

MODULO VIII

DERECHOS HUMANOS EXPLÍCITA E IMPLÍCITAMENTE CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (CONTINUACIÓN)

El derecho de circulación y de residencia

Este se encuentra expresamente enumerado en el art. 14 de la C.N., como el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Por su parte también dicho derecho se encuentra reconocido por el art. 22 de la C.A.D.H., el art. 12 del P.I.D.C.P. y los arts. 10, 11 y 22 de la CDN.

Si bien el art. 14 reconoce el **derecho a entrar** a todo habitante, se ha entendido con razón que quien aún no lo es, es decir entra al país por primera vez, es considerado como habitante potencial por la Constitución (Bidart Campos-I-311), ya que no parece razonable interpretar la norma citada, solamente, como derecho a reingresar al país, es decir, sólo reservado a quien, por un tiempo al menos, habitó efectivamente en suelo argentino. Al ser el mismo un derecho relativo, también puede ser sujeto a reglamentación, no vulnerando el principio de razonabilidad que la misma de un tratamiento diferenciado a los nacionales (tanto nativos, como por opción o naturalización) de los extranjeros, y en este último caso fijar requisitos para el ingreso y la permanencia en el territorio nacional.

En términos generales se entiende que el presente protege el **derecho de locomoción** en sentido amplio, con lo cual se entiende que, por principio, nadie puede ser ni obligado a entrar ni obligado a salir del territorio, como tampoco, de residir en un lugar determinado, contra su voluntad o de no poder cambiar de lugar de residencia o domicilio, y en dicho contexto, la CSJN ("Olmos", Fallos-307-1430) ha entendido que el **derecho al pasaporte** es parte esencial de este derecho ya que condiciona su obtención, la posibilidad de viajar, y que por tanto, su negación irrazonable puede ser examinada judicialmente. También es dable considerar, que conforme el art. 18 de la C.N. la detención de una persona, restrictiva de la libertad ambulatoria, sólo puede efectuarse por orden escrita de autoridad competente, como regla, por lo que, el **recurso de habeas corpus** como garantía a la restricción ilegal de dicha libertad, también encuentra fundamento en este derecho.

Teniendo en cuenta en carácter relativo de este derecho, pasaremos a continuación a analizar algunas situaciones particulares que reglamentan el mismo.

La expulsión de extranjeros. A fin de que la permanencia de un extranjero en territorio nacional sea legal, debe cumplir con determinados requisitos al ingreso, como para gestionar su residencia, fundamentalmente ante la Dirección Nacional de Migraciones, en la medida de su razonabilidad. Si el ingreso y/o la permanencia es o se torna ilegal, el extranjero puede ser expulsado de nuestro territorio, con destino a su país de origen. Ello constituye una salida coactiva del territorio. La Convención Americana (art. 22, ap. 6, 8 y 9), además de fijar la condición de legalidad, limita su ejecución (aun legal), sea ya al país de origen o a otro, en los casos en que la vida o la libertad del expulsado esté en riesgo de ser violada a causa de raza, religión, nacionalidad, condición social o de sus opiniones políticas. Además prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. Por otra parte se ha sostenido que resulta imprescindible el respeto del debido proceso judicial y el derecho de defensa en juicio, en un trámite con intervención del poder judicial, como condición de constitucionalidad de la expulsión. (Gelli-188; CSJN. "De la Torre", 22-12-1998 - Voto disidente Dres. Petracchi, Fayt y Boggiano) (Remitimos además a lo expresamos en relación con la ley 4144).

La extradición. La misma consiste en el requerimiento, por un tercer Estado o ha un tercer Estado, de una persona que en él reside, a los fines de ser juzgado penalmente. En general la extradición se acuerda en tratados bilaterales entre Estados, pero también Convenciones de Derechos humanos, referidos a delitos de lesa humanidad (como la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, o contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, por ejemplo) regulan la obligación de extraditar, y hasta establecen la posibilidad de utilizar las mismas, entre Estados Partes, a dichos fines, en ausencia de tratados bilaterales específicos. Esta constituye una forma coactiva de entrar al país, en el caso de que el Estado argentino sea requirente, o de salir del país, en los casos en que el Estado argentino sea requerido, y conceda la misma. La limitación antedicha se considera razonable en la medida en que su fin es evitar la impunidad de los delitos.

Limitación ambulatoria en el proceso penal. Cabe distinguir aquí claramente la situación de la persona procesada, de la persona condenada por sentencia firme. En el primero de los casos, el derecho de locomoción, sumado al principio de inocencia (art. 18 C.N.), tornan procedente un criterio restrictivo en la limitación a esta libertad, y conforme ello, los beneficios de la eximición de prisión y de la excarcelación tienen raigambre constitucional, por lo cual su aplicación razonable, restringe su denegación a la existencia de razones o causas objetivas, que hagan presumir que el beneficiario intentará eludir la acción de la justicia. En el caso de los penados, el criterio de restricción de la libertad ambulatoria es más amplio, sin perjuicio de que la regla de que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (art. 5.2 C.A.D.H.) condiciona las formas efectivas de ejecución de la pena, tanto en relación a la persona del condenado (enfermo terminal, p. ej) o de las condiciones y régimen de los lugares de detención.

El estado de sitio. Una forma excepcional por excelencia que admite la restricción del derecho en tratamiento, es la autorización que el art. 23 de la C.N. le concede al Presidente de la República a fin de detener personas y trasladarlas de un punto a otro del país, durante la vigencia del Estado de Sitio. Frente a ello, se admite el beneficio al detenido de solicitar la opción de salir del país, no pudiendo regresar hasta tanto se produzca el cese del mismo, aunque, como ya vimos, si regresa y vuelve a ser detenido por igual motivo, puede reiterar el pedido de la opción, que es, de carácter obligatorio su otorgamiento por el PEN. (Nos remitimos al Módulo V sobre el tema en particular).

El derecho a Asilo. Este derecho se encuentra garantizado por el art. 22.7 de la C.A.D.H. El mismo consiste en buscar y en recibir asilo en territorio extranjero, y debe fundarse en la persecución por delitos políticos o conexos con los políticos, de acuerdo a la legislación de cada Estado o de los tratados internacionales. Se entiende que el otorgamiento del asilo constituye, por regla, una facultad discrecional del poder político (PEN). En general, en razón de los motivos que lo justifican, el Estado extranjero que lo concede, lo condiciona a restricciones ambulatorias, del derecho de expresión y del derecho de reunión, a fin de impedir que el territorio del país asilante se transforme en plataforma de lanzamiento política del asilado, o este tome parte en los asuntos internos del país asilante, lo que torna en general, razonables tales restricciones, ya que el asilo lo que pretende es preservar al asilado de la persecución por presuntos delitos políticos o conexos con estos, pero no, facilitar seguir haciendo política desde un lugar de indemnidad absoluta.

El estatuto de Refugiado. El refugiado, en principio es coactivamente obligado a salir de su país de residencia, en razón de persecuciones raciales, religiosas, políticas, etc. y también, en la generalidad de los casos, obligado a entrar en un tercer Estado, como es la situación de quienes se ven obligados a huir a un país fronterizo para preservar su vida y su integridad personal y la de su familia o cuando viaja de polizón en un barco, y es obligado a desembarcar en un puerto determinado por el Capitán del mismo. La generalización de este fenómeno ha hecho que se creara en Naciones Unidas el Alto Comisionado para los Refugiados, y se regulará esta situación. El otorgamiento del Estatuto de Refugiado por el país receptor, garantiza la legalidad de su residencia en el mismo, impide su expulsión y lo hace acreedor a una serie de beneficios propios de tal condición.

La ley de Residencia. En la Argentina, a partir de 1902, y hasta su derogación por ley 14.445 de 1958, rigió la denominada Ley de Residencia (ley 4144) que autorizaba al Poder Ejecutivo Nacional a ordenar la salida del territorio de la Nación a todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros, por crímenes o delitos de derecho común; a ordenar la salida de todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público; y a impedir la entrada al territorio de la República a todo extranjero cuyos antecedentes anteriores autoricen a incluirlo entre aquellos a que se refieren los dos casos anteriores. Dicha norma, no sólo violentaba el derecho de residencia y circulación conforme surge de

las palabras pronunciadas por el entonces diputado Alfredo Lorenzo Palacios, en la sesión del 18 de julio de 1904, impugnando la constitucionalidad de esta ley: "En primer lugar, el derecho de entrar, de permanecer y de salir del territorio de la Nación como el derecho de peticionar a las autoridades es un derecho que tiene el doble carácter de público y de privado y que no puede negársele a ningún extranjero, porque es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles y puede usársele con absoluta independencia de la capacidad política...no podemos negarles esos derechos indispensables para el ejercicio de los derechos civiles y que con tanta razón les ha acordado la carta fundamental." (En Alfredo L. Palacios. Legislador social e idealista militante., págs. 53/54). Sino que además vulneraba las reglas mínimas del debido proceso y de la defensa en juicio, transformaba la expulsión en una verdadera pena y representaba la asunción de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo, como bien lo señala Sánchez Viamonte. (Ley 4144 - págs. 187/229), a pesar de lo cual ha sido reiteradamente confirmada su constitucionalidad por la CSJN utilizando el argumento de la razón de Estado: "Que de lo dicho se sigue que el extranjero que haya penetrado al país y después de hallarse en él comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público, ni constitucional ni moralmente puede invocar para sí el derecho de permanecer en el territorio, garantizado por el art. 14 de la Constitución". (CSJN - Caso del Transporte Chaco - 1932 - Voto de los Dres. Repetto - Pera y Ferrer, en Sánchez Viamonte - ley 4144 - pág. 126). En 1949 aun se sostenía por la Corte Suprema su constitucionalidad - Fallos-215-161 - "Ordinanz"). Pero además como bien señala Sánchez Viamonte: "La sanción de la ley 4144 en el año 1902 es un hecho fácil de cohonestar si lo apreciamos con criterio histórico, es decir, si tenemos presentes y sabemos comprender los factores que lo determinaron. Pero el mantenimiento de la ley, a través de los cambios producidos durante cincuenta años, es ya más difícil de explicar." (ob. cit., pág. 163). Pero además, como bien lo señala Ramella (268/269) una vez derogada "en parte fue restablecida por la ley 17.401 de 1967 sobre represión del comunismo", por la ley 18.235 de 1969 y por la ley 21.259 de 1976, en términos y con consecuencias y procedimiento similares a la ley derogada. Ello ejemplifica claramente de qué manera durante el siglo XX en la Argentina, mediante leyes represivas de diverso origen, pero con el común denominador de ser violatorias de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, se ha afectado este derecho.

El peaje. Consiste en la fijación de un costo en dinero, como condición para la efectiva utilización de una vía de comunicación, terrestre o acuática, generalmente destinado al mantenimiento o mejoramiento de la misma.

Considero que resulta razonable su implementación en la medida en que esté destinado a sufragar los gastos de mantenimiento y que exista una vía alternativa gratuita (CSJN - Nación Argentina - Fallos-312-1106), la que si bien no debe necesariamente tener las mismas ventajas, debe mantenerse en un nivel de transitabilidad que no fruste efectivamente el derecho a transitar. Por ende, no comparto la jurisprudencia posterior del máximo tribunal que dejó de exigir la necesidad de una vía alternativa gratuita, y que hace hincapié en la necesidad de demostrar el efectivo perjuicio al derecho de circular por la

imposición del peaje. ("Estado Nacional", LL, 1991-D, 399). La razón de ello es, justamente los motivos por los cuales no comparto los fundamentos dados por Sagüés (II-159) en el sentido de que "El derecho a transitar es un derecho constitucional, pero su ejercicio, como tantos otros, puede estar subordinado a tener los medios económicos para realizarlos (entre ellos, sufragar los costos de la vía de comunicación). Así el derecho de propiedad depende de contar con la cantidad de dinero para adquirir un bien...". Subordinar el ejercicio de los derechos constitucionales a la capacidad económica de su titular es un argumento claramente discriminatorio, ya que, entre los parámetros prohibidos de distinción por dicho principio, está el de la posición económica o cualquier otra condición social del titular del derecho de que se trate y además, es la efectividad (su ejercicio) un principio general en materia de derechos humanos, que no autoriza discriminar titularidad de ejercicio, sobre la base de la obligación general del Estado de respetar y garantizar los derechos convencionalmente consagrados (art. 1.1 y 22 de la C.A.D.H.), por lo cual condicionar el ejercicio del derecho de circular a la capacidad económica de su titular está absolutamente contrario a la constitución vigente. De allí que, la condición de una vía alternativa gratuita, y en condiciones razonables de transitabilidad es, la solución aceptable en relación a los principios antes descriptos.

