

NOTICIA INTRODUCTORIA

El trabajo encomendado por el Director de la obra, Dr. Tomás Hutchinson, consta del análisis del preámbulo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y los primeros cincuenta y siete artículos de su texto fundamental.

El mismo, ha sido realizado bajo la coordinación del profesor Eduardo Jiménez, por el citado docente y los investigadores que conforman el grupo de investigación que dirige en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata¹, con la siguiente distribución temática:

- **Profesor Eduardo Jiménez:** Coordinación global del análisis de articulado, Preámbulo y Artículos 1; 2; 3; 4; 5; 6;7; 8; 9; 10; 11; 12; 13; 14; 27; 55; 56; y 57.-
-
- **Profesor Fabián Riquert:** Artículos 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 26; 29; y 30.-
-
- **Profesor Santiago J. Martín:** Artículos 31; 32; 33; 34; 35; 45; 46; 47; 48; 49; 50; 51; 52; 53 y 54
-
- **Profesores José A. Esain y Gabriela García Minella:** Artículos 28; 36; 37; 38; 39; 40; 41; 42; 43 y 44.-
-
- **Los docentes participantes desean reconocer el trabajo de recolección de jurisprudencia realizada por los auxiliares de investigación; profesora Soraya Chaar y estudiante Agustín Velazco.**

¹ Los datos curriculares y antecedentes de cada uno de los docentes e investigadores mencionados, pueden ser consultados en www.profesorjimenez.com.ar

CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
COMENTADA Y CONCORDADA

Preámbulo

Nos, los representantes de la Provincia de Buenos Aires, reunidos por su voluntad y elección, con el objeto de constituir el mejor gobierno de todos y para todos, afianzar la justicia, consolidar la paz interna, proveer la seguridad común, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para el pueblo y para los demás hombres que quieran habitar su suelo, invocando a Dios, fuente de toda razón y justicia, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución²

Posee origen en la Constitución Provincial de 1873. La Constitución de 1854, que se concibió a sí misma como “Un estado con el libre ejercicio de su Soberanía interior y exterior, mientras no lo delegara expresamente en un gobierno federal” no poseía preámbulo

Aún a sabiendas de que asistimos hoy a una evidente ruptura del equilibrio que alguna vez existió – si es que de veras existió – entre las que el querido maestro Germán Bidart Campos mencionó como tendencias “centrípeta” o centralizante y “centrífuga o desconcentradora de nuestro federalismo histórico, no olvidamos que ello se debió a complejas y evidentes etiologías hoy plasmadas en nuestras realidades cotidianas³.

De allí que admitamos que nuestra Constitución Federal instituye esta forma de Estado en relación al territorio, por razones históricas que no cabe ahora desconocer, y de las que pueden derivarse los contenidos de cada uno de los preámbulos de los Estados Federales.

Se plasman entonces, en esos textos preliminares, las vocaciones democráticas, vinculadas a su quehacer autonómico en el concierto integrador de la federación.-

Compuesto por principios, el preámbulo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, sugiere metas, que son máximas por las que el gobierno y cada uno de sus habitantes se deben guiar.-

Como lo hemos sostenido antes de ahora al momento de comentar los contenidos de la Constitución Federal Argentina⁴, creemos que los preámbulos constitucionales en

² Su origen data de la Constitución provincial de 1873. La Constitución de 1854, carecía de preámbulo.-

³ Entre los muy importantes autores que han citado este notorio desfasaje, cabe citar aquí, para cotejo, a Jorge Vanossi “Situación Actual del Federalismo” Edit. Depalma, 1964; y Castorina de Tarquini, María Celia “Federalismo e Integración”, Ediar, Buenos Aires, 1997. Lo expuesto no obsta a reconocer los esfuerzos del movimiento nacido a partir de la reforma constitucional federal de 1994 en el Derecho Público Provincial, instando a la realización de modos de “federalismo de concertación, con el que se intenta despejar toda situación conflictiva en el punto, procurando integrar sistémicamente las ideas de centralismo y la descentralización, sobre la base de un modelo que privilegie la participación y el consenso como formas prioritarias de dar solución a los grandes problemas nacionales, proveyendo así al desarrollo integral del país

⁴ Ver nuestro “Derecho Constitucional Argentino”, EDIAR, 2001, T ° II, pag.15.-

general, y el de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en particular, se posicionan en el sistema constitucional local como principios de interpretación respecto del resto de las normas que integran el cuerpo constitucional que preceden.-

No forman parte del texto fundamental⁵ y las metas que ellos enuncian son directrices, o sea, tipos de estándares que proponen alcanzar objetivos deseados por la comunidad estadual, y plasmados por sus constituyentes como antecedente del texto supremo – en éste caso, local -, los que deben ser por ello tenidos en cuenta por las autoridades políticas y en su quehacer cotidiano, y particularmente por los Magistrados judiciales, particularmente en los denominados “casos de interpretación difícil” cuando a falta de norma para resolver, o ante la posible contradicción entre normas, el Juez – teniendo en cuenta el peso e importancia de los principios del preámbulo – resuelve en consecuencia

Al evaluar la doctrina surgente de los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia, plenamente aplicables a éste supuesto, puede concluirse que: el valor del preámbulo como elemento de interpretación no debe ser exagerado; no puede ser invocado para ampliar los poderes expresamente conferidos en el texto fundamental, ni puede ser fuente de creación de otros derechos no surgentes expresa o implícitamente del texto constitucional⁶

Resulta claro que sin ser una norma jurídica de la que puedan derivar nuevos derechos, o nuevas atribuciones del gobierno provincial, el preámbulo de de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires es su acta de establecimiento fundacional como ente autónomo creado jurídicamente por la Constitución Federal⁷.-

Desde una sobria formulación, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reitera en su esencia, al diseñar el propio, los contenidos del preámbulo de la Constitución Nacional, lo que no resulta superabundante, ya que se constituye, como también lo hace el cuerpo central del texto constitucional, en una garantía ciudadana expresa contra posibles avasallamientos por parte del gobierno provincial.-

Ha seguido en éste punto el constituyente bonaerense, la tendencia consagrada por la Constitución de los Estados Unidos y la ley suprema de nuestro país, atendiendo al criterio alberdiano de que “los estatutos constitucionales, lo mismo que las leyes y las decisiones de la justicia, deben ser motivados”.

⁵ En contra, Santiago J. Martín, quien en su excelente ponencia respecto del tema publicada en “Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales” Edit. Mc.Graw, Buenos Aires, 1996, pag. 193 y ss.), ha sostenido que el preámbulo sí forma parte del texto fundamental. Aún desde la discrepancia que sostenemos con ésa posición, recomendamos su lectura.-

⁶ Cfr. Caso “Transportes Chaco”, CSJN Fallos 164:344, posteriormente, caso “Oiber”, “LL” 1981-C-224.-

⁷ Ya que históricamente la precede. Ver para cotejo, nuestro “Derecho Constitucional Argentino, EDIAR, T ° 1, Cap. VIII y IX

SECCIÓN PRIMERA

Declaraciones, Derechos y Garantías

Artículo 1

La Provincia de Buenos Aires, como parte integrante de la República Argentina, constituida bajo la forma representativa, republicana federal, tiene el libre ejercicio de todos los poderes y derechos que la Constitución que por la Constitución Nacional no hayan sido delegados al Congreso de la Nación

Con origen en el Art. 1 de la Constitución provincial de 1873, tiene antecedente en el Art. 1 de la Constitución provincial de 1854

En nuestra Nación, la ley fundamental argentina en su Art. 5, impone a las constituciones provinciales, entre otras condiciones, la de ajustarse a los principios, declaraciones y garantías en ella consagrados. Por ello, y si bien la declaración de derechos, deberes y garantías habidas en el texto federal tiene vigencia en todo el territorio Nacional, la misma lo es esencialmente para guarecer al ciudadano provincial de posibles excesos y avasallamientos a sus derechos, por parte de las autoridades federales. En consecuencia, las provincias reiteran estos resguardos ciudadanos, precaviendo de los excesos de la autoridad provincial, creada por su texto fundamental local⁸.-

El texto provincial proclama, como no podría serlo de otro modo, que se constituye bajo la forma de gobierno conocida como la democracia representativa y republicana.-

No hay duda de que en los “contornos” de esta forma de gobierno, la delegación del derecho del pueblo a autogobernarse, ofrece, ofrece al gobernante – a partir de la teoría de la representación, en el sistema constitucional – títulos suficientes para el ejercicio del poder político sobre las personas que lo integran.-

Así, el sistema constitucional en su base representativa, valora la estabilidad, el consenso y el compromiso, buscando la eficiencia de su actuación a partir de la solución negociada de los conflictos desarrollados por la interacción de sus propios espacios de libertad.-

También el sistema constitucional bonaerense se encuentra nutrido de los caracteres que hacen a la forma republicana de gobierno. Es que la república aporta al sistema de la democracia constitucional ciertos caracteres esenciales, que se pueden sintetizar así:

⁸ Desde otra óptica, sostiene en éste punto Rodolfo Berardo (“Instituciones de Derecho Público Provincial” Edit. Depalma, pag.78), que “La declaración de derechos y las garantías de la Constitución Nacional tienen vigencia en todo el territorio de la Nación, por lo que no es necesario que las provincias las incluyan en sus constituciones. No obstante, en su laudable propósito de extremar el celo para la garantía plena de la libertad, lo han hecho reiterando y desarrollando las manifestaciones del derecho federal”

Soberanía popular: siguiendo la concepción racional normativista francesa, se considera al pueblo como titular del poder constituyente provincial.-

División de poderes: o en su versión actual, corrientemente enunciada como de distribución de funciones en el Poder Estatal e interrelación de sus órganos. Ella intenta articular el hoy ya clásico sistema de “frenos y contrapesos” que invoca el funcionamiento de todo sistema constitucional.-

Renovación periódica de los gobernantes: con la regla de temporalidad en el ejercicio de la función, se intenta garantizar la circulación en la gestión, con el objeto de preservar al sistema de los “vicios” que presupone de uso, la concentración del poder.-

Responsabilidad de los gobernantes: en el contexto del sistema constitucional, todo gobernante no solo detenta legitimación en razón de su origen, sino importantes grados de responsabilidad en razón de la forma de desarrollo de su gestión. Ella será civil, política, administrativa o penal, según las circunstancias. Se correlaciona directamente con los insumos que representan el carácter electivo, y la temporalidad en el ejercicio de los mandatos electivos.-

Publicidad de los actos de gobierno: otro dato esencial de la República. Los actos de gobierno han de ser conocidos por todos⁹.-

Igualdad ante la ley: Esta regla se ha constituido en componente fundante del constitucionalismo moderno. De los matices de igualdad, la República garantiza al menos la regulación en modo abstracto de lo prohibido y lo permitido, en forma equivalente para todos los ciudadanos¹⁰

Si bien la Provincia de Buenos Aires fue históricamente precedente a la Federación, las actas constituyentes no registran sus representantes a la Convención Constituyente [Lahitte y Carril], toda vez que si bien fueron oportunamente enviados, la secesión del denominado “Primer Estado Argentino” de la entonces “Confederación Argentina”, el 11 de septiembre de 1852, implicó la inmediata cesantía de tales diputados por disposición de la legislatura estadual reestablecida.

Queda entonces claro, que el Estado bonaerense recién se incorpora al elenco de las provincias argentinas, regidas por la Constitución Nacional, en 1860.-

Una vez incorporada la provincia de Buenos Aires al resto de la federación argentina a partir de 1860¹¹, el texto constitucional provincial consagra una regla jurídica

⁹ Bien ha sostenido el Magistrado norteamericano Luis Brandeis en éste punto, que “La luz del sol es el más poderoso de los desinfectantes”

¹⁰ Hablamos aquí de la denominada “igualdad formal”, o “ante la ley” que es componente básico del republicanismo, pero insuficiente en los tiempos que corren, donde las democracias de corte progresista aspiran, no siempre con éxito, a superar estos estándares en el contexto del Estado Social de Derecho.-

¹¹ Cabe efectuar aquí un breve recordatorio: Es sabido que el 8 de abril de 1852, el General Urquiza remite una circular a los gobernadores provinciales, invitándolos a una reunión en San Nicolás, a fin del dictado de una Constitución Nacional, cuestión que se plasma luego en el ya famoso “Acuerdo de San Nicolás, firmado el 31 de mayo de 1852, y mediante el cual se convoca al tan ansiado Congreso Constituyente, al que concurrieron dos representantes por cada provincia. Aún así, con posterioridad, la legislatura de Buenos Aires rechaza tal acuerdo, y su representación no concurre a Sante Fe, en donde igualmente se sanciona la Constitución, el 1º de mayo de 1853, que luego fue promulgada el 25 de mayo y jurada el 9 de julio por toda la confederación, excepción hecha de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires, a diferencia de las restantes trece provincias argentinas que juraron la Constitución Nacional, sanciona una para sí el 11 de abril de 1854. Ambas entidades se desenvuelven en forma independiente, y sus ejércitos se “baten” en guerra. Finalmente se arriba a la ansiada paz con la suscripción del Pacto de San José de Flores, el 11 de noviembre de 1859.-

Así es que se llega a la Convención Constituyente de 1859, de “dudosa constitucionalidad”. Con la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, en 1860, aún así no adecua su texto constitucional local de 1854 hasta que con la Convención Constituyente de 1870/73, se sanciona la Constitución de la Provincia de 1873.-

Respecto de los tiempos ulteriores, señala José Luis Lazzarini (Constitución de la Provincia de Buenos Aires, su introducción, Edit. Astrea, pag.23), que “decapitada Buenos Aires por la pérdida de su capital y de su puerto, en 1884 se

congruente con los artículos 1º, 5º y 121 del texto fundamental, adecuándose así a la regla de supremacía federal sobre los órdenes jurídicos provinciales, instituida en el Art. 31 de la Constitución Nacional.-

Con una formulación parca, el texto fundamental bonaerense simplemente hace referencia al cúmulo de sus poderes reservados en el contexto de la organización nacional¹², teniendo en cuenta que nuestro sistema constitucional instituye un régimen de presunto equilibrio, no logrado en los hechos entre los poderes de las provincias y la Nación, cuyo principio general es la reserva para las provincias de los poderes no delegados por la Constitución al Gobierno Federal¹³.-

Ha sostenido la jurisprudencia en éste punto, que “Nada justifica la violación del sistema de la ley fundamental que de ello se sigue, y la concomitante afectación del equilibrio constitucional que provoca, ni autoriza a admitir el avance (...) del poder constituido provincial sobre las facultades del Poder Constituyente de primer grado, que organizó la Nación sobre la forma representativa, republicana federal (Art. 1, 5, 75 inciso 12, 116, 121, 123 CN.; Art. 1 y conos.; Constitución Provincial”¹⁴

convocó a otra convención constituyente, que sancionó en 1889 la nueva constitución provincial. En 1934, otra convención la reformó quedando estructurada la nueva carta constitucional sobre las bases orgánicas de las anteriores constituciones de 1873 y 1889. Por último, en 1949, por Decreto del Ejecutivo Provincial, en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución Nacional de 1949, se adaptó la constitución provincial, manteniendo las anteriores estructuras orgánicas, estableciendo los nuevos derechos sociales. Después del golpe militar de 1955, el interventor federal, por decreto del 16 de mayo de 1956, dejó sin efecto la Constitución Provincial de 1949 y declaró vigente la Constitución de 1934”.-

En 1990, las propuestas de reforma constitucional incluidas en las leyes provinciales 10.859 y 10.900 fueron plebiscitadas, aunque con resultado adverso. Finalmente, en 1993, la legislatura provincial impulsa una nueva reforma constitucional, parcial, mediante el dictado de la Ley 11.488, que motivó la generación del texto hoy en estudio

¹² Así, por ejemplo, cita Hugo Oscar Cuello (Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Anotada y Comentada, Edit. La ley, pag.102) que varias constituciones provinciales mencionan expresamente al sistema o forma “social” (Catamarca, Art. 1º, Formosa, Art. 1º, La Rioja, Art. 2º, Neuquén, Art. 3º), o “Democrático” (Córdoba, Art. 2º, Chaco, Art. 1º, Formosa, Art. 1º, La Rioja, Art. 2º, Misiones, Art. 1º, Tierra del Fuego, Art. 1º). Otras refieren a su organización “participativa” (Formosa, Art. 1º, La Rioja, Art. 3º, San Juan Art. 1º), y otras mencionan en forma expresa determinados principios sociales como la “Solidaridad” y/o la “Justicia Social” (Córdoba, Art. 8º, Jujuy, Art. 1º, San Luis, Art. 4º)

¹³ Bien expresa en éste punto Oscar Cuello (Op. Cit., pag.104), que “En nuestro Estado Federal ese equilibrio se vio permanentemente alterado por un conjunto de circunstancias que propiciaban la prevalencia de las fuerzas centralizadoras, al amparo de ciertos vicios originarios de nuestra forma de organización y de otros que se fueron consolidando a lo largo de nuestra historia”.

En realidad, técnicamente, todos los sistemas federales deben en algún momento, evaluar de qué manera se distribuirán las competencias entre la federación y los estados miembros. Las modalidades posibles de distribución son tres: a saber:

- Se determina a priori, y en forma taxativa en la Constitución, qué potestades son de la federación y cuales de los estados federados.
- Se indica que los estados federados conservan todo el poder no delegado explícitamente a la federación, por medio de la Constitución.-
- Se indica que la federación conserva todo el poder no delegado explícitamente a los estados miembros por intermedio de la Constitución

El primer supuesto [de las enumeraciones taxativas] es generalmente deficiente, ya que – como es sabido – nunca se puede abarcar en una enumeración única y taxativa el cúmulo de competencias de cada uno de los órdenes. Invita generalmente a elaborar la categoría de las competencias implícitas de uno y otro orden territorial.

Los otros dos supuestos combinan la modalidad taxativa con la residual. Alguno de los dos órdenes confiere al otro, por medio de la Constitución, todas las potestades que expresamente no se reserva.

Como vimos en el cuerpo principal del presente análisis, nuestro sistema constitucional ha optado por la fórmula estatuida en su Art. 121, según la cual las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación.

Es para la Provincia de Buenos Aires, el caso del Pacto de San José de Flores. Señala Cuello (Op. Cit., pag. 102), que “Una disposición fundamental de éste pacto, es el Artículo 7º del mismo por el cual la Provincia de Buenos Aires se reservaba sus derechos de propiedad sobre las propiedades y establecimientos públicos de cualquier clase y género que sean, estableciéndose que los mismos “serán gobernados y legislados por autoridades de la Provincia”.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló también en éste punto que “La unidad nacional es el objetivo esencial de la Constitución. Nunca puede ser atentatorio del régimen autónomo de las provincias, el ejercicio legítimo por la Nación de las facultades que le han sido expresamente delegadas en aquella, por más que tales facultades deban ejercitarse en el territorio mismo de los Estados autónomos”¹⁵

Aún así, es del caso resaltar que la suma de las facultades expresamente delegadas, las concurrentes y las implícitas de la Nación es de tal magnitud, que bien puede decirse hoy que nuestro federalismo, tal lo señaló Juan B. Alberdi, es uno de transición hacia el centralismo, y a juzgar por los resultados, por cierto que esa transición ya se ha operado en los hechos¹⁶.-

Artículo 2

Todo el Poder Público emana del pueblo, y así éste puede alterar o reformar la presente Constitución, siempre que el bien común lo exija, y en la forma que por ella se establece

Con origen en el Art. 2 de la Constitución Provincial de 1873, su antecedente es el Art. 15 del texto constitucional de 1854. Concuera con los Art. 206 a 209.-

Sobre la base de la manifestación del principio de soberanía popular, la norma en estudio expresa aquí la única limitación de corte sustancial para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “(...) *basta que el pueblo quiera...*”, aunque siguiendo la traza formal instituida en la propia constitución estadual, y que luego se detalla con minuciosidad en sus artículos 206 a 209.-

Es que el ejercicio del Poder Constituyente reside en la voluntad popular y en nuestro sistema federal¹⁷. En tal contexto, la Constitución Nacional faculta a las provincias a dictar sus constituciones en los Art. 5 y 123 y bajo las condiciones que allí se establecen.-

La norma constitucional se engloba en la línea de pensamiento que reconoce que las constituciones provinciales deben adaptarse a la realidad económica, social y política del país, en los tiempos que corren, sin otras limitaciones que aquellas impuestas por la Constitución Federal, los recaudos formales para su cumplimiento, y las exigencias del bien común.-

Con ello, podemos afirmar sin hesitación que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires no limita al constituyente reformador a partir de la imposición expresa o implícita de “contenidos pétreos” que puedan situarse por sobre la voluntad constituyente.-

¹⁴ Cfr. C1° Apel, Civ. y Com. De La Plata/Sala de feria, 23/07/2002 “Cabrera, María c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, “LLBA” 2002, 1431)

¹⁵ Cfr. CSJN, Fallos 271:186; 284:161 y 220:1354.-

¹⁶ Ello aún cuando la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado con claridad en el punto que “La Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación y ha querido hacer un solo país para un solo pueblo, pero no se ha propuesto hacer una nación centralizada” (Cfr. CSJN Fallos 7:373 y 178:9).-

¹⁷ Cfr. Berardo, “Instituciones de Derecho Público Provincial” citado, pag.3.-

Cabe aclarar que ha sido Germán Bidart Campos, entre nosotros, el principal cultor de la tesis que proclama la existencia de contenidos pétreos en el sistema constitucional argentino

Ha sostenido el maestro, desde una posición de corte jusnaturalista teísta, que si bien la Constitución [federal] no incluye en su texto cláusulas explícitamente establecidas, afirma que algunos de sus contenidos adquieren implícitamente tal carácter, por constituirse en ingredientes existenciales que identifican un modo – también existencial – de ser. Ellos serían: la democracia; el federalismo; la confesionalidad del Estado y la forma republicana de Gobierno.-

Respecto de ellos, Bidart Campos, si bien acepta su reforma, sugiere que no es posible que el constituyente propenda a su destrucción¹⁸

Aún así, ésta argumentación nos genera reparos que sustancialmente se circunscriben a los siguientes: respecto del contenido pétreo implícito, el sistema genera a partir de su definición conceptual, focos de incertidumbre respecto de quién los determinará, y cuáles son ellos, ya que su existencia dependerá de cada propugnador, o más propiamente, de la ideología que éste detente.

Con relación a los contenidos pétreos expresos, tales formulaciones conspiran contra la idea de cambio pacífico y democrático del sistema constitucional, ya que si desechamos la vía democrática del cambio, solo le queda a los propugnadores del mismo el intento autocrático. Esto implicará la tentación de la vía revolucionaria del proceso reformador.-

Es que según nosotros lo interpretamos, el camino hacia la consolidación del sistema democrático pasa necesariamente por homogeneizar sin dogmas, sin petrificaciones, a partir de la recreación de los espacios participativos y la docencia democrática¹⁹.-

Artículo 3

En ningún caso, y bajo ninguna circunstancia las autoridades provinciales pueden impedir la vigencia de ésta Constitución.

Toda alteración, modificación, supresión o reforma de la presente Constitución dispuesta por un poder no constituido o realizada sin respetar los procedimientos en ella previstos, como así también la arrogación ilegítima de funciones de un poder no constituido o realizada sin respetar los procedimientos en ella previstos, como así también la arrogación ilegítima de funciones de un poder en desmedro de otro, será nula de nulidad absoluta y los actos que de ellos se deriven quedarán sujetos a revisión ulterior.

Quienes ordenaren, ejecutaren o consintieren actos o hechos para desplazar inconstitucionalmente a las autoridades constituidas regularmente y aquellos que ejercieren funciones de responsabilidad o asesoramiento político en cualquiera de los poderes públicos, ya sean nacionales, provinciales o municipales, quedarán inhabilitados

¹⁸ Ello implica, en el sentir del querido maestro, que podría variarse [como se lo hizo] la magnitud o el grado de confesionalidad de nuestro Estado, por vía de reforma constitucional, pero podríamos pasar a ser un Estado [por ejemplo] “laico”. Aún así, asume el jurista argentino, que al estar tales contenidos condicionados por la estructura social subyacente de nuestra comunidad, si ella cambia, el carácter pétreo indicado desaparecería también.

¹⁹ Como también lo dijera a su tiempo Germán Bidart Campos “(...) a partir de pensar distinto construiremos una sociedad realmente homogénea, consolidando así sus contenidos esenciales”.-

a perpetuidad para ejercer cargos o empleos públicos, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que fueren aplicables.

También agravan y lesionan la sustancia del orden constitucional los actos de corrupción. La ley creará el Tribunal Social de Responsabilidad Política que tendrá a su cargo examinar los actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios de los poderes públicos provinciales y municipales.

A los habitantes de la provincia les asiste el derecho de no acatar las órdenes o disposiciones provenientes de los usurpadores de los poderes públicos.

