1987), se recomienda: "El derecho a la información en ningún caso podrá ejercerse de modo que agravia el derecho de la personalidad y el derecho a la intimidad de las personas. Debe reconocerse a toda persona el derecho de conocer el contenido y el uso de la información personal que le concierna y que figure en un registro público o privado, así como el derecho a oponerse a su uso, corregir información errónea, desactualizada o tendenciosa, y el de impedir el registro de adhesiones filosóficas o políticas. El tratamiento automático de datos debe efectuarse sin menoscabo para las personas y el avance sobre los derechos personalísimos origina responsabilidad (Cód. Civil, art.1071 bis). El derecho de hacer cesar tales actividades debe contemplarse como función preventiva de la responsabilidad civil.

Por último, en el reciente Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho -en pos de la integración (Bariloche, mayo de 1994), se recomienda y propicia el Derecho a la autodeterminación informática, traducido en la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos frente al mal uso y abuso de la informática aplicada al tratamiento de datos, en resguardo de la dignidad humana. Recomienda consagrar legislativamente, a través de una norma constitucional expresa como derecho fundamental, el de la autodeterminación informativa, entendido como el derecho del ciudadano a controlar la inclusión y tratamiento de sus datos en bancos de datos y su difusión, para preservar su identidad, dignidad y libertad.

Solo falta adecuar las normas a los avances de la ciencia y de la Técnica. Ese es el motivo por el cual se acuerda esta acción sumaria que permitirá defender los derechos personalísimos, cuando los datos violen la intimidad, sean falsos y deban limitarse cuando media un interés legítimo.

V) HABEAS CORPUS:

La última parte del Despacho de la Mayoría explicita el Recurso de Habeas Corpus.

He utilizado -Señores Convencionales - un verbo "explicita", porque el Habeas Corpus ya está receptado en el art.18 de la Constitución en cuanto dice: "...Nadie puede ser ... arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente..."

En un comienzo, este Instituto fue reglado en los Códigos de Procedimientos Penales de la Nación y de las Provincias.

Con fecha 19 de Octubre de 1984 se sancionó la Ley 23.098 que tiene origen en el Proyecto del Senador Fernando de la Rúa, ingresado en el Senado de la Nación el 7 de Marzo de 1984. Esta Ley "rige en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el Tribunal que la aplique. Sin embargo, ello no obstará a la aplicación de las Constituciones de Provincia o de Leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan mas eficiencia protección de los derechos, a que se refiere esta Ley.

En su trabajo "Nuevo Régimen del Habeas Corpus (Ley 23.098)" publicado por el Dr. Néstor Pedro SAGÜES en la Revista Jurídica La Ley del 8 de Noviembre de 1985, el autor destaca:

"El Proyecto de la Rúa destacó que la libertad ambulatoria constituye un derecho primario, individual y básico, sin cuyo goce es difícil el ejercicio de otros derechos humanos. Perfilados así como "derecho fundante", agrega que el reciente fomento de los derechos económicos y sociales no debe traspapelar la tutela de la libertad ambulatoria, razón que obligaba a adaptar los remedios procesales del caso a las necesidades de la época" (Pág. 1 , apartado II).

En cuanto al texto del Despacho de la Mayoría solo presenta como novedad que este interdicto procederá "aún durante la vigencia del Estado de Sitio". Si bien es cierto que durante el Estado de Sitio el Presidente de la Nación está facultado para arrestar o trasladar a las personas si ellas no prefiriesen salir del territorio Argentino, y por tanto el Presidente se transforma en autoridad competente que haría improcedente la viabilidad del Habeas Corpus, no es menos cierto que la presentación del recurso será de utilidad para verificar si realmente existe el decreto que ordena la detención; para que los Jueces puedan ejercer -en cada caso - el control de razonabilidad y por último para que puedan verificar y controlar las modalidades del arresto o detención y la efectiva aplicación y ejercicio por los detenido del "derecho de opción".

Señor presidente, señores convencionales: ya en el siglo XIII, el " Justicia Mayor de Aragón", era considerado "el mayor oficial legal que existe sobre la tierra: fue competente para entender en sus contiendas entre el Rey y los ricos hombres, hidalgos e infanzones, o entre los nobles entre sí. Pero su mayor poder provenía de su facultad de resolver sobre el "Juicio de manifestación de persona", que tenía por objeto exhibir a la persona que estuviera oculto o dejado por otra persona. Llevado a su presencia y examinado el caso, si procedía ordenaba su inmediata libertad en ese mismo acto.

Han pasado siete siglos, y las amenazas a la libertad se renuevan día a día. Nunca es poco lo que se haga en defensa de la libertad. A las sutiles formas o hábitos modernos para desconocerla, proclamamos este Instituto para que nuestros Jueces -a semejanza del Justicia Mayor de Aragón - dispongan con firmeza e independencia de criterio, la inmediata libertad de los ciudadanos cuando la misma fuere desconocida.

Porque siempre está vigente la proclama del Acto de Chapultepec de 1945: "El hombre americano no puede vivir sin Justicia; tampoco acepta vivir sin libertad".