El derecho a la nacionalidad

Históricamente, el derecho a la nacionalidad fue considerado una potestad estatal, y por lo tanto su regulación se consideró una facultad discrecional de éste. Por otra parte, la protección de los nacionales en país extranjero era considerado tradicionalmente una cuestión de Estado, y motivaba la celebración de tratados bilaterales entre Estados con esta finalidad, sobre la base del principio de reciprocidad.

La modificación del mapa político europeo, después de la Primera Guerra Mundial, con la desaparición de Prusia y el Imperio Austro-Húngaro, y la aparición de nuevos Estados, potenció además el fenómeno de los apátridas, es decir de las personas sin patria, sin nacionalidad.

A partir del reconocimiento de la persona, como sujeto del derecho internacional, comenzó a reconocerse como uno de sus atributos esenciales (recuérdese aquí lo expresado al desarrollar en el Módulo VI el Derecho a la Identidad) el derecho a contar con una nacionalidad, a no ser privado arbitrariamente de ella, y a cambiar de nacionalidad (art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre).

A partir de entonces la nacionalidad se encuentra embuida de este doble rol, como atribución Estatal y como derecho de la persona, lo que reclama, al momento de su reglamentación, soluciones equitativas y equilibradas de dicha tensión.

En nuestra Constitución el derecho a la nacionalidad está reglado en el **art. 75 inc. 12** como atribución del Congreso Nacional de dictar "leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina". Y por otra parte, por el **art. 20 de la C.A.D.H.**, se establece el derecho de toda persona a una nacionalidad; a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra; y a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

Ambas normas conjugan este doble aspecto al que hicimos referencia, ya que, mientras el **art. 75 inc. 12** coloca la nacionalidad como una potestad estatal a ejercerse por el Poder Legislativo, el **art. 20 de la C.A.D.H.** lo consagra, en términos claros, como derecho de la persona. Sin perjuicio de que el derecho a la nacionalidad nativa o por opción, pueda ser considerada implícitamente también como derecho, a tenor de ser reconocida como tal, la obtención de la naturalización para los extranjeros. (**art. 20 C.N.**).

A dicho respecto la Corte I.D.H. ha definido la nacionalidad como "El vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática" (párr. 99) y por otra parte ha sostenido con respecto al **art. 20 de la C.A.D.H.** "significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado y, asimismo, protegerlo contra la privación de la nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de los derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo" (párr. 100). Y que atento ello "el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos, pues la nacionalidad reviste el carácter de un derecho de la persona humana. (párr. 101). (Corte I.D.H. Caso Castillo Petruzzi y otros. Sentencia del 30 de mayo de 1999).

El **principio de nacionalidad natural** implica la aplicación de las reglas del *Ius Solis*. Es decir, la adjudicación de la nacionalidad nativa a toda persona nacida en el territorio nacional, por el solo hecho de su nacimiento en él. El **principio de opción a favor de la Argentina**, habilita la posibilidad de que el hijo de padres argentinos nacido en el extranjero, pueda optar por la nacionalidad argentina. La jurisprudencia de la CSJN ha admitido el ejercicio de la opción aun cuando uno solo de los padres es de nacionalidad argentina. La regla en tratamiento impide que un hijo nacido en el país, hijo de extranjeros, pueda optar por la nacionalidad de sus padres. Dicho principio representa una aplicación restrictiva de las reglas del *Ius Sanguinis*, es decir la adjudicación de nacionalidad por la que corresponde a los padres (relación de consanguinidad). Este último principio fue incorporado en la reforma de 1994, a fin de salvar una eventual inconstitucionalidad, producto de que la naciona-

lidad por opción se encuentra desde antaño regulada legislativamente en el país, pero al aparecer opuesto al principio de nacionalidad natural (único vigente hasta la reforma de 1994) podía devenir en contrario a la Carta Magna. (Bidart Campos-I-131) aunque ello, oportunamente, fue descartado por la CSJN ("Caso Villalonga Nazar"- 1935). A pesar de su incorporación constitucional, cabe coincidir con Bidart Campos de que tanto la nacionalidad por opción, como la nacionalidad por naturalización son voluntarias, mientras que la nativa se genera por imposición de la Constitución. (Bidart Campos-I-131).

Por otra parte la reforma de 1994 eliminó del texto constitucional, incorporado en la reforma de 1860, el término "**ciudadanía**". Con ello se pretende distinguir claramente el derecho a la nacionalidad, que ejemplifica la relación de la persona con una Nación determinada, del de ciudadanía, que ejemplifica la relación de la persona con el Estado, y principalmente, con la titularidad y ejercicio de los derechos políticos. (En *Contra Bidart Campos* para quien nacionalidad política y ciudadanía son lo mismo en la Constitución y que, por ende, no se contraponen - I-129; quien mantiene su posición aun después de la reforma por entender que artículos subsistentes (arts. 8 y 20) de la Constitución anterior, continúan avalando su tesis - VI-357/359). A partir de la reforma además quedó claramente habilitada la potestad de las provincias de dictar leyes locales en materia de ciudadanía; aunque algunos autores (Quiroga Lavié-Constitución Comentada - 378/379) la admiten para la elección de autoridades nacionales por vía de delegación legislativa (**art. 76 C.N.**) y bajo estricto control del Congreso Nacional, lo que personalmente estimo inconveniente, al atentar contra la lógica unidad legislativa que debe imperar en materia de elecciones de autoridades nacionales, para evitar manipulaciones interesadas.

La nacionalidad nativa no puede perderse. Este criterio entiendo se ha reforzado por el principio general establecido en el **art. 20.2 de la C.A.D.H.**, que reafirma el irreductible derecho de toda persona a contar con una nacionalidad, siendo ésta, al menos, la del lugar territorial de su nacimiento. Con la cual se pretende superar toda condición de apátrida. Por su parte el argentino nativo puede ver cancelada la ciudadanía argentina (**art. 16 ley 346**) y con ello producirse la **suspensión en el ejercicio de sus derechos políticos y civiles**, mientras ésta no se restablezca. (Quiroga Lavié-Constitución Comentada-381). (Bidart Campos si bien identifica nacionalidad política y ciudadanía, y por ende, ninguna de ambas puede perderse, admite la posibilidad de la suspensión de esta última (I-133).

Con respecto a la **pérdida de la nacionalidad por opción o por naturalización y su relación con la ciudadanía**, en doctrina existen, al menos, dos posiciones bien diferenciadas: Por un lado Bidart Campos, para quien nacionalidad política y ciudadanía, para la Constitución representan términos idénticos, y por ende, sostiene que, siendo la nacionalidad por opción y por naturalización de carácter voluntario, pueden estar sujetas a pérdida por vía reglamentaria, y como consecuencia de ello, también se produce la pérdida de la ciudadanía (I-132/133). Por la otra, Quiroga Lavié, para quien la nacionalidad

argentina nunca puede perderse ni revocarse por acto de autoridad, de ley, o administrativo, porque de lo contrario sería admitir la posibilidad de regular la extinción del presupuesto básico del Estado, como lo es la Nación Argentina: Ello contradice la previsión de la continuidad del Estado; la república debe asumir la inconducta de todos sus miembros dentro del sistema y no apartarlos de él; y en cambio, si admite la cancelación de la ciudadanía, que en el caso de los argentinos naturalizados, produce su caducidad por revocación. (Constitución Comentada - 380/381). Y por otro lado equipara a los argentinos nativos con los argentinos por opción. (Derecho Constitucional - 309 - ap. 5.2).

Frente a ello, considero en primer lugar que la reforma constitucional de 1994 ha equiparado, al menos en su rango constitucional, tres formas de adquisición de la nacionalidad: Por nacimiento, por opción en beneficio de la argentina y por naturalización. (arts. 20 y 75 inc. 12). **Creo que, por regla general, la nacionalidad argentina, en las tres formas descriptas, no puede perderse o revocarse.** Considero para ello, no sólo la imposición constitucional de la nacionalidad nativa, sino también, el carácter de derecho inalienable de toda persona a contar con una nacionalidad, y el mensaje claro que emerge del art. 20.2 de la C.A.D.H. de que "en el sistema americano no puede haber apátridas" (Colautti-239), ya que si bien se afirma, en general, que en el caso de la nacionalidad por naturalización de ésta perderse o revocarse, el extranjero mantendría la de origen, esto es, en la práctica, una afirmación de dudosa contundencia, ya que, en el contexto de la diversidad de legislaciones sobre la materia, muchas de ellas contienen la pérdida de la nacionalidad originaria, de carácter definitivo, ante la opción por la de un tercer país (Naturalización), con la única salvedad de la específica situación en que exista tratado de doble nacionalidad entre tales Estados. Por lo cual, aun en el caso de la naturalización, de admitirse la pérdida o revocación se corre serio riesgo de que la consecuencia sea un apátrida, y ello veda, a mi entender, en forma absoluta, la posibilidad de tal pérdida o revocación. Y en el caso de la nacionalidad por opción, tenemos situaciones de similares características, ya que, en muchas ocasiones, quien opta, lo hace también, en razón de no poder adquirir la nacionalidad del país de nacimiento, conforme las leyes de éste. Por su parte, en relación con la ciudadanía entendida como el ejercicio efectivo de los derechos políticos, entiendo que los mismos pueden restringirse razonablemente por vía legislativa.

Otra situación a analizar es la referida a la **renuncia de la nacionalidad argentina**. A dicho respecto Quiroga Lavié - (Constitución Comentada - 126-380), se pronuncia enfáticamente en el sentido de que la nacionalidad argentina es irrenunciable. Decididamente no comparto este punto de vista. La C.A.D.H. garantiza el derecho de cambiar de nacionalidad, y ello, trae implícita la facultad de renunciar a la que se detenta, incluida la argentina, que es Estado Parte de la referida Convención, y ha jerarquizado la misma constitucionalmente. Por otra parte si se quisiera interpretar restrictivamente el precepto, en el sentido de que censura la privación arbitraria a cambiar de nacionalidad, cabe expresar que, impedir o prohibir la renuncia es, en el caso del nacional argentino, la prohibición o imposibilidad absoluta de cambiar de nacionalidad ¿Qué ma-

yor arbitrariedad que ésta? Considero que el equilibrio que debe existir entre la nacionalidad como potestad estatal y la nacionalidad como derecho de toda persona, radica justamente en que, compete al Estado fijar los tipos y las reglas de adquisición de la nacionalidad, pero cabe a la persona titular del derecho poder cambiar de nacionalidad, y para ello, renunciar a la que detenta. Estimo, que hay que distinguir, los efectos jurídicos que dicha renuncia produce en el derecho interno argentino, que puede ser, por ejemplo que, en el caso del argentino nativo, y en el país, siga siendo considerado nacional, del derecho de cambiar de nacionalidad, que no impide cumplir con la exigencia de la renuncia, planteada por un tercer estado, por cuya nacionalidad la persona opta para cambiar, conforme lo garantiza el art. 20.3 de la C.A.D.H.