La norma se origina en la convención reformadora de 1994, con antecedente en el propio Art.36 de la CN, cuya reforma se elaboraba conjuntamente con la provincial, y particularmente, en el Art.4 inciso 6° de la Ley Provincial 11.488

La norma sigue en lo esencial la estructura del Art. 36 de la Constitución Federal²⁰, aunque añadiendo algunos matices específicos a los que hemos de referirnos con particularidad. –

Al igual que aquella, refleja la experiencia histórica de los argentinos frente al militarismo. No podía prescindir la revisión a la constitución provincial, en 1994 de una regla de derecho que rescatara nuestro sentir respecto del “militarismo” y la denominada “doctrina de facto”, definiendo en el texto constitucional, conductas sociales que el pueblo de la provincia conoce y rechaza, impartiendo además reglas claras respecto de lo que sus habitantes desean que se haga, y también de lo que no se haga a éste respecto.-

Aquí se indican, en suma, claras directivas a la legislatura provincial, reflejando ciertas particularidades respecto de ésta dura experiencia histórica del pueblo bonaerense, hacia las futuras generaciones que residan en territorio de la provincia.-

No solo comienza la regla jurídica en estudio con una declaración²¹ que intenta preservar el valor epistemológico que la democracia posee, sino que además asume una postura jurídica frente a eventuales nuevos intentos golpistas, intentando preservar en suma, la “memoria histórica” respecto de aquellas pretéritas conductas que motivaron el dictado de la norma²².-

En realidad, numerosas adecuaciones recientes del constitucionalismo provincial, han propiciado la sanción de normas de éste tipo²³, ofreciendo respuestas institucionales desde la impronta de cada una de sus propias perspectivas a ésta realidad, caracterizada por un proceso de inestabilidad política e irrupciones “de facto”, que nos ha afectado por más

²⁰ No es ésta la única norma de la Constitución Nacional que vincula a éste tipo de situaciones. Podemos citar, para cotejo, a los Art. 6, 21 al 23, 119, 127 y sus concordancias que integran mandatos englobados en el denominado “derecho penal constitucional”.-

²¹ No está de más aclarar aquí que las declaraciones son enunciados solemnes que en los textos fundamentales se hacen sobre la persona humana, la sociedad y el Estado. Así, la presente norma es desde una lectura sistémica e integradora de su contenido, una “declaración” en el más alto grado, asentada sobre nuestra dolorosa historia reciente y en la profunda convicción que el pueblo de la provincia posee sobre la eficacia de la democracia para subvenir a los problemas que seguramente acompañarán al tiempo por venir

²² Señalaba a su tiempo la Convencional Constituyente federal, Rosa Llugdar, en apreciación que resulta perfectamente aplicable al presente caso, que “Se ha trabajado con absoluta conciencia de que a la democracia se la defiende día a día, pero además, en el convencimiento de que cada país debe rescatar su historia y prevenir la repetición de sus errores pasados” (ver para cotejo, nuestro “Derecho Constitucional Argentino, EDIAR, T ° 1, pag.160 y su cita).-

²³ Así, Córdoba, Art. 17; Chaco, Art. 7; Jujuy, Art. 6; La Pampa, Art. 17; La Rioja, Art. 12/13 Mendoza, Art 10; Neuquén, Art. 8; Río Negro; Art. 7; San Juan, Art. 121 y 127; San Luis, Art. 19 y 62; Tucumán, Art. 6 y 7.-

de 50 años [1930/1983] con la previsible secuela de graves daños morales, materiales e institucionales a los que aún hoy seguimos asistiendo.

Damos por cierto que normas como la presente no implican alegaciones vacías de contenido, sino mas bien reales exhortaciones a la ciudadanía y a los poderes públicos que juran hacer cumplir ésta constitución a no claudicar, y a seguir en la senda democrática, toda vez que en éstos tiempos de consolidación democrática el pueblo tiene memoria, lo hace saber e instruye a sus representantes en consecuencia.-

Comienza afirmando ésta norma que las autoridades provinciales no pueden impedir la vigencia de sus disposiciones. A continuación indica- en su segundo párrafo - que toda alteración o reforma de la ley fundamental provincial por un poder no constituido, o sin respetar el procedimiento previsto en ésta constitución a tal fin, como asimismo la arrogación de funciones de un poder, en desmedro de otros, será nula²⁴.

Su tercer párrafo se ocupa de inhabilitar a perpetuidad a quienes desplazan inconstitucionalmente a las autoridades legítimamente constituidas, y a los que asumieron funciones en ámbitos provinciales o municipales en tales períodos, ello sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que fueren aplicables²⁵.-

Señala José Luis Lazzarini²⁶, que al estar las sanciones para los funcionarios de facto, aún para los que se desempeñan en la Provincia, previstas en el Artículo 36 de la Constitución Nacional, la norma en estudio poco aporta a la cuestión.-

Nos permitimos aquí disentir con el mencionado jurista, al entender que frente a la perspectiva de una enmienda de su constitución – máxime cuando se hacía en modo concomitante con la de la norma fundamental federal -, no podía prescindir la Provincia de Buenos Aires de incluir en ella una norma que rescatase su experiencia histórica frente al militarismo y la denominada “doctrina de facto”, por estar nosotros convencidos de que el recuerdo es una importante arma contra los efectos que la “erosión en la conciencia constitucional” produce en la democracia de nuestros días.-

Finaliza la norma constitucional en análisis sosteniendo que a los habitantes de la provincia les asiste el derecho de no acatar las órdenes o disposiciones provenientes de los usurpadores de los poderes públicos.-

Esta modalidad particular de “derecho de resistencia a la opresión” despeja claramente una ambigüedad que acaece en su par federal, en cuanto el Art. 36 de la CN. Garantiza que “todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en éste artículo”²⁷.-

²⁴ Con un mayor énfasis, pero en el mismo sentido institucional, expresa el 1 ° párrafo del Art. 36 de la norma fundamental federal, que “(...) Estos actos serán insanablemente nulos”.-

²⁵ Aquí la Constitución Nacional es más estricta, al indicar que éstas acciones [en referencia a las civiles y penales derivadas de tales hechos contrarios al orden constitucional y la vida democrática] son imprescriptibles.-

²⁶ Ha expresado además Lazzarini (Estudio Introductorio a la “Constitución de la Provincia de Buenos Aires” Edit. ASTREA, pag.42) que “ (...) al haberse dado los gobiernos de facto sólo en el orden nacional, si ocurriera en una provincia la toma de poder de facto, el remedio es la intervención federal, prevista en el Art. 6 de la CN: a fin de reponer las autoridades desplazadas”. Aun concediendo que para tal situación es ésa una solución correcta, estimamos que el Art. 3 de la CPBA avanza sobre diverso supuesto, cual es la acción de un gobierno de facto en territorio de su provincia, lo que presupone el “golpe” ya consumado a nivel nacional, y luego la actuación como consecuencia del mismo, de autoridades de facto en su territorio. Ello evidentemente no puede ser subsanado con el pedido de “intervención federal” ninguno, y solo habilita el derecho de “resistencia”, y la generación de las responsabilidades ulteriores que el actual texto constitucional indica.-

²⁷ Debíó aclarar a su tiempo el miembro informante de la cláusula contenida en el Art. 36 CN, Antonio Cafiero, que “no se hace aquí referencia aquí al derecho en su formulación clásica, sino que admite que en el país existe una forma “argentina” del derecho a resistir, que no consiste precisamente en tomar las armas. Refiriendo al caso de la “abstención revolucionaria” o el “voto en blanco”

En la Provincia de Buenos Aires – entonces - este derecho, le permite al ciudadano el no cumplimiento a órdenes o disposiciones emanadas de los usurpadores, admitiendo que el habitante de la provincia acometa una modalidad de “desobediencia civil” en tales graves supuestos.-

El cuarto párrafo de la norma en estudio considera a los actos de corrupción como lesivos del orden constitucional, indicando expresamente que éstos actos también lesionan la sustancia del orden constitucional²⁸.-

Sin perjuicio de lo polisémico del término, puede definirse válidamente a la corrupción, como “(...) el uso indebido al servicio de intereses personales, de una influencia vinculada a una posición de poder”²⁹

Destaca cierto sector en doctrina, que no resulta apropiada la vinculación de la defensa del orden constitucional con la ética de los funcionarios públicos, ello a la luz de los antecedentes históricos que ilustran que muchos golpes de Estado se originaron sobre la manifestación golpista de reivindicar valores morales y espirituales³⁰.-

Nosotros discrepamos frontalmente con tal tesisura.-

Sabido es, que la corrupción se presenta como un hecho connatural en las autocracias. De ello se deriva la circunstancia de que no se conciba a la autocracia *sin corrupción*, ya que ambas se auto-implican. Por ello es que sostenemos, siguiendo aquí a Jiménez de Parga³¹, que la corrupción no es solo permitida en la dictadura, sino que ésta necesita, para sobrevivir, de la corrupción.

Es importante destacar, luego de lo dicho, que el interés del constituyente nacional de 1994, y en particular el de su par estadual bonaerense, ha sido en éste punto, el de analizar *la corrupción en la democracia* y no *la corrupción de la democracia*. Ello pues, si ambas son cuestiones importantes, también lo son *distintas*.

Respecto del segundo punto (la corrupción de la democracia), no es nuestra intención “descubrir” aquí que la forma de gobierno democrática actual sobrevive hoy como el régimen *menos malo*, denunciando ribetes de alta erosión por modalidades de crisis de representación y de crisis económica.

En este sentido, uno de los grandes desafíos de la sociedad argentina de hoy, es el de reinventar su democracia, a fin de consustanciarla - y no solamente en modo formal - con la sociedad que la genera. A no dudarlo, que en ello nos va la supervivencia como ámbito de convivencia no autocrática³²

²⁸ Con mayor especificidad, la Constitución equipara a los atentados contra el sistema democrático, *sólo a los actos de quienes incurrieren en grave delito doloso contra el Estado, en tanto esos delitos conlleven enriquecimiento para quien lo acometa*. En tal contexto, la norma federal prevé la inhabilitación para quien incurra en éste particular accionar, para ocupar cargos o empleos públicos, por el tiempo que la ley determine. Seguidamente, el Art. 36 de la norma fundamental impone al Congreso de la Nación la sanción de una ley sobre ética pública para la función [pública, se sobreentiende]. Ninguna de las dos normas, obliga en éste punto – cuanto menos - a “rendir cuentas”, lo que hubiera sido deseable. Sin perjuicio de ello, el sistema constitucional argentino [que involucra, por cierto al de la Provincia de Buenos Aires], cuenta con la jerarquización constitucional de la Convención Interamericana Sobre la Corrupción, de 1996, de la que se desprende, entre otros importantes conceptos,, el convencimiento de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social (preámbulo de la norma internacional mencionada)

²⁹ Klitgaard, Robert “¿Qué hacer?, la Corrupción”, en “El Correo de la UNESCO” Junio de 1996, pag.34)

³⁰ Cfr. Cueli, Hugo Oscar “Constitución de la Provincia de Buenos Aires” citada, pag.112.-

³¹ Jiménez de Parga, Manuel “La ilusión política” (Ed. Alianza, Madrid, 1993)

³² Así, debe ser destacado el hecho de que la reforma constitucional operada en Argentina en 1994, ha pretendido [ello sin perjuicio de las críticas que en otros aspectos puedan válidamente hacerse al trabajo de la Constituyente] generar un modo de democracia con mayores dosis de participación popular al momento de la “toma de decisión”. Muestra palpable de ello son las disposiciones de los artículos 37 a 40. Lo destacamos como un válido modo de tránsito desde una

Ahora bien, respecto del análisis de la corrupción en la democracia, no hay duda de que la *real* consolidación del sistema es trabajosa, porque la ética pública se encuentra resentida, como también lo está la sociedad que en tal situación genera a sus representantes, después de un extenso período en que la corrupción fue *moneda necesaria*, como se dijo antes.

En suma, si nos preguntásemos cual ese el papel que juega la corrupción en las democracias, podríamos definirlo como *la peor patología del sistema*, que se agudiza en tanto la democracia en que se ha instalado carezca de controles suficientes para prevenirla, y de vocación ciudadana para eliminar el flagelo.

Hilando ahora más finamente en esta apreciación, podríamos arriesgar que lo que ocurre, es que aún en las mejores democracias del mundo, y *pese a sus regulaciones normativas institucionales*, padecen de la corrupción como vicio, en una intensidad variable. También de lo dicho alcanzamos a derivar que no son las formas jurídicas las que edifican a las sociedades, si ellas no significan *la real voluntad popular de emprender el desafío que ha sido normativizado*.

La Argentina, desde siempre, ha pretendido solucionar sus problemas con base en lo que su sociedad consideró *buenas regulaciones normativas*, apoyadas - por lo general - en las fuentes más progresistas. Pero la sociedad que las generaba, presentaba modos de *crisis terminales*, que se patentizan a partir de 1930 y adelante, donde toda la regulación existente, de un modo o de otro, convivía con el acrecentamiento de la corrupción en todos los ámbitos de la sociedad.

Si alguna persona pretendió que desde 1983, con la refundación de la democracia, la corrupción como hábito y su consecuencia, la ética ciudadana desmadrada, mermarían mágicamente; *se equivocó*.-

El cáncer, a más de una década de legítimo gobierno ciudadano, ha hecho metástasis en el cuerpo social, y la ética perdida no ha de ser recuperada sino hasta que la sociedad sienta que los controles contra la corrupción son algo más que formalidades vacías de contenido

Obsérvese que el constituyente reformador provincial, al igual que su par nacional, ha pretendido en 1994, desnudar su realidad social, presentando a dos de sus más graves males, *bajo una misma denominación: atentado contra el orden democrático*. Desde este punto de vista, ha estimado el constituyente del Primer Estado Argentino, que atenta contra el orden democrático, *tanto quien pretenda interrumpir su observancia, en los términos dispuestos por la norma constitucional, cuanto quien incurra en actos de corrupción*.

En suma, el pueblo de la Provincia de Buenos Aires dio mandato a sus Convencionales Constituyentes para sindicar a la corrupción como delito contra el orden democrático. De allí que se haya tipificado en el texto supremo esta forma delictiva, patentizándose de este modo el desagrado con que la sociedad ve al funcionario que se corrompe.

Pero es conocido que la *desazón social* en este punto, es aún mucho más amplia. El ciudadano común pretende que las reglas de juego cambien. Que sea *realmente riesgoso* intentar perpetrar un acto viciado de corrupción, y lo que ese más importante aún: que quien pretenda iniciar una maniobra de esta índole, sea efectivamente considerado persona de ética reprochable, y no un *"vivillo agradable"*. Obsérvese que a partir de ahora, el

democracia formal, hasta arribar a una democracia altamente participativa, desde que el mismo se presenta como un válido intento de superar nuestra "corrupción de la democracia".

concepto de idoneidad para ocupar el empleo público, habrá de integrarse con el requerimiento constitucional del *obrar ético*.

Pese a lo dicho, no hemos aquí de pecar de ingenuidad. Sabemos que la tendencia a la ajuricidad, en una sociedad seriamente corrompida, tiende a retro-alimentarse. Creemos, empero, que este tipo de normativización, desde la cúspide del orden jurídico, invitará a generar nuevos modos de cooperación a fin de modificar las expectativas y preferencias en la sociedad argentina. Reconocemos con *Nino*³³, que últimamente, todo el proceso parece descansar en el hecho de que *haya individuos que actúen sobre la base de normas morales*, lo que - en general- aparece como un accidente social, ya que no es una circunstancia habitual, aunque se avizoran en la sociedad argentina de hoy, algunas luces³⁴ conformadas por un nuevo proceso social que puede ponerse en movimiento, a partir de la paradigmática cooperación de ciertos individuos en torno a lograr consenso acerca de la aceptación de determinadas normas morales básicas³⁵, desde su discusión pública y democrática.

Así, ha sostenido *Nino*, que la discusión colectiva es un mecanismo apto para alcanzar cooperación sobre la base de normas morales compartidas a partir de actitudes como la de ser consistentes en las aserciones que formulamos y en la relación entre nuestras conductas y tales aserciones. Aceptamos y compartimos tal postulado.

Si pretendemos hablar de "matices" o "grados" de corrupción, podemos clasificarla en *negra, gris y blanca*. El primer caso [nos referimos acá a la corrupción negra], traduce las violaciones *mas escandalosas* de las reglas establecidas, siendo la corrupción blanca generalmente, la más tolerada, ya que se encuentra integrada a las "corruptelas" o "malas costumbres", de casi imposible erradicación.

Sabido es que las mayores dificultades se traducen en el intento de localizar a las *corrupciones grises*³⁶, ya que no es pacífica la actitud de enjuiciamiento social ante tales comportamientos. Así, la corrupción gris, se ennegrece en las sociedades con tendencias más puritanas y se "blanquea" en las más permisivas.

Va de suyo que las pautas teóricas expuestas solo servirán de algo, si aportan parámetros razonables para buscar (y eso es lo que se pretende), una explicación al hecho notorio que significa el real divorcio entre lo que proclaman las constituciones [sus declaraciones de derechos, en particular], frente a la práctica política cotidiana, ya que ello incide sobremanera en la conformación de la conciencia ética de la sociedad de que se trate. Por ello insistimos en que la solución democrática para superar la tendencia de ajuricidad en la sociedad argentina, a partir de la perversión de sus pautas de obrar ético, implica la *necesaria deliberación pública*, con un amplio proceso de discusión popular, a fin de acordar en un modo real, como base de nuevo contrato social, la necesidad de atenerse en forma colectiva, a ciertas reglas básicas de obrar ético, principalmente al participar en cualquier forma, del gobierno de la república.

De allí la importancia que otorgamos a la nueva manda constitucional, ya explicitada por nosotros en párrafos anteriores, como *parámetro de referencia institucional*

³³ Nino, o Carlos S. "Un País al Margen de la Ley" Edit. EMECE. , pag.271

³⁴ Lamentablemente, pocas a la fecha

³⁵ V. Gr. que no es deseable, la existencia de un funcionario que "roba, pero hace" o que la "ampulosidad en forma de vida no se compadece con la moral republicana del funcionario público", y aún, que "es bueno que el funcionario presente renuncia al cargo ante la mera sospechabilidad en su obrar público o privado"

³⁶ Sindicadas por Heidenheimer (Before Watergate, 1978, Eisendadt Ed.) como el matiz de corrupción potencialmente mas destructor de las democracias. Para ver un profundo y descarnado panorama del estado de la corrupción en la sociedad argentina, se recomienda la lectura de la obra de Carlos S. Nino, ya referida en notas anteriores (Un país al margen de la ley)

obligatoria, por derivar de un consenso constitucional explícito en el texto supremo mediante una norma expresa, nacida en el convencimiento de que el comportamiento político no ha de ser vaciado de pautas éticas.

Sostenemos ello, por advertir la realidad frecuente a partir de la verificación de que el hecho político se funda y se justifica hoy en requerimientos de éxito y de eficacia a toda costa, con sacrificio de valores que no debieran ser dejados de lado, como los son la verdad, la lealtad, la coherencia ideológica o el cumplimiento del compromiso contraído.

Creemos firmemente en que para el caso de separarse la política del mundo de la ética, la corrupción no sólo es en ese ámbito explicable, sino que - arriesgamos a decir - prácticamente, imposible de evitar³⁷

Consecuencia de lo antes expuesto, es que nosotros entendemos coherente la vinculación de la defensa del orden constitucional, con el requerimiento de comportamiento ético en el obrar de los funcionarios públicos³⁸

Como rasgo propio y distintivo, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires instituye – como mandato a la legislatura estadual –la creación de un tribunal, para examinar la conducta de los funcionarios públicos. Coincidimos aquí con Cuelli³⁹, en cuanto sugiere que se trata “de una norma inédita y ambigua que difiere a la ley la regulación del eventual instituto que debe crear la misma

Por ello es que estamos en desacuerdo con la creación del mentado “tribunal social de responsabilidad política”. Al punto se patentiza la ambigüedad de ésta particular figura, impuesta por Aldo Rico, en el contexto de la Convención Constituyente provincial, que Lazzarini expresa, que para el caso de crearse el Tribunal, el mismo “debería ser integrado por jueces de la Constitución”⁴⁰.-

Es que si el constituyente provincial interpretó que “hasta ahora, las estructuras partidarias se han mostrado inútiles, o directamente hostiles a todo esfuerzo de autodepuración” o que “(...) los órganos jurisdiccionales han resultado en un todo insuficientes para enfrentar un problema estrictamente político y que requiere por ende, soluciones de orden similar”⁴¹, nosotros no creemos que con la creación de ésta figura, con un corte manifiestamente corporativista, se pueda recrear la confianza del ciudadano común en quien transitoriamente lo representa.-

El dictado de normativa de ética pública, o aún el acompañamiento al Poder Judicial, dotándolo de mayor eficiencia para investigar los peculiares delitos que involucran

³⁷ Así, creemos oportuno citar al ginebrino Juan Jacobo Rousseau, quien dijo que "Es necesario estudiar la sociedad por los hombres y los hombres por la sociedad : los que quieran tratar separadamente la materia política y la moral, no entenderán jamás nada de ninguna de las dos"

³⁸ En contra, Hugo Cuelli, Op. Cit., pag. 112. Este autor opina que “no se considera apropiada la vinculación de la defensa del orden constitucional, con la ética de los funcionarios públicos” fundando su postura esencialmente en que “(...) muchos golpes de Estado se originaron sobre la sobre la manifestación golpista de reivindicar valores morales y espirituales” No nos alcanza ésta argumentación. Creemos, en consecuencia, y con base en lo aquí expuesto, que la incorporación, por parte del constituyente reformado de ésta cláusula refleja un verdadero mandato social, y una importante preocupación institucional, con la que coincidimos

³⁹ Cuelli, Hugo Oscar, Op. Cit. Pag.112.-

⁴⁰ Lazzarini en su “Introducción” ya referida en notas anteriores, pag.43. Aunque esta no parece haber sido la intención del reformador. Así, se ha señalado en la Convención respecto de ésta figura, que “Este proyecto apunta a la creación de un Tribunal Social, formado por representantes designados por las instituciones que, en su conjunto constituyen todo el especto de la comunidad organizada. Así, las fuerzas del trabajo, de la cultura, económicas, la Iglesia Católica, los colegios profesionales, la tercera edad, las entidades de servicios entre otros, podrán ejercer una tarea ético-política que la sociedad reclama a grandes voces y que constituye – hoy por hoy – uno de los mayores, sino el principal desafío del hombre preocupado por la cosa pública” (Diario de Sesiones de la HCC, 5 ° sesión del día 27/7/1994).-

⁴¹ Cfr. “Diario de sesiones...” citado, pag. 815.-

hechos de corrupción, es un camino importante, juntamente con la educación en valores, para prevenir éste flagelo.-

Lo otro, estimamos sinceramente no aporta a la consolidación de nuestro sistema democrático, por lo que celebramos, en ésta única ocasión, el hecho de que hasta el día de hoy la legislatura provincial no hubiese cumplimentado ésta manda.-

Artículo 4

Los límites territoriales de la Provincia, son los que por derecho le corresponden, con arreglo a lo que la Constitución Nacional establece y sin perjuicio de las cesiones, o tratados interprovinciales que puedan hacerse, autorizados por la legislatura, por ley sancionada con dos tercios de votos del número total de los miembros de cada Cámara

La norma se origina en el Art. 3 de la CPBA de 1889, y sus antecedentes pueden encontrarse en el Art. 2 CPBA de 1854 y Art. 3 de la CPBA de 1873

Es la propia Constitución Federal la que admite la creación de nuevas provincias, ya que mediando el consentimiento del Congreso Federal y las legislaturas interesadas, puede erigirse una provincia en el territorio de otra, u otras, o aún formarse de varias provincias, una sola.-

El artículo en análisis se vincula estrechamente con varias normas del texto fundamental. Entre ellas, la del Art. 75 inciso 15, que le otorga al Congreso de la Nación, la potestad de fijar los límites de las provincias Argentinas. Por su parte, el Art. 13 de la CN. Establece la posibilidad de admitir nuevas provincias en la Nación y contemplando el consentimiento de las legislaturas locales en caso de que se comprometa el territorio provincial.-

Cabe acotar aquí que según Germán Bidart Campos, y dada la característica de provincia históricamente precedente a la Constitución Nacional de 1853, con su reforma de 1860, la de Buenos Aires no podría ser eliminada por su posible fusión con otra ú otras.-

Nosotros, basados en el comentario efectuado al Art. 2 de la CPBA, disintimos respetuosamente con aquella muy calificada opinión, por interpretar que una legítima fusión en el ámbito de nuestra federación, solo requiere del acuerdo de las respectivas legislaturas y el consentimiento del Congreso Nacional⁴²

Como antecedente de la aplicación de esta norma, merece recordarse la cesión que la Provincia de Buenos Aires efectuó respecto de su histórica Capital – la ciudad de Buenos Aires -, mediante el dictado de la Ley 1355, que era concordante con la Ley Nacional 1029.-

Puede destacarse también la cuestión de la Isla Martín García. Señala aquí Cueli, que “con sustento en la Ley 5838 y el Dec. Ley 7580/70, y de conformidad con el Tratado del Río de la Plata [Cfr. Ley Nacional 20.645], es posible afirmar los derechos jurisdiccionales de la Provincia de Buenos Aires”.-

Respecto de los límites territoriales de la provincia, ellos fueron alterados conforme el curso de los años, hasta arribar a la conformación actual: por ejemplo, el 6/6/1881, la

⁴² Es que cumplidos los pasos antes señalados, nos encontramos frente a un adecuado procedimiento, constitucionalmente aceptado, que acerca al federalismo con el regionalismo, sin necesidad de arribar al concepto de “Estado Unitario”.-

Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sanciona la ley 1386, que aprueba el convenio de límites celebrado entre ésta provincia y las de Córdoba y Santa Fe, sometiendo las cuestiones de límites al arbitraje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

También la ley Nacional 1532, del 1/10/1884 al disponer las divisiones territoriales de los Territorios Nacionales Argentinos, estableció límites que vincularon a la Provincia de Buenos Aires, ratificados luego por normas posteriores.-

Por Decreto Ley 17.324, del 27/6/67, se creó la Comisión Nacional de Límites Interprovinciales, que actuó en varias cuestiones que vincularon a la Provincia de Buenos Aires⁴³.-

Cabe citar también la ley 5448, del 11/08/49, que ratifica el Dec. PEN 22.500, del 16/9/48, por el que se aprobó el Convenio sobre Límites entre la Provincia y la entonces Capital Federal [hoy CABA], por rectificación del Riachuelo, celebrado el 3/8/43.-

Por último, no puede dejar de señalarse aquí que el principio de la integridad territorial de las provincias – también la de Buenos Aires – acrecienta sus resguardos constitucionales desde que la entrada en vigencia reforma constitucional nacional de 1994, debiendo rescatarse hoy en su favor, el dominio y jurisdicción [entre otros] de sus recursos naturales, su subsuelo, su mar territorial, su plataforma submarina, su espacio aéreo, sus ríos, lagos y aguas, sus caminos, las islas [cuando el álveo es provincial], las playas marinas y las riberas interiores de los ríos.-

Es que el sentido de la Constitución Federal, rescatado en ésta norma estadual, es que “(...) hubiese una Nación de todas las provincias, y Provincias de la Nación, de tal manera que formasen una sola personalidad en el gobierno todo, **y que los gobiernos locales fueren armónicos y conformes con el conjunto, fortaleciendo su autoridad en toda la extensión que le estaba atribuida**”⁴⁴

Artículo 5

La Capital de la Provincia de Buenos Aires es la ciudad de La Plata. Las Cámaras Legislativas, el Poder Ejecutivo y la Suprema Corte de Justicia, funcionarán permanentemente en ésta ciudad, salvo los casos en que, por causas extraordinarias, la ley dispusiese transitoriamente otra cosa.

El origen de la norma es el Art. 4 de la Constitución Provincial de 1934. Su antecedente es el Art. 4 de la Constitución de la Provincia de 1889.