Solicitada por el señor convencional Romero Feris (pág. 4297 – 4299)

Amparo y habeas corpus

Señor presidente:

Considero de mayor importancia dejar expuesto mi pensamiento respecto de los trascendentes institutos que se someten a debate para su ulterior incorporación a la Constitución Nacional como un nuevo artículo de la primera parte de la misma, consistentes en la acción de amparo; habeas corpus y el denominado habeas data.

Siempre he sostenido que la historia del hombre es la historia de la lucha por la libertad, más precisamente la lucha entre el poder y la libertad.

Como acertadamente destaca Miguel Ekmekdjian al referirse al tema 'ambas son magnitudes vectoriales en sentido contrario, que tienden a anularse recíprocamente y - por lo tanto - son inversamente proporcionales.-

Es que el poder siempre tiende a expandirse a costas de la libertad, y en este sentido, las

Constituciones son ante todo instrumentos que procuran garantizar la libertad del hombre ante los embates del poder público. La Constitución es un sistema normativo que establece los frenos y contrapesos del poder público, para evitar que este se constituya en el Leviatán del hombre.

Esta concepción filosófica - jurídica que origina el llamado Estado Constitucional, y que se inicia con la Revolución Americana de 1776, y se continúa con la Francesa de 1789, tiene en el proceso constitucional norteamericano su principal exponente. Este procedimiento que culmina con la Constitución de 1787, y que contiene la riqueza de las ideas republicanas de Hamilton, Madison y Jay, entre otros, es considerado como el lanzamiento definitivo hacia el mundo, y posterior consolidación, de las estructuras federales y republicanas con sus principios y efectos de control vertical y horizontal del poder.

El avance progresivo de la república federal tiene en la carrera por el desarrollo y ampliación del espectro de los llamados derechos fundamentales la otra cara interrelacionada de la misma moneda. Es que el concepto inicial de derechos individuales que corresponde al llamado Estado Liberal, al que hacíamos referencia precedentemente, se ve superado por el surgimiento de los derechos del trabajo y la previsión que corresponden al nacimiento del Constitucionalismo social, consagrado en las Constituciones de Méjico de 1917 y de Weimar de 1919, hoy ya superado por la nueva ola gestada por aquellos derechos que se originan a partir del concepto comunitario de solidaridad.

Vemos así como la amplia gama de derechos nacidos y perfeccionados de la mano del progreso de los pueblos y los países, que adquieren la categoría jurídica de fundamentales, encuentran en el sistema republicano que se basa en los principios de división y control de los tres departamentos que ejercen y administran el poder, la garantía máxima de su ejercicio y respeto.

En este sentido, la llamada acción de amparo resulta un instrumento procesal de importancia fundamental en la limitación del ejercicio del poder, y consecuentemente en la defensa de la libertad y de los derechos fundamentales del hombre.

No creo necesario, a esta altura de la evolución del amparo en la legislación, doctrina y jurisprudencia mundial y nacional, efectuar un análisis exhaustivo del instituto.

Basta decir que el mismo es una acción judicial breve y sumaria destinada a garantizar los derechos y libertades constitucionales diferentes a la libertad física que protege el habeas corpus, cuando los mismos se ven alterados, restringidos, o lesionados por actos u omisiones manifiestamente ilegales o arbitrarios, y los medios ordinarios - por su propia naturaleza - no pueden satisfacer la urgencia de la restauración.

Por esto, no podemos ignorar, que la acción de amparo y la acción de habeas corpus tienen similitudes importantes, ya que ambas se caracterizan por una tramitación sumaria y expeditiva para la protección de derechos, difiriendo solo en lo que hace a su objetivo específico.

Como es sabido el amparo en nuestro derecho es una creación pretoriana que se origina en 1957 en el conocido caso Miguel Ángel Siri para la protección del derecho de prensa y de trabajo, perfeccionado en 1958 en otro leading case: Samuel Kot S.R.L. al extender la protección de los derechos ante actos lesivos provenientes de particulares.

A partir de allí, y con la posterior sanción en 1966 de la ley federal de amparo Nro. 16.986 y el cúmulo de fallos jurisprudenciales enriquecedores del instituto, se creo hasta nuestros días un aureola garantista de los derechos constitucionales cuya evolución es de encomiable reconocimiento.

Se ha superado de esta manera los obstáculos que impidieron en su momento la efectiva protección de los derechos, avance que no se ha detenido, ya que como así no resulto una barrera la inexistencia de ley para el reconocimiento del amparo tampoco el avance disposiciones legislativas que establecen limitaciones formales que se han visto rebasadas por la correcta interpretación de los jueces. Es así como en la Republica Argentina el amparo ha funcionado como acción declarativa de inconstitucionalidad en numerosas ocasiones, a pesar que esta no existe en nuestro país en el ámbito federal. En este sentido, el dictamen de la mayoría incorpora lo dicho cuando establece en el final del primer párrafo que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Cabe destacar que la acción de amparo, como garantía genérica de derechos esenciales, ha sido acogida por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San Jose de Costa Rica, que recientemente ha sido incorporado por esta Convención, juntamente con otros tratados, a la Constitución Nacional. El art. 25 de dicho pacto dice que: ' toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales'. Esto nos demuestra que, vigente la nueva Constitución, el amparo tendrá reconocimiento constitucional sin necesidad de incluirlo expresamente en el texto de la Carta Magna.