Por su parte, la ley 346, sus modificaciones y la jurisprudencia, por aplicación de los principios constitucionales antedichos, **definen a quienes considera argentinos nativos**, así: A los nacidos en el territorio de la República, comprendiendo las aguas territoriales y el espacio aéreo (con excepción de los hijos de ministros extranjeros y miembros de las legaciones residentes en el país); Los nacidos en las legaciones y buques de guerra de la República; Los nacidos en mares nuestros bajo pabellón argentino; Los hijos de los funcionarios del servicio exterior de la Nación que estén prestando servicios en el exterior; Los nacidos bajo pabellón foráneo en aguas territoriales argentinas; y los hijos de argentinos nacidos en el exterior que optasen por la nacionalidad de sus padres.

Por su parte, el art. 20 de la C.N. garantiza a **los extranjeros el derecho de adquirir la nacionalidad argentina por naturalización**. Este derecho, que como tal es optativo para el extranjero que, por imperio del referido artículo en tal carácter goza de todos los derechos civiles garantizados a los habitantes por la Constitución Nacional, esta reconocido por la ley 346, y sujeto constitucionalmente a la condición de dos años de residencia en el país, que, por imperio del propio texto constitucional, puede ser disminuido alegando y probando servicios a la República. **La referida ley enumera tales servicios**, a saber: Haber desempeñado con honradez empleos de la Nación y de las provincias (Como bien señala Gelli (191) debe incluirse a partir de 1994 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); haber servido en las Fuerzas Armadas; Asistido a acciones de guerra en defensa de la Nación; Haber establecido en el país una industria o introducido una invención útil; Ser empresario o constructor de ferrocarriles, en cualquier provincia; Formar parte de alguna colonización, siempre que posean alguna propiedad raíz; habitar o poblar en las líneas de frontera o fuera de ellas; haberse casado con mujer argentina. (Como bien señalan Gelli (191) y Colautti (240), a partir de la jerarquización de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, también debe contemplarse la situación de la mujer casada con hombre argentino). La solicitud o pedido de naturalización se formula por el extranjero ante juez federal. Una vez otorgada, el argentino naturalizado tiene el pleno ejercicio de los derechos políticos, salvo límites establecidos constitucionalmente, como ser no poder ser candidato a Presidente o Vicepresidente de la Nación. **No corresponde formular distinciones entre nacionales nativos o**

por opción, y nacionales naturalizados. Considero que ello se encuentra vedado por la regla general impositiva, por discriminatoria, de efectuar distinciones basadas en el origen nacional o social o por nacimiento (art. 1.1. C.A.D.H.; art. 2.1 P1-D-C-P-). La aplicación de dicha regla se reafirma con la reforma de la ley 24.951 que estableció la prohibición de negar la nacionalidad por naturalización por razones políticas, raciales, religiosas, ideológicas o gremiales. Por otra parte, tal distinción aparece contraria al principio de igualdad ante la ley y violatoria del principio de razonabilidad. (SCJ - Mendoza - sala I - 25-03-1996. "Sanhuenza Fernando", DJ-1996-1-946). El argentino naturalizado puede perder, por caducidad, sus derechos políticos, ante la cancelación de su ciudadanía argentina. (art. 16 ley 346). (Quiroga Lavié - Constitución Comentada - 381).

Que a dicho respecto también cabe señalar que en determinados momentos de la historia argentina, las leyes vigentes exigían determinadas cualidades morales e ideológicas a los extranjeros para naturalizarse (Decreto del 21 de diciembre de 1931, la ley 14.354 de 1954, luego derogada, y la ley 17.401 que prohibía la naturalización de extranjeros que participaban de la ideología comunista o la ley 20.840 de 1974, que establecía la pérdida de la nacionalidad por naturalización a quienes cometían los delitos allí reprimidos), y que en su momento fueron declaradas constitucionales por la CSJN - (Fallos-244-496 y 250-758) (Ramella-242); a pesar de su neto corte represivo y violatorio de la Constitución Nacional, por lo que hemos venido exponiendo hasta ahora.

Finalmente considero cabe distinguir la situación de la doble nacionalidad. Desde mi perspectiva ésta se materializa en los casos en que, por acuerdo entre Estados, y con los alcances propios dados en el respectivo tratado, se admite la adquisición de una segunda nacionalidad, sin afectar la primera, es decir, con carácter complementario, lo que considero, lo diferencia del derecho a cambiar de nacionalidad, es decir, dejar de tener una para tener otra. La argentina ha suscripto tratados de doble nacionalidad con España (ley 18.951 de 1971) y con Italia (ley 20.588 de 1973).

El derecho de extranjería

Ya hemos hecho referencia aquí a la situación constitucional de los extranjeros frente a su posible expulsión, y frente a la posibilidad de obtener la nacionalidad argentina por naturalización y frente a la ciudadanía. Nos cabe hacer referencia aquí, en general, al tratamiento constitucional de los extranjeros. A dicho respecto cabe señalar que, el art. 20 de la Constitución Nacional le reconoce a estos todos los derechos civiles que ésta consagra y garantiza. Con frecuencia y con razón se ha señalado que el referido art. 20, además, en su enumeración explícita de derechos, consagra algunos que no lo están explícitamente para todos los habitantes, como son, el derecho a testar y a casarse conforme las leyes. Por otra parte no están obligados a naturalizarse argentinos, ni a pagar contribuciones extraordinarias forzosas.

Por supuesto que esta consideración especial que la Constitución Nacional formula a favor de los extranjeros se inscribe en el marco de la política inmigratoria que la propia constitución favorece, acorde con las ideas albertianas sobre la materia.

Una cuestión discutible es la vinculada con la posibilidad de reconocer a los extranjeros el ejercicio de derechos políticos. Históricamente la posición negativa contaba con el respaldo de una realidad sociológica abrumadora, reflejada por una proporción muy alta de extranjeros en relación con la población total del país. Más recientemente se ha habilitado a los extranjeros a ejercer el derecho al sufragio en las selecciones municipales, de carácter voluntario, ya que deben previamente inscribirse en el padrón de extranjeros para ello. Por último se pensó en un momento habilitar el derecho a sufragar en las selecciones generales, a todos los extranjeros con residencia permanente en el país, sobre la base de su proporción poblacional inferior, y sobre la base de que si bien el art. 20 de la C.N. reconoce los derechos civiles, no prohíbe el reconocimiento de los derechos políticos, por vía legislativa, criterio este que permitió incluir a los extranjeros en las elecciones municipales. Una razón de lógica constitucional permite concluir que no es adecuado conceder un amplio ejercicio de los derechos políticos a los extranjeros, ya que, de ser así, la opción de obtener la nacionalidad por naturalización que abre el art. 20, carecería de todo sentido o razón de ser, y no parece lógico que el constituyente arbitrara una alternativa, a la postre, absoluta y totalmente inicua.

Finalmente, en relación a la restricción constitucional de los derechos civiles de los extranjeros, se ha sostenido en general, que las mismas deben responder a los criterios de razonabilidad y relaciones de proporcionalidad que dimanar del art. 28 de la C.N.; que el interés vital del Estado en establecer la limitación debe ser preciso; y que su aplicación no conduzca a la negación del derecho. (Gelli-189; CSJN-Repetto Inés - Fallos-311-2272 - año 1988). Aunque en general se ha señalado que la jurisprudencia ha sido errática sobre la materia.

Los derechos políticos

Si bien, conforme el art. 1º de la C.N., la Nación Argentina adoptaba para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, los derechos políticos, tal cual los consideramos en la actualidad, no constaban explícitamente en nuestra constitución histórica. Las razones, entiendo, son múltiples. En primer lugar, por el concepto político dominante en la elite dirigente argentina del momento, que era conservadora, es decir, veían con recelo una participación masiva y generalizada de la población en materia política. El pensamiento de Alberdi era favorable a la participación política de los sectores sociales mejor posicionados económicamente, ya que entendía que el que nada tenía, nada perdía, y por ende, le daba lo mismo votar por uno que por otro. Su preocupación fundamental radicaba en la implementación de las medidas necesarias, a su parecer, para garantizar el desarrollo económico e industrial, y el diseño de un poder del Estado que garantizara su implemen-

tación. Y desde otra perspectiva, Sarmiento advertía sobre la necesidad previa de "educar al soberano" para que recién luego pueda ejercer responsablemente sus obligaciones cívicas. Por último, la experiencia rosista próxima, que calificaban como una tiranía, y que había construido su poder, a través de su relación con los sectores populares (lo que la elite calificaba como la "chusma"), con los cuales, evidentemente, les unía una relación de profunda desconfianza.

Además, en la mitad del siglo XIX no predominaba el concepto de partido político, en los términos en que hoy lo conocemos, y que comenzó a desarrollarse a partir de la creación de la Unión Cívica en 1890, ya que las fuerzas políticas o se constituían en torno de determinadas figuras públicas, o a través de "Clubés" o a través de Liga de Gobernadores, en ocasiones, de duración efímera o meramente coyuntural.

La irrupción política de la Unión Cívica Radical, comenzó un proceso de construcción que, con el tiempo, se definiría como democracia de partidos, es decir, los partidos políticos como mediadores necesarios, a los fines de determinar y ejercer la representación y entendidos estos como estructuras organizativas tendientes a perdurar. Además, a los fines de sustentar su proyecto, el radicalismo requería aumentar su base social y la participación política de la misma, para lo cual debía enfrentar la máquina electoral conservadora, basada en el fraude. Para ello, primero con Leandro N. Alem y luego con Hipólito Irigoyen, desarrollaron la estrategia del abstencionismo revolucionario; no participaban en las elecciones convocadas y organizadas por los sectores conservadores (cuya figura paradigmática fue Julio Argentino Roca) (Y que Hipólito Irigoyen definió como "El Régimen") y organizaban y ejecutaban algunos alzamientos revolucionarios (1890-1893-1905), reclamando una ley electoral que sincerara los procesos electorales y generalizara el derecho político al sufragio.

Frente a ello, la elite política conservadora se dividió: Por una parte una línea, que podemos calificar como dura, planteaba el enfrentamiento, y otra, que podemos denominar como moderada, planteaba la necesidad de integrar al radicalismo dentro del sistema político vigente, en la conciencia de que, seguían manejándose (los conservadores) los resortes institucionales neurálgicos y representaba, por otro lado, el desafío para el radicalismo de que pulseara concretamente su poder político, y eventualmente, su capacidad de gobierno, haciéndolo salir de una posición, que calificaban de cómoda, de pura oposición.

La segunda tesis es la que finalmente triunfo, al compás de la descomposición institucional del régimen conservador, tal cual venía gobernando, lo que dio origen a la ley Sáenz Peña (1912) de sufragio universal, secreto, único y obligatorio, y significó el ingreso del Radicalismo al ruedo electoral. Además, el diagnóstico de la elite conservadora moderada se confirmó. Cuando Hipólito Irigoyen asumió la Presidencia de la República, en 1916, lo hizo con un Senado Nacional, y con la mayoría de las provincias en manos de los conservadores, y la necesidad de incorporar en su gabinete a hombres prove-

nientes de esa vertiente. Y por otra parte, con la cintura política que ha caracterizado a las clases oligárquicas y dominantes del país, fueron paulatinamente deslizándose hacia el nuevo partido en construcción, generando la línea interna de los antipersonalistas (contrarios al personalismo de Irigoyen), liderados por Alvear, futuro Presidente de la República, miembro de la oligarquía y con ascendencia patricia, a fin de reacomodar su influencia, ante los nuevos tiempos políticos que se desarrollaban.