Si bien la originaria constitución bonaerense de 1854, no hacía referencias a la capital del Estado que allí se había organizado a partir de la secesión de la Confederación

⁴³ Señala aquí Oscar Cuello (Op. Cit, pag.114), que ésa Comisión dictaminó en la Causa de límites existente entre Buenos Aires y La Pampa, sancionada la Ley 18.065; en la suscitada entre Buenos Aires y Río Negro (Ley 18.331), y en la existente entre Buenos Aires y Entre Ríos (Ley 18.000).-

⁴⁴ Cfr. González, Joaquín V. “Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)” Actualizado por Humberto Quiroga Lavié Edit. La Ley, pag. 41, el resaltado nos pertenece.-

Argentina, ocurrida el 11 de septiembre de 1852, sí puede señalarse que en el terreno de las “implicitudes”, la existencia de ciertas referencias a la cuestión [Art. 34 y 107], aparecen como inequívocas en tal texto.-

Ese mismo camino siguió la carta Fundamental Estadual de 1873, aún cuando cabe destacarse a la indicación de sus Art. 160⁴⁵ y 217, inciso 1⁴⁶, en obvia referencia a la Ciudad de Buenos Aires.-

Señala aquí Cueli⁴⁷, que con el dictado de la Ley Nacional 1029, y luego de la cesión de la ciudad de Buenos Aires a fin de erigirse allí la Capital de la Nación, por ley provincial 1055, surge la necesidad de establecer cual sería la ciudad capital de la provincia. En tal contexto es que se dicta la ley provincial 1463, que designa a La Plata como capital de la Provincia.-

Es entonces que la Constitución Provincial de 1889, jerarquiza constitucionalmente ésa designación, en su Art. 4.-

Cabe resaltar además, que ésta modalidad a partir de la cual es el propio texto fundamental el que designa a la Capital del Estado, tiene por modelo al texto de la Constitución de 1853, que designaba a la propia ciudad de Buenos Aires como capital de la Nación⁴⁸.-

Con referencia a la “cuestión Capital”, referida a la designación de “La Reina del Plata” como Capital de la República, es una de aquellas que necesariamente debe abordarse a la luz de nuestros antecedentes históricos. No cabe duda alguna de que la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires tuvo desde un primer momento una importancia singular, al punto de que una vez constituido el Virreinato del Río de la Plata, fue entonces designada como su ciudad Capital.-

Pese a que la vocación “capitalina” de ésta ciudad aparecía desde siempre como “natural”, no es menos cierto que luchas ideológicas, intestinas e intereses localistas y del interior, se oponían tenazmente a la consagración institucional de ésa circunstancia, lo que recién se logra con el acuerdo de 1880.-

En ése año, gracias a la decisión de Nicolás Avellaneda, se cumple la indicada trayectoria, pese a las numerosas tentativas que se sucedieron para ubicarla en otro lugar.-

El marco social y político en que se produce la federalización de Buenos Aires fue peculiar: luego de las elecciones que consagran a Julio Argentino Roca como Presidente de la Nación, Carlos Tejedor se levanta en armas en señal de protesta. El entonces presidente – saliente – Nicolás Avellaneda, logra resolver la emergencia, fijando la residencia de las autoridades nacionales en Belgrano. En el ínterin, la minoría de la Cámara de Diputados [adapta a Avellaneda], se instala también en Belgrano y declara cesantes a los diputados que no habían concurrido a las sesiones realizadas en ésa localidad.-

⁴⁵ Que estatúa que la legislatura debía establecer Cámaras de Apelación y Tribunales o jueces en la Ciudad de Buenos Aires, y que en la campaña, los establecerá permanentes o viajeros”

⁴⁶ Esta norma refería que La Suprema Corte de Justicia provincial se establecerá en la Capital de la provincia, aunque no se la indicaba en norma alguna.-

⁴⁷ Op. Cit., pag.114.Aclara este autor, que el Art. 1 de la Ley 1463 declaraba capital de la Provincia, al municipio de Ensenada, y su Art. 2 disponía que el Poder Ejecutivo provincial procedería a fundar una ciudad que se denominará “La Plata”, lo que se hizo efectivo el 19/11/1882

⁴⁸ Lo que de todas formas, fue modificado por la Convención Reformadora de 1860, a instancias de la Provincia de Buenos Aires. De todas maneras puede decirse que éste modelo ha prevalecido en el Derecho Público Provincial (Catamarca, Art. 5 °, Córdoba, Art. 12, Corrientes, Art. 4, Chaco, Art. 3, Chubut, Art. 2, La Rioja, Art. 7, Mendoza, Art. 2, Misiones, Art. 3, Neuquén, Art. 6, Río Negro, Art. 11, San Juan, Art. 3, San Luis, Art. 5, Santa Cruz, Art. 2, Santa Fe, Art. 4, Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, Art. 3, Tucumán, Art. 2)

El Senado Nacional, que también respondía al presidente saliente, se instala en dicho pueblo y entonces se sanciona la ley que establecía a Belgrano como sede *provisoria* de la Capital de la República. Finalmente, y en ése duro clima, se sancionan dos leyes⁴⁹, declarándose Capital de la República al Municipio de la Ciudad de Buenos Aires, a los que luego se suman los municipios de Flores y Belgrano.-

Así, hasta el momento de operarse la reforma constitucional de 1994, la ciudad de Buenos Aires fue el distrito federal en que se situó La capital de la federación. No era una provincia, pero participaba como distrito en la elección del Presidente de la Nación, eligiendo además Diputados y Senadores nacionales.-

Luego de operarse ésa reforma constitucional, la situación de la ciudad ha variado sustancialmente, al trazarse un peculiar diagrama de su autonomía, previéndose por parte de la “constituyente” federal, la acumulación de un estatus dual, que involucra también su rol de Capital Federal de la República⁵⁰

Artículo 6

Se llevará un registro del estado civil de las personas, con carácter uniforme y sin distinción de nacionalidades o creencias religiosas y en la forma que lo establezca la ley

El origen de la norma es el Art. 5 de la Constitución Provincial de 1934. Su antecedente se encuentra en el Art. 4 de la Constitución Provincial de 1873.

Esta norma ofrece un mandato obligatorio al Estado Provincial en el sentido de llevar un registro del estado civil que las personas que allí habitan. Como derivación del Dec. Ley Nacional 8204/73⁵¹ y sus concordancias, la Provincia de Buenos Aires dicta el Dec. Ley 10.072/83.-

La interrelación de éste conjunto normativo, obedece en esencia a la manda expresa del Art. 75 inciso 12 de la Constitución Federal, cuyo dictado tiene por finalidad, en lo que a éste punto concierne, al propósito de obtener por éste medio, la uniformidad de la legislación en las materias allí comprendidas⁵².-

⁴⁹ 1029 y 1030, de 1880

⁵⁰ Cabe recordar en éste punto, que el territorio de la hoy CABA no se encuentra ahora totalmente federalizado como antes, sino solamente por la circunstancia de situarse allí el gobierno federal. El eje esencial de ésta nueva estructura jurídica, es el de otorgar un gobierno autónomo a la Ciudad de Buenos Aires, con facultades propias en materia de legislación y jurisdicción. En consecuencia, el territorio de la CABA no es federal ni federalizado. Según Germán Bidart Campos, se trata de un municipio federado, porque en su carácter de ciudad, goza de una importante modalidad de autonomía, instituida directamente por la Constitución, siendo por ello, sujeto de la relación federal.-

⁵¹ Regulatorio, en forma genérica, y para todo el país, del Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas

⁵² La norma federal indica, que corresponde al Congreso de la Nación “(...) Dictar los códigos Civil, Comercial, penal, de Minería, del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, ***sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales***” (textual del Art. 75 inciso 12 CN. El resaltado nos pertenece). En éste punto, la referencia expresa

Es que la atribución del dictado de los códigos “de fondo” constituye para nuestro federalismo, una competencia delegada y exclusiva del Poder Legislativo Federal, lo que por supuesto, no impide, como acaece en Autos, que conforme interpretación constante de nuestra Alta Corte, las provincias ejerzan sobre éstas materias, el poder de policía de seguridad, salubridad y moralidad, aunque sin exceder sus atribuciones sobre ésta delegación expresamente efectuada al Poder Legislativo Nacional⁵³.-

Es claro que esta norma contiene una aplicación específica de la regla constitucional de igualdad y no discriminación, al caso de las cuestiones religiosas o vinculadas con la nacionalidad de las personas que concurran a registrar su estado civil⁵⁴.-

Artículo 7

Es inviolable en el territorio de la Provincia el derecho que todo hombre tiene para rendir culto a Dios Todopoderoso, libre y públicamente, según los dictados de su conciencia

El origen de la norma se remonta al Art. 5 de la Constitución Provincial de 1873 y su antecedente es el Art. 4 de la Constitución Provincial de 1854

El contexto de actuación de la libertad religiosa bien puede desglosarse en dos aspectos fundamentales: la libertad de conciencia y la libertad de culto⁵⁵.

Hay autores que sostienen en doctrina que la libertad de conciencia alude al derecho de cada quien a definirse por un culto determinado, o por ninguno de los existentes, ello dentro del marco de su intimidad. Para ésta línea doctrinaria [González Calderón], la

es al Código Civil del cual ésta normativa es tributaria, por integrar la legislación común de la Nación

⁵³ Ha sostenido en el punto nuestra Corte Suprema de Justicia que “(...) consagrada la unidad de la legislación civil como consecuencia de la unidad política de la República, no cabe admitir que los Estados autónomos puedan destruir aquella al dictar sus instituciones, concediéndose ellos mismos privilegios o exenciones al margen de la legislación general” (Cfr. CSJN Autos “Modesto González c/ Provincia de Santiago del Estero” Fallos 150:326, de 1930).-

⁵⁴ Bien señala aquí Hugo Oscar Cuelli (“Constitución...” citada, pag.117), que “La Constitución Provincial de 1873 había establecido que no se podían realizar distinciones por razones de creencias religiosas, y la reforma de 1934 adecuó la redacción de la normativa y le incorporó la fórmula de la no distinción de nacionalidades, que de hecho venía consagrándose por entonces”

⁵⁵ Según lo enseña el maestro Germán Bidart Campos (Manual de la Constitución Reformada” EDIAR, T ° 1, pag.549), “(...) la primera radica en la intimidad del hombre, y significa el derecho de un hombre frente al Estado y a los demás hombres, para que en el fuero interno del primero no se produzcan interferencias coactivas en materia religiosa”, agregando luego que “(...) cuando la libertad de conciencia se traslada al fuero externo, se convierte en libertad de cultos”

libertad de conciencia sería un derivado específico del derecho a la intimidad, siendo que la libertad de culto implicaría la exteriorización práctica de la religión elegida⁵⁶.-

Desde una visión más amplia de ésta cuestión, a la que nosotros adscribimos, la libertad de conciencia importa una modalidad de autodeterminación en toda creencia [política, social, religiosa, filosófica, etc]. O sea que, desde nuestra interpretación de la cuestión, la libertad de creencia involucra como variable, a la libertad de pensamiento.-

En consecuencia, y siguiendo aquí a Carlos S. Nino, preferimos conceptualizar a la libertad de conciencia como la aceptación libre de principios de conducta, para guiar efectivamente nuestras acciones. En ése contexto, la libertad de culto es una expresión de la libertad de conciencia, referida o proyectada a una concreta manifestación: que es la de practicar una determinada opción religiosa.-

En correlato con la referencia del Art. 14 de la Carta Suprema nacional, la norma en análisis regula el derecho de profesar libremente su culto, para todos los habitantes de la Provincia de Buenos Aires⁵⁷, lo que implica el derecho que todo bonaerense posee de producir los actos externos reverenciales, de homenaje, veneración y participación de liturgia religiosa, lo que se debe necesariamente vincular con el igual derecho a no verse obligado a compartir ceremonias religiosas de cualquier credo, y en particular, a no “manifestar su credo”, si así lo desea el interesado.-

Ello conlleva asimismo, el derecho a que no se pueda discriminar a un habitante de la provincia por su no pertenencia religiosa.-

Ampliando los márgenes de la Constitución Federal, y en línea con la CADH [Pacto de San José de Costa Rica] la norma estadual no solo concede el derecho a profesar el culto, sino además, de su formulación se deriva la libertad de divulgar la religión, lo que se relaciona con el “proselitismo religioso” o ideológico, que en realidad queda sujeto a los límites que impone el Art. 8 de la norma estadual, que luego analizaremos.-

Por su parte, para la elección de Gobernador y Vicegobernador de la Provincia rige el Art. 132 de la Constitución Provincial que obliga a ambos a prestar juramento “Por Dios y sobre estos Santos Evangelios”, lo que consolida la regla que indica que nuestro texto fundamental estadual, al igual que el nacional, consagra la libertad, mas no la igualdad de cultos, ya que éstos funcionarios no pueden al momento de asumir, hacer reserva de juramento, en otro sentido al indicado en el texto fundamental⁵⁸

El fundamento de la no adecuación de éste artículo al nuevo mandato constitucional federal en igual sentido, se debió a que el mismo no poseía habilitación para ser reformado por la convención provincial de 1994⁵⁹.-

⁵⁶ Quienes así se pronuncian, afirman que la libertad de conciencia resulta ser un hecho de volición interna, y la libertad de culto, una exteriorización de tal manifestación del pensar.-

⁵⁷ Incluidos los extranjeros, lo que se expresa en forma enfática en el propio Art. 20 de la Constitución Nacional

⁵⁸ Esta línea de pensamiento era originariamente sostenida en el texto fundamental de 1853, con mayor énfasis que a la fecha, en que la reforma constitucional de 1994 eliminó éste requisito al reformar el Art. 93 de la Constitución Federal, y en consecuencia el juramento debe prestarse por parte del Presidente y Vicepresidente de la Nación, pero “respetando sus creencias religiosas”, por lo que ya no se les exige que pertenezcan al culto católico. Persiste, empero, las norma del Art.2, que permite seguir predicando que nuestro sistema constitucional consagra la libertad pero no la igualdad de cultos.

⁵⁹ De todos modos, bien señala aquí Cuelli (Op. Cit. Pag.118), que en el orden provincial “(...) esta normativa originó un interesante debate en la Convención Provincial de 1873, en el cual se rechazó una moción que proponía que a la norma bajo análisis se le agregara un párrafo señalando que “el Estado no tiene religión ni costea culto alguno” basándose en el principio de separación más completa entre Religión y Estado. También en el debate constituyente de 1853, se intentó plasmar otra postura extrema, al sugerir los convencionales Pérez Leiva y Centeno, agregar al Art. 2 que “El Gobierno Federal profesa el culto católico” o bien que ése culto era “el único y verdadero y el de la mayoría de sus habitantes”. Replicó a ello Juan María Gutiérrez, que “Al gobierno temporal solo le incumbe promover las conveniencias sociales de éste mundo, y respecto al otro, garantizar la libertad de las conciencias y creencias de cada uno” (Cfr. Nuestro “Derecho

Artículo 8

El uso de la libertad religiosa, reconocido en el Artículo anterior, queda sujeto a lo que prescriben la moral y el orden público

El origen de la norma se remonta al Art. 6 de la Constitución Provincial de 1873 y su antecedente es el Art. 5 de la Constitución Provincial de 1854

Aún luego de lo dispuesto en la norma, que ha excluido a la ley para limitar al uso de la libertad religiosa en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires⁶⁰, lo cierto es que la manda federal sujeta el ejercicio de ése derecho, justamente a las leyes que reglamenten su ejercicio [Cfr. Arts. 14 y 28], toda vez que el umbral de la moralidad privada, está estrictamente cubierto allí por el Art. 19, 1 ° parte del texto federal [Principio de Reserva].-

Aun así, cabe conceder en éste punto, que esta modalidad normativa ha sido seguida – con variantes locales - por varias provincias Argentinas⁶¹.-

Artículo 9

El Gobierno de la Provincia coopera a sostener el culto Católico, Apostólico Romano, con arreglo a las prescripciones de la Constitución Nacional

El origen de la norma se remonta al Art. 7 de la Constitución Provincial de 1873 y su antecedente es el Art. 3 de la Constitución Provincial de 1854

La Constitución Provincial sigue en éste punto a pie juntillas, al Art. 2 del texto federal y – en definitiva –plantea el mismo dilema interpretativo que aquél ¿Cuál es el alcance de la expresión “sostener”?.-

La norma Federal, si bien luego de la pertinente discusión en el recinto se aprobó sin modificaciones, fue Leiva quien con posterioridad mocionó para la agregación de un artículo por el que se requiriese profesar y ejercer el culto católico para poder desempeñar

Constitucional Argentino” T ° 1, EDIAR, pag. 170, con cita a las Actas del Congreso Constituyente de 1853, pag. 155).-

⁶⁰ Según lo refiere Hugo Cuelli (Op. Cit, pag. 118) “Esta disposición tenía una redacción similar en la Constitución Provincial de 1854, aunque al redactarse la Constitución Provincial de 1873, se sujetó la libertad religiosa a lo que prescriben la moral, el orden público, eliminándose la sujeción a las “leyes existentes en el país” que consagraba la anterior”, supresión debida presumiblemente, en criterio de Cuelli, al hecho e hacer más efectivo el principio de la libertad de cultos, ya que a través de las leyes se lo podía desvirtuar. En realidad nosotros no compartimos esa supresión, ni su interpretación, ya que la propia CADH que a la fecha posee jerarquía constitucional, por lo expresamente dispuesto en el Art. 5 inc. 22 de la Constitución Nacional, ***solo admite que éstas libertades estén sujetas a prudente reglamentación legal*** (necesaria para proteger la seguridad, el orden, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los demás, lo que en suma impide imponer a las personas medidas restrictivas que puedan menoscabar su libertad de conservar sus creencias o religión; o imponer medidas restrictivas que tiendan a que una persona cambie de creencias o religión (Cfr. Nuestro “Derecho Constitucional Argentino” EDIAR, T ° II, pag.196).-

⁶¹ Cfr. Córdoba, Art. 4; Chaco, Art. 13; Chubut, Art.8; Entre Ríos, Art. 7; La Pampa, Art. 18; Mendoza, Art. 6; Misiones, Art. 10; Neuquén, Art. 25; San Juan, Art.21; San Luis, Art. 7; Santa Fe, Art. 12; Tucumán, Art. 25; Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, Art. 14 inc. 6°.-

cualquier empleo civil. Ello fue replicado por Juan María Gutiérrez, quien sostuvo que todo funcionario, aún no siendo católico, debía cumplir con lo dispuesto por el Art. 2 de la Constitución. Si bien éste agregado fue finalmente rechazado, prosperó luego la moción de Lavaisse, incluyéndose [respecto del Presidente y Vicepresidente], el recaudo de pertenencia a la comunidad católica, luego eliminado por la Convención Constituyente de 1994, como ya se vio.-

Aún con lo expuesto, es del caso recalcar que es en la sanción del Art. 76 de la Constitución de 1853 donde más se patentiza el compromiso transaccional que importa la idea conceptual de sostenimiento del culto Católico, Apostólico Romano por parte del Gobierno en nuestro sistema constitucional. Ello al punto que el constituyente Gutiérrez expresó entonces su conformidad con la norma “(...) mas no por las razones que se habían aducido, sino porque creía que ella era un medio indirecto de reconocer que ésa religión que se imponía al Gobernante era la religión a que pertenecía la casi totalidad de la Confederación Argentina”⁶²

En consecuencia, cabe indicar que el sistema constitucional provincial, al igual que el federal, instituye en éste punto la regla de la secularidad. Es decir que si bien existe libertad de cultos, no hay igualdad, ya que hay preferencias expresas [sostenimiento] a favor del culto Católico, Apostólico Romano, lo que le otorga a éste último, un “estatus” especial.-

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia y la doctrina mayoritaria, han interpretado en forma restrictiva el verbo “sostener”, y circunscribiéndolo a un apoyo económico, a través de un presupuesto anual de culto, dentro del presupuesto general⁶³

Aún así, bien resalta en el punto Hugo Cuelli⁶⁴ que muchas de las restantes constituciones provinciales se han apartado de ésta posición⁶⁵. Así, por ejemplo, la Constitución de Chaco, prescribe en su Art. 13 que la Provincia no protege religión ni culto alguno, ni contribuye a su sostenimiento⁶⁶.-

Artículo 10

Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes, y tienen el derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía

⁶² Ver nuestro “Derecho Constitucional Argentino” EDIAR, T ° II, pag.171, con cita a las Actas Constituyentes (pag.182).-

⁶³ Por ello es que puede señalarse que:

- La Iglesia no es un poder político con facultad de dictar leyes de carácter civil
- La Constitución otorga preeminencia a favor del culto católico
- El alcance del Art. 9 de la CPBA, al igual que el Art. 2 CN. No es otro que el de establecer que los gastos del culto serán solventados por el Tesoro Provincial e incluidos en el presupuesto del culto
- El propio texto fundamental rechaza la idea conceptual de que el catolicismo fuese declarado la religión del Estado, o la única y verdadera

⁶⁴ Autor y Op, citada en notas anteriores, pág.119.-

⁶⁵ Siguen el modelo bonaerense, y en consecuencia a lo prescripto por el Art. 2 CN, con matices particularizados en cada una de ellas,, las Constituciones de La Rioja, Art. 11; San Luis, Art.7; Tucumán, Art. 24; Santiago del Estero, Art.6; Catamarca, Art. 4; Córdoba, Art. 6.-

⁶⁶ En igual sentido, las Constituciones de Entre Ríos, Art. 7; Misiones, Art. 10; Neuquén, Art. 25; Rio Negro, Art. 28; y Santa Cruz, Art. 4

de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso, y previa sentencia legal del juez competente.-

El origen de la norma data al Art. 8 de la Constitución Provincial de 1873 y su antecedente es el Art. 145 de la Constitución Provincial de 1854

La norma, luego de declarar que los habitantes de la provincia son [por su naturaleza] libres e independientes, en una manifestación de neto corte jusnaturalista, refiere que tienen también el derecho [perfecto] de defender y ser protegidos en su vida, libertad, reputación y propiedad.-

Para ello, consagra en cabeza de los habitantes de la provincia, en seguimiento a lo expresado por el 18 de la Constitución Nacional, la regla de irretroactividad de la ley penal y la garantía del debido proceso legal.-

Claro es que para que un hecho sea delito, debe ser tipificado en tal forma por una ley, la que tiene que ser anterior al acto ú omisión que motivan el proceso. De esta forma, las personas que obran de conformidad con lo que la ley permite, se encuentran protegidas frente a una norma posteriormente dictada que prohíba y castigue al mismo hecho.-

Es ésta en esencia, la base de la consagración de la irretroactividad de la ley penal, como un freno más frente a los posibles abusos de la autoridad estatal, en éste caso, la provincial⁶⁷. Esta indicación constitucional significa – en suma – que la ley que instituye una nueva conducta como delictiva, o que establece condiciones más severas, no debe aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su sanción.-

Respecto del debido proceso legal, es bueno destacar que esta cuestión resalta una serie de principios, sobre los que luego transitan los procesos constitucionales y sobre el que se expide la Magistratura Constitucional, en uso de la jurisdicción constitucional. Ellos son resumidos por Osvaldo Gozáini⁶⁸ en una idea madre: el proceso a cumplir no es aquí un trámite cualquiera, no se trata de un procedimiento establecido bajo una apariencia ordenada y simplista; *es un proceso legal*, es decir, en un sentido más estricto, el debido proceso, en un esquema que parte y se nutre del abarcador concepto del derecho a la jurisdicción.-

En consecuencia, el ámbito que aquí se presenta no se reduce a una serie de pasos concatenados hacia un fin, sino a lograr – a partir de ellos – la concreción del valor justicia, salvaguardando en cada caso la garantía de la defensa en juicio del procesado, a quien se ha de tener por inocente hasta que se dicte en su contra una sentencia de condena⁶⁹

Así, ha expresado en forma unánime la jurisprudencia local, que⁷⁰ “El cumplimiento de las normas que rigen el debido proceso, es la idea rectora que garantiza el derecho de defensa en juicio”, agregando que “El respeto de los principios formales de su aplicación, asegura su inviolabilidad”, ya que “no cabe atenuar de tal modo las reglas de procedimiento, que se llegue a despremiar el valor de las formas en cuanto afianzan aquel derecho”.

⁶⁷ Esta regla admite una única excepción: cuando la ley posterior al hecho cometido favorece al reo, aunque al sancionarse ya hubiese recaído sentencia y el condenado estuviese cumpliendo su pena. Este principio es conocido como el de la retroactividad de la ley más benigna.-

⁶⁸ Gozáini, Osvaldo “Introducción al Nuevo Derecho Procesal” Edit. EDIAR, 1988 pag. 122.-

⁶⁹ Para avanzar en ésta importante cuestión, recomendamos recurrir a la lectura de la obra de nuestra autoría, en conjunto con el Dr. Marcelo Riquert “Teoría de la pena y Derechos Humanos” EDIAR, 1998, pag.152 y ss.

⁷⁰ Cfr., entre muchas otras, C 2° La Plata, Sala 1 °, 14/04/2005 “Giacobbe, Sara E. v. Núñez, Dora s/ Desalojo”

Es que la doctrina judicial provincial indica en forma conteste la necesidad de “(...) ajustarse a pie juntillas a las formas procesales para proveer al debido proceso de modo ajustado a la Constitución nacional y las Convenciones de Derechos Humanos que la integran”⁷¹.-

Artículo 11

Los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y gozan de los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional, los que emanan en su consecuencia a través de los tratados celebrados por la Nación y los que se expresan en ésta Constitución. La Provincia no admite distinciones, discriminaciones, ni privilegios por razones de sexo, religión nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales.

Es deber de la Provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social.