Por una cuestión de honestidad intelectual debo reconocer, Sr. Presidente, que, tal como he manifestado en el ámbito del Senado Nacional a lo largo del tratamiento de la ley 24.309, no comulgo con la posición -mayoritaria por cierto - que propone asignar rango constitucional a la acción de amparo. Al respecto considero que el tratamiento del

instituto debe circunscribirse y es materia de tratamiento legislativo, tal como acontece actualmente en el ámbito nacional.

Además, no creo equivocarme al sostener que pocas garantías poseen el reconocimiento y protección efectiva en nuestro derecho como lo son el amparo y también, por supuesto, el habeas corpus reglamentado por la ley 23.098, y que encuentra sustento constitucional en el art. 18 de la Carta Fundamental.

Si ha esto sumamos lo dicho precedentemente respecto que dicho instituto se encuentra recepcionado por el Pacto de San José de Costa Rica el que, a partir de la vigencia de esta reforma, se nivelara con la Constitución misma, advertirnos la inconveniencia de la recepción del proyecto que se nos propone.

Por supuesto no desconozco que casi todas las Constituciones latinoamericanas y muchas europeas recepcionan el instituto en disposiciones de diversa redacción y extensión.

Así la Constitución de Bolivia (art.19); Brasil (art. 6 inc. 49); Costa Rica (art. 48); Chile (art. 20); Ecuador (art. 141); El Salvador (art. 247); Guatemala (art. 265); Honduras (art. 183); Méjico (art. 103, inc. 1); Nicaragua (art. 45); Panamá (art. 50); Paraguay (art. 77); Perú (art. 295); Venezuela (art. 49). Complementariamente a lo expuesto, cabe decir que tanto la Constitución de la Republica Dominicana como la Argentina lo contienen en forma implícita (art. 8 y 33 respectivamente) y que solo dos Constituciones latinoamericanas no contienen disposición alguna respecto del amparo, Haití y Colombia, que si incorporo el habeas corpus en su art. 23.

También el derecho provincial se ha hecho eco de la inserción del instituto a su normativa constitucional, La Rioja, Jujuy, Córdoba, San Juan, Salta, son claros ejemplos de la recepción del amparo en distintas redacciones y extensiones.

En lo específico, el dictamen de mayoría, pretendiendo afianzar constitucionalmente la acción, contiene - a mi criterio - una redacción que puede ser interpretada en forma limitativa de la garantía en cuestión.

Efectivamente, dice el primer párrafo del dictamen en cuestión que 'Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo judicial, siempre que no exista otro medio judicial mas idóneo...' Estos últimos conceptos, extremadamente peligrosos a mi entender, si bien receptan la interpretación judicial que dice que no corresponde el amparo cuando existen otros medios que permitan asegurar los derechos lesionados, implican un retroceso respecto del complemento de tal interpretación, ya que es sabido, que se entiende que tal premisa pierde vigencia cuando los medios ordinarios pudieran no asegurar el derecho lesionado.

Los conceptos vertidos respecto del amparo poseen vigencia applicativa para el instituto del habeas corpus que, como es sabido, encuentra un conocido origen en la Carta Magna Inglesa de 1215, aunque pueden rastrearse antecedentes más antiguos en el derecho ingles y en las Cortes Españolas.

La vigencia, operatividad y plenitud del mismo en nuestro derecho es prácticamente absoluto, razón por la cual considero inconveniente su inclusión constitucional en atención al correcto desenvolvimiento que hasta el momento ha tenido.

Por ultimo, no puedo menos que manifestar mi profundo rechazo al denominado habeas data que incorpora el dictamen de mayoría, y también el de minoría, mediante el

cual resultaría procedente el amparo por parte de toda persona para tomar conocimiento de datos referidos a ella y de su finalidad que consten en registros o bancos de datos públicos o privados, y eventualmente proceder a su supresión o rectificación cuando fueren falsos o discriminatorios.

Estoy seguro que, mas allá de la salvedad que se ha hecho respecto del secreto de las fuentes de información periodística, este nuevo instituto traerá aparejado un atolladero de acciones judiciales y se constituirá en fuente de innumerables conflictos.

Asimismo, se advierte nítidamente que el denominado habeas data puede también arrimar serios riesgos al sistema de seguridad del Estado, a través del peligroso efecto que la publicidad del conocimiento de la información contenida en los registros de los organismos de control y seguridad publica aparejara la aplicación del instituto.

Por todos estos fundamentos, señor presidente, es que adelanto mi voto negativo tanto al dictamen de mayoría como al de minoría, el que si bien reconozco posee una extensión y redacción mas acotada, precisa y respetuosa de una técnica constitucional prolija, no salva las objeciones que me conducen al rechazo que he fundamentado.