Finalmente, y para cerrar este breve racconto, que consideramos necesario para entender las actuales disposiciones constitucionales sobre la materia, en 1930 se produce la interrupción de la segunda Presidencia de H. Irigoyen, por un golpe militar, liderado por el General Uriburu, bajo la influencia de las ideas fascistas, en pleno auge en Italia, y de las ideas nacionalista vernáculas, descreídas de la democracia liberal (ya años antes, Leopoldo Lugones (uno de sus representantes) había anunciado que había llegado la hora de la espada), lo que significó la incorporación de las fuerzas armadas, en un nuevo rol político, como renovados "salvadores de la patria", que desencadenó en sucesivos golpes militares (1943-1955-1962-1966 y 1976) y que caracterizaron la Argentina del siglo XX (Lo mismo sucedió en el resto de América Latina) como de democracias formales inestables, precarias, y débiles y que, con un claro propósito ideológico, estuvieron destinadas, en muchas ocasiones, a interrumpir procesos políticos democráticos, de contenido popular y reformista.

Ahora bien, cuál es el tratamiento que la Constitución Nacional reformada en 1994 hace de los Derechos Políticos, en el Capítulo de los Nuevos Derechos y Garantías.

Ya hemos analizado (Módulo IV - Relación Democracia y Derechos Humanos) el tratamiento en la constitución (art. 36) de los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, a lo cual nos remitimos.

El art. 37 de la Constitución Nacional, en primer término, asegura garantizar el pleno ejercicio (efectividad) de los Derechos Políticos, en términos genéricos, lo que debe interpretarse en el sentido que abarca a todos ellos. Por otra parte reafirma su carácter de derechos relativos al sostener que los mismos se ejercerán con arreglo a las leyes que se dicten en consecuencia. Por supuesto que dichas leyes deben responder a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad que emergen del art. 28 de la Constitución Nacional. (Ver Módulo V). También, en primer párrafo del artículo en análisis, remite tal ejercicio al principio de Soberanía Popular, es decir que, tal ejercicio, debe garantizarse, sea la voluntad, libremente expresada, del pueblo. Ahora bien, la extensión de la misma es controvertida, es decir, su ámbito de influencia específica, en el campo del ejercicio de tales derechos. No puede escapar a nuestra percepción que, el concepto de soberanía del pueblo ya estaba presente en nuestra constitución histórica (art. 33 incorporado por la reforma de 1860). Y que, evidentemente, ésta estaba circunscripta en el contexto de un sistema representativo rígido (art. 22), que se manifestaba en el ejercicio de la soberanía popular en la elección de sus representantes. Ahora

bien, este criterio tradicional aparece, al menos menguado en su rigidez, con la incorporación de la iniciativa popular (art. 39) y de la consulta popular vinculante y no vinculante (art. 40), como nuevas formas de participación a través del sufragio. Digo menguada, porque la convocatoria a tal consulta, queda en manos del Congreso de la Nación (cuando es vinculante) y sólo para los proyectos de ley; y en el Congreso Nacional o el Presidente de la República (cuando es no vinculante), en el ámbito de sus respectivas competencias, es decir con un criterio más amplio en relación con la materia que puede ser sometida a consulta. Y con respecto a la iniciativa popular, porque el Congreso Nacional tiene obligación de dar tratamiento al proyecto, exclusivamente. Es decir que prima o la voluntad inicial, en el primer caso, o la voluntad final, en el segundo de los representantes. Ahora bien, cabe expresar aquí que, conforme lo anticipamos en el Módulo IV, el debate no concluye con ello, ya que, dentro del marco de una conceptualización participativa de la democracia, dicha soberanía popular tiene un ámbito de expresión mucho mayor. Constituciones provinciales, el Estatuto de la Ciudad Autónoma de Bs. As. y la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Ushuaia, por ejemplo, han incorporado otras formas de participación social, como es la revocatoria de mandato, a fin de someter al cuerpo electoral la continuidad de un cargo electivo; o de formas de participación del vecino en una gestión municipal descentralizada (arts. 256 y sigtes. de la Carta Orgánica de la Municipal de la Ciudad de Ushuaia), o la implementación de la Audiencia Pública (arts. 42 de la C.N.; Ordenanza Municipal 2582 y art. 248 Carta Orgánica Municipal de Ushuaia), la Banca del Vecino (Municipio de Ushuaia, art. 249 de la Carta Orgánica, y Municipio del Partido de General Pueyrredón (Bs. As.); La Comisión de Información y Debate Ciudadano (art. 145 Carta Orgánica Municipal-Ushuaia); o la consagración de un amplio derecho de acceso a la información (Ordenanza Municipal 2474 de Ushuaia); todo lo cual refleja, en la medida en que no se declare su inconstitucionalidad, que la Constitución Nacional habilita un sentido de la participación ciudadana, mucho más amplio que el de las instituciones que específicamente consagra. Con lo cual podemos afirmar que el criterio de Soberanía Popular que en la actualidad dimana de nuestra Carta Magna es amplio. (No podemos dejar de recordar aquí lo ya expresado en Módulo IV sobre las tensiones, contradicciones y limitaciones a que este proceso de participación está sometido, en el contexto de una sociedad capitalista, y que aquí debe tenerse en cuenta y damos por reproducido). Este criterio se consolida con lo dispuesto, por ejemplo, en el art. 23. a) de la C.A.D.H. que fija el derecho de todos los ciudadanos de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente, o por medio de representantes libremente elegidos.

A continuación el constituyente caracteriza al sufragio como universal, igual, secreto y obligatorio, entendiendo que las mismas garantizan adecuadamente la efectividad del principio de soberanía popular, y constituye una caracterización razonable del mismo. Ello responde al precedente de la ley Sáenz Peña de 1912. Por supuesto que estas características generales del sufragio pueden estar a la vez sometidas a reglamentación razonable y proporcional, a través de la ley electoral, cuya modificación requiere de la mayoría absoluta de miembros de cada Cámara para su aprobación.

El carácter universal responde a la idea básica que desecha calificar al elector por su posición económica o su posición social o su nivel cultural, por ejemplo, a los fines de habilitarlo para la emisión del voto. Aunque, como ya vimos, (Módulo V- Principio de no discriminación) no impedía inicialmente, que se circunscribiera exclusivamente a la universalidad masculina, como tampoco impide actualmente su reglamentación razonable, p. ej. Que se reconozca el ejercicio de dicho derecho a partir de los 18 años; o a las personas de nacionalidad argentina.

El carácter único, responde al principio: de que el voto de cada ciudadano vale lo mismo. Ello genera algunas cuestiones, como ser la planteada por Colautti (236) de que, estableciendo la legislación un mínimo de cinco diputados por provincia, en la ciudad autónoma de Buenos Aires, cada habitante elige, en proporción, con relación a las provincias de menor población, un número de diputados cuatro veces menor o como señala Gelli (292/293) que ello no significa que sea único, pues la ley electoral podría establecer un sistema en que el ciudadano tuviera más de un voto o que valiera en más de un sentido, con lo cual resultaría constitucional un sistema mixto que combinara la proporcionalidad y por circunscripciones o el de lemas.

El carácter de secreto, protege la emisión del voto, a los fines de que el mismo se efectúe en un ámbito de soledad y absoluta privacidad, a fin de que su contenido no se divulgue, salvo voluntad expresa del emisor. Con ello se pretende evitar coacciones externas sobre la voluntad individual del elector. Su reglamentación razonable esta destinada a generar el ámbito propicio, durante el acto electoral, que garantice esta soledad privada, al momento de emitir el voto.

Estas tres características se vinculan con la caracterización que hace la C.A.D.H. en el art. 23.1.b) de "que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores", ya que se entiende que las mismas constituyen el requisito mínimo indispensable para que ello pueda suceder.

El carácter obligatorio, cuya única excepción constitucional está contemplada en la Consulta Popular No Vinculante, y legislativa con respecto a los mayores de 70 años, somete al emisor al cumplimiento de una obligación sujeta a sanciones, tornándolo en lo que se denomina un derecho-deber. Es la característica más controvertida, ya que, en el derecho comparado, muchos países tienen incorporado como regla, su carácter optativo, empezando por los EE.UU., p.ej. el que evidentemente se condice con el carácter de derecho del sufragio. Ello además se desprende del enunciado del art. 23. 1. b) de la C.A.D.H., que no contiene la obligatoriedad, como una característica necesaria e imprescindible del sufragio. En general para fundamentar la legitimidad de la obligatoriedad del sufragio se recurre, y creo que con razón, a las particularidades de nuestra práctica institucional y a la evaluación de sus consecuencias políticas. Si la evaluación del abstencionismo electoral, no se circunscribe al estrecho ámbito de potenciar quiénes quieren y quiénes no quieren ejercer este derecho, expandiéndose al campo de la legitimidad política, del respaldo social y de la viabilidad futura del gobierno (como sucede gene-

ralmente en la Argentina; el caso de la elección reciente del actual el presidente de la república Néstor Kirchner, es un ejemplo) es claro que la obligatoriedad tiene un cierto grado de razonabilidad, aunque, evidentemente, la tendencia hacia su optatividad, desde una visión estrictamente jurídica, es lo más razonable.

Por otra parte, el art. 23.1.b) de la C.A.D.H., hace referencia a que se trate de "elecciones periódicas auténticas" Sobre el tema de la periodicidad sólo recordaremos que, siendo la misma, una de las características de la República, y que se encuentra reglamentado constitucionalmente en la parte orgánica de ésta, las elecciones deben ser realizadas conforme al sistema de renovación previsto; y en un sentido más amplio, de necesaria renovación de autoridades, podemos inferir que esta periodicidad nos está indicando que debe cumplirse o ejecutarse, en períodos temporales razonables, que no constituyan formas encubiertas de perpetuación en el poder. Sobre el tema de la autenticidad cabe expresar que ésta no sólo se refiere a la existencia de fraude, irregularidades del acto comicial o situaciones de violencia individual o colectiva que puedan desvirtuar o desnaturalizar la libre expresión de la voluntad popular (soberanía popular); sino también a la existencia de una situación general de normalidad institucional y constitucional, por ejemplo, en nuestro caso, que no rija el Estado de Sitio, o que una Provincia no se encuentre intervenida, al momento del acto electoral. (Así la Comisión I.D.H. ha dicho: "Por lo tanto, el acto de elegir representantes debe ser auténtico, lo que significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. Y en sentido negativo, esta característica implica la ausencia de coerciones que distorcionen la voluntad de los ciudadanos". (Informe Anual - 1988/89, pág. 200 - Nicaragua)). La autenticidad de las elecciones se ha constituido en una cuestión que en general, los gobernantes actuales quieren demostrar ante la comunidad internacional, razón por la cual, se recurre a la presencia de representantes de organizaciones del hemisferio (Como la Comisión I.D.H.) o de personalidades políticas, a fin de que actúen como garantes de la normalidad, del desarrollo de las elecciones y de su resultado. Además, el referido inciso garantiza tanto el derecho de votar como el de ser elegido, es decir, el de elegir a nuestros representantes, como el poder aspirar a serlo.

El segundo párrafo del art. 37 consagra la constitucionalidad de las acciones positivas destinadas a garantizar la participación equitativa de la mujer en la constitución de listas colectivas de candidatos para cargos elegibles. Ya hemos referido al tema al hablar del principio de no discriminación (Módulo V). Insistimos en que, desde la óptica del "techo ideológico" de la Constitución, esta reconoce la existencia de desigualdades sociales (este artículo, conjuntamente con el 75 inc.23), y al reconocer el principio de igualdad de trato y de oportunidades (Ver tema Principio de Igualdad, Módulo V), que representa un claro mensaje a favor de la igualdad material, constituye una clara manda constitucional destinada a su superación, para lo cual, habilita, entre otras medidas posibles, las acciones positivas. Cumplir con la Constitución, también es superar las desigualdades que ella misma reconoce que

existen. Por otra parte, ello se condice con la disposición general contenida en el art. 23.c) de la C.A.D.H., que establece el derecho de todo ciudadano de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, en la medida en que una de las formas de acceso a ellas, es a través de los cargos electivos.