La norma se origina en la Convención Constituyente de 1994, y sus antecedentes son el Art. 146 de la Constitución Provincial de 1854 y el Art. 9 de la Constitución Provincial de 1873

Es sabido que la existencia de todo el complejo normativo internacional en materia de derechos fundamentales se asienta – así como también su propia estructura – sobre la base de un principio hoy de admisión universal, a partir del cual todos los seres humanos nacemos libres e iguales en dignidad y derechos.-

Tal punto de partida nos introduce necesariamente en la coordinación de la regla de la “igualdad constitucional”.-

Esa regla se constituiría solamente en una mera “magnitud vectorial” si nos desentendiésemos de la circunstancia de que su relevancia depende de que en tal coordinación se haga actuar eficazmente el “valor justicia”, según el criterio de justicia estimado en cada sociedad.-

Su primera visión conceptual [igualdad ante la ley], propia del liberalismo clásico, solo excluye – en lo que nos ocupa, la discriminación no justificada. A ella se suma la igualdad en los derechos, con un ámbito más vasto y pluralista que el anterior, pero sin connotaciones sociales.-

La igualdad de oportunidades, que presupone la existencia de una sociedad en competición, pretende aplicar la idea de justicia a ésta magnitud vectorial, Ya sea comprendiendo a todos los miembros del grupo desde el punto de partida, o solo a ciertas situaciones jurídicas y sociales que impactan en los habitantes.-

Un firme paso hacia delante, que involucra la existencia de grupos minoritarios en las sociedades, se refleja en el intento de consagrar la igualdad de hecho (también llamada real o sustancial), que por tratarse de un concepto indeterminado, dificulta sobremanera su

⁷¹ Cfr. Tribunal de Casación penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala 1, “S,W.G.” del 6/12/2007

concreción, pues cada entorno social estima de que modo han de distribuirse los bienes. Sabido es que partiendo de éste concepto puede intentar revalorizarse al de igualitarismo, por el que se pretende una demanda de igualdad sustancial, cuya vertiente “de máxima” [y aún utópica] aspiración, es la de conseguir la igualdad entre todos y de todo.-

No creemos exagerado admitir luego de lo antes expuesto, que al concebir y declarar que la igualdad en derechos entre todos los habitantes de la tierra constituye el presupuesto necesario y fundamental de un régimen de derechos humanos, resulta evidente que esa necesidad surge de la constatación cotidiana de fenómenos de intolerancia y discriminación entre sexos, entre grupos, entre pueblos y entre Naciones.-

Así, la intolerancia y la discriminación se constituyen de ésta forma, sea cual fuere el modo en que se representan, como los obstáculos que impiden que exista igualdad real, más allá de la meramente formal entre todos los seres humanos.-

Ello así, toda vez que damos por sentado que si existe la discriminación, no puede hablarse de igualdad real, y sin ella tampoco puede hablarse seriamente de la vigencia de un sistema de derechos humanos, que a ésta altura de la evolución de la humanidad, no puede nutrirse solamente con la regla de “igualdad ante la ley.-

Por ello es que la norma en estudio, conjuga dos etapas clásicas del desarrollo de la idea de igualdad, armonizando no solamente con el Art. 16 del texto fundamental⁷², sino particularmente con la normativa internacional en materia de derechos fundamentales jerarquizada por el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Federal, y también su inciso 23, 17 el Art. 37, 43 y cc. Del texto federal⁷³

Este Artículo, modificado por la reforma constitucional de 1994, mantiene la regla de “igualdad ante la ley” impuesta por la reforma de 1934, suprimiendo el párrafo que disponía “y esta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniforme”, originado en la reforma constitucional de 1873, para agregarle finalmente los párrafos 2 y 3 de su actual redacción.-

En el 2 ° párrafo se establece la regla de “no discriminación”, apuntando la búsqueda de un modo de igualdad real o de hecho, que tienda a integrar a las minorías eventualmente discriminadas⁷⁴

La declaración habida en el párrafo final de la norma, complementa al anterior, proponiendo un deber provincial en el sentido de que – nutrida de éstos nuevos valores – propugnados ahora por el propio texto fundamental local invita a no cejar en la lucha por ampliar en el mayor grado posible, la frontera de protección de los “excluidos” en ésta “loca carrera del mercado”, ya que necesariamente, y según lo ha expuesto a su tiempo Arthur Kaufmann: la preocupación por el derecho significa la preocupación por el hombre; aún más, la preocupación por la vida en general, en todas sus formas.-

⁷² Así, ha señalado la jurisprudencia en éste punto, que “Sin conculcar lo dispuesto en el Art. 11 de la Constitución de la Provincia, el legislador puede deparar a situaciones diferentes, tratos diversos” (Cfr. SCJBA, 11-9-79; id C1° Civ. Y Com. La Plata, Sala 2, 3/11/94)

⁷³ En éste sentido, ha expuesto también la jurisprudencia provincial, que “El concepto básico de la igualdad civil consiste en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas” agregando a ello, que “La igualdad importa un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres. En principio, se traduce en el reconocimiento uniforme de los derechos civiles a todos los habitantes” (Cfr. SCJBA, “Lexis Nexis” N ° 14/115581, Exp. B-65728, voto de la Dra. Hilda Kogan)

⁷⁴ Según lo señala Hugo Cueli (Op. Cit. Pag.121), esta indicación ya se encontraba establecida en el Derecho Público Provincial, quien ha sido generoso en establecer normas en éste sentido (Cfr. Catamarca, Art. 44; Córdoba, Art. 7; Chaco, Art. 8 y 65, entre otras).-

Artículo 12

Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos:

- 1. A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural***
- 2. A conocer la identidad de origen***
- 3. Al respeto de la dignidad, al honor, la integridad física, psíquica y moral***
- 4. A la información y a la comunicación***
- 5. A la inviolabilidad de los documentos privados y cualquier otra forma de comunicación personal. La ley establecerá los casos de excepción en que por resolución judicial fundada podrá procederse al examen, interferencia o interceptación de los mismos o de la correspondencia epistolar.***

La norma se origina en la Convención Constituyente de 1994, y su antecedente es el Art. 4 inciso 3 ° de la Ley 11.488

El artículo en estudio es incorporado por la reforma constitucional de 1994. Su primer inciso consagra el derecho a la vida⁷⁵ “desde su concepción, y hasta la muerte natural⁷⁶. Aborda la defensa de la vida humana, y para cierta doctrina, frente a la posibilidad de las prácticas abortivas⁷⁷.-

Personalmente, desde nuestra profesión de fe, y desde nuestra condición de padres, no creemos ni en la pena de muerte, ni en el aborto. Sostenemos que la maravilla de la creación humana no puede ser segada en aras de los intereses particulares de la madre, o de la voluntad del Estado.-

Aún así, no podemos trasladar sin más nuestra percepción a la sociedad entera. Y en ése sentido, las vivencias de una madre, solo ella las percibe. Creemos por tal razón, que es rol del Estado – en éste caso el del provincial – el de promover la vida, y en consecuencia, desalentar la interrupción voluntaria del embarazo. Pero ello no implica que la norma

⁷⁵ Ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires a éste respecto, que “Debe ser preponderado el derecho a la vida, comprensivo de la preservación de la salud, pues al ser el hombre el centro del sistema jurídico, su persona es inviolable y constituye el derecho fundamental respecto del cual los demás valores tienen carácter instrumental” (Cfr. SCJBA, 3/11/2004 “M.N.M. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”, Exp. B-65463; “Lexis” N ° 14/102881, en voto del Dr. Roncoroni)

⁷⁶ Siguen éste modelo, las constituciones de Córdoba (Art. 4); Formosa (Art. 5); San Luis (Art. 13); Salta (Art. 10); Tucumán (Art. 35); Tierra del Fuego (Art. 14).-

⁷⁷ Es esta la interpretación del voto disidente del Dr. Pettigiani en Autos “P., Fátima V.” “LLBA” 2004-946; “JA” 2004-IV, 738), en cuanto ha destacado que “No procede autorizar la realización de una inducción de parto en razón de la anencefalia que presenta el feto, toda vez que el niño en situación de desamparo debe ser protegido durante todos los tramos del embarazo de la madre y ello en el caso, en función de un doble fundamento, cual es su condición de niño por un lado y de persona con discapacidad”. La posición mayoritaria de éste fallo, con la que concordamos, pese a respetar la fundada apreciación del Dr. Pettigiani, habilita la inducción al parto, en el contexto de tan doloroso caso (ver en particular el voto del Dr. Hitters, con el que nuestra coincidencia es plena)

constitucional castigue penalmente el aborto, o que la interrupción voluntaria del embarazo constituya un delito constitucional⁷⁸

También regula la norma en estudio la veda de la eutanasia. La redacción del artículo pareciera sugerir que la eutanasia o “muerte dulce” atenta contra el derecho a la vida, en cuanto tiende a su prematura supresión.-

Desde éste punto de vista, parece adecuado propiciar que es admisible recurrir a la medicina más avanzada, aún en sus fases experimentales – con el consentimiento del enfermo – desistiendo cuando no se produzcan resultados favorables. Nada impediría, desde ésta postura, asumida en la norma, renunciar a tratamientos que procuran una precaria y penosa prolongación de la vida, siguiendo en cambio, con las atenciones médicas previstas para casos similares⁷⁹

Nosotros creemos que la eutanasia posee diversas variantes, según el modo en que se la intente practicar. Existe la eutanasia pasiva, concebida como la eliminación de los sustentos médicos para prolongar la vida; la eutanasia activa directa, en la que se le suministra al paciente una medicación que le produce la muerte, y la eutanasia activa indirecta, en la que se le suministra una medicación que – a la vez de aliviar al paciente – le puede ocasionar también la muerte.-

Respecto de la eutanasia pasiva, la creemos compatible con la regla protectora de la dignidad humana, ya que si el sistema constitucional asegura y garantiza éste principio, el mismo debe ser extendido al concepto de morir con dignidad⁸⁰

Con relación al derecho a la identidad, sabido es que el adecuado conocimiento del sentido de ésta prerrogativa fundamental, es el presupuesto de cualquier discurso racional. Así, desde tiempos remotos, la identidad se pensó como “identidad concreta” y no como identidad abstracta.-

Pero realmente la “identidad” es tal en un contexto de permanente transformación. Y la maduración de la filosofía y la ciencia dada en la modernidad, nos ha llevado a cambiar la regla de la fundamentación, que pasó del principio de autoridad al de la experiencia individual, que es la auténtica herencia del mundo moderno. Y este principio

⁷⁸ Es el Código Penal el que regula el aborto como hecho punible, y a la vez prevé excepciones a la regla. Y está bien que ello ocurra, porque es al Poder Legislativo Federal al que incumbe determinar los modos de protección de los bienes jurídicos a partir del establecimiento de las pertinentes figuras delictivas. Creemos personalmente que un Estado presente en el área social, que regule el acceso a la información, que ofrezca un adecuado contexto de calidad de vida y condiciones dignas de trabajo, será el que mejor arbitre para evitar la interrupción voluntaria del embarazo.-

⁷⁹ Señala José Luis Lazzarini (Op. Cit., pag.36), que “(...) la eutanasia o muerte dulce, muerte piadosa, atenta contra el derecho a la vida en cuanto tiende a la prematura supresión de ella. Se trata de una acción ú omisión que, por su naturaleza o intención, causa la muerte con el fin de evitar cualquier dolor.” Señala éste autor, que “Quienes proceden así, aún a pedido del enfermo, no lo hacen generalmente con motivos criminales, pero lo cierto es que se abrevia el ciclo natural de la vida humana, lo que resulta moral y jurídicamente inadmisibles”. Concluye éste autor que “Si fuera aceptada la eutanasia o muerte piadosa, en principio resultaría difícil establecer los límites de quienes se pueden erigir en jueces del destino de la vida humana”

⁸⁰ Enuncia en éste punto Néstor Sagués, que éste derecho incluye también el de no ser sometido a tratamientos de tipo excepcional y extraordinario que impliquen la prolongación precaria y penosa de la vida. Aún así, no podemos desatender la jurisprudencia de la Alta Corte Provincial, en cuanto sostuvo que “Debe rechazarse la petición articulada por el curador y cónyuge de una persona en estado vegetativo permanente e irreversible para que se suspenda el tratamiento médico, tendiente a la alimentación e hidratación enteral, lo que ocasionaría su deceso, aún cuando se invoque el beneficio prioritario de la persona enferma y sus hijos, si el enfermo no dejó instrucciones ni mandas y tampoco se cuenta con manifestaciones previas a su pérdida de conciencia que ilustren acabadamente sobre su madura y reflexiva decisión de interrumpir o negarse a recibir tratamiento de sostén, ya que tratándose del derecho a la vida – derecho personalísimo e inherente a la persona – solo puede ser ejercido por su titular (Cfr. SCJBA, 9/2/2005 “S. M de C.” “LLBA”[Marzo] 171, “LL” 2005-B, 267; “LL” 2005-C,676, “ED” 212,551; “JA” 2005-II,582, en voto del Dr. Roncoroni).-

nos impone no admitir nada como verdadero hasta tanto yo, como sujeto, no pueda reconstruir en mi propio espíritu el acto de razonamiento que otro ejecuta.-

Por ello, cabe resaltar que el sujeto humano solo se constituye a partir de buscar y lograr su propia identidad. En consecuencia, tener identidad no es un mero adorno, ni una realidad de fantasía. Si yo sé que soy el mismo que fui ayer, estaré construyendo la base de mis posibilidades de tener derechos, de tener garantías.-

En razón de lo expuesto, damos la bienvenida a ésta nueva norma del sistema constitucional bonaerense, que prioriza la defensa y la búsqueda de la identidad de cada quien, como condición de su propia unidad⁸¹, ya que el sistema constitucional de la Provincia de Buenos Aires avala la existencia del derecho a la identidad de sus habitantes [presuponiéndolo para su funcionamiento]⁸², el que incluye también al reconocimiento de su identidad sexual⁸³.-

Es que la identidad de ningún modo finca únicamente en los lazos biológicos y en el mantenimiento a ultranza de las relaciones originarias del niño. Identidad es lo que hace que alguien se reconozca a uno mismo, y esto no puede referirse únicamente al origen. No es un concepto meramente estático. Es mucho más amplio. Está relacionado con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia, de los cuales la proveniencia es sólo uno de ellos. La identidad, en suma, se construye todos los días⁸⁴

En sus incisos 3 y 4, la norma fundamental provincial torna explícitos un grupo de nuevos derechos personalísimos que aún no habían sido consagrados en el texto fundamental, al menos con el alcance que ahora se les da.

⁸¹ Hemos señalado antes de ahora, en nuestro “Derecho Constitucional Argentino” (EDIAR, T ° II, pag. 178/79), que en el contexto del análisis de ésta figura es del caso resaltar “ el grave daño a la identidad de nuestra población que han producido dos hechos puntuales de la dictadura de 1976-1983:

- El siniestro concepto de la “desaparición de personas” que ha impedido a una sociedad entera, el conocimiento de sus identidades, ascendencias y descendencias, ya que los desaparecidos, en la jerga de la dictadura “no estaban”.-
- El proceso de sustracción y cambio de identidad de niños, generado en tal contexto.

Por tal razón, coincidimos con quienes enfatizan que el sistema debe atender a la defensa y proyección de la identidad del grupo social que lo integra, preservando tanto la identidad biológica de filiación consanguínea como la preservación de la identidad cultural, ya que es evidente que todo menoscabo de la identidad que se produce, mortifica y ofende a toda la sociedad, a su cultura y a las esperanzas de sus integrantes.-

⁸² Así, ha señalado la jurisprudencia reciente del más alto tribunal provincial, que “El derecho a la identidad, con rango constitucional otorgado por el Art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, al estar contenido en la Convención de los Derechos del Niño, potenciado por la norma de igual jerarquía que consagra como pauta indeclinable el interés superior del niño (Art. 3.1 CIDN), desplaza el interés nitidamente el interés puramente individual que podría oponer el demandado para negarse a la realización de la prueba biológica requerida a los fines de dar certeza a la filiación del menor” (Cfr. SCJBA, 7/7/1998 “S., A.M. c/ A.H.M.” “LLBA” 1998-957, “DJBA” 155-5630, en voto del Dr. Pettigiani), y además, que “Con la negativa a someterse a las pruebas biológicas para determinar la filiación extrajudicial, amparándose en el derecho de no estar obligado a declarar contra sí mismo, el demandado podría incurrir en abuso de derecho al perjudicar con su actitud obstruccionista a un tercero, quien padecería de la falta de precisión en su identidad” (Cfr. SCJBA, 7/7/1998 “S., A.M. c/ A.H.M.” “LLBA” 1998-957, “DJBA” 155-5630)

⁸³ Ello así, toda vez que las sociedades pluralistas deben admitir las diferencias, sobre todo cuando ellas hacen a la conformación de la verdadera identidad del así denominado “diferente”. Se ha señalado además, en éste sentido, que “Sería estrecho postular que el conflicto de identidad sexual se dirima exclusivamente por una aleatoria proximidad anatómica. En todo caso, la genitalidad indefinida es solo un costado de la realidad que compromete a la persona como tal. Quien ha hecho conocer su historia y su permanente crisis en los intentos de ubicarse frente a los rechazos. Asimismo, pecaría por defecto, al decidir por la exclusiva implantación genética cuando el análisis tiene como referente al hombre, a un hombre con toda “su verdad”, su complejidad de ser, que es él física y síquicamente como lo son sus aspiraciones, su vinculación con los demás” (Cfr. CCiv. Com. San Nicolás, 11/8/94 “L.J.C. s/Promueve Información – Se anule Partida – Se proceda a nueva Inscripción”, Publicado en BA, B853992 “Lexis” N ° 14/7199).-

⁸⁴ Cfr. SCJBA, Exp. B26434-88418, Publicado en BA B26434, “Lexis” N ° 14/80099.-

Respecto del derecho al honor, el mismo implica el reconocimiento de que toda persona debe ser protegida en lo que hace a su propia valía y dignidad, en tanto ella se corresponda con los parámetros generales existentes en un momento histórico y social determinado⁸⁵.-

Mención aparte merece el tratamiento del derecho a la integridad física, psíquica y moral de los bonaerenses, que implica, en todos los casos, la preservación sin menoscabo alguno, de la estructura mental y corporal del ser humano, lo que ha sido, de todos modos, reconocido por la jurisprudencia provincial en forma conteste⁸⁶.-

Como corolario de ésta regla jurídica, entendemos la exclusión de toda pena, procedimiento o tratamiento que tenga por fin la privación o inhabilitación premeditada de alguna parte del cuerpo humano, su mente o su espíritu (cualquiera fuese el propósito que anime a tales actos)⁸⁷

Necesario es destacar también, por su relevancia y valor intrínseco, el derecho que la norma constitucional consagra en cabeza de los habitantes provinciales, a acceder a la información y a la comunicación, lo que involucra tanto su rol activo [la emisión de la información y comunicaciones, propio de la prensa, los periodistas, la libertad de expresión cívica, política y religiosa], como asimismo la de su rol pasivo, o del receptor de tales comunicaciones, de acceder a ellas⁸⁸

En su última parte, el Artículo en comentario, siguiendo los lineamientos del Art. 18 CN; complementa al Art. 23 de la norma fundamental provincial, cuando establece a la intervención judicial como único medio admitido para intervenir las comunicaciones personales, protegiendo en forma implícita al derecho a la intimidad personal frente al avance científico y tecnológico que pudiese afectarlo.-

Artículo 13

⁸⁵ Cfr. CSJN Fallos 306:1907 (Ponzetti de Balbín); 308:799 (Campillay), 310:525 (Costa) entre muchos otros.-

⁸⁶ Cfr. SCJBA, 5/4/2006 “González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín SA. s/ Incidente de Verificación Tardía”, Ac. 92938, Publicado en BA B28310; “Lexis” N° 14/110153

⁸⁷ Colocamos fuera de ésta regla a los transplantes de órganos con fines médicos debidamente autorizados, como asimismo a las operaciones tendientes al cambio de identidad, ya que no observamos en éstos casos, actos de mutilación sino acciones médicas tendientes a preservar la vida y la identidad de las personas.-

⁸⁸ Reseña en el punto Ana Bustos Navarta (AAVV “El Sistema Constitucional Bonaerense” Edit. Platense, citada, pag. 254), que “En éste punto es sustancial recordar el efecto antiséptico que la información – libre, objetiva y plural – brinda como factor principal de control en todo sistema constitucional”.

La libertad de expresar pensamientos y opiniones por cualquier medio es un derecho asegurado a los habitantes de la Provincia.-

La Legislatura no dictará medidas preventivas, ni leyes o reglamentos que coarten, restrinjan o limiten el uso de la libertad de prensa.-

Solamente podrán calificarse de abusos de la libertad de prensa, los hechos constitutivos de delitos comunes. La determinación de sus penas incumbirá a la legislatura y su juzgamiento a los jueces y tribunales ordinarios. Mientras no se dicte la ley correspondiente, se aplicarán las sanciones determinadas por el Código Penal de la Nación.-

Los delitos cometidos por medio de la prensa nunca se reputarán flagrantes. No se podrán secuestrar las imprentas y sus accesorios como instrumentos del delito durante los procesos. Se admitirá siempre la prueba como descargo, cuando se trate de la conducta oficial de los funcionarios o empleados públicos.-

La norma se origina en el Art. 11 de la Constitución de 1934, y su antecedente es el Art. 147 de la Constitución de 1854 y el Art. 10 de la Constitución de 1873.

Es sabido que la libertad de expresión, como modo de exteriorización de la libertad de pensamiento puede ser concebida como una modalidad de “libertad institucional”: es que el sistema constitucional requiere de la libre [y discrepante] expresión, por parte de sus integrantes, para retroalimentarse y crecer⁸⁹.-

Es que en trazos generales, si la sociedad no encuentra una fuente de información creíble, es compromiso social es entonces manejado por el rumor, el miedo y el cinismo⁹⁰

Así, podemos afirmar, siguiendo a Miguel Ekmekdjian⁹¹, que la libertad de expresión, englobada en el concepto integrador de derecho a la información, consiste en la facultad de transmitir a los demás seres humanos, las propias ideas a través de cualquiera de las formas de comunicación; ya sea escrita, oral, por signos, por medios electrónicos, por televisión, cine, etc⁹².-

⁸⁹ Así, ha señalado al respecto la Corte Suprema de Justicia de La Provincia de Buenos Aires, que “La prensa, como medio de expresión de la palabra escrita y particularmente a través de los periódicos, permite que el ciudadano se informe con la mayor intermediación de cual es la realidad y de allí se siguen dos principales consideraciones que hacen a la efectividad de esa información: 1) que la información sea veraz; 2) que no exista ningún obstáculo o elemento que impida, altere o modifique de modo alguno su transmisión, para que ella llegue a su destinatario en la forma original y en el tiempo más rápido posible; la primera de éstas condiciones es privativa del informador, del periodista, e implica conducirse con exactitud y con verdad, mientras que la segunda está directamente relacionada con la vigencia plena de la libertad de prensa” (Cfr. SCJBA, 24/11/98, “B.F.A. c/ Diario El Sol de Quilmes y otro” C-54.798, “LLBA” 1999-36, del voto del Dr. Pettigiani).-

⁹⁰ Cfr. SCJBA 13/3/2002 “Vallejo, Guillermo c/ Editorial “La Capital” SA. Y otros s/ Daños y Perjuicios”, en voto del Dr. Pettigiani, Publicado en BA B24857, “Lexis” N ° 14/119664.-

⁹¹ Del autor citado “Temas Constitucionales, Edit. La Ley. Recomendamos la lectura íntegra de ésta obra de compilación de artículos publicados por nuestro querido amigo y maestro.-

⁹² Así, y según el titular del derecho en cuestión asuma una actitud activa o pasiva respecto de su ejercicio, podremos hablar de ***derecho a informar***; o sea, comunicar libremente a los demás individuos el contenido de ideas, opiniones o noticias que el comunicador detenta y expresa; ***derecho a ser informado***; que es pasivo y presupone la obligación correlativa por parte del Estado, de dar a publicidad los actos de gobierno; y ***derecho a protegerse contra la información disfuncional***, por el que todo ciudadano tiene derecho a ser protegido de las informaciones que no se correspondan con la realidad; y a su vez el de cuestionar las informaciones veraces, confrontándolas con ideas o noticias contrarias, en el

La norma provincial se adecua en éste punto a la manda federal, expresada en los Art. 14 y 32, y enmarca una modalidad de reserva de poderes no delegados por la provincia al gobierno Federal, en términos del Art. 121 del texto fundamental⁹³, que evidentemente posee una fuerte connotación histórica, vinculada con la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Federación, en 1860, y las condiciones políticas que fueron impuestas para ello.-

Aún así, la interpretación jurisprudencial provincial ha sido clara en el sentido de señalar que “La verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal”⁹⁴.-

Ello toda vez que la verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en haber instituido el constituyente – Nacional o Provincial, como en éste caso- al legislar tal prerrogativa fundamental, que el derecho en cuestión no es absoluto, ya que está sujeto al régimen de responsabilidades comunes que establecen los códigos de fondo, si esa información no es verdadera o es transmitida con falsedad.-

Como bien lo sostuvo la jurisprudencia, es dable resaltar que en suma “la protección conferida a la expresión del pensamiento de las personas nunca puede alcanzar a las expresiones que con inadmisibles abusos de su libertad, utilizan los medios de comunicación masiva con fines subalternos: ofender a la moral y el derecho de los terceros”⁹⁵

marco de ciertas reglas que el sistema debe imponer.

⁹³ No puede olvidarse aquí que lo normado en el Art. 32 de la CN. Fue propuesto por la propia Provincia de Buenos Aires al momento de su integración definitiva a la Federación, motivando los términos de la reforma constitucional de 1860. Señala aquí Hugo Cueli (Op. Cit., pag. 126), que “Constituye una tradición jurídica de la Provincia, el principio que sostiene que la jurisdicción sobre la prensa debe resolverse en el ámbito local” aunque reconoce que hasta el momento no se ha ejercido ésta opción, rigiendo con plenitud el Código Penal de la Nación. Por otra parte, agregamos nosotros que la jurisprudencia de la Alta Corte Nacional ha zanjado ya ésta cuestión a partir de 1970, señalando que la competencia para legislar delitos de prensa es del Congreso de la nación por ser éste último el único que puede tipificar y penar delitos comunes cometidos por la prensa [cualquiera fuese el cariz de los delitos y el lugar de la Nación donde se cometan]. En punto a la jurisdicción para entender en las causas promovidas a raíz de la persecución de tales delitos, si ellos no se vinculan a algún bien jurídico de naturaleza federal, su juzgamiento será reservado a las jurisdicciones locales, tal lo impone la regla general del Art. 75 inciso 12 de la CN., y caso contrario, intervendrán los tribunales federales competentes.-

⁹⁴ Cfr. SCJBA, 24/11/98, “B.F.A. c/ Diario El Sol de Quilmes y otro” C-54.798, “LLBA” 1999-36, del voto del Dr. Pettigiani

⁹⁵ Cfr. C 1° Civ. Y Com. La Plata, Sala 3 °, 11/3/2004 “Kraiselburd, Raúl c/ Salcedo, Marcelo y otros s/ Daños y Perjuicios” Exp. 240476, Publicado BA B202232, “Lexis” N° 14/95702.-

Artículo 14

Queda asegurado a todos los habitantes de la Provincia el derecho de reunión pacífica para tratar asuntos públicos o privados, con tal que no turben el orden público, así como el de petición individual o colectiva, ante todas y cada una de sus autoridades, sea para solicitar gracia o justicia, instruir a sus representantes, o para pedir la reparación de agravios. En ningún caso, una reunión de personas podrá atribuirse la representación ni los derechos del pueblo, ni peticionar en su nombre, y los que lo hicieren cometen delito de sedición.