Con respecto a la reglamentación de los derechos políticos. (art. 37, primer párrafo C.N.). Cabe reiterar en primer término, que la misma debe responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que dimanar del art. 28 de la C.N. Por otra parte, la C.A.D.H. en su art. 23.2, habilita tal reglamentación por motivos de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, por juez competente, en proceso penal. Dicho criterio ha sido sostenido por la Comisión I.D.H. al afirmar que "En la medida en que no existan restricciones irrazonables para la formación y el desenvolvimiento de los partidos políticos, ni para la participación y militancia dentro de ellos, no se alcanza a comprender cuál es la afectación al derecho de elegir y ser elegido" (Informe Anual-1987/88. Caso 10.109, pág. 114, Argentina).

A dicho respecto cabe señalar, en primer término, respecto a los requisitos y límites al derecho de ser elegido, que la CSJN se ha pronunciado en el sentido de que *los límites a la reelección* impuestos por la Constitución de la Provincia de Santa Fe, no vulneran los derechos políticos del potencial candidato. ("Partido Justicialista", LL. 1995-A-203), lo que implica afirmar también que la reelección indefinida, alternada o prohibida absolutamente, son constitucionales. De igual modo, *la fijación de plazos razonables de residencia en la provincia o de ser nativo de la misma*, en la cual o por la cual, habilita el candidato su postulación o la edad mínima necesaria razonada para ello son, entre otros, requisitos que podemos calificar como razonables. Con respecto al *límite reglamentario proveniente de condena*, por juez competente, en proceso penal, entiendo que debe tratarse de condena firme, ya que ello se condice con la protección a la libertad y la seguridad y las garantías mínimas en el proceso penal, establecidas en la propia Convención, en los arts. 7 y 8. Con respecto a los casos de *personas detenidas preventivamente*, comparto el criterio general expuesto por la CSJN en el sentido de que ello no puede constituir una razón legítima para privar a un ciudadano del derecho a ser elegido. ("Alianza Frente para la Unidad- Fallos- 321-3630 del 27-09-2001). Por otra parte cabe recordar que el art. 36 de la C.N. establece como sanción *la inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargos públicos*, de los autores de los actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático y de quienes usurparen las funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias. La situación de la compatibilidad entre el art. 23 de la C.A.D.H. y la condición de ineligibilidad permanente de los jefes de movimientos políticos que rompen el orden constitucional establecido en la Constitución, fue examinado por la Comisión I.D.H. en el Caso 10.804. José Efraín Ríos Montt c/ Guatemala, Informe 30/93 del 12.10.1993, entendiendo legítimas tales limitaciones por considerar que "Estamos pues...dentro de aquellas condiciones que posee todo sistema jurídico constitucional para hacer efectivo su funcionamiento, y para defender la integridad de los dere-

chos de sus ciudadanos". Razón por la cual decidió que la situación no constituía una violación a los derechos reconocidos en la Convención.

Con respecto a los límites y exigencias reglamentarias para ejercer el derecho a votar, ya hemos expuesto que las vinculadas con la edad, la nacionalidad, la de estar domiciliado, contar con el documento nacional de identidad, libreta cívica o libreta de enrolamiento que acredite la identidad al momento de emitir el voto, se encuentran dentro de los límites razonables para el ejercicio del derecho. Sin perjuicio de lo cual, comparto la preocupación esgrimida por Colautti (238) respecto a cierta discordancia entre la prohibición a la discriminación contenida en el art. 1.1 de la C.A.D.H., y las razones que justifican la reglamentación de los derechos políticos, dada en el art. 23.2, como es el caso del idioma, ya que, por ejemplo, en países con población indígena numerosa, imponer como condición el idioma castellano, podría representar una exclusión del derecho a votar, de indudable contenido discriminatorio. Por otra parte compartimos, en general, el criterio de la Cámara Nacional Electoral en el "Caso Mignone Emilio s/ Promueve acción de amparo", en el sentido de declarar la *inconstitucionalidad del art. 3 inc. d) del Código Electoral* que prohíbe votar a las personas privadas de libertad, por juez competente, aún sin condena; ello además, por aplicación del art. 5.2 de la C.A.D.H., que exige que las personas detenidas sean tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (Ver Módulo VI-Derecho a la integridad personal).

El art. 38 de la C.N. refiere a los partidos políticos. A dicho respecto, las reconoce como instituciones fundamentales del sistema democrático. Ello, a mi entender, constitucionaliza lo que denominados democracia de partidos. Y que tanto por imperio de la legislación, como de la práctica institucional, representa el monopolio de la postulación de candidatos, la práctica legislativa a través de los bloques partidarios, o el imperio de la disciplina interna al momento de la toma de decisiones.

Ha dicho respecto ha dicho la CSJN. "Los partidos políticos son organizaciones de derecho público no estatal, necesarias para el desenvolvimiento de la democracia representativa, y por tanto, instrumentos de gobierno; su función consiste en actuar como intermediarios entre el gobierno y las fuerzas sociales." (Partido Justicialista, 28-09-1993, en Caubet-Fernández Madrid, La Constitución, su jurisprudencia..., pág. 403, N° 2929).

Por otra parte garantiza el carácter libre de su creación y ejercicio, dentro del marco constitucional, para lo cual, le impone el carácter democrático a su organización y funcionamiento, debiendo garantizar la representación de las minorías, y la competencia para la postulación de candidatos. Ello exige, al menos, garantizar la elección de sus autoridades por el voto de sus afiliados, a través de una reglamentación estatutaria razonable, que permita su ejercicio en condiciones de igualdad y sin discriminaciones. Que garantice, razonablemente, la posibilidad de que las minorías obtengan cierto nivel de representación. Y finalmente, que la postulación de candidatos sea el re-

sultado de una competencia democrática interna, (con la participación de los afiliados del partido) o a través de las llamadas elecciones abiertas (habilitando la participación de otros ciudadanos no afiliados a partidos políticos), pero que indudablemente prohíbe su elección "a dedo" por la autoridad partidaria, y/o por acuerdos de cúpulas o sectores internos en disputa, en forma directa. Por otra parte, entiendo que la práctica, a partir de la cual, el o los perdidosos o quien o quienes se presuman perdidosos en dicha competencia, se presentan luego por fuera del partido en el cual compitieron o debieron competir, constituye un fraude a la exigencia de competencia democrática para la postulación de candidatos, ya que ella encierra como principio el de la aceptación de sus resultados, como la de participar todos los partidos, en la contienda electoral general, en condiciones de igualdad. Por otra parte la C.N. le garantiza a los partidos políticos el acceso a la información pública (la que, como ya expusimos, no debe garantizarse exclusivamente a estos) y a la difusión de sus ideas. (Cuya eficacia y extensión depende, en gran medida, de las decisiones de las empresas periodísticas, cada vez más, en manos del poder económico concentrado).

Por otra parte la constitución garantiza la contribución del Estado en el sostenimiento de los partidos políticos. Esta contribución se materializa, en relación con los partidos nacionales, a partir de otorgar un importe en dinero, variable reglamentariamente, por cada voto obtenido. La justificación constitucional de tal sostenimiento, estaría dada por el reconocimiento que ésta hace de los mismos, como instituciones fundamentales del sistema democrático.

Finalmente, la constitución obliga a los partidos políticos a dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio. Con ello se pretende transparentar la gestión política de estos, ya que, frente a los ingentes gastos de las campañas electorales, éstas requieren de fuertes aportes económicos que, provenientes del sector privado, esperan ser retribuidos con determinadas decisiones políticas en el futuro. Con ese fin, además, como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se limita la duración de las campañas y el monto total habilitado para ser gastado en las mismas. Por otra parte, en una sociedad donde el debate político se ha mediatizado, los mayores recursos disponibles facilitan el acceso a los medios masivos de difusión y la más amplia divulgación de las ideas tornándolos imprescindibles, y discriminan fuertemente, de la disputa electoral, a quienes no los poseen. Dichos Recursos, que además pueden provenir de desviación de fondos públicos destinados a las campañas electorales del partido en el gobierno, fomentan, asimismo, la práctica del "clientelismo político" principalmente en los sectores sociales de menores recursos, durante las campañas, aunque luego, como muchas veces se ha denunciado públicamente son olvidados, hasta la próxima elección.

Por otra parte, recientemente, la Cámara Nacional Electoral ("Partido Nuevo Triunfo" -diariojudicial.com-IDNoticia_Cabecera=25476 del 05-05-05) resolvió confirmar el rechazo de reconocimiento como Partido Político en la Capital Federal a dicha agrupación, de orientación Nazi, y que entre su

simbología, inicialmente, incorporaba la cruz esvástica, la utilización en las publicaciones partidarias del Águila Imperial que utilizaban los militares nazis en sus uniformes y bregan por la creación de un "Cuarto Estado", afirmando que: "No son las ideas políticas de los miembros del "Partido Nuevo Triunfo" lo que en el caso determina la imposibilidad de reconocerlo legalmente para actuar en el ámbito del derecho público, sino su emulación de un régimen basado en pretendidas desigualdades, que agrava ostensiblemente uno de los derechos humanos más elementales consagrados por el orden jurídico nacional e internacional, y que —en el desenvolvimiento de dicha agrupación— se traduce en concretos actos de discriminación por motivos de raza, sexo y origen nacional". Creo que la Cámara hace una correcta distinción entre ideas políticas y emulación del régimen nazi, a fin separar lo que constituye la garantía constitucional otorgada a los partidos políticos de "difundir sus ideas", del fomento o apología de actos discriminatorios que nuestro sistema constitucional condena y nuestro sistema legal penaliza.

Para cerrar el tratamiento de los derechos políticos, una breve reflexión sobre la **reforma política**. Hay, entiendo, en la sociedad argentina un importante nivel de acuerdo, respecto al rechazo de las denominadas listas sábana, y al bajo nivel de participación que tiene el elector al momento de elegir, de los candidatos propuestos, a los que más satisfagan sus expectativas. A pesar de ello, la reforma política que instrumente efectivamente esos cambios está muy demorada. Creo que la razón de ello es que, los partidos políticos mayoritarios, potenciando la previsión constitucional, en realidad se creen "la única" institución fundamental de la democracia, y no están dispuestos a distribuir su poder, en la postulación de candidatos (incluyendo el orden de los mismos) a la participación del elector. (Remito además al Módulo IV-Relación Democracia y Derechos Humanos).

En fallo reciente la CSJN ha destacado la importancia de los **procedimientos democráticos**, sosteniendo: "En este sentido la protección de las instituciones es un deber fundamental de esta Corte, que excede claramente el propósito electoral de un participante. Por otra parte, el control constitucional de los procedimientos democráticos —admitido por numerosos tribunales de justicia en el derecho comparado—, pretende asegurar la efectiva participación del elector, la pluralidad de opciones y la transparencia de los actos electorales, todo lo cual interesa a la República y al conjunto de los ciudadanos siendo esencial para el Estado de Derecho. (Considerando 11º Voto de la Mayoría) Y en relación con la **soberanía popular** afirma: "Que la soberanía popular es un principio de raigambre constitucional que en el sistema democrático se integra con el reconocimiento del pueblo como último titular del poder político pero, al mismo tiempo, y para cumplir con tal objetivo, pone su acento en los procedimientos habilitados para hacer explícita aquella voluntad, origen del principio de representación. Por ello, el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras." (Considerando 16º Voto de la mayoría). (Ponce, Carlos Alberto c/ San Luis, Provincia de s/acción declarativa de certeza. 25-02-2005. CSJN. En Revista Dec.).

Derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano

A través de los arts. 41, 42 y 43 de la C.N. adquieren reconocimiento constitucional los denominados derechos colectivos, o de incidencia colectiva, o de tercera generación o difusos, conforme las distintas denominaciones existentes (de las cuales preferimos la adoptada por el art. 43, de **derechos de incidencia colectiva**), como la garantía del amparo para su defensa y reconocimiento jurisdiccional, ampliando el concepto clásico de interés subjetivo con el de interés legítimo. (Quiroga Lavié - Constitución Comentada - 237), superando con ello las tradicionales trabas procesales que impedían, en la práctica, hacer valer efectivamente tales derechos ante el órgano jurisdiccional.

Por otra parte, el constituyente ingresa en el reconocimiento de derechos que, por lo general, **su violación sistemática procede** de los grupos de concentración económica, y de las políticas imperialistas de los países hiperdesarrollados, que por ende resultan tan difíciles de limitar y controlar, por parte del Estado, en los casos en que tenga voluntad política para ello, ya que en muchas ocasiones está en juego la captación de la inversión extranjera, la que aprovechando las necesidades de los países periféricos, propone actividades industriales, o métodos de explotación (como sucede actualmente en la Argentina con la explotación minera) altamente contaminantes; a lo que se suman explotaciones agrícolas intensivas, degradadoras del suelo, como la soja, por ventajas económicas coyunturales. Esta gestión depredadora no es novedosa (Baste recordar la obra de "La Forestal" durante el siglo pasado), como tampoco, en muchas ocasiones, la conducta complaciente del Estado, tampoco lo es. Si tenemos en cuenta, hoy por hoy, que la producción e industrialización norteamericana, representa el 37% del total de la contaminación ambiental mundial, y que no está dispuesto dicho país, a firmar compromisos internacionales para su control y reducción, a cuyo fin argumenta los efectos negativos que produciría en su economía una reducción de dichas actividades contaminantes, nos ponen de cara al verdadero desafío político que representa, en la realidad, el cumplimiento de los derechos que la constitución consagra en los arts. 41 y 42, y que si no es enfrentado, puede tornar ilusorio todo intento local de protección, como asimismo, el círculo vicioso existente, entre las necesidades de la economía capitalista, y la contaminación ambiental.

El artículo 41 de la Constitución Nacional dice, en su primera parte, que "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras".

La primera característica del ambiente es que **debe ser sano**, es decir, que debe tratarse de un medio saludable. (Midón-319). Ello implica también, entender al derecho a la salud, como un derecho de incidencia colectiva (además de un derecho social o asociado a la protección del derecho a la vida). Y por otra parte, constituye una reafirmación constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos en diversos tratados de jerarquía constitucional (P.I.D.E.S.C.; CDN, C.A.D.H. art. 26) como en otros tratados

internacionales de derechos humanos, suscriptos por la Argentina. (Protocolo de San Salvador). Ello se vincula con el derecho a condiciones de vida digna, que no sólo implica la interrupción o el cese de conductas que afectan la salud (Basurales, aguas servidas, contaminación con P.V.C. eliminación inadecuada de desechos radioactivos o tóxicos, p. ej.) sino además, que el Estado garantice la provisión de los servicios básicos esenciales a toda la población (Agua corriente - Cloacas - Electricidad - Gas) o de los recursos económicos necesarios para ello; como la realización de obras de infraestructura que eviten las inundaciones o canalicen cursos de agua altamente contaminados.

Por otra parte dice que **debe ser equilibrado**. A este respecto debemos partir de la idea de que, históricamente, el medio ambiente natural contaba con un equilibrio propio, que ha sido alterado por la actividad del hombre, sobre todo, en el contexto de las necesidades económicas y de producción de los países hiperdesarrollados. Son múltiples los estudios antropológicos e históricos que dan cuenta de la adecuada relación de adaptación del hombre y del medio ambiente natural, en el estilo de vida de las comunidades indígenas y sus formas de organización y producción. (Miguel León-Portilla "Mesoamérica antes de 1519", págs. 23/25; 38/44; Rigoberto Segre Ricardo y otros- Los aborígenes cubanos y su cultura a la llegada de Colón, pág. 57: "Los coboneyes, aun así, se veían obligados a emigrar periódicamente en busca de nuevas fuentes de alimentos; cuando en su lugar se agotaban los recursos de su dieta, se trasladaban a nuevos parajes. Los arqueólogos han observado que este nomadismo era efectuado en forma de círculo, para volver siempre a los sitios antes abandonados, luego de esperar el tiempo necesario para que la naturaleza recuperara sus bondades alimentarias"). En cambio, fenómenos actuales como la perforación de la capa de ozono, el recalentamiento global, la contaminación del mar, las vías fluviales navegables o de las aguas subterráneas, la polución ambiental en grandes capitales como México y Santiago de Chile, entre otros tantos fenómenos ya habituales, enseñan que dicho equilibrio ya ha sido roto. Entiendo que, el imperativo constitucional inmediato sobre esta materia es evitar la profundización de ese desequilibrio, para lo cual debe hacerse el máximo de los esfuerzos, tanto a nivel local como internacional.

También señala el referido artículo que **debe ser apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer la de las generaciones futuras**. El concepto de desarrollo humano, como bien señala Midón (320) está presente en otras disposiciones constitucionales, como son el art. 75 inc. 19 (al que nos hemos referido en el Módulo VII) y el inc 17 de ese mismo artículo (lo referiremos in extenso en el Módulo X). Ahora bien ¿qué significa el desarrollo humano al que refiere la Constitución? En primer término, un desarrollo al servicio del hombre, en segundo, un desarrollo para todos los hombres, y en tercero, que debe ser un desarrollo sustentable, es decir, que perdure en el tiempo, a favor de las presentes y las futuras generaciones. No existe en el contexto de la constitución contrasentido alguno entre preservación del medio ambiente y desarrollo humano, pero lo que sí podemos afirmar, sin temor a error, es que

existe contradicción entre el modelo constitucional de desarrollo y el que se practica desde el modelo político-económico-hegemónico actual, que no está al servicio del hombre porque tiende a la gradual destrucción del medio ambiente, no está a favor de todos los hombres, porque propicia una brutal concentración de la riqueza y por ende, de sus beneficios, que no es sustentable, ya que ineludiblemente responde a necesidades actuales del sistema, sin garantizar nada a las futuras generaciones y afectando seriamente a las presentes (pobreza, marginación social, hambre). Por ende creo que la interpretación coherente de la constitución y de su mensaje imperativo, es que el modelo actualmente vigente debe cambiar para adecuarse a sus lineamientos generales, y que dicho cambio, por lo antedicho, no es de mero maquillaje, ya que, como reconoce la sabiduría popular "La mona, aun vestida de dama, mona queda".

Que la jurisprudencia ha definido la protección del presente derecho en los términos que siguen: "Lo que trata de amparar la Constitución es el ambiente y las circunstancias donde se desarrollan la vida del hombre desde los elementos naturales básicos que la hacen posible, hasta su legado histórico y cultural. El ambiente es un conjunto interrelacionado de componentes de la Naturaleza y la cultura que dan fisonomía a la vida en el planeta... Ambiente sano significa no la salud física por ausencia de enfermedad, sino por el bienestar físico, mental y social como condición necesaria para el desarrollo del hombre y en el caso del medio ambiente lo sano es que afecte el desarrollo de la vida, ni que existan factores que puedan agredirla, sino que por el contrario el ambiente —conjunción de naturaleza y cultura— facilite la perfección y realización de la plenitud humana". (TS - Entre Ríos - Sala Penal - 23-06-1995 "Moro Carlos E. c/ Municipalidad de Paraná s/ Amparo" (DJ-2002-2-927).

Por su parte, la última parte del primer párrafo del art. 41 refiere a que el **daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley**. Entendemos por **daño ambiental** a toda acción u omisión que afecte negativamente su salubridad, su equilibrio y/o la sustentabilidad del desarrollo humano. En términos similares la ley 25.675, art. 27 lo define "como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

En primer lugar interpretamos que, en la **obligación de recomponer**, está ínsita la obligación de *hacer cesar la comisión del daño*, interrumpiendo la acción o cumpliendo con la obligación omitida, como paso previo indispensable, y respecto a lo cual, las políticas estatales deben estar destinadas a garantizar con inmediata operatividad. Que además consideramos que ello integra el deber de preservar el medio ambiente, que el constituyente también impone a todos los habitantes. En *relación a la obligación de recomponer, en sí*, esta se enfrenta con variadas dificultades: Primero, con los efectos que normalmente produce la afectación negativa al medio ambiente, que es su carácter acumulativo y permanente, y que es la base de la profunda preocupación ambiental actual; Segundo: Por la dispersión del efecto, tanto te-

rrestre como aérea. Y Tercero: Los altos costos que demanda la recomposición, que no están al alcance de la mayoría de los Estados o de las empresas. Ello sumado, muchas veces, a políticas de atracción de capitales extranjeros, que por razones de necesidad, terminan convalidando actividades productivas e industriales de dudosa validez ambiental o resistiendo a dar por finalizadas a aquellas que generan daño.

De allí que también la labor preventiva es prioritaria. Ello se está materializando a través de los informes sobre impacto ambiental con que debe contar previamente una actividad potencialmente contaminante, y además, las previsiones técnicas necesarias, en su caso, para neutralizar sus efectos. Al respecto hay que señalar, que ello no se cumple con absoluta y total estrictez en todo el país; y que la eficacia de tales informes exigen la existencia de estudios previos completos del eco-sistema, y su permanente actualización, donde la actividad va a insertarse, ya que, el carácter acumulativo del daño, exige contextualizar el análisis del mismo en dicha totalidad, cuestión que tampoco está muy ampliamente desarrollada. Estas exigencias deben cumplirse.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 41, hace referencia a las obligaciones a cargo de las autoridades: Estas consisten en proveer lo conducente a: La protección de este derecho; la utilización racional de los recursos naturales; la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica; y a la información y educación ambientales.

Ya nos hemos referido a algunas de las acciones que entendemos conducentes para la protección de este derecho. Referiremos ahora a que, en general, la conducta estatal ha sido desaprensiva en relación con *la utilización racional de los recursos*, y un ejemplo próximo lo tenemos con el agotamiento del recurso itícola en el mar argentino, por ausencia de controles o por la *celebración de contratos que habilitaron la extracción a gran escala y en forma indiscriminada*, y que actualmente generan severas restricciones a la pesca, tanto políticas como naturales, que, como es regla en países subdesarrollados y dependientes, como el nuestro, devienen en desocupación y pobreza. En lo que respecta a *la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica*, tampoco nuestra realidad es muy edificante. En general su preservación no sólo está vinculada con la memoria histórica o con la identidad, sino también con la industria turística, como lo demuestra la experiencia de muchos países, incluido el nuestro. Lamentablemente Mar del Plata es un ejemplo paradigmático de su ausencia. Pocos vestigios quedan de su historia cultural, arrasada por la voracidad del desarrollo de la construcción en los años 60 y 70 del siglo pasado; y su patrimonio natural seriamente afectado por la invasión edilicia sobre las playas y en sus márgenes, y la transformación de éstas en verdaderos centros comerciales, atentatorio todo ello de la belleza natural. La preservación de la diversidad biológica responde a *la obligación de respetar la variada flora y fauna existente en un ecosistema determinado*. La aparición periódica en las costas de peces y aves, muertas reflejan de qué modo un medio ambiente insano y desequilibrado, impacta en la preservación de la diversidad biológica. Por otra parte, el des-

monte de grandes extensiones boscosas o la erección de grandes obras hidroeléctricas ha generado y generan seria afectación a la preservación de la diversidad biológica. Finalmente, en lo que se refiere a *la información y educación ambientales*, ello también resulta complementario del deber de preservación que regula la Constitución, ya que se requiere, para cumplir efectivamente con él, contar con la información y educación adecuada. En nuestro caso próximo, se advierte un profundo déficit de educación ambiental, y una ausencia concurrente del Estado, en igual sentido, cuando diariamente, durante el verano, se observa, al atardecer, las playas transformadas, en algunos lugares, hasta en verdaderos basurales, por los residuos dejados por los turistas y también residentes. La información es fundamental para tomar conciencia de la importancia del problema, y la educación, para guiar nuestros actos cotidianos, para que no se transformen en factor agravante de tal situación.

Seguidamente, refiere a *la distribución de competencias entre la Nación y las Provincias*. La constitución enuncia, en relación con la protección al medio ambiente, una nueva disposición vinculada con la distribución de competencias, que acuerda a la Nación el dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Por ello, las normas y reglas básicas en la materia le corresponden a la Nación, siendo la de las provincias, una competencia complementaria, y atendiendo a las necesidades locales. Mientras dicha norma básica nacional no sea dictada, la constitución otorga competencia constitucional a las provincias en la materia, la que se tornará en residual, una vez aprobada ésta. Asimismo, se requiere de un nivel de coordinación entre competencias, a fin de evitar superposición de jurisdicciones y la neutralización de las acciones a emprender. (Gelli-320/322). En ejercicio de esta competencia el Congreso de la Nación dictó las leyes 25.612 de Gestión integral de residuos industriales; 25.670 de Presupuestos mínimos de protección ambiental para gestión PCB; 25.675 General del Ambiente, 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental y 25.916 de Presupuestos mínimos de Gestión de Residuos Domiciliarios. (Para una guía general normativa sobre el tema ambiental Cafferatta Néstor Alfredo en DJ-2003-2-1036 y sigtes.).

Finalmente, el último párrafo del art. 41 hace referencia a *la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos*. A dicho respecto se ha discutido el alcance del concepto de residuo (Midón-324). Cierta doctrina distingue residuo de insumo, y este último es un residuo que sirve para determinado proceso industrial, a quienes no alcanza la prohibición (Natale). Para otra parte de la doctrina, la distinción es artificial y puramente semántica, ya que los residuos, sirvan o no sirvan para determinado proceso industrial, siguen siendo residuos. (Edmedkjian). Por su lado, Esain (DJ-2002-2-929/930) analizando la definición de residuos radiactivos contenida en el art. 3º de la ley 24.051, aclara, que conforme la misma, para no ser considerado residuo, debe prever usos inmediatos posteriores en la misma instalación, lo que significa volver a ser usado con la finalidad a que estaba destinado, y por ende sostiene que el material

"que ha perdido la virtud de funcionar como cosa para lo que se los ha creado...se deberá empezar a pensar cómo se realiza su disposición final", es decir es un residuo. Por otra parte, señala este último autor, citando a Juan Carlos Cassagne, que la prohibición constitucional resulta directamente operativa; además, conforme la misma, tampoco resulta válido distinguir entre ingreso temporario o definitivo del residuo peligroso o radiactivo. Finalmente indica, siguiendo a Daniel Sabsay, que se trata de una prohibición manifiesta que no admite excepciones (928).

En lo que respecta a las garantías vinculadas con la protección del medio ambiente, nos remitimos a lo expuesto en el Módulo XI.

Derechos de los consumidores y usuarios

En las relaciones económicas de Mercado, quien consume el producto elaborado o utiliza el servicio prestado es el eslabón más débil de la cadena de comercialización. Si a ello sumamos un proceso de privatización de los servicios, algunos de ellos indudablemente estratégicos, como lo son la energía eléctrica y el petróleo, en condiciones, que a la postre, se demostraron, en general, desventajosos para el país, y un proceso consiguiente de "achicamiento" del Estado, tanto en su poder material para la toma de decisiones, como en su rol de control; podemos advertir la difícil encrucijada en la que se halla la defensa y vigencia efectiva de estos derechos. Sumado ello, a un creciente proceso de concentración económica, en la cual, conforme ya se expresó, los formadores de precios de un producto se pueden contar con los dedos de una mano, y donde el nivel de competencia es, en grado sumo, aparente, en la medida en que productos de diverso precio y calidad son suministrados, en definitiva, por una misma empresa, que obra en defensa de sus particulares intereses económicos.

El art. 42, primer párrafo, de la Constitución Nacional, enumera una serie de derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo. Este último concepto responde a la idea de economía de mercado, que no incluye el derecho a consumir, sin perjuicio de lo cual, entendemos que la constitución nacional reconoce y protege, por disposiciones como las contenidas en el art. 11.1 y 2 y art. 7.a.II) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (art. 75, inc. 22) (Nos referimos con más detalle a ello en el Módulo IX).

Los derechos que consagra el texto constitución en la relación de consumo, y que a su vez el Estado debe proveer a su protección, son los siguientes: **a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores y usuarios:** La protección de la salud entronca a estos derechos con los correspondientes a la protección del medio ambiente. El concepto de salud a proteger, aquí, como en relación a la protección brindada por el art. 41, es amplio y abarca el pleno bienestar físico, mental y social, conforme definición de la Organización Mundial de la Salud y no la sola ausencia de enferme-

dad. La protección de la seguridad abarca desde la calidad y eficiencia de un servicio (como el transporte público de pasajeros, por ejemplo) a la de los bienes electrodomésticos, por ejemplo) y abarca todo aquello que resulte necesario a fin de que la utilización o uso de los servicios o bienes, no resulten riesgosos para el usuario o consumidor. Y de los intereses económicos refiere a la protección de los intereses patrimoniales del consumidor o usuario. (Por ejemplo la razonabilidad de los aumentos tarifarios o del boleto del transporte público).

A una información adecuada y veraz. Es adecuada, en la medida en que refleja con complitud las características o la composición del producto, su forma de uso, las advertencias de posibles peligros o riesgos por su uso o consumo, etc.; es decir, que el consumidor, o el usuario, pueda hacerse una idea acabada, integral, lo más completa posible, sobre el bien o servicio de que se trata. Es veraz, en la medida en que esa información proporcionada se ajusta a la verdad, es decir no es mendaz ni inexacta.

A la libertad de elección. Ello implica que el consumidor o usuario pueda optar sin coacciones ni presiones de ningún tipo; y por el otro, a que existan al menos dos, o más, posibles alternativas similares que viabilicen la opción.

A condiciones de trato equitativas y dignas. Ellas refieren al trato que debe recibir en consumidor en el transcurso de la relación. Es equitativo, en la medida en que, a lo que puede acceder un consumidor o usuario u otro, en relación con un mismo producto o servicio, y en un mismo comercio o empresa prestataria, no difiera significativamente. Y es digno, en la medida en que reciba un trato respetuoso, cordial, amable, de atención personalizada.

El segundo párrafo del art. 42, refiere a que están obligados a proveer las autoridades: Como ya lo señalamos, en primer lugar, están obligados a proveer lo necesario para la protección de los derechos enumerados por la constitución, en la relación de consumo.

Luego, lo referente a la educación para el consumo, la que no solo debe estar dirigida a la obtención de los conocimientos necesarios que permitan diferenciar, y sopesar, los diversos productos o servicios o su calidad, sino también, a la de poder conocer de alternativas, posibles sustitutos o diferencias que orienten la elección. En síntesis, una adecuada educación en el consumo, es necesaria, a los fines de un adecuado ejercicio de la libertad de elección.

Además deben proveer lo necesario a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados y al control de los monopolios naturales y legales. Aquí entiendo hay dos factores principales de distorsión del mercado: Uno proveniente del proceso de concentración económica, que hace que la política de precios, la orientación del consumo, y hasta de determinación de calidad, pueda ser resuelta por un puñado pequeño de empresas; el otro, creado por el Estado, en el proceso de privatización de los servicios, a través de empresas monopólicas concesionarias de los mismos (Agua Corriente-Gas-Teléfonos fijos, p. ej.). En el primero de los casos, el poder de maniobra del Estado, es muy limitado, dentro de la estructura económica

vigente, ya que, así como pueden generar un rebrote inflacionario, pueden generar desabastecimiento, manteniendo cautivo al Estado a merced de su poder. Por el otro lado, con respecto a los monopolios creados por ley con el proceso de privatizaciones, por una parte hay que reconocer que el Estado cedió el espacio de control, y hoy deben soportarse las consecuencias de ello, y por el otro, frente a recursos estratégicos y servicios esenciales, las empresas presionan al gobierno con el caos que sobrevendría con la interrupción de tales servicios, a los fines de obtener aumentos de tarifas, que tan solo pueden dilatarse un poco. Por otra parte, se debe advertir que dicha defensa, tampoco representa necesariamente la liberación absoluta de los mercados, ya que ello, conforme ha quedado demostrado por la experiencia Argentina reciente puede conducir a la destrucción del aparato productivo nacional, y con ello, a los recursos necesarios para consumir, al generar desocupación y estancamiento económico. En síntesis, la capacidad de defensa de la competencia que tiene el Estado, en las actuales circunstancias, es muy limitada, y ello requiere, para cumplir con la constitución, asumir el compromiso de profundas reformas.

Control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Aquí también el déficit Estatal es enorme. El caso de los ferrocarriles es patético. No sólo el Estado contribuye al sostenimiento de su funcionamiento, aun privatizados, sino que además, por la falta de controles adecuados, los servicios que se prestan son indignos, ineficientes, con material en pésimo estado y altamente inseguros. Y frente a ello, como ha quedado demostrado en experiencias recientes, tentar un control tardío, ya resulta ineficaz. Es un claro reflejo de las consecuencias que provoca la desidia Estatal en el cumplimiento del deber fijado por la Constitución en este ítem. Además el decrecimiento de la capacidad de control del Estado viene acompañado del modelo de Estado Mínimo que ha prevalecido en los últimos tiempos en el país.

A la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. Con ello se procura, promocionar la constitución de estas asociaciones, como una forma de fortalecer el nivel de participación, a través de instituciones intermedias, o del tercer sector, que se complementa con las disposiciones del art. 43 de la C.N., a los fines de asegurar la efectividad de los derechos de los consumidores y usuarios.

Finalmente, el tercer párrafo del art. 42 constituye un mandato dirigido directamente al Congreso Nacional, ya que establece los contenidos mínimos de la legislación en esta materia. Así indica que:

Establecerá procedimientos eficaces para la prevención u solución de conflictos. El constituyente aborda aquí uno de los problemas básicos de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, y es, muchas veces, las dificultades operativas de una judicialización generalizada de los conflictos vinculados con las relaciones de consumo. De allí que la creación de Oficinas de Defensa del Consumidor y el Usuario, que procuran la solución de los conflictos a través de mecanismos de mediación, resulte, a mi entender, una alternativa legislativa apta para la solución de conflictos.

Los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de control. En primer lugar, remarca la constitución la necesidad de marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional. Hubiera sido deseable que el constituyente en forma expresa y directa, a tenor de nuestra experiencia institucional inmediata, hubiera fijado algunos requisitos, o condiciones básicas, para tal regulación, que garantizaran efectivamente, tanto los derechos de los consumidores y usuarios, como la eficiencia y calidad de los servicios públicos y la efectividad del control Estatal. Debemos, sin perjuicio de ello, expresar que, una interpretación del precepto, en el contexto general del artículo 42 de la C.N., nos conducen, a nuestro entender, a la misma conclusión.

Seguidamente, el precepto garantiza, en dicho marco regulatorio, la **participación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios**, en los organismos de control, como representantes comunitarios de tales intereses, los que además, pueden estar sujetos a regulación legal en sus requisitos y formas de organización y a necesario registro, conforme lo dispone el art. 43 de la C.N. Ello refuerza un modelo de democracia participativa, que como ya dijimos, entendemos consagra la constitución reformada, de carácter amplio. (Remitimos a lo expresado al tratar el tema Soberanía Popular) Sin que ello represente, por esta misma razón, viable interpretar que la participación social en la materia, sólo está legitimada en la constitución, a través de tales organizaciones, sino que, a los solos fines del marco regulatorio lega, así es.