La norma se origina en el Art. 12 de la Constitución de 1873, y su antecedente es el Art. 149 de la Constitución de 1854.-

Cierto es que la norma en comentario describe con mayor precisión que su modelo, en la Constitución Federal (Arg. Art. 14 y 20 CN)⁹⁶, el marco de habilitación del derecho de reunión pacífica⁹⁷ en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, que consiste en hacerlo para tratar asuntos públicos o privados, con la sola limitación de no turbar el orden público, y el de petición que puede ser individual o colectiva ante todas las autoridades de la provincia, con los fines expresados en la norma.-

Aún así, coincidimos con Hugo Cueli⁹⁸, en cuanto ha señalado que no resulta de buena técnica constitucional tipificar en el ámbito provincial el delito de sedición, por ser ésta una función esencialmente nacional, atento lo dispuesto en el Art. 75 inciso 12 CN.

Respecto del derecho de petición, además de la doble modalidad indicada por la norma en análisis, existe la siguiente clasificación: ***petición simple***, que es aquella que no amerita respuesta por parte del poder político requerido, constituyendo cuanto menos, la posibilidad de generar un buen canal de comunicación entre las autoridades y sus instituyentes. Constituye una ***petición calificada***, ello en el orden federal, la posibilidad de optar por salir del país en el contexto del Estado de Sitio declarado y mediando arresto por parte del PEN y en los casos de iniciativa popular de leyes, derecho de acceso a la información ambiental, habilitado en el Art.28, 3° párrafo de la Carta Fundamental

⁹⁶ Recordamos que éste derecho no surge en forma expresa de la Constitución Federal, aunque se lo ha derivado sin esfuerzo como a un derecho implícito, alojado en el marco de habilitación del Art. 33 de la norma en cuestión, conjugado con los límites impuestos por el Art. 22 del texto Supremo. Ello pues si bien este artículo indica que la reunión de personas puede admitir un matiz prohibido [pueblada o sedición] ello significa que – a contrario sensu – todo otro tipo de reunión que no atienda a los fines vedados por la Constitución está expresamente permitida.-

⁹⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha calificado a éste derecho como esencial y primario, pues más que una prerrogativa concreta y aislada, constituye la condición normal para el ejercicio de los demás derechos en una sociedad organizada según el régimen democrático (Cfr. CSJN, Fallos 243:504). También la CADH ha instituido al derecho de “reunión pacífica y sin armas”, admitiendo que pueda restringírsele en mínima medida por la ley, en cuanto ello es necesario por la sociedad democrática, en el interés de la seguridad nacional, de la seguridad o el orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás.-

⁹⁸ Cueli, Hugo “Constitución...” citada, pag.126. No compartimos, empero, la apreciación de que en general, los derechos instituidos en éste artículo se empalidecen en su alcance toda vez que la reforma de 1994 ha incorporado en el ámbito provincial importantes formas de democracia semidirecta. Creemos provechosa la decisión del constituyente, en el sentido de especificar el sentido y alcance del derecho de reunión pacífica y petición [individual y colectiva], que poseen los habitantes de la Provincia de Buenos Aires.-

Estadual, y las diversas modalidades de consulta popular expresadas en el Art.67 de la Constitución Provincial

Artículo 15

La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave.

Con origen en la reforma constitucional de 1994, tiene antecedente en el Art. 4 inciso 3 de la Ley 11.488.

Desde que fue constatada la superación de la auto-defensa, con la organización del Estado Moderno, se estimó que la justa paz de la comunidad es únicamente posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante el mismo, se formulan⁹⁹. De allí la importancia de una **tutela jurisdiccional**, que significa que todo aquel que crea tener derecho a algo, pueda acudir a un órgano Estatal imparcial que le atienda, verificando su razón, y en su caso, haciendo efectivo el derecho. En este sentido, puede entenderse este derecho, como una sólida y real base para afirmar el concepto de "seguridad jurídica"

Queremos expresar, al hablar del derecho a la tutela jurisdiccional, que el acceso a la justicia es uno de los señalamientos más precisos de la efectiva realización de la paz social, cuando éste se alcanza, y en ello hemos de pensar cuando exigimos a los Magistrados que apliquen en nuestra defensa [se gane o se pierda la contienda] la Constitución. Bien dice al respecto Bidart Campos¹⁰⁰ que "Cada vez que un juez tiene ya disponibles su jurisdicción y su competencia, y debe tramitar y decidir un proceso, le ha de conferir a la Constitución aquella aplicación que haga efectiva su fuerza normativa"

Se ha definido, en consecuencia de ello, el derecho a la **"tutela jurisdiccional"** como **"El derecho de toda persona a que se le "haga justicia"; a que cuando pretenda algo de otra persona, esa pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas".-**

Tal noción ha sido hoy receptada en nuestra reciente reforma constitucional nacional, no como un artículo nuevo agregado al texto fundamental, sino por aportes de instrumentos internacionales sobre derechos humanos jerarquizados, tal el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dice **" Los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a**

⁹⁹ Así, expresa Juan MORALES GODOL en su "La garantía del debido proceso" en la obra colectiva "Diálogo con la jurisprudencia Ed. Gaceta Jurídica, Lima Perú, 1995, pag.54, que "Desde la aparición del Estado Moderno, éste asume la función de administrar justicia, y lo hace a través de personas físicas, esto es, jueces que, en conjunto y organizados, conocemos como Poder Judicial. Sin embargo, la actuación de los jueces no puede ser arbitraria. Como tampoco la de las partes, por lo que el Estado dicta normas de actuación en el proceso que garantizan el ejercicio de los derechos del ciudadano, dotando al juzgador de facultades y deberes que le permiten llevar a cabo su función y cumplir con la finalidad del proceso".

¹⁰⁰ Bidart Campos, Germán: "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa" Ed. EDIAR, 1995, pag.305.

garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"

También, su artículo 8º, 1º parte, reza en forma expresa¹⁰¹, que ***"Toda persona tiene derecho a ser oída...por un tribunal o juez competente"***, y el art. 7º.6º de la CADH. indica, complementando a las anteriores normas, que ***"toda persona privada de la libertad tiene derecho a ser llevada sin demora ante un juez o tribunal competente"***

Tal circunstancia significa en nuestro sentir, que el derecho a la jurisdicción, implica ahora para los Poderes Públicos, una pauta valorativa de contenido obligatorio, ya sea para su interpretación (Poder Judicial) o para su Aplicación y puesta en marcha (Es el caso de los restantes Poderes Públicos, y en supuesto de Omisión, el Poder Judicial, luego de arbitrar la pertinente inconstitucionalidad por "omisión").

En tal garantista contexto, no puede dejarse de hacer notar nuestra preferencia por la cláusula constitucional que ***expresamente*** ha incorporado a nuestra Constitución provincial, la Convención reformadora de 1994, al aprobar el artículo 15, ahora en comentario.-

Es que siendo la justicia uno de los valores fundamentales que todo ordenamiento jurídico debe perseguir, su realización constituye misión primordial de la actividad de cualquier Estado y definitiva, lo que se pretende realizar con la consagración de este derecho, es la ***posibilidad de acceso a un proceso no desnaturalizado que pueda cumplir con su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen***¹⁰²

Cuando el ciudadano tiene un conflicto de intereses, o cuando tiene una incertidumbre jurídica, debe tener la certeza de que acudiendo al órgano jurisdiccional, logrará que se defina la controversia o la incertidumbre por medio de una sentencia, en un plazo razonable. El demandado, por su parte, ha de tener la certidumbre de también poder acudir a un juez para plantear sus defensas, ser escuchado, presentar y actuar sus medios probatorios, a fin de ser liberado de la pretensión con que lo contradice el actor¹⁰³

Finalmente, la inclusión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva entre los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, como de aplicación inmediata, significa que tiene una aptitud derogatoria respecto de normas anteriores o posteriores (no constitucionales) que supongan contrariar el principio.

En este sentido es el propio Bidart Campos,¹⁰⁴ quien ha destacado que está apelándose hoy con frecuencia a la denominación "derecho a la tutela judicial efectiva", recreando el clásico y viejo derecho a la jurisdicción "no porque antes dejáramos de asignarle a éste el contenido amplio que se tiende desde el acceso a la justicia hasta la sentencia última, sino porque se expresa mejor en una fórmula clarísima cuál es el sentido que debemos atribuir a la jurisdicción, a la acción, al proceso en todas sus etapas, a su duración y a la decisión que le pone término

¹⁰¹ También el art. 14 del Pacto de Naciones Unidas

¹⁰² Esta vieja regla había sido ya estatuida en la Carta Magna, al establecerse allí el principio de que a nadie se le podrá demorar o negar el derecho a la justicia (Cfr. CROSS & HARRIS "Precedent in English Law" Ed. Clarendon Law series, 4th. Ed. Oxford Press, 1991)

¹⁰³ Esta argumentación se refiere principalmente, al proceso civil, generalmente descuidado al hablarse de las garantías en el proceso. Estimamos por demás procedente esta referencia.

¹⁰⁴ Bidart Campos, Germán "El derecho a la tutela judicial efectiva en una señera sentencia de la Corte Suprema de Justicia" LL. Suplemento de Derecho Constitucional, 13 de diciembre de 1996, pag. 7

Lo dicho implica rescatar y recrear, sin dejar de lado el hecho cierto de que la jurisprudencia de nuestra alta corte había delineado, ya con anterioridad el concepto del derecho a la jurisdicción, enunciándolo como el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, la que no puede ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho¹⁰⁵.-

Insistimos entonces en que la frustración del " derecho a la jurisdicción" significa en definitiva – cada vez que ello ocurre - la frustración misma del sistema institucional, pues es uno de sus componentes indispensables, y efectivamente, el " sistema" se diluye ante la falta de este derecho sustantivo, que deviene así en nutriente de las garantías constitucionales.

Finalmente, enfatizamos la existencia constitucional de este derecho a la jurisdicción, como correlato de la obligación que el Estado posee de administrar justicia, para lo que este último debe instituir los órganos integrantes del Poder Judicial (Tribunales), asignares jurisdicción y competencia y dictar las pertinentes normas de procedimientos.

El mismo se halla integrado por tres fases: **a): El acceso al juez natural b): El debido proceso c): La sentencia constitucional.-**

Entrando ahora en el específico análisis de la normativa en estudio, no cabe sino coincidir con Scotti, en cuanto ha sostenido que este artículo es la norma o eje directriz respecto a las garantías para la defensa de los derechos y la organización judicial.¹⁰⁶

Ahora bien: transcurridos más de diez años desde la reforma no podemos sostener que la primera parte del enunciado posea una vigencia sociológica, si bien existen algunos esfuerzos en este sentido, como podría ser el “procedimiento de flagrancia”¹⁰⁷ receptado por ley 13.183 y su oralización plena consagrado por la ley 13.811.¹⁰⁸

Es que la realidad nos indica que mientras no exista un presupuesto acorde y políticas tendientes a efectivizar el enunciado de la norma, podemos caer en lo que Lasalle refería como “la constitución hoja de papel”. En efecto la política judicial, entendida como política del Estado provincial, y en concordancia con la manda del art. 5 del texto federal, merece una reingeniería de todo el sistema no sólo para cumplimentar lo consagrado en el texto constitucional sino también respecto a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional, en especial los contenidos por el art.75 inc 22 CN.

En este sentido, cabe recordar que en cumplimiento de la norma, el Estado Provincial ha creado fueros especializados: Tribunales de Familia, de Menores, Fuero Contencioso Administrativo, Responsabilidad Penal Juvenil, lo que indica un mejor abordaje de la temática por su especificidad a la hora de resolver los conflictos. Aún así, lo expuesto no puede hacernos caer en la ingenuidad de suponer que sólo con su creación por vía legislativa la respuesta institucional está salvada. Es necesario que tales políticas se

¹⁰⁵ CSJN Autos "Ramiro de Peláez c/La Superiora S.A." Fallos, 193:135, 1942 y sus citas. Ver, para cotejo, además, Bidart Campos, Op. Cit. pag.624.-

¹⁰⁶ Cfr. Scotti, Edgardo; Comentarios a la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Libros Jurídicos SRL, comentario al artículo 15, 1995, p.63.

¹⁰⁷ Para ampliar el tema ver “El proceso de flagrancia”, Marcelo A. Riquert, Ediar, 2006.

¹⁰⁸ Este proceso nació como un “Plan para el fortalecimiento del sistema acusatorio”, mediante un convenio realizado entre el CEJA., la Procuración General de la Suprema Corte y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, siendo el primer departamento judicial donde se implementó el de Mar del Plata, que luego de monitoreado la legislatura departamental lo consagró en forma gradual y obligatorio para el resto de los departamentos judiciales (conf. Art. 1 ley 13.811).

ejecuten con suficientes medios técnicos, recursos humanos y logística adecuada para poder llevarlos a cabo en forma eficiente y real.¹⁰⁹

Respecto del acceso irrestricto a la justicia y gratuidad en los trámites, con el consabido derecho a un defensor, cabe coincidir con Augusto Morello, en que se trata – como antes vimos - de la consagración del derecho a la jurisdicción, concebido como la posibilidad de acceder a la justicia en forma irrestricta¹¹⁰.-

Claro es que a fin de dar andamiaje con lo afirmado el derecho a la jurisdicción, ello también requiere un ensanchamiento en la legitimación activa para obrar.

El derecho a un defensor en materia penal se encuentra establecido en el CPP por lo que de no poseer medios una persona para solventar un defensor particular el estado le provee al imputado de un defensor oficial. Asimismo el Ministerio Público Pupilar se ocupa de la defensa de los derechos de los menores de edad e incapaces. Un importante aporte es realizado en la provincia por los consultorios gratuitos de los Colegios de Abogados Departamentales, que permiten viabilizar la demanda de aquellas personas que no poseen los medios para hacer valer sus derechos¹¹¹.

Institutos como el beneficio de litigar sin gastos, la gratuidad de trámites en materia laboral por la parte obrera son algunos ejemplos de reglas procesales en este sentido.

La constitución provincial, en línea con la doctrina proveniente de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, constitucionalmente jerarquizados, y la jurisprudencia local más progresista, consagra la inviolabilidad de la persona y los derechos, no solo en sede judicial, sino también en sede administrativa.-

Siguiendo un criterio garantista, ha dejado en claro que en el proceso administrativo el ciudadano goza de los mismos derechos que en el judicial, lo que conlleva a que en el proceso administrativo se deba cumplir también con cuatro etapas mínimas instituidas para el proceso judicial, que son como ya lo vimos, acusación, defensa, prueba y sentencia.¹¹² .-

Relacionado a lo expuesto, se viabiliza el derecho ciudadano de acceso a las constancias del expediente administrativo de modo de poder ejercer adecuadamente el derecho de defensa en esa sede.¹¹³

¹⁰⁹ Un claro ejemplo de lo expuesto ha sucedido con el Fuero Penal de Menores creado por ley 13.634 de “Responsabilidad Penal Juvenil” que debía ponerse en marcha el 1 de diciembre del 2007 (art.95), la que fue prorrogada mediante ley 13.797 hasta julio del 2008, en cuyos fundamentos la propia ley hace referencia a la falta de edificios para ubicar los distintos órganos, de nombramientos de funcionarios y empleados, para poder llevar a cabo la reforma. Con la puesta en marcha deficiente se corre el probable riesgo de su fracaso antes de su inicio, o a poco de andar, lo que puede llevar a un retroceso no por razones teóricas, sino por incapacidad práctica de poder llevarlo a cabo adecuadamente.

¹¹⁰ Lo que entendido en sentido amplio debería siempre proveerse las peticiones en cualquier sede sin necesidad de abonar suma alguna, o incluso la posibilidad de que el estado provincial se haga cargo de producción de prueba (ya sea traslado de testigos o prueba científica). Como observamos estas son las consecuencias de enunciar en los textos constitucionales en forma grandilocuente principios, derechos y garantías que resultan ser de muy difícil consagración en la realidad, sobre todo cuando se sostiene la fuerza normativa de la constitución.

¹¹¹ Por su parte, la jurisprudencia ha indicado en forma reiterada que “El deber de actuar con patrocinio letrado que imponen a todo litigante las pautas de procedimiento (...), obedece a las necesidades de preservar no solo la debida defensa de los derechos, sino la eficacia de los trámites, que sólo habría de garantizarse con el empleo de la debida versación letrada. Debe entenderse que, mínimamente, el abogado conoce el trámite y no lo dificultará con planteos injustificados o irrazonables” (Cfr. C2 ° Civ. Y Com. La Plata, Exp. 104.295, Publ. BA B301416, “Lexis Nexis” N ° 14/105516)

¹¹² CSJN, causa “Belport SCA”, Fallos, 295:591.

¹¹³ En materia penal marcando un criterio la CJSN en fallos como “Girodi”, LL, 1995-D-442, el máximo tribunal consagró la garantía de la doble instancia al declarar la inconstitucionalidad del inc 2] del art. 459 del Código de Procedimientos Penal de la Nación en cuanto vedaba la posibilidad de arribar a la Casación al exigir un mínimo de monto pena considerando que era violatorio del art.8 inc 2°,ap. H)de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En igual

Es que las causas deben decidirse en un “plazo razonable”. Como bien dice la frase popular “justicia lenta no es justicia” El denominado "debido proceso constitucional" no debe ser objeto – por tal razón - de demoras indebidas. Así, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto, que¹¹⁴ "Si bien la sola dilación o complejidad de un proceso en razón de la gran cantidad de intervinientes no es por sí, frustratoria de la garantía de la defensa en juicio, en el caso no puede ignorarse en que se ha obligado al actor a integrar la "litis" con doscientos treinta y tres sujetos con los que niega tener alguna vinculación jurídica, ni puede pasarse por alto la enorme demora que provocará la citación personal de cada uno de ellos individualmente y que la causa alcanzará un grado de complejidad y confusión muy elevado que hará muy difícil su manejo"

La mora en decidir los conflictos llevados a los estrados judiciales es un déficit que la provincia arrastra desde hace muchos años, y es claro que los poderes públicos se deben hacer cargo de ello.

Reconocemos que no es ésta una fácil labor, pero queda claro que la manda constitucional así lo exige. Los procesos judiciales deben aggiornarse no sólo con el acortamiento de los plazos sino también utilizando las nuevas tecnologías, y sobre todo no cayendo en la ilusión que solamente legislando se van a solucionar los problemas. Podemos tener los mejores códigos procesales pero si no existen un conjunto de políticas para que los mismos pueden llevarse a cabo, caeremos en un “gatopardismo”.-

No obstante lo expuesto, es de resaltar que surgen desde el ámbito académico serios esfuerzos para hacer efectiva la vigencia de las garantías, repensando la aplicabilidad de ciertos institutos, e intentando ofrecer soluciones a los problemas existentes.

Dentro de la esfera penal a raíz de planteos judiciales relativos a lo que se debía entender como plazo razonable en dictar sentencia a personas procesadas y privadas preventivamente de la libertad, teniendo en cuenta el plazo que establecía la ley 24.390 en su art. 1º, la jurisprudencia ha efectuado importantes aportes.

En este sentido, la CSJN en el caso “Bramajo”¹¹⁵ receptó esta cuestión, resolviendo en ése precedente que el plazo allí establecido no se podía tomar en forma “automática”.

Así, en siguiendo esta jurisprudencia, el Tribunal de Casación de la Provincia ha dicho en pleno que: “No es posible fijar judicialmente en abstracto un término para el plazo máximo razonable de duración de la prisión preventiva, siendo de incumbencia de los jueces su determinación en cada caso particular (...) Que cuando se verifiquen supuestos de suma complejidad del proceso derivados de la pluralidad de imputados, las circunstancias del hecho y el concurso de delitos se deberá estar a las previsiones del “plazo razonable” puntualizado en el art. 2 del Cód. Procesal Penal, sujeto a la apreciación judicial en cada caso. Ese plazo razonable será el criterio para establecer la legitimidad del encarcelamiento en su extensión temporal en la etapa recursiva, tomándose en cuenta las recomendaciones de los Organismos Internacionales referidas a: la complejidad del caso, la actividad procesal de las partes; la conducta de las autoridades judiciales en cuanto hayan implicado dilaciones indebidas y la proporcionalidad de la pena”.¹¹⁶

dirección en el fallo “Casal” (CSJN, sentencia del 20/9/05, causa 1681) afirmó que la Casación debe entender en los recursos en forma amplia –hechos y derechos- lo que con este criterio deba ser extendido a la Casación bonaerense la que oportunamente una sola de sus salas tenía una postura amplia.-

¹¹⁴ CSJN mayo 14-987 "Fernandez Propato, Enrique c/La Fraternidad Soc. de Personal Ferroviario de Locomotores"

¹¹⁵ Cfr. “LL”, 1996-E, 409.-

¹¹⁶ “Fiscales ante el Tribunal de Casación solicitan convocatoria a Plenario”, 30/11/06, La Ley, 2007-A, 283. También ha sostenido nuestra alta corte, desde tiempos inveterados, que “Tanto el principio de progresividad como el de preclusión, reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia

En el ámbito penal, se impone al Agente Fiscal controlar el cumplimiento de los plazos procesales y en su caso solicitar su pronto despacho. (Art. 59 inc 6 CPP)

Ahora bien, el texto constitucional no distingue entre tipos de procesos, por lo que la manda es plenamente operativa para los fueros civil y comercial, laboral, etc., pudiendo bucearse en soluciones como la desformalización del expediente, acotar plazos de las etapas procesales, oralizar actos procesales y limitar la reiteración de recursos en forma claramente dilatorias, o resolverlos en audiencia oral.

Queda claro que de nada servirá que la legislación que tienda a cumplir con la tutela judicial efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, y la gratuidad de los trámites judiciales, si luego no se le da al justiciable una respuesta en un tiempo razonable, llegando en algunos casos paradigmáticos los juicios a extenderse por años no logrando los accionantes sobrevivir al proceso judicial.

Art. 16

Nadie podrá ser detenido sin que preceda indagación sumaria que produzca semiplena prueba o indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, salvo en caso flagrante, en que todo delincuente puede ser detenido por cualquier persona y conducido inmediatamente a presencia de su juez; ni podrá ser constituido en prisión sin orden escrita de juez competente.

Se corresponde con el antiguo art. 13 cuya redacción definitiva es realizada por la Convención de 1882-1889 (antecedente Convención 1870-1873). Tiene antecedentes en los Art. 151/52 de la CPBA de 1854, y Art. 13 de la CPBA de 1873

Al igual que la indicación habida en el Art.18 del texto federal, la norma estadual contiene el ***debido proceso legal***. Señala haciendo referencia al texto federal Gelli que “constituye una de las máximas garantías de la libertad frente al abuso del poder y aún ante los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva.”¹¹⁷.-

Siguiendo ésta idea, podemos afirmar que aún cuando existan hechos de gravedad que alteren la paz social, la constitución aparece como un dique de contención ante la arbitrariedad y el exceso en el poder estatal.

En la actualidad, observamos con preocupación como se pretende crear un derecho penal diferente para algunos grupos sociales o tipos de conflictos, conociéndose tal doctrina como ***derecho penal del enemigo***, donde en pos de la eficacia pareciera resentirse la vigencia de las garantías.¹¹⁸ Por lo general cuando se crea, y luego se aplica la legislación

rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal” (Cfr. CSJN Fallos 300-1:1102; año 1978 “Mozzatti”).-

¹¹⁷ Gelli, María A; Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley, 2001, comentario al art. 18, p.146.

¹¹⁸ Un claro ejemplo es la de la base de Guantánamo que Estados Unidos tiene a prisioneros de Irak. Se les aplica “otro” derecho, una suerte de no- ciudadanos. En este sentido hemos referidos que “Esta concepción del derecho penal se encuentra direccionada para los casos de criminalidad organizada consistente en la defensa del Estado frente a un tipo de

de emergencia o excepcional, el contrapunto está dado por el hecho de que se resienten las garantías ciudadanas.

El principio general es la libertad de las personas, y en éste sentido sólo puede ser detenida una persona si existe una orden emanada de autoridad competente, la que para el caso de la “prisión preventiva”, deberá ser fundada en semiplena prueba o indicios vehementes de culpabilidad del imputado, y que el hecho sea de gravedad¹¹⁹. Actualizando el término empleado por el constituyente –pena corporal- podríamos agregar, que sea “retenible”.

La excepción a la orden judicial se constituye con los casos de flagrancia establecidos en el art.154 del CPP, reglamentario del texto ya antes referenciado.¹²⁰

La realidad indica que si no se abusa del instituto de la prisión preventiva como instrumento *para la intervención en las crisis*, valores irrenunciables como la prohibición de exceso y la presunción de inocencia tienen mejores chances de sobrevivir también, y justamente, en la conciencia de la población¹²¹, aunque no ha de olvidarse que ella solo se justifica en un caso concreto, cuando su dictado sea necesario para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva.-

Art. 17

Toda orden de pesquisa, detención de una o más personas o embargo de propiedades, deberá especificar las personas u objetos de pesquisa o embargo, describiendo particularmente el lugar que debe ser registrado, y no se expedirá mandato de esta clase sino por hecho punible apoyado en juramento o afirmación, sin cuyos requisitos la orden o mandato no será exequible.

Se origina en el Art. 14 de la CPBA de 1889. Tiene antecedente en el Art. 148 de la CPBA de 1854 y el Art. 11 de la CPBA de 1873

El texto reitera el antiguo art.14 aprobado por la Convención 1870- 1873, con una pequeña modificación realizada por la Convención de 1882-1889, que cambió la palabra “arresto” por “detención”.