Finalmente, el texto garantiza la **participación de las provincias interesadas**, en los organismos de control, lo que federaliza el control de servicios públicos de competencia nacional, que irradian su influencia, en varias provincias y/o en todo el país.

No podemos dejar de señalar que el detenido análisis de los Nuevos Derechos consagrados por la Constitución Nacional (arts. 36 a 42) remiten a, y consideran, problemas concretos de la sociedad argentina, que se complementa con otras disposiciones constitucionales, como el art. 75 inc. 23, en igual sentido, lo que nos mueve a reafirmar la legitimidad de un análisis constitucional, reforzando el principio de efectividad, que aborde su operatividad concreta, en la realidad social y política del país y el logro material de sus principios, derechos y garantías, señalando los desafíos actuales que ello implica.

Cerraremos este Módulo con el análisis de varios derechos de incidencia colectiva, provenientes del orden jurídico internacional.

El derecho a la paz

En nuestra constitución histórica, aunque en un marco institucional restringido, y con referencia inmediata a la lucha entre Unitarios y Federales, el Preámbulo señala entre sus objetivos el de "Consolidar la paz interior".

Pero la paz, muy especialmente después de dos guerras mundiales, se transformó en una cuestión de trascendencia universal, no sólo por la multiplicidad de Estados involucrados en ella, sino también, y ello de absoluta actualidad, por el desarrollo de una muy cuestionable legalización de la guerra contra el terrorismo, y del concepto de "Guerra Preventiva" (desde mi perspectiva absolutamente contraria a derechos humanos básicos) que habilitan la unión de Estados, para hacer la guerra (en realidad invadir y destruir) a un tercer Estado. A lo que debe sumársele, el claro debilitamiento del rol de Naciones Unidas en esta materia. Frente a este complejo panorama, la reafirmación del Derecho a la Paz (complementado con el de no intervención y derecho al desarrollo, que analizaremos después) constituyen, desde mi punto de vista, un imperativo de esta hora.

Podemos afirmar, siguiendo en esto a Sonia Picado Sotela (Paz. Desarrollo y Derechos Humanos, pág. 5) que el concepto de paz "no puede entenderse en sentido negativo como la ausencia de guerra, sino que es indispensable ampliarlo para analizar la creación de las condiciones necesarias que permitan la canalización de los conflictos sociales internos e internacionales y la prevención de conflictos armados".

El derecho a la paz, como derecho de los pueblos, ha sido reconocido por Naciones Unidas en la Resolución de la Asamblea General N° 39/11 del 12 de noviembre de 1984, reforzando así, el Principio de la organización, de "Mantener la paz y la seguridad internacionales" (art. 1° de la Carta de Naciones Unidas) y de proveer para ello a la solución pacífica de las controversias y a tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y suprimir actos de agresión y otros quebrantamientos a la paz (lo confirma asimismo el art. 2 ap. A) de la Carta de la OEA).

La efectividad del derecho a la paz es condición necesaria para la vigencia y respeto de los derechos humanos, en general. Resulta evidente comprobar cómo la guerra entre Estados, la guerra contra un Estado determinado, las luchas civiles, y la solución violenta de los conflictos sociales son fuente de innumerables violaciones a los derechos humanos, y sumen a la población agredida a vivir en condiciones crueles, inhumanas y degradantes, en la gran mayoría de los casos. Pero también es dable señalar que, la vigencia de condiciones de vida digna para toda persona es necesaria e imprescindible, para prevenir la violencia y la guerra. La opresión, la pobreza, la explotación humana, son factores detonantes que el Estado no puede dejar de considerar y resolver, también, como un compromiso de respeto del derecho a la paz de todos.

Finalmente algunas reflexiones en torno del rol de Naciones Unidas frente al derecho a la Paz, y en especial, del Consejo de Seguridad. Es indudable que las Naciones Unidas, en general, debe pasar por un profundo proceso de democratización en su organización. La eliminación del derecho a veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad debe ser eliminado, y la participación de todos los miembros de la ONU en el mismo debe generalizarse en condiciones de igualdad. Medidas actuales, como el aumento del

número de miembros permanentes, la considero desacertada, ya que la solución no pasa por aumentar en algo el número de países que pueden considerarse "los dueños" de la paz y la seguridad mundial. Por otra parte, medidas restrictivas a la competencia de la Corte Internacional de Justicia (como ya señalamos) a favor de las fuerzas militares que participan en acciones auspiciadas o de interés del Consejo de Seguridad o de las Naciones Unidas, son, un verdadero desacierto, ya que, dejan entrever el principio de que, por tratarse de tales iniciativas, las violaciones al derecho penal internacional pueden ser admitidas, lo que es, a todas luces, un contrasentido. Sé que la alternativa es difícil, pero no cabe duda que Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad, sólo podrán revitalizar su rol en el mundo, a favor de la paz y de la seguridad, si dejan de ser instrumento político de los Estados dominantes, que, como se apreció en los prolegómenos de la invasión a Irak, lo usan o lo tiran, conforme les convenga. Por supuesto que ello es también aplicable al sistema regional (OEA), de cuya ineficacia fuimos testigos directos, durante la Guerra de Malvinas, ante su imposibilidad de tornar operativo el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, ante la agresión de un tercer Estado no continental.

El derecho al desarrollo

Ha Dicho con acierto Theo Van Boven (Picado Sotela-págs. 13/14): "Vemos ahora que los países industrializados ricos están propagando los derechos humanos por todo el mundo. Sin embargo, no están dispuestos a compartir su poder económico. No están dispuestos a obrar para que se produzcan cambios fundamentales, pues tienen presentes los beneficios y las ventajas que obtienen de las relaciones económicas que existen en el mundo actual. Tal vez para muchos de nuestros países occidentales sí es fácil cuidar del propio jardín y establecer un nivel relativamente elevado de respeto por los derechos humanos en su propio territorio (y agregó yo: en relación con sus nacionales), al tiempo que se benefician de las violaciones de los derechos humanos que se cometen en otros lugares, o promueven situaciones de injusticia, u obtienen ganancias de la venta de armas o de las actividades explotadoras de empresas multinacionales, con lo cual se convierten en cómplices de esas violaciones de los Derechos Humanos. (El derecho al desarrollo. Revista de la Comisión Internacional de Juristas. N° 28, Ginebra, junio de 1982)". Sabemos además, en cuanto se ha agravado esta semblanza en los siguientes veinte años, y de cómo organismos de Naciones Unidas (Fondo Monetario Internacional - Banco Mundial) destinados originalmente a administrar los recursos aportados por los países ricos a favor del desarrollo de los países pobres, se han transformado en portavoces y ejecutores de las políticas económicas que quieren imponer los Estados dominantes, y que han producido el efecto inverso, crecimiento de la pobreza y la marginación social, destrucción del aparato productivo nacional y desocupación. Aquí también, una profunda transformación democrática de las Naciones Unidas se impone.

El derecho al desarrollo ha sido reconocido por Naciones Unidas, en su Declaración sobre el derecho al desarrollo, aprobada por la Asamblea Gene-

ral, mediante Resolución Nº 41-128 del 4 de diciembre de 1986. Su art. 1º afirma: El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos, están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político, en que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él. Como podemos advertir el tratamiento dado al derecho al desarrollo reafirma el carácter de interrelación e interdependencia existente entre los derechos humanos (Ver Módulo II). Y además, que dicho desarrollo, no es exclusivamente económico, sino que abarca e integra, la esfera social, política y cultural. Y que el mismo está reconocido tanto a favor de las personas como de los pueblos.

El reconocimiento de este derecho se condice, asimismo, con los **propósitos y principios de las organizaciones internacionales** de Estados, al momento de su constitución. Así, la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su art. 2 ap. E) señala entre sus propósitos: "Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural". Por su parte el art. 55 de la Carta de la ONU expresa: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones. ...promoverá: a) Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos y condiciones de progreso y desarrollo económico y social".

Me queda sólo por señalar que, siendo la República Argentina, miembro, tanto, de la Organización de Estados Americanos, como de las Naciones Unidas, se encuentra obligado, tanto en relación con las previsiones convencionales de creación y organización de las referidas organizaciones, como asimismo, en relación con las declaraciones emanadas de la misma, al ser éstas, conforme ya se expuso en Módulo II y IV, constituyen expresión de la evolución del *ius cogens* internacional sobre las cuestiones específicas que abordan.

Derecho a la libre determinación

El art. 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (lo reitera también el art. 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) establece que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

Podemos iniciar como **elementos constitutivos** del referido derecho: En primer lugar que es reconocido a los pueblos, es decir, se lo define claramente como un derecho de incidencia colectiva. En segundo lugar, define su contenido diciendo que por su imperio, los pueblos pueden elegir libremente su condición política y proveen lo conducente a su desarrollo económico, social y cultural. En tercer término, establece una clara relación entre el derecho a la libre determinación y el derecho al desarrollo. (Relación ésta que también está presente en el art. 55 de la Carta de Naciones Unidas).

El derecho a la libre determinación, así entendido, se complementa con el denominado **principio de no intervención** (Resolución 2131 (XX). De la Asamblea de Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1965) que el art. 1º de la citada resolución define así "Ningún Estado tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de ingerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen, están condenadas". Como puede advertirse prohíbe tanto la intervención directa como indirecta, y por vía armada como por cualesquiera otras formas y ya sean éstas de ingerencia o de amenaza. Además no sólo protege la personalidad del Estado, sino también los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen. Como puede apreciarse la definición antedicha protege muy ampliamente al Estado y sus elementos constitutivos de toda forma de intervención. Además, el art. 2º hace expresa prohibición de las medidas coactivas de carácter económico.

Si bien el derecho de libre determinación y de no intervención, tuvieron un significativo auge en los años de la descolonización, en la segunda mitad del siglo pasado, lo cierto es que, como puede apreciarse con facilidad, adquiere una nueva e importante significación, en la actualidad. Uno de los problemas críticos a nivel mundial es justamente que un pequeño número de países, y especialmente EE.UU., se consideran con autoridad suficiente para decidir quién es democrático y quién no, quién es terrorista y quién no, cuando un sistema político es democrático y cuando no, o cuando un sistema económico respeta la libertad y cuando no; y además, se consideran con autoridad suficiente para imponer el resultado de su decisión, por cualquier medio. Es decir, el avasallamiento del derecho a la libre determinación y la violación a la obligación de no intervenir en los asuntos internos de terceros países es una de las consecuencias de esta política, pero además, se constituye en la reserva jurídica suficiente, para resistirla.

Para finalizar, resulta clara la interrelación estrecha existente, por todo lo que hemos venido diciendo, entre el Derecho a la Paz, el Derecho al Desarrollo y el Derecho a la Libre determinación, a los fines de su efectiva vigencia.

Otra bibliografía citada o consultada

Carta orgánica municipal de la ciudad de Ushuaia.

CAHNET, AMANDA, B. FERNÁNDEZ MADRID, JAVIER, "La constitución, su jurisprudencia y los tratados concordados", Ed. Errepar, Buenos Aires, 1995.

PALACIOS, ALFREDO, LORENZO, "Legislador social e idealista militante", Círculo de legisladores de la Nación argentina, Buenos Aires, 1998.

PICADO, SOTELA, SONIA. *"Paz desarrollo y derechos humanos. Instituto interamericano de derechos humanos"*, VII curso interdisciplinario, San José, Costa Rica, 1989.

SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS. *"Biografía de una ley antiargentina, la ley 4144"*, Nuevas ediciones argentinas, Buenos Aires, 1956.