“ataques” diferentes al que puede surgir desde la criminalidad “común”, asimilándolos a un estado de excepción (guerra –terrorismo - narcotráfico) y que intenta justificar y legitimar la estructura de un Derecho Penal y Procesal con garantías severamente recortadas” (Riquert, Fabián – Palacios Leonardo; El derecho penal del enemigo y su relación con el estado de derecho, J.A., Numero Especial, Actualidad en derecho penal, 2006-I, p. 67/75.

¹¹⁹ Ha sostenido en éste sentido nuestra Alta Corte de Justicia, que respecto de la prisión preventiva “(...) cualquiera sea la tesis que se adopte acerca de su naturaleza, lo cierto es que importa en la realidad un contenido penoso irreparable, lo que lleva a asimilar las controversias a su respecto a casos de sentencia definitiva, según inveterada jurisprudencia de ésta Corte”, agregando luego, en ése mismo precedente, que “La privación de la libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente” (Cfr. CSJN “Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 2005, V.856.XXXVIII).-

¹²⁰ Dice el art. 154 del Código de Procedimientos Penal provincial: “Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir que acaba de participar en un delito”.

¹²¹ Así lo ha expuesto Winfried Hassemer, en su opúsculo “De los presupuestos de la Prisión Preventiva” AAVV “Crítica del Derecho Penal de Hoy” Edit. Ad-Hoc, Bs. As. 1995, pag. 126, Trad. Patricia Ziffer.-

El presente artículo debe interpretarse en forma concordante con el art. 16, en el sentido que la orden a la cual se hace referencia *es la judicial*. Es también imperativo que ella deba estar fundada, debiendo reconducirse a las exigencias generales de toda medida cautelar –verosimilitud del derecho, peligro en la demora y contracautela–.

La evolución doctrinal y jurisprudencial progresiva, en el sentido de la aceptación plena del dictado de medidas cautelares ha llevado a un profundo cambio tanto respecto al enfoque de los requisitos clásicos, como así también a su alcances no ya sólo concebido como una cuestión accesoria dentro de un proceso sino también como principal, cuando el objeto de la pretensión se agota con el dictado y efectivización de la medida cautelar.

Si se trata de una medida de coerción contra una persona, debe estar sustentada en un hecho delictivo e indicios vehementes de su comisión por parte de la persona a efectivizar la medida. No es posible con la mera denuncia, proceder a la detención de persona alguna sino que debe estar sustentada con prueba cargosa¹²². Lo expuesto es parte del debido proceso legal en un estado de derecho, y tienen como objeto evitar la arbitrariedad y la responsabilidad objetiva, vedada en nuestro derecho penal constitucional (*nullo crimen sine culpa*).

Ello pues la culpabilidad se constituye como el último y decisivo fundamento de la pena, que en todo caso, ha de basarse en la comprobación de que la conducta delictiva que la origina es reprochable a su autor, partiendo de la certeza jurídica de libertad, como presupuesto de la actuación individual¹²³

Art. 18

No podrá juzgarse por comisiones ni tribunales especiales, cualquiera que sea la denominación que se les dé.

Corresponde al ex art. 15 aprobado por la Convención de 1870-1873.

Al igual que la Constitución Nacional, el texto fundamental provincial prohíbe a las **comisiones especiales**, que son aquellas a las que las legislaturas o el Poder Ejecutivo designan para conocer y juzgar en casos determinados, como también aquellas personas que el Poder Ejecutivo nombrara por sí mismo, sin llenar los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes para ejercer la función de administrar justicia al pueblo¹²⁴

¹²² Bien ha sostenido aquí nuestra Corte Suprema de Justicia, que “La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación al principio de inocencia” (Cfr. CSJN Fallos 321:3630 “Nápoli, Erika y otros s/ Infracción Art. 139 “bis” CP., 1998).-

¹²³ En definitiva, y como lo ha señalado el profesor Norberto Spolansky (“Derecho Penal y Constitución Nacional” “LL” T.156-1407 a 1411), “la doctrina contemporánea ha señalado que la imputación de una pena presupone la ejecución culpable de un acto prohibido: “no hay pena sin culpabilidad” es la fórmula que sintetiza ése pensamiento.-

¹²⁴ Así, ha señalado Juan A. González Calderón a éste respecto, que “debe considerarse como principio esencial en esta materia, establecido claramente en la Constitución, que cuando ésta ha dicho que ningún habitante de la Nación puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, no ha querido **solamente** que la ley haya creado el tribunal, sino también que el juez o reemplazante legal esté en función o en aptitud de estarlo antes del hecho que motiva la causa”.

Entonces, hemos de sostener que ningún habitante de la provincia puede ser juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualesquiera sea su denominación¹²⁵

Enseña el constitucionalista Mario Midón, que fue el reciente proceso de deterioro que experimentaron nuestras instituciones antes de la recuperación de la democracia en 1983, el que se caracterizó en algunas épocas por la flagrante violación a la garantía del juez natural, a través del funcionamiento de comisiones especiales, identificando a éstas últimas con los órganos transitorios o permanentes concebidos especialmente para juzgar uno o varios hechos sustraídos al conocimiento del “juez natural”¹²⁶

En un estado democrático de derecho, de cuño liberal y por ende respetuoso de la igualdad material de todos sus habitantes – en éste caso con válida referencia a los bonaerenses -, resulta absolutamente inviable la creación de tribunales especiales¹²⁷. En este sentido, la norma establecida por la reforma provincial de 1994, en el art. 3 in fine al crear el Tribunal Social de Responsabilidad Política, podría válidamente colisionar con éste precepto, al que nos hemos referido, críticamente, por cierto, con anterioridad.

Consideramos que – si bien felizmente aún el legislador provincial no ha cumplimentado éste mandato constitucional - se trataría el mencionado, para el caso de crearse, de un tribunal de carácter político que en modo alguno puede suplantar a los órganos jurisdiccionales quienes deben intervenir en los casos de corrupción, y que tampoco podría obturar el mecanismo del juicio político para los funcionarios de mayor jerarquía, ni el administrativo respecto a los que no son comprendidos por el primero.

Art. 19

¹²⁵ Nos pareció aquí adecuado expresar el concepto, a partir de lo dispuesto en el art. 139, inc. 3° de la Constitución del Perú (1993). Aún así, nuestra jurisprudencia se ha expresado sobre la validez, en este contexto, de la creación de tribunales militares, al señalar, en referencia al Art. 18 de la Constitución Nacional, que “Los motivos en que la Constitución Nacional se fundó para prohibir en su Art. 18 las comisiones especiales, no existen respecto de los tribunales militares especiales creados por las leyes aprobatorias del Código de Justicia Militar; por lo tanto, la organización de dichos tribunales no está en contradicción con la garantía consagrada por el referido artículo 18 de la Constitución” (Cfr. CSJN Fallos 101:354), y a su vez expresó que “La ex Cámara Federal en lo Penal de la Nación constituyó una “comisión especial” vedada por el Art. 18 de la Constitución Nacional” (Cfr. CSJN Fallos 286:12)

¹²⁶ Midón, Mario “Manual de Derecho Constitucional Argentino” (Edit. Plus Ultra, 1997, pag. 278). Cita éste autor, como algunos casos de comisiones especiales”, a la Junta de Recuperación Patrimonial, creada por Dec. 5144/55, con facultades judiciales como las de arrestar personas, incomunicarlas, allanar domicilios, incautarse de papeles privados, etc, justificada en su accionar por la Alta Corte de Justicia Nacional (CSJN Fallos 238:123). También el gobierno del Proceso de Reorganización Nacional utilizó un procedimiento análogo, instituyendo por Dec. N° 3245 la CONAREPA, también convalidada en su accionar – a su tiempo – por la Corte Suprema de Justicia (“LL” 1982-D, pag. 92, y “LL” 1984-A, pag. 505) y a determinados casos de tribunales militares con competencia para juzgar el accionar de civiles, tal el caso de lo dispuesto por Ley N° 21.461.-

¹²⁷ Así, en un fallo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en 1956 (CSJN Fallos 234:482, LL.82-690, JA, 1956-III-135 [Grisolia]//), se discutió la circunstancia de si las garantías del juez natural y la imposibilidad de juzgamiento por comisiones especiales, se integran en una, o en su caso, son dos, individualmente concebidas. Ello sin perjuicio de haber señalado en su oportunidad, con claridad, que “La intervención de nuevos jueces, designados en reemplazo de los que anteriormente actuaban, no vulnera el art. 18 de la Constitución” (CSJN dic.27-984 “Videla, Jorge Rafael”, “LL”. 1985-A, pag.360).-

Todo aprehendido será notificado de la causa de su detención dentro de las veinticuatro horas.

Su origen data del Art. Art. 17 de la CPBA de 1889, con antecedente en el Art. 154 de la CPBA de 1854 y Art. 16 de la CPBA de 1873

Antiguo Art. 16 correspondiente a la Convención de 1870-1873. La Convención de 1882-1889 reemplazó, conforme lo señala Hidalgo la palabra “prisión” por “detención”.¹²⁸

Como parte del derecho de defensa en juicio queda claro que solamente una persona puede ser aprehendida ante la presencia “prima facie” de una conducta ilícita, y que en su caso se le debe comunicar cuál es el motivo. Todo ello a los efectos de evitar intromisiones arbitrarias de la libertad de locomoción que en su caso podrán ser viabilizadas a través del proceso constitucional del habeas corpus.

En la provincia la ley 12.155 en el art. 9 autoriza a la policía a limitar la libertad de una persona en el inciso c) para averiguar su identidad (famoso doble “A”) por el lapso no mayor a las doce horas, pero para ello debe existir circunstancias que razonablemente lo justifiquen -averiguación de antecedentes-.

Tal cual lo establece la normativa en vigor, deben existir motivos “objetivos” para ello y no solamente el “olfato” policial o la “portación de rostro”. El Código de Procedimientos Penal establece que la policía, a instancia propia o del Agente Fiscal, puede aprehender a un sujeto de acuerdo a lo establecido en el art. 153, pero luego de ello debe solicitarle la conversión de aprehensión en detención al Juez de Garantías (art. 151 CPPBA). Todo ello de conformidad con la manda del art. 18 CN toda vez que es un juez el que ordena la detención de una persona.-

Art. 20

Se establecen las siguientes garantías de los derechos constitucionales:

1. Toda persona que de modo actual o inminente, sufra en forma ilegal o arbitraria, cualquier tipo de restricción o amenaza en su libertad personal podrá ejercer la garantía de Hábeas Corpus recurriendo ante cualquier juez.

Igualmente se procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de su detención legal o en el de desaparición forzada de personas.

La presentación no requerirá formalidad alguna y podrá realizarse por sí mismo o a través de terceros, aun sin mandato.

El juez con conocimiento de los hechos y de resultar procedente, hará cesar inmediatamente y dentro de las veinticuatro horas, la restricción, amenaza o agravamiento, aun durante la vigencia del estado de sitio. Incurrirá en falta grave el juez o funcionario que no cumpliera con las disposiciones precedentes.

2. La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o

¹²⁸ Hidalgo, Enrique; Comentario de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Depalma, 2000, p.58.

inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos.

El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Hábeas Corpus.

No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial. La ley regulará el Amparo estableciendo un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de esta garantía, sin perjuicio de la facultad del juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que se adapten a la naturaleza de la cuestión planteada.

En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos.

3. A través de la garantía de Hábeas Data, que se regirá por el procedimiento que la ley determine, toda persona podrá conocer lo que conste de la misma en forma de registro, archivo o banco de datos de organismos públicos o privados destinados a proveer información, y a requerir su rectificación, actualización o cancelación. No podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística.

Ningún dato podrá registrarse con fines discriminatorios ni será proporcionado a terceros, salvo que tengan un interés legítimo. El uso de la informática no podrá vulnerar el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos.

Todas las garantías precedentes son operativas. En ausencia de reglamentación, los jueces resolverán sobre la procedencia de las acciones que se promuevan, en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretendan tutelar.

Concordancias: Art. 15. CN: art. 43. Modificado por la reforma de 1994, lo que antes se encontraba contenido en el art. 17. Encuentra antecedentes en el Art. 17 CPBA de 1873, Art. 18 de la CPBA de 1889; Art. 3 inciso “a” y Art. 4 inciso “2” de la Ley 11.488

El *Habeas Corpus* es conocido actualmente como la garantía relativa a la libertad física, siendo el objetivo de éste proceso constitucional el de resguardar la libertad ambulatoria de las personas, frente a los ataques ilegítimos, actuales o inminentes contra ella.-

Específicamente, se conoce a la figura como un proceso constitucional destinado a brindar la protección judicial a toda persona privada de su libertad física o ambulatoria, o que las encuentre restringidas, agravadas o amenazadas ilegalmente. El adagio latino que define a ésta figura, significa “traer personalmente a un individuo ante un juez para que éste se pronuncie sobre la legalidad del acto restrictivo de su libertad física”.¹²⁹

Se ha concebido al *habeas corpus* como una garantía fundante, en el sentido de que solo cuando se preserva la libertad ambulatoria, los restantes derechos consagrados en los textos constitucionales pueden ser válidamente ejercidos. Regulado aquí a partir de una amplísima legitimación procesal, este instituto puede ser actuado por cualquier persona en favor de aquel que vivencie o padezca la restricción de su libertad ambulatoria¹³⁰.-

¹²⁹ Etimológicamente *habeas corpus* significa “eres dueño de tu cuerpo”.-

¹³⁰ Ello al punto de haber señalado José Luis Lazzarini “Constitución de la Provincia de Buenos Aires...” citada, pag. 28, que “Cualquier tipo de restricción o amenaza, sea actual o inminente, realizada en forma ilegal o arbitraria y que afecte la libertad física, puede habilitar la vía del *Habeas Corpus*, recurriendo a cualquier Juez”

Las modalidades más conocidas de actuación de éste proceso constitucional, son las siguientes:

El Habeas Corpus reparador [Clásico]: fue concebido a fin de terminar con arrestos practicados sin orden escrita de autoridad competente o resuelta por autoridad incompetente. Se comprende el término “arresto” como lo establece la Constitución Federal en un sentido amplio, o sea como detención, prisión o reclusión (preventiva o no) y en cualquier establecimiento, ya sea en una cárcel o en un instituto de internación.-

El Habeas Corpus Preventivo: se plantea, por lo general, ante amenazas de privación de la libertad. Para que proceda, se deben cumplimentar ciertos requisitos: a) un atentado a la libertad decidido y en inmediata “vía de ejecución” y b) la amenaza a la libertad tiene que ser cierta, no presuntiva.- Este planteo es especial dado que puede operar tanto respecto al habeas corpus principal¹³¹, cuanto del restringido¹³², o del correctivo¹³³.-

El Habeas Corpus Restringido [Secundario o Accesorio]: Protege al habitante de perturbaciones menores, vinculadas con su libertad física, y que poseen aptitud de restringir la libertad ambulatoria. Ejemplos de ello, son la vigilancia abusiva, el impedimento de acceder a determinados lugares como áreas de trabajo, paseos públicos, establecimientos oficiales o privados, su propio domicilio, etc.)-.

Conocidas como sub-especies de la figura, pueden mencionarse a:

El Habeas Corpus Correctivo: cuyo objetivo es el de concluir con vejámenes o tratos indebidos a personas legalmente arrestadas¹³⁴.- Según Quiroga Lavié tiene por meta cambiar el lugar de detención cuando no fuera el adecuado a la índole del delito cometido o a la causa de la detención y también reparar el trato indebido al arrestado.- Como vemos es un modelo actual del juicio de manifestación aragonés.- Se encuentra establecido en el art.3^a inciso Segundo de la ley en mención y obviamente deriva de la expresa imposición habida en el art.18 “in fine” de la Constitución Nacional.-

El Habeas Corpus de Pronto Despacho: es utilizado para acelerar trámites administrativos necesarios a fin de disponer la libertad de una persona. Este Habeas Corpus suele ser implementada por vía de amparo.-

El Habeas Corpus por Mora en la Traslación del Detenido: tiene por objeto, lograr la liberación del preso, cuando el magistrado de otra jurisdicción que solicitó la captura, no la confirma, o no envía la correspondiente comisión de búsqueda.-

Recientemente, y pese a no ser mencionado ni en la Constitución provincial, ni en la federal, la jurisprudencia ha aceptado el denominado “habeas Corpus Colectivo”, esgrimiendo que si se reconoce la tutela de los denominados “derechos colectivos”, con mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela, sino para privilegiarla¹³⁵

Este proceso había sido regulado ya en la anterior constitución provincial, expresado en su Art. 17. El convencional actuante en 1994 mejoró y amplió los confines de

¹³¹ Como por ejemplo lo es la amenaza de una detención que se considera arbitraria

¹³² Sería el caso de un “seguimiento” por agentes de prevención, pero sin orden o conocimiento por parte de la autoridad

¹³³ Cuando se pretende evitar la realización de un “vejamen” a una persona legalmente detenida (Cfr. CSJN “Gallardo s/ Habeas Corpus”, 1999, G 507.XXXIV).-

¹³⁴ Según Humberto Quiroga Lavié, esta figura tiene por meta cambiar el lugar de detención cuando no fuera el adecuado a la índole del delito cometido o a la causa de la detención y también reparar el trato indebido al arrestado

¹³⁵ Cfr. CSJN “Verbistky, Horacio s/ Habeas Corpus”, 2005, Fallo V-856.XXXVIII, en voto del Dr. Fayt.

aquel texto, en concordancia con el diseño de mayor operatividad que éste reforma le ha otorgado en general al sistema provincial de garantías constitucionales.-

El constituyente libera a éste proceso de su sacralización, y lo hace proceder también ante el agravamiento arbitrario de las condiciones de detención, o en el caso de desaparición de personas.-

El Magistrado actuante, una vez investigados los hechos que motivan la presentación, debe resolver el planteo en el plazo perentorio de 24 horas

La norma constitucional provincial, indica al igual que la Ley Nacional 23.098, que ésta figura será viable durante el Estado de Sitio¹³⁶

Respecto de la acción de amparo, si bien la doctrina más calificada en el punto es conteste en el sentido de señalarlo como un “proceso constitucional”, el texto fundamental provincial consigna a ésta figura como una “garantía”.-

Empero, y sea como fuere el modo en que la figura sea denominada en el texto fundamental provincial, no hay duda alguna de que el proceso reformador bonaerense de 1994, al igual que su par federal, cumplió regulandola expresamente, con una deuda de larga data, contraída con el sistema constitucional argentino.

¿En qué consiste éste peculiar proceso constitucional?

¹³⁶ Aquí es menester referirse a los alcances que le atribuyó la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la ley 23.098 al resolver el 3/12/1985 el caso “Granada”. Las circunstancias políticas del país en ese entonces eran las siguientes: el Juicio a las Juntas Militares ocupaba el centro de la escena. El malestar en las Fuerzas Armadas era cada vez mayor y los reclamos de las familias de los desaparecidos durante el Proceso de Reorganización Nacional eran cada vez más intensos. Nos encontramos así a fines de julio de 1985, en un año eleccionario y con el Plan Austral en marcha. En éste contexto, comienzan a sucederse una serie de atentados anónimos con explosivos y amenazas. El gobierno radical reaccionó y por decreto del Poder Ejecutivo (2049/85), sin declarar el estado de sitio, dispuso el arresto de doce personas por el plazo de 60 días, imputándoles unas actividades delictivas genéricas. Tres días después, el Poder Ejecutivo declaró el estado de sitio por 60 días en todo el país (decreto 2070/85) por el cual dispuso “acomodar a derecho” las actuaciones anteriores, y arrestar a las mismas personas, las que ahora son puestas a disposición del Poder Ejecutivo. El mayor GRANADA, uno de los imputados, interpuso un recurso de Habeas Corpus, cuestionando la irrazonabilidad de la declaración del estado de sitio y de su arresto. El agravio de su arresto fue contemplado en Primera Instancia pero fue revocado por la Cámara.- Es así que la Corte en votación dividida, resolvió por mayoría de cuatro a uno confirmar el rechazo del recurso. El nudo gordiano pasaba en éste tema, por la extensión o el alcance que correspondía atribuir al examen de razonabilidad de la detención de GRANADA. La Corte dijo :”...que no cabe entender que haya sido intención del legislador apartarse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que ha reconocido como facultades privativas de los poderes legislativos y ejecutivo las referentes a apreciar las circunstancias de hecho que tornan aconsejable la adopción de tal recurso, por lo cual la decisión de dichos poderes que instaura el estado de sitio no resulta revisable por los jueces” y “no parece razonable estimar que la intención del legislador haya sido la de apartarse de la inteligencia del art.23 que esta Corte mantiene” y que “el juicio de legitimidad al que remite el art.4º de la citada ley 23.098 no ha de versar pues, sobre las características de la situación en la cual se proclama el estado de sitio, sino sobre otros elementos que son realmente referibles al concepto de legitimidad” y, en cuanto fuera excluido el examen de fondo dice que “resta el juicio que concierne a los requisitos de competencia y de forma en el cual queda incluido lo relativo no sólo a las modalidades extrínsecas de la ley o el decreto declarativos del estado de sitio, sino también a posibles requisitos sobre el contenido necesario del acto, como lo son *el plazo expreso y la determinación del lugar*, puntos éstos últimos reiteradamente considerados en la jurisprudencia del Tribunal”. El voto mayoritario produce sorpresa y una cierta decepción, en función del tribunal de corte liberal que avala facultades amplias del Poder Ejecutivo y mediante la ignorancia de dos precedentes citados por el Ministro BELLUSCIO y que necesariamente establecían la obligación el Poder Ejecutivo de dar a los jueces en cada caso información suficiente y precisa sobre las causas que motivaron la medida cuestionada.-

Sabemos que el sistema jurídico ofrece a los habitantes, herramientas para actuar en justicia cuando sus derechos fundamentales son directa e inmediatamente agredidos.-

No olvidamos que las propias garantías que el sistema judicial impone, ameritan dar a “todas las partes” que disputan un derecho, la debida ocasión de probar lo que esgrimen. Pero dada ésta particular circunstancia, resulta aquí que la persona agredida en sus derechos sufre de un virtual “desamparo”, ya que la lesión por la que reclama se genera en un acto ú omisión de la autoridad pública o de otros particulares, que posee las siguientes características:

En principio este acto ú omisión, debe ser actual o inminente, y ello configura una de las notas salientes de éste proceso constitucional: su procedencia reclama inmediatez en la agresión, o como expresa Bidart Campos, la existencia de “amenaza cierta de riesgo próximo”.

La agresión en cuestión, debe actuar con *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta* – respecto de algún derecho o garantía protegidos por la carta fundamental provincial, ya sean individuales o colectivos. Aún contando con todo éste bagaje, el ciudadano no podrá optar por reclamar amparo frente a la lesión a su derecho, si hay otro medio judicial más idóneo para su tutela¹³⁷. Es que creemos que es un derecho ciudadano vigente, el de la defensa de todo habitante frente al incumplimiento de la legislación por parte del Estado

Tampoco resulta remedio idóneo ésta acción o proceso constitucional, cuando se ataquen leyes o actos jurisdiccionales del Poder Judicial¹³⁸.-

Ambos supuestos son cuestionables, máxime cuando ahora el amparo, en su versión federal, posibilita la acción de amparo para hacer cumplir las leyes, al estilo de los writs o mandamus del derecho anglosajón¹³⁹

Finalmente, diremos que este proceso constitucional no procede para la tutela de la libertad ambulatoria, pues aquí se aplica la figura del habeas corpus, analizado en párrafos anteriores.-

Adelantaremos en principio que la redacción del 2 ° párrafo del Art.20, recoge en lo sustancial – sin lograr la precisión técnica del Art. 43 de la Constitución Federal - el eje garantista que nuestra Corte Suprema trazó al resolver los precedentes “Siri” y “Kot”, en 1957 y 1958 respectivamente El caso Siri (1957)¹⁴⁰ se motivó ante los siguientes hechos:

¹³⁷ La Constitución refiere que éste proceso de tutela sumarisima de los derechos fundamentales, procede “ante cualquier Juez”, siempre que el agraviado no pudiere utilizar, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios de tutela sin daño grave o irreparable. Bien resalta nuevamente aquí Quiroga Lavié (Constitución de la Provincia...” citada, pag.61), que puesta así la redacción de la norma, “(...) en general, es decir comprendiendo a las vías administrativas” ello implicaría que “hay que agotar la vía administrativa para acudir al amparo por desconocimiento de un derecho”. Soluciona ésta imprecisión conceptual señalando que los posibles amparistas podrán en todo caso, recurrir a la más garantista norma federal, o aún el propio Artículo 15 del texto provincial, que logra suplirla. Nosotros avalamos ésta solución.-

¹³⁸ Sin perjuicio del retroceso advertido, es importante resaltar aquí que cuanto menos, con ésta formación en el texto fundamental no cabe, desde ahora, poner cortapisas al cuestionamiento del accionar del Poder Judicial provincial, cuando actúa en su rol de órgano administrativo, lo – a diferencia de la omisión anterior - nos parece muy saludable, y altamente republicano.-

¹³⁹ Cfr. Quiroga lavié, Humberto “Constitución de la Provincia...” citada, pág.61.-

¹⁴⁰ CSJN Fallos 239:459, LL. 89-531.La Corte estaba integrada por los Jueces Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañaraz, Enrique V. Galli, Carlos Herrera y Benjamin Villegas Basalvilbaso. La mayoría se conformó por Orgaz, Argañaraz, Galli y Basalvilbaso; en disidencia, el Magistrado Herrera Señala allí el alto tribunal, para viabilizar la tutela constitucional inmediata de los derechos de un particular frente al arbitrario avance que sobre ellos efectuaba la autoridad estatal - en forma ilegítima y manifiesta -, que "Los preceptos constitucionales, tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas".

Frente a la clausura del diario "Mercedes" de la Provincia de Buenos Aires el cual se hallaba bajo custodia policial, Ángel Siri impetra recurso de habeas corpus. Al requerir información el juez de la causa sobre el motivo de la clausura, le informan que el mismo era desconocido como también la autoridad que impartió la eventual orden.

Al llegar la tramitación a la Corte Suprema – luego de sucesivos rechazos -, ésta se expide modificando su doctrina tradicional, por la cual relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos y judiciales la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el recurso de habeas corpus.¹⁴¹

En este importante caso, la Corte, buceando en los silencios e implícitudes de la Constitución, encuentra todo un arsenal rico y generoso para superar el escollo que complicaba la procedencia de esta acción a falta de ley que la regulase, y que se expresaba en la fórmula usual – en aquel entonces – de que no habiendo ley procesal que el Congreso suministrara a los jueces, ellos no podían crear esa vía judicial legalmente inexistente, y por ello no podían ni arbitrarla ni darle trámite.

Posteriormente, la Corte en Autos Kot (1958)¹⁴², amplía la protección inmediata y urgente de los derechos ciudadanos, extendiéndola también para el caso en que las agresiones provengan de actos emanados de los particulares (en este caso, se trataba de la toma, por parte de un grupo de obreros, de una planta textil sin voluntad de apropiación).

El precedente "Kot", expande los límites de la tutela a la libertad de las personas, sea quien fuese el que la conculque en forma arbitraria o manifiesta.

Ha incluido como novedad ésta reforma constitucional, como legitimado para promover ésta acción, al Estado, en sentido "lato".-

Explicando ésta – cuanto menos, peculiar incorporación -, ha expresado José Luis Lazzarini que la ley de amparo vigente en materia provincial, N°7166, de amparo, legitima para iniciar la acción a los particulares, pero omite al Estado¹⁴³ .-

Se justifica ésta inclusión refiriendo que el Estado, como Persona de Derecho Público, tiene relaciones regidas dentro del derecho privado o del público, y que en el supuesto de que el Estado tuviese relaciones regidas por el derecho privado, y regulada su actividad por éste, se halla en igualdad de condiciones con el particular, ya que ambos están sometidos al Derecho Privado

Ha señalado frente a esto Lazzarini¹⁴⁴, que "En estos casos, nada podrá impedir que el Estado sea titular de la garantía de amparo, tal como lo dispone la nueva Constitución".-

¹⁴¹ Es interesante como en este caso el Procurador General -Dr. Sebastián Soler- mantuvo en su dictamen el criterio clásico, proponiendo el rechazo de la acción.

¹⁴² CSJN, LL.92-627. En este caso particular, la conformación de la Corte estuvo dada por Alfredo Orgaz, Benjamin Villegas Basalvilbaso, Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid, Julio Oyhanarte y el juez de la Cámara Federal Juan Carlos Beccar Varela, este último por ausencia del miembro titular Luis María Boffi Boggero. Esto es importante porque la mayoría la conformaron Orgaz (al igual que en Siri), Villegas Basalvilbaso (en igual sentido que lo hiciera en Siri) y Beccar Varela. Lo hicieron en disidencia Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte. Sostuvo en este punto la Corte, lo siguiente: "Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" -porque son los derechos del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad". Y continúa "Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distinguo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos".

¹⁴³ Lazzarini, José Luis, en su "Estudio Introductorio..." a la "Constitución de la Provincia de Buenos Aires..." citada Edit. ASTREA, pag.30. Abundaba éste autor destacando que "(...) habíamos sostenido anteriormente que cualquier persona física o ideal, sin limitación alguna, puede iniciar la acción" y también, que "El Estado puede ser actor en el juicio"

¹⁴⁴ Lazzarini, José Luis "El Juicio de Amparo" ASTREA, pag.266.-

Nosotros nos permitimos disentir con ésta postura, y aún con esta “novedosa” inclusión. La realidad es que éste proceso constitucional ha sido ideado en beneficio del ciudadano, y contra todo exceso, tanto de otros ciudadanos, cuanto del propio Estado. Ofrecer ésta garantía institucional al Estado, así actúe como persona de derecho privado, implica tanto como desconocer su “gigantismo” y el ya voluminoso “poder de policía” que posee, y que debe ejercer en caso de ser ello necesario.-

Coincidimos por ello con Fabián Riquert¹⁴⁵, en cuanto rechaza ésta incorporación del constituyente bonaerense de 1994 por acrecentar el Poder - ya hoy desmesurado - que detenta frente al ciudadano la autoridad pública provincial.-

Retomando ahora el análisis de la figura en sí, es del caso señalar que el constituyente provincial en principio, no ha variado su tesitura, en cuanto el amparo es hoy - al igual que antes de operarse la reforma constitucional - un remedio de tutela sumarisísima de las prerrogativas del ciudadano, que actúa en defecto de otros medios más idóneos¹⁴⁶.-

Aún así, se ha resaltado con acierto que al referirse solamente al concepto de “lesión”, se omite la referencia a las restricciones o alteraciones de los derechos, con lo que tal imprecisión terminológica podría conspirar contra la eficacia plena de la norma¹⁴⁷

O sea que la vía es subsidiaria, residual o “heroica”. No puede el impetrante elegir el amparo, porque es el remedio que más le satisface para tutelar sus derechos. Esta vía “debe ser” la más idónea¹⁴⁸ respecto de la necesidad de tutela esgrimida por el amparista

En cuanto al proceso en sí, el mismo es - o ha de ser - expedito y rápido. Una acción de amparo debe ser breve, rápida, de pronta resolución¹⁴⁹.

Respecto del vicio que motiva procedencia de la acción, debe generarse en un acto que lesiona los derechos del ciudadano, pero que además lo haga con arbitrariedad e ilegalidad

¹⁴⁵ Riquert, Fabián, “La Acción de Amparo en la Provincia de Buenos Aires” (LLBA del 4/5/99, pag. 409 y ss.). En contra, y avalando ésta incorporación, ha sostenido Quiroga Lavié, con cita a Biscaretti, que “Es importante que los derechos públicos subjetivos de los órganos del Estado (...) tengan reconocimiento constitucional” (Del autor citado “Constitución de la Provincia de Buenos Aires Comentada”, Edit. Rubinzall-Culzoni, pag.60).Aún así, insistimos en que no nos conforma ésta incorporación.-

¹⁴⁶ Así, ha sostenido la jurisprudencia que “El procedimiento de amparo no sustituye las vías legales establecidas para las decisiones de controversias entre particulares, referente a sus derechos contractuales, ni constituye el trámite pertinente para la ejecución de resoluciones jurisdiccionales o de índole arbitral” (Cfr. CSJN Fallos 245:449). Y más recientemente, “La procedencia del amparo se halla supeditada a la inexistencia de vías legales aptas para la tutela del derecho que se dice vulnerado” (Cfr. CSJN “Becar Varela” Fallos 270:176). Particularmente, en la Provincia de Buenos Aires, ésta figura “no es procedente cuando la pretensión actora consiste en la declaración de inconstitucionalidad de un (...) decreto dictado por el Gobernador de la Provincia (...). Ello así, toda vez que del alcance de la pretensión de los actores surge prima facie comprometida la competencia originaria que a ésta Suprema Corte le atribuye el Art. 149,inciso 1 ° de la Constitución Provincial” (Cfr. SCJBA “Mizrahi, José y otros s/ Acción de Amparo” Exp. B-53.611, 26/2/91)

¹⁴⁷ Ha expresado Quiroga Lavié en éste punto (“Constitución de la Provincia de Buenos Aires Comentada”, citada, pág. 60), que “Si bien la expresión “lesión” es un género válido, la analítica del texto nacional gana en precisión” agregando luego que “En tal caso, en la provincia siempre se invocará la Constitución Nacional frente al texto restrictivo de la Provincial”.-

¹⁴⁸ Explica Néstor P. Sagüés (Derecho Procesal Constitucional, ASTREA, T ° III) esta cuestión, al señalar que “(...) los procesos democráticos, las vías generalmente más idóneas para reparar conflictos en justicia, son aquellas que mayormente garantizan el debate, con ofrecimiento de prueba, y abundante discusión. Pero puede ser que en el supuesto, por la calidad de la lesión, y el daño posible para el caso de una demora en resolver el conflicto, la vía requerida sea la del amparo. Tal circunstancia será la que el amparista deberá acreditar - al menos sumariamente - si quiere que su acción sea recibida por un órgano jurisdiccional para su tratamiento. En suma, si el Magistrado actuante advierte que existe otro medio más idóneo que el intentado para resolver la cuestión, la acción no ha de prosperar”

¹⁴⁹ Bien señala aquí la norma en estudio, una expresa manda al legislador provincial, cuando le impone que deberá “establecer un procedimiento breve y de pronta resolución para el ejercicio de ésta garantía, sin perjuicio de la facultad del Juez para acelerar su trámite, mediante formas más sencillas que readapten a la naturaleza de la cuestión planteada”, combinando la necesidad de un legislador eficiente y expedito, con la de un Magistrado actuante garantista y ocupado de realzar aquí su rol de “director del proceso”, en beneficio ciudadano.-

manifiesta. Ello no quiere decir que no se permita esgrimir ningún tipo de prueba en estos procesos, sino que la lesión debe ser – en principio - patente, diríamos “grosera”.

Es importante acotar aquí que al igual que en el ámbito federal, la reforma bonaerense permite ahora al magistrado actuante en el proceso de amparo, declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva, si es que lo advierte. Podemos también decir que hoy, y pese a la inadecuada técnica de redacción del artículo, antes analizada, la mera existencia de un proceso administrativo pendiente de resolución no podrá obstar a la vía del amparo, si el mismo no es considerado por los magistrados como el más idóneo a fin de resolver el planteo traído a contienda.-

En tercer lugar, es regulado en éste artículo, el proceso constitucional de *habeas data*, aunque a diferencia del texto fundamental, aquí la figura asume contornos de “norma programática”¹⁵⁰.-

Ya con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, y aún en sus propios albores, los medios de prensa temían la instalación de una cláusula constitucional como la que hoy proponen tanto el Art. 43, 3º párrafo de la Constitución Federal, como la manda fundamental provincial aquí en estudio. Se decía de su contexto, que con la excusa de protegerse la intimidad de las personas, se ponía en grave riesgo la libertad de difundir libremente las informaciones y noticias, ya que se insinuaba que esta figura pondría en manos de cualquiera la posibilidad de *expurgar* archivos periodísticos, para suprimir o corregir su contenido.

Sin perjuicio de tales infundadas prevenciones, es bueno resaltar que los avances tecnológicos derivados de la informática biotecnología, etc, generan importantes y trascendentes cambios en la vida social del fin del milenio, lo que - al margen de mejorar la calidad de vida en ciertos niveles de la población - invade con pasmosa facilidad la privacidad de las personas, imponiéndose de sus datos, y trastocándolos en innumerables situaciones, con grave perjuicio para aquellos que padecen de los efectos de la información falseada, recabada en registros o bancos de datos públicos o aquellos privados, destinados a proveer informes.

A fin de bien interpretar el sentido y alcance de la garantía que pretende ofrecer este nuevo proceso constitucional, debe ser considerado el enorme volumen de información que los distintos organismos existentes en el territorio de nuestra provincia poseen actual o eventualmente, sobre los bonaerenses.-

Cierto es que el habitante de la argentina de hoy, esparce la información referida a su persona, diariamente, y en múltiples formas. El peligro es, en este marco, la utilización indebida, o simplemente sin consentimiento del interesado, de esos datos sensibles. Es seguro que desde siempre se ha colectado y clasificado este tipo de información. La novedad es la introducción de los sistemas computarizados, que aplicados a esta cuestión, la ha redimensionado con ribetes ciertamente perjudiciales a los intereses del habitante. En definitiva, el Derecho Constitucional intenta a partir de la generación de estas nuevas figuras, de *proteger al habitante de la sociedad de consumo*, no solamente frente a la

¹⁵⁰ Es que el Art. 20 de la Constitución Provincial, expresa que el *habeas data* “se regirá por el procedimiento que la ley determine” Aun así, puede decirse que la oportuna y eficiente formulación del párrafo final del artículo, permite purgar ésta deficiente redacción, tornando a éste proceso constitucional en un instrumento que puede ser operativizado por los Magistrados judiciales ante ausencia de ley.-

manipulación de información suya, sino además contra el accionar de sujetos privados, que - debido al poderío informático que poseen - tengan aptitud de avanzar sobre su privacidad.

Por ello, se ha sostenido antes de hoy¹⁵¹ que el *habeas data* es un instituto jurídico, tributario del Derecho Procesal Constitucional, vinculado al auge de la informática, que se relaciona con la protección de la intimidad del individuo frente a la multiplicación de archivos con datos acerca de las personas.

Su objeto es el de permitir al presunto lesionado, acceder a las constancias de los archivos pertinentes, y - en su caso, a controlar su veracidad y difusión.

Reconocemos también que la figura tiende asimismo, a tutelar la regla de veracidad en la información, ya que sus efectos tienden a proteger a los individuos en caso de verse perjudicados a causa del manipuleo de la información falseada o incompleta

Como se dijo antes, el Habeas Data es un *proceso constitucional*. Parafraseando el origen de la voz "habeas corpus", aunque no sea una derivación de aquél, su denominación significa "traer los datos", lo que implica permitir al solicitante tomar conocimiento de la información que refiere a sus datos sensibles, a fin de hacer uso del derecho que posee, a mantener en reserva la que así considere, en resguardo de su privacidad, constitucionalmente protegida.

Esta modalidad de tutela, obedeció a la preocupación social tendiente a preservar la vida privada de los ciudadanos, frente al avance de la técnica, preservando así sus espacios íntimos de injerencias indeseadas¹⁵².

Cuatro son - al menos - los objetivos principales del *habeas data* según la formulación normativa adoptada por la reforma constitucional de 1994: a) Acceder a los registros para controlar los datos sensibles propios o del grupo familiar; b) Actualizar datos perimidos, o corregir inexactitudes existentes en los registros; c) Asegurar la confidencialidad de ciertos datos; d) Hacer cancelar datos de información sensible del peticionante o su familia, existente en los registros recabados, cuya divulgación pudiese lesionar la intimidad del o los aludidos

La constitución provincial legitima para accionar, en este proceso constitucional a *toda persona* que se encuentre en la situación prevista en la norma, permitiéndose en el texto dar acceso a los datos personales a "terceros con interés legítimo", superando así el contorno legitimante del texto federal.-

Aún así, es bueno recalcar que el instituto solo puede ser accionado a favor del titular de los datos. En consecuencia, el promoviente es siempre aquí una persona humana, que por razones de autodeterminación informativa impetra acción sumarísima que - en suma - protege derechos constitucionales personalísimos, derivados sin duda de la dignidad humana, que todo habitante puede ejercer personalmente ante la justicia¹⁵³.-

¹⁵¹ Jiménez, Eduardo Pablo "Derecho Constitucional Argentino, EDIAR, T ° II, Cap. XXIV.-

¹⁵² Puede decirse que el *habeas data* constituye una garantía que tiene dos fases. La primera permite que los habitantes puedan acceder a las constancias existentes en archivos, y por ende, a controlar su veracidad. La segunda, permite la modificación del registro de que se trate, básicamente en dos supuestos: para el caso de datos falsos o para el supuesto de datos desactualizados.-

¹⁵³ Bien señala aquí Lazzarini ("Comentario introductorio..." citado, pag.32), que "(...) no estamos ante un mero derecho a la información, sino que se trata de una garantía constitucional, en amparo de la dignidad de las personas por sobre todas las cosas, de su prestigio y su autoridad moral"

Respecto del tema de los registros informativos¹⁵⁴, la norma en análisis incluye los registros públicos, aunque sean reservados [como, por ejemplo, los policiales de los servicios de inteligencia, etc.] o *privados* destinados a proveer informes [sería el caso de registros de empresas que ofrecen informes financieros]. En definitiva, el susceptible de ser cuestionado es el registro que provee informes, o en su defecto, que esté destinado a hacerlo en la práctica. Otra particularidad que ofrece la norma, es que elimina la enojosa restricción de la norma federal, desde la que solo se puede recurrir a su servicio, para el caso de falsedad o discriminación.

Expresa la norma, al igual que el Art. 43 de la Constitución Federal, que *no podrá afectarse el secreto de las fuentes y el contenido de la información periodística*. La Convención Constituyente intentó en este punto un modo de conciliación entre el interés individual de la privacidad y la protección a la libertad de prensa, habiendo optado por el segundo¹⁵⁵. Se pregunta al respecto Víctor Bazán¹⁵⁶ si conforme a la redacción literal de la norma en el punto, podría ser incoada esta acción de habeas data respecto de información obrante en archivos de medios periodísticos, respondiendo que " a primera vista, y quizá *nolens volens* pareciera que sí, pero tal respuesta ¿ no contrariaría el espíritu de la norma , aparentemente protector de la libertad de expresión?"

En definitiva, el nuevo proceso constitucional nos deja el siguiente balance: los habitantes tienen derecho a conocer de sus datos, que se encuentren en registros públicos, o privados de destino público. Debe existir falsedad, desactualización o discriminación para que el habitante se encuentre habilitado para requerir su modificación o supresión. Solamente en estos casos se puede solicitar su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización.

Para el final, destacamos con énfasis el último párrafo de la norma en comentario, que siguiendo la línea argumental del Art. 25 de la CADH señale la operatividad de los procesos constitucionales precedentemente analizados, permitiendo que los jueces resuelvan lo correspondiente en materia de la procedencia de éstas acciones

Art. 21

Podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente.

La ley determinará las condiciones y efectos de la fianza, atendiendo a la naturaleza del delito, su gravedad, peligrosidad del agente y demás circunstancias, y la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional.

¹⁵⁴ Indica Quiroga Lavié ("Constitución..." citada, pag. 63), que "(...) es importante que la norma haya tutelado "el uso de la informática" en relación con el honor, la intimidad familiar y personal y el pleno ejercicio de los derechos", en un importante avance respecto de la norma federal

¹⁵⁵ Creemos, siguiendo aquí a Quiroga Lavié, que esta limitación sugiere determinadas falencias. Sabemos que una de las garantías para el derecho a la información es la salvaguarda del secreto periodístico. Pero existen otros sectores que también tienen obligación de mantener secreto profesional (v.gr. médicos, sacerdotes, abogados y en general quienes por su actividad reciben información de la que deben guardar secreto por su profesión), y la redacción de la norma parece no demasiado feliz al respecto

¹⁵⁶ BAZAN, Víctor "El habeas data después de la reforma constitucional" en ED. Separata temas procesales, pag.54 y ss. del 31/8/1995

Su origen se encuentra en el Art. 18 de la CPBA de 1934. Reconoce antecedentes en el Art. 155 de la CPBA de 1854; Art. 18 de la CPBA de 1873; y Art. 19 de la CPBA de 1889.-

La excarcelación ha sido considerada por la jurisprudencia, como un derecho que tiene el procesado a que no se lo someta a prisión preventiva cuando concurren determinadas condiciones legales, y no un simple beneficio que la ley le acuerda; es un derecho que nace de los textos constitucionales en cuanto allí se consagra el principio de inocencia¹⁵⁷

La eximición de prisión, por su parte, consiste en una libertad anticipada, de alcances más amplios que los de la excarcelación, en cuanto presupone solamente orden de detención, o simplemente imputación de un delito en causa penal¹⁵⁸

Esta norma establece como principio general la libertad de las personas procesadas, dando pautas específicas al legislador respecto a los parámetros para proceder a la excarcelación o eximición de prisión: naturaleza del delito, su gravedad y demás circunstancias, estas últimas deberían ser interpretadas a las condiciones personales del procesado (socio económico, educación, historia vital, entre otras).

Le corresponde arbitrar al legislador a través del Código de Procedimientos Penal los alcances de este artículo, quedando claro que no puede hacerlo cercenando el principio sentado, como así sucedió con algunas reformas procesales, es decir, que el principio general pase a ser el encarcelamiento preventivo y no la libertad.-

A no dudarlo, la excarcelación, siendo un beneficio, el mismo constituye la reglamentación – que debe ser en todos los casos, razonable – del ejercicio del derecho a permanecer en libertad durante el enjuiciamiento penal.-

Es que la llamada libertad procesal durante el proceso penal, cualquiera fuese el nombre y la forma que le asigne la ley, merece cobertura constitucional, pues toda persona tiene derecho a su libertad corporal y ambulatoria mientras una sentencia firme en su contra no haga caer su “estado de inocencia”. Ello no implica negar la perspectiva de privación de libertad del imputado en el decurso del proceso, y mientras éste tenga una duración razonable, en tanto concurren motivos razonables, y el lapso de detención – reiteramos – también lo sea¹⁵⁹

¹⁵⁷ Cfr. CCrim. Gualaguay, 18/7/78 “Bolzán, Ramiro” habiendo también sostenido en consonancia la jurisprudencia provincial, que esta figura procesal “(...) atañe a la tramitación del juicio y a la forma en que la persona imputada debe quedar a disposición del tribunal, y aunque afecta a corporal durante el proceso, difiere de la libertad condicional y de la condena condicional, propias de la legislación penal de fondo, que al presuponer sentencia aplicativa de la pena, hacen a la forma de cumplimiento de la misma” (Cfr. CCrim. Correccional Morón, II, 7/12/94, “Mundo, Pedro”).-

¹⁵⁸ Cfr. CNCrim. Y Correcc., Sala V, 13/10/78, Escaf, Julio; id. CNCrim. Y Correcc., Sala V, 17/11/78, “Modela, Ruben A y otros”.-

¹⁵⁹ Cfr. Riquert, Marcelo y Jiménez, Eduardo “Teoría de la pena y Derechos Humanos” Edit. EDIAR, 1998, pag. 167, con cita a Germán Bidart Campos. Ha sostenido la jurisprudencia en éste punto, que “Permitir que el juez deniegue una solicitud de excarcelación aunque hayan transcurrido más de dos años desde la detención no configura, de por sí, una iniquidad manifiesta que convierte a la norma en irrazonable. Primero porque para ello deben darse “razones fundadas”; segundo porque la decisión puede ser examinada mediante los recursos pertinentes; tercero porque las resoluciones de ésta índole no causan instancia y el pedido puede ser reiterado cuando correspondiere; cuarto porque sobre el juzgador pesa el apremio que deriva de lo establecido en la segunda parte del Art. 273 del Código de Fondo” (Cfr. SCJBA “Pérez, David Eladio s/ Incidente de Excarcelación” “A y S” 1990-IV-451).-

Art. 22

Todo habitante de la provincia, tiene el derecho de entrar y salir del país, de ir y venir, llevando consigo sus bienes, salvo el derecho de tercero.

Se origina en el Art. Art. 20 de la CPBA de 1873; y reconoce antecedentes en el Art. 157 de la CPBA de 1854.-

En consonancia con la manda del art. 10 del texto fundamental federal, recepta la libre circulación de personas y cosas dentro del territorio provincial. Dicha libertad lleva implícita la prohibición de aduanas interiores dentro del territorio nacional, respetando asimismo el sistema federal adoptado por la Nación de acuerdo a lo establecido en el art. 1, 5 y 12 CN.

En forma coincidente con Gelli al comentar el texto federal, lo expuesto no impide los impuestos que gravan la circulación dentro de cada provincia, de los valores que constituyen su riqueza. Concluyendo la autora, con cita de la CSJN que el comercio local exclusivamente interno puede ser una fuente de recursos estadual.¹⁶⁰

Art. 23

La correspondencia epistolar es inviolable.

Su origen es el Art. 22 de la CPBA de 1889. Como antecedentes de la norma, pueden citarse al Art. 158 de la CPBA de 1854 y Art. 21 de la CPBA de 1853.-

Como parte del derecho a la intimidad de las personas, la correspondencia resulta inviolable. Consideramos junto a Jiménez que la manda es extensiva también para los papeles privados, comunicaciones, discos¹⁶¹ o podríamos agregar cualquier soporte que permita almacenar en memoria datos privados.

En este sentido no dudamos que a partir de una interpretación dinámica el correo electrónico tiene protección constitucional, sin perjuicio de ello en el ámbito penal consideramos que el art. 153 C.P¹⁶²., deberá ser modificado si pretendemos capturar este tipo de conductas toda vez que sería una interpretación extensiva violatoria del principio de legalidad.

Los ataques a la intimidad a los que nos encontramos expuestos a partir del poderoso alcance de las nuevas tecnologías, hace imprescindible que se proteja el derecho a

¹⁶⁰ Gelli, ob. Cit.. Señala como jurisprudencia de la CSJN, Fallos: 95:327, “Geddes Hnos. y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad del impuesto de guías”.

¹⁶¹ Jiménez, ob. Cit., T.II, p.55.

¹⁶² Dice el Art. 153 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que abriere indebidamente una carta, un pliego cerrado o un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza que no le esté dirigido; o de apoderarse indebidamente de una carta, de un pliego, de un despacho o de otro papel privado, aunque no esté cerrado, o suprimiere o desviare de su destino una correspondencia que no le esté dirigida”. Del texto queda claro que el correo electrónico –e mail- no se encuentra comprendido, los principios de legalidad y taxatividad impiden que se interprete en forma extensiva. A lo expuesto debemos agregar que el tampoco es posible aplicar la analogía “in mala partem”.

la intimidad. Como enseñaba el maestro Bidart Campos al referirse en el texto federal que se trata de un viejo derecho consagrado en la constitución con un nuevo contenido.

Estamos viviendo en un panóptico en el cual todo lo que hacemos puede ser observado, es ante este avance que debe resguardarse con mayor recelo los datos personales, en especial los “sensibles”. A tal efecto este derecho encuentra su apoyatura procesal constitucional a través de la acción de habeas data establecida en el art. 20 inc 3 tal cual lo comentaremos “ut supra”.-

Desde el punto de vista criminal no podrá ser tomada como prueba de cargo la documentación que se secuestre sin orden de judicial, dado que sería un supuesto de prueba obtenida ilegalmente.¹⁶³

Art. 24

El domicilio de una persona no podrá ser allanado, sino por orden escrita de juez o de las autoridades municipales encargadas de vigilar la ejecución de los reglamentos de salubridad pública y a este solo objeto.

En concordancia con lo establecido por el art. 18 CN., se consagra así el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante – correlativo del principio general de reserva – en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público¹⁶⁴

Resulta claro entonces a partir de lo expuesto en el párrafo anterior, que sólo un juez puede ordenar un allanamiento.¹⁶⁵ Queda ínsito en la norma que dicha medida deberá ser fundada, dado que afecta a uno de los aspectos de la vida más íntimos, nuestro propio señorío, nuestro mundo, en el cual salvo por razones muy fundadas el estado puede inmiscuirse¹⁶⁶.

Acerca del alcance de ésta manda constitucional, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho en sentencia del 15/03/1994 en la causa “H. D. y otros” que: “En el marco de los Art. 21 de la Constitución de Buenos Aires y 18 de la Constitución Nacional, no se encuentra como requisito de carácter formal que la individualización del domicilio en el orden de allanamiento deba realizarse por su calle y número, por lo que, si la diferencia en el nombre de la calle -a una cuadra de la correcta- se trató de un error, siendo que la casa se encontraba perfectamente individualizada, el procedimiento fue legal al allanarse la morada de quien se había ordenado”¹⁶⁷.

¹⁶³ Desarrolla en forma brillante la evolución jurisprudencial sobre el tema Alejandro Carrió en “Garantías Constitucionales en el proceso penal”, Hammurabi, 4º edición, capítulo VII “Inviolabilidad del domicilio y papeles privados. Otras áreas de intimidad”, 2002.

¹⁶⁴ Cfr. CSJN Fallos 306:1752 (Fiorentino)

¹⁶⁵ Existe alguna tendencia en propender que el Ministerio Público Fiscal a través de los Agentes Fiscales podrían realizar allanamientos “per se”. Considera Fabián Riquert, respecto de ésta norma, que el texto constitucional es claro al respecto por lo que la única forma de solucionar el conflicto sería con una reforma constitucional.

¹⁶⁶ Ha señalado la jurisprudencia al respecto, que “(...) se consagra así el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante (...) en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público” (Cfr. CSJN Autos “Florentino” Fallos 306:1752)

¹⁶⁷ Relacionado al alcance del consentimiento para la diligencia, ver sentencia del 25/10/1994 en causa “Cuello, Carmelo R.” (DJ 1995-1, 322), la alta corte provincial dijo también que “Si media conformidad del morador de la vivienda no existe allanamiento”.

De manera coherente con lo establecido por la constitución, la Ley Orgánica de las Municipalidades en el art. 26 establece que las ordenanzas y reglamentaciones podrán prever medidas, entre otros secuestros, allanamientos de acuerdo a lo establecido en el presente artículo, es decir que “per se” no puede un intendente manu militari disponer dichas medidas, sino que deberán solicitársela a un juez, salvo en cuestiones exclusivas de salubridad pública.

Tanto la jurisprudencia a nivel nacional y provincial, poseen según las épocas algunas variaciones que van desde criterios muy restrictivos, a otros de corte un tanto más laxos.

No obstante lo expuesto, es bueno resaltar que la orden de allanamiento deberá poseer en forma clara el lugar donde debe efectivizarse la medida, que se encuentre relacionada con algún hecho ilícito que merezca la reacción penal estatal y que existan indicios o pruebas que permitan el accionar estatal para ingresar dentro de un inmueble.

Las cosas u objetos obtenidos a partir de la realización de la diligencia, deben guardar relación con el motivo del allanamiento, sin perjuicio ello de que una vez llevada a cabo la diligencia se puedan encontrar fortuitamente rastros de otros delitos.¹⁶⁸

Art. 25

Ningún habitante de la provincia estará obligado a hacer lo que la ley no manda, ni será privado de hacer lo que ella no prohíbe.

Al igual que el texto federal, nuestra constitución recepta el principio de legalidad, lo que quiere decir sencillamente que los habitantes de la provincia pueden hacer “todo” salvo aquello prohibido por la ley¹⁶⁹.

Puede verse resentido este principio cuando el legislador nacional “inflaciona” las conductas que considera delictivas agregando delitos a la parte especial del código penal y sobre todo en otras conductas que se encuentran diseminadas en leyes especiales, lo que dificulta que el ciudadano “conozca” todo lo que está prohibido.

Asimismo, y dentro de la esfera del derecho administrativo sancionador aparecen numerosas restricciones las que no sólo se encuentran establecidas por organismos de

¹⁶⁸ Un ejemplo burdo, sería el caso del ingreso a un inmueble con una orden de allanamiento a raíz de un robo de electrodomésticos en una vivienda, y una vez en el interior encuentran los funcionarios a una persona muerta con rastros de haber recibidos disparos.

¹⁶⁹ La jurisprudencia ha sostenido en forma conteste aquí, que “Los derechos y obligaciones de los habitantes, así como las penas de cualquier clase que sean, solo existen en virtud de sanciones legislativas, y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que lo establezca” (Cfr. CSJN Fallos 178:355). Además, “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que ésa persona deba ser condenada por tal hecho. Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución” (Cfr. CSJN “Mouviel, Raúl Oscar y otros”, 1957, Fallos 237:636).---

recaudación, de salubridad e higiene, y otros reglamentos, con origen a nivel nacional, y también provincial y municipal.

Por ello resulta necesario prescribir, y la manda provincial así lo hace, que haya una norma legal que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado, o aún omitido obrar en determinado sentido. Y por supuesto, resulta necesario además que exista al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que ésa persona pueda ser condenada por tal hecho.-

Art. 26

Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden público ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Hemos de coincidir aquí con la más calificada doctrina, en cuanto ha constatado que el concepto de intimidad – dada su característica claramente polisémica - difícilmente pueda ser definido en forma unívoca, satisfaciendo todas las vertientes de pensamiento que lo abordan.

Respecto de las articulaciones “posibles” del término, ellas han transitado desde una excesiva amplitud, que equipara a la intimidad con el derecho a que a uno lo dejen “en paz”, o se reducen a un listado de valores a los que puede ser aplicado el término “íntimo” o “personal”, en un modo razonable, pero no exclusivo¹⁷⁰

Con relación a la posibilidad de definir el término en forma amplia, hemos de rescatar aquí la brillante formulación ofrecida por los magistrados norteamericanos Warren y Brandeis quienes siguiendo a Cooley (1888), la vincularon al derecho que una persona posee a que lo dejen en paz.

A partir de esta elaboración, se comenzó a admitir que invadir la vida privada de un individuo constituye un agravio que se refiere – cuanto menos –a cuatro tipos de intromisión que nada tienen en común entre ellos, a saber: La intromisión en la intimidad física e una persona; la publicación de asuntos privados que atenten contra las normas comunes de decoro; dar una imagen falsa de una persona; apropiarse del nombre o aspecto exterior de una persona.

¹⁷⁰ Respecto de la concepción restrictiva para definir el término, la comisión Younger (Gran Bretaña, 1977) ha dicho que “No creemos que se pueda lograr una definición legal exacta o satisfactoria del derecho a la intimidad. En cuanto a su definición general, lo podríamos definir como el derecho que tiene un individuo a que se le proteja de la intromisión injustificada, ya sea mediante la publicación de una información injustificada, ya sea mediante medios físicos directos, o mediante la publicación de una información, en su vida privada o asuntos privados o en la vida o asuntos privados de su familia”

Volviendo a nuestra argumentación original, podemos ahora decir que una definición práctica de la intimidad, por imprecisa que sea, resulta necesaria y adecuada como pauta para entender el contexto que ella implica.

Podría entonces considerarse a la intimidad como la antítesis de lo público, y por lo tanto, todas aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión, la salud, la salud, la sexualidad, los asuntos legales y económicos personales del individuo.

En consecuencia, podemos indicar en éste punto que la idea de intimidad trasunta la de exclusión del resto de los individuos de lo estrictamente personal. Asumimos con ello que la enunciación constitucional de la regla de intimidad otorga fundamento a la concepción individualista del derecho, que justifica, en ese punto lindante a lo personalísimo, la exclusión de lo social como sentido prevalente de la regulación jurídica

Nosotros creemos, siguiendo a Quiroga Lavié, que el derecho a la intimidad es aquel que reivindica el respeto a la personalidad humana, y el aislamiento de la persona, lo íntimo de cada uno, la vida privada de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimiento, publicidades y perturbaciones innecesarias, por el cual todo individuo puede impedir que los aspectos privados de su vida sean conocidos por terceros, tomen estado público o sean sancionados por el Poder Estatal

Lo expuesto ratifica además el concepto de que la esfera de intimidad que la Constitución garantiza a cada persona, no puede llevarnos a concluir que ese ámbito se constituye en una zona meta jurídica, extraña al derecho. Por el contrario, el sistema jurídico constitucional determina que la intimidad de una persona es una zona de intrínseca licitud, que merece respeto y protección.

Sabemos que pueden edificarse sutiles diferencias entre intimidad y privacidad, a partir de las cuales la intimidad sería la esfera personal que está exenta de terceros y la intimidad estaría dada por la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (inocuas para terceros) por más que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos.

La regla general dispuesta por la norma en comentario, reproduce la enunciación efectuada por el Art. 19 CN, aunque excluyendo la referencia a la “moral pública”

Sin perjuicio de la salvedad antecedente, cabe igualmente acotar aquí que existen – por lo expuesto - conductas y situaciones que pueden llegar a terceros, y ellos debieran tolerarlas. Decimos esto, porque la Constitución se refiere – cuando pretende poner a las acciones humanas al alcance de la ley y los magistrados – a aquellas que no ofenden.

Y las acciones privadas, sin llegar a ofender, pueden “molestar” a terceros. Y aquí es donde el sistema democrático hace su aporte. Una sociedad pluralista debe soportar determinadas molestias, que guardan relación con la convivencia, y no llegan a constituirse en ofensas.

Estas conductas, aún cuando sean conocidas públicamente, pueden refugiarse en el contexto protector de la privacidad, cuando hacen a características de esa realidad vivencial que es personal, y son auto-referentes en sus efectos¹⁷¹.

¹⁷¹ Son ejemplos de estas conductas, propias de la moral privada de cada uno: el modo de vestir, la forma de peinarse o usar el cabello, la costumbre de asistir o no a un templo, declarar la religión que se profesa, o el partido político al que se adhiere. Lo antes expuesto nos convence de que la exteriorización del pensamiento no priva la actuación de la regla tutelar de la intimidad. Entonces, la posible intromisión de la ley y los magistrados en las acciones privadas, ha de ser soportada por los habitantes, en tanto y en cuanto ellas acciones trasciendan las esferas de la moral privada y causen algo más que

Debe quedar claro que tal como nosotros interpretamos el contexto protector del artículo en estudio, el mismo descarta toda modalidad de paternalismo o perfeccionismo por parte del Estado. Es que el Estado no puede imponer coactivamente proyectos de vida auto-referentes, según su plan paternalista o perfeccionista.

En realidad, la constitución le impone aquí un rol mucho más modesto, que implica tutelar que en el devenir del accionar ciudadano cotidiano, no se perjudiquen el orden público, o los derechos de los terceros¹⁷².

molestia, disgusto, repugnancia o molestia a otros.

¹⁷² Ha enfatizado nuestro más alto tribunal de justicia sobre el punto, que “Es necesario reconocer que existen derechos privados en todos los gobiernos libres, fuera del contralor del Estado. Un gobierno que no reconozca tales derechos, que mantenga la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos sujetas en todo tiempo a la absoluta disposición e ilimitada revisión aún de los más democráticos depositarios del poder es, al fin y al cabo, nada más que un despotismo” (Cfr. Entre muchos otros CSJN Fallos 179:114).-

Artículo 27

La libertad de trabajo, industria y comercio, es un derecho asegurado a todo habitante de la Provincia, siempre que no ofenda o perjudique a la moral o a la salubridad pública, ni sea contrario a las leyes del país o los derechos de terceros.

La norma se origina en el Art. 25 de la Constitución de 1873, y su antecedente es el Art. 164 de la Constitución de 1854.-

La normativa en análisis se corresponde con la organización constitucional liberal decimonónica, expresada en el Art. 14 del texto fundamental. Se enuncia aquí el derecho de los habitantes de la provincia a ejercer toda industria lícita. Cabe destacar que el derecho a comerciar, como el de ejercer industria, se constituyeron en pilares de gran importancia para el desarrollo del esquema económico ideado por los constituyentes de 1853.-

Desde el prisma constitucional nacional, que es justamente el que recepta ésta norma, estos derechos fueron concebidos como pasibles de ser reglamentados por el Congreso de la nación, y de hecho lo ha sido a lo largo de nuestra historia.-

Respecto de la “libertad de trabajo” que enuncia el artículo, la misma implica, en el contexto que fue legislada, la habilitación dada a las personas para entrar en el mercado de trabajo. Ello quiere decir que cualquiera puede, esgrimando su derecho a trabajar, solicitar, por ejemplo, un empleo al tendero de la esquina. Pero en igual contexto, ése tendero puede responderle al solicitante de trabajo, que no lo contratará, aduciendo la razón que se le ocurra, o ninguna razón, pues él también tiene el derecho a ejercer su industria lícita en el modo que más le convenga¹⁷³

Distintas son las enunciaciones constitucionales que refieren la protección del trabajo, en sus diversas formas, como de hecho lo hace el Art. 14 “bis” del texto fundamental, y en igual sentido regulan los Art. 39, 40, y 103 inciso 12 de la presente Constitución, y al que desde una buena técnica legislativa, el constituyente provincial ha calificado como un derecho y un deber social.-

Es sabido que el movimiento del constitucionalismo social, cobra relevancia luego del acaecimiento de la II Guerra Mundial, definiéndose luego en los textos constitucionales de la época, espíritu éste que se reflejó en la efímera vigencia de la reforma constitucional argentina de 1949, tanto en el orden nacional como en el estadual.-

Al recobrar luego vigencia la Constitución Provincial de 1934, el movimiento que plasmó los contenidos sociales del constitucionalismo no se vio contenido, ni volcada su ideología en el texto constitucional provincial, hasta que acontece la reforma constitucional provincial de 1994.-

Consecuencia de lo expuesto, es del caso resaltar que tal aspecto esencial del moderno derecho constitucional social, será abordado en su oportunidad, con el detenimiento que el tema merece, al estudiar ésa nueva normativa constitucional provincial

¹⁷³ Sostenía en éste punto Juan Bautista Alberdi, a su tiempo, que “El derecho a trabajar consagrado en el texto fundamental significa que todos los habitantes tienen opción a los beneficios del trabajo sobre la base de una libre tasa establecida entre el que ofrece trabajo y el que lo busca, pero no debe entenderse que en la Constitución se ofrece la seguridad de adquirir trabajo a quien lo necesita”

Art. 28

Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada. En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales.

Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna.

Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo.

Los *antecedentes mediatos* de esta norma y de su versión federal serán toda la serie de instrumentos internacionales producidos por las diferentes reuniones de Estados que desde hace más de treinta años forjaron un proceso de consolidación respecto al conflicto por la crisis ambiental y el desarrollo sostenible.-

Nos referimos a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (Estocolmo, 1972), la Carta de la Naturaleza (Res. ONU 1983), el Informe Bruntland: Nuestro Futuro Común (1987) elaborado por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, y finalmente la segunda reunión internacional desarrollada en Río en 1992, de la que surgen nuevamente una serie de principios que luego producirán una enorme ola de normas, tanto a nivel constitucional como legislativo en cuantiosos países, proceso del que la Argentina no estuvo al margen.

Estos elementos serían los que se consideraran por el Constituyente provincial y que motivan la sanción de este artículo 28 en la carta magna local.

Respecto a las *concordancias* de la norma, hoy esta regla de derecho provincial, necesariamente se deberá leer desde los mandatos expresos contenidos sobre todo en la ley nacional general del ambiente 25.675 (LGA en adelante), la que ordena expresamente en su artículo 4 que la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en esa ley, disponiendo además que en caso de que así no fuere, la LGA prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga” (principio de congruencia).-

Este principio leído desde la regla de supremacía federal del artículo 31 CN obligará a correlacionar todo el sistema jurídico provincial respecto a las normas federales de presupuestos mínimos, incluso las incluidas en la carta magna local.

Respecto al contenido de esta norma, ella en su primer párrafo consagra el derecho a vivir en un ambiente tal que permita sostener las condiciones de vida de la generación presente sin comprometer la posibilidad de pervivencia de las generaciones por venir.

La redacción tiene matices diferentes de la federal, respecto de la cual se presenta en esta parte con una fórmula bastante parca y económica, sin ser lo explícita que podría haber sido. De todos modos, con este artículo 28 el constituyente local se ha consustanciado con el nuevo modelo de desarrollo reglado en el artículo 41 CN – desarrollo sostenible – algo que se evidencia en el final del primer párrafo, cuando se hace referencia al derecho de las generaciones futuras.

Por otra parte, es el primer párrafo el que consagra no sólo el derecho sino el *deber* de *conservar* y *proteger* el ambiente, es decir la obligación en todo bonaerense de ser agentes de tutela ambiental. Recordemos que esta es una de las particularidades que poseen estos derechos humanos de tercera generación que no se encuadran en la estructura de los derechos subjetivos, ni se contienen en normas de carácter programático. Tal como explica Gabriela García Minella, estos derechos de tercera generación “asumen la estructura de derecho-deber¹⁷⁴, lo cual posibilita que todo habitante este legitimado para resguardar estas prerrogativas en tutela de la legalidad constitucional, de alguna manera solo se formula - en este último caso - una petición anulatoria¹⁷⁵.

Luego la norma incluye una expresa indicación respecto al *dominio eminente* de la provincia sobre el *ambiente* y los *recursos naturales*. Respecto a la primera premisa, es interesante notar que sobre el ambiente no se puede pensar en fórmulas derivadas de derechos individuales, que nacen de una visión decimonónica, como serían el dominio - público o privado.-

Este bien jurídico de incidencia colectiva debe considerarse desde prerrogativas e instrumentos de gestión y protección derivados del derecho ambiental, los que resultan ser de una novel característica. Por ello, la cuestión del *dominio eminente* no nos parece aplicable sobre este bien colectivo, integrativo del patrimonio común, de incidencia colectiva. Estamos ante un derecho que se posa sobre un bien jurídico – el ambiente - compuesto de cinco sistemas (aire, agua, suelo – abióticos - flora y fauna), junto al patrimonio natural, el cultural y sus relaciones de intercambio.-

Este bien ha sido creado a efectos de su protección, no de su aprovechamiento, y por ello no es susceptible de apropiación privada. El mismo obliga a que las actividades individuales sean leídas en clave de la sostenibilidad, lo que implica el ejercicio de las actividades de hoy con consideración de los intereses de las futuras, (uso sostenible), con regímenes particulares de regulación.

En este contexto cabe a la Provincia la posibilidad de reivindicar las competencias prescriptas por el tercer párrafo del artículo 41 CN, es decir la capacidad para legislar de manera complementaria los presupuestos mínimos de protección ambiental nacionales, que serán aquellas normas que indicarán el piso de protección

¹⁷⁴ “...Supone que el mismo titular del derecho tiene al mismo tiempo una obligación respecto a esas conductas protegidas por el derecho fundamental. No se trata de que frente al derecho del titular de una persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular soporta la existencia de un deber...” Peces Barba g, ob. Cit, pag.206.-

¹⁷⁵ Eduardo Jiménez plantea en este sentido tres niveles de legitimación para actuar los derechos humanos de tercera generación: a) El habitante: tiene derecho para actuar en la defensa de la legalidad y el patrimonio social (pretensión anulatoria); b) El afectado: posee derecho para actuar la legalidad y una habilitación específica dada la actuación concreta del elemento que lesiona este tipo de derechos, aunque ella no le produzca un daño personal mensurable (pretensión reparatoria); c) El afecta a quien se le produce un daño personal (pretensión resarcitoria) cuya generación deberá acreditar en juicio, en la forma de uso (este habitante titulariza un derecho subjetivo en los términos de, cuya operatividad se resuelve a partir de las reglas convencionales de actuación en juicio), (Los Derechos Humanos de Tercera Generación Ed. Ediar, Buenos Aires,1997.-

respecto del cual la provincia construirá su política propia complementaria, es decir con la capacidad para optimizar la protección agregando recaudos o exigiendo parámetros más rigurosos. Pero en lo que queremos ser claros es que respecto al ambiente no puede pensarse en dominio, sino sólo en *jurisdicciones concurrentes y complementarias*, en el marco de la lógica dispuesta por el constituyente federal.

Resta explicar qué quiere decirse cuando se indica que la provincia ejerce el *dominio eminente* sobre los *recursos naturales* – *se incluyen dentro de este concepto al subsuelo, el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva*.-

Ello se debe correlacionar con el artículo 124 CN; que dispone que las provincias poseen el *dominio originario* sobre los recursos naturales. La diferencia en cuanto a la categoría del dominio aparentaría ser sutil, aunque no menor. La redacción provincial en este sentido es criticada por Humberto Quiroga Lavié que dice que “esta reivindicación no es propia porque el derecho eminente lo ejerce sobre todo el territorio nacional y lo comprendido en él, el Estado Nacional. De allí que sea la Nacional, sin necesidad del consentimiento de las provincias (art. 75 inc. 15 CN). (...) Lo único que pueden reivindicar las provincias es el dominio territorial, es decir el que implica capacidad de disposición patrimonial sobre los recursos naturales existentes en su territorio y de control sobre la política regulativa que al respecto efectúe el Congreso (art. 124 CN)”¹⁷⁶.

Recordemos que la definición del ámbito territorial de todo el Estado argentino es competencia del Gobierno federal, el que posee varias prerrogativas exclusivas al respecto de entre las que la más trascendente resulta ser el artículo 75 inc. 15, que dispone que él arregla de manera exclusiva los límites del territorio de la Nación (art. 75 inc. 15 CN).-

En cuanto al tercer párrafo, siguiendo una formulación bastante singular y de mucha similitud con relación a las normas programáticas, se disponen varios de los contenidos que deberían estar presentes en las políticas ambientales provinciales, ya sean cuando se las instrumente en leyes como cuando sean decretos o planes derivados de normas reglamentarias.

Al respecto, se mencionan tres principios que servirán de interpretación a las diferentes acciones que en esta materia se pretendan llevar adelante: preservación, recuperación y conservación de los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia. Luego, se menciona expresamente la obligación de instrumentar planes para lograr un “aprovechamiento racional de los recursos naturales” en consonancia con la manda del segundo párrafo del artículo 41 CN.-

Al respecto ha dicho Tomás Hutchinson que “la planificación es la técnica adecuada que permite la previsión y respuesta a los retos ambientales a los que se enfrenta la Administración. Más que una técnica en concreto, es un conjunto de ellas. La planificación a menudo marca el juego y alcance de otros instrumentos jurídicos. Es un instrumento imprescindible para la *coordinación* no sólo de las distintas acciones que en materia ambiental lleven a cabo las distintas administraciones públicas con competencia para ello, sino también para coordinar éstas con otras acciones emprendidas bajo ópticas diversas.

La planificación ambiental es el instrumento adecuado para la introducción de una perspectiva integrada en el conjunto de actuaciones públicas y privadas con incidencia en el medio. Si se quiere una planificación ambiental efectiva no debe

¹⁷⁶ Humberto Quiroga Lavié, “Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Comentario a las reformas y notas de jurisprudencia”, Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires 1995, pp. 72/74.

olvidarse, como señalara S. Martín Retordillo Baquer, que, junto a la determinación de los medios jurídicos, el plan debe prever los medios materiales que esa ejecución pueda requerir, pues el incumplimiento de tan lógico principio es, sin duda alguna la causa más frecuente del que puede considerarse como fracaso de la mayor parte de los instrumentos planificadores¹⁷⁷.

Luego, la norma n estudio indica que se deberá controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema lo que da base a una serie de procedimientos de prevención ambiental de norme importancia, entre los que se incluye el de evaluación de impacto ambiental, desarrollado en la ley general del ambiente provincial 11723 en sus artículos 10/24 y ley 11459 para el ámbito industrial.

Se dispone asimismo, la obligación de promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo. Luego tenemos la prohibición de ingreso al territorio provincial de residuos tóxicos o radiactivos. Al respecto vale aclarar que este tipo de prohibiciones provinciales – existen otras en otras Constituciones locales - no son similares a las que trae la Constitución federal pues ese orden posee la competencia para regular el comercio (art. 75 inc. 12 CN) y sobre todo, el comercio interjurisdiccional (art. 75 inc. 13 CN), lo que incluye el intercambio y tránsito de sustancias.

Esta prohibición por lo tanto sólo podría tener fuente en normas federales. La cuestión es cómo compatibilizar estas mandas prohibitivas que tendrían fuente en la protección del ambiente y la competencia nacional exclusiva para regular el comercio interprovincial. Al respecto creemos que estas normas, a pesar de sus claros textos prohibitivos, al no poseer las provincias competencia para impedir el paso de sustancias o el intercambio de bienes, por se esta una competencia de la federación, se deben leer de diferente manera. Serán normas que facultarán a las autoridades locales a imponer políticas muy estrictas respecto a éstas actividades, estableciendo requisitos más graves en protección del ambiente, pero teniendo como límite la imposibilidad de disponer el no ingreso, porque nos parece para ello la provincia no posee competencia ni siquiera a través de reglas constitucionales locales.

Se incluye la obligación de garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada *información* y a *participar* en la defensa del ambiente, fórmula que amplía en este aspecto la nómina de contenidos de la cláusula ambiental nacional.-

Desde la norma, no se dispone un acceso a la simple información (documentos sin elaboración), sino “información adecuada” lo que implicará que el ciudadano pueda exigir que los datos científicos que son de dificultosa comprensión sean “preparados”, “traducidos”, en otras palabras, adecuados para la comprensión del ciudadano común.

Esto agrega un “plus” al modo en que en la provincia la constitución ha instituido éste derecho. De allí se construye todo el sistema normativo inferior que no será sino una consecuencia lógica de éste esquema. En cuanto al derecho a la participación en la defensa del ambiente la norma es categórica pues que se reconoce como un derecho que el Estado debe garantizar el de participar en la defensa del ambiente.

Esto implica – a nuestro entender - un alto grado de reconocimiento normativo de este derecho, lo que además impone una mirada singular sobre las normas inferiores las que en nuestra provincia difieren en la forma en que en cada sector se ha mecanizado ésta prerrogativa. De todas maneras este tipo de reglas se deberán correlacionar con normas nacionales (Art. 16/18 ley 25675 respecto a acceso a la información y Art. 19/21 en relación a participación ciudadana, y ley nacional de presupuestos mínimos en

¹⁷⁷ Tomás Hutchinson, “Material derecho administrativo” en el texto “Derecho ambiental” coordinado por Laura Viviana Sagrera, editado por Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIJUSO), Buenos Aires, 2006, pp. 109/110.

materia de acceso a la información ambiental 25831) y provinciales (Art. 2. b y 26/28 de la ley 11723 respecto al acceso a la información y 2.c y 18 ley 11723 en relación a la participación ciudadana). Desde esta interpretación se dará más consistencia al sistema establecido por el constituyente provincial.

El cuarto párrafo resulta ser interesante, pues se refiere a los espacios de conservación de la naturaleza, que son las áreas naturales protegidas. Las denomina *áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna*.

En estos espacios el nivel de rigurosidad en cuanto a la posibilidad de desarrollar actividades humanas de toma de recursos naturales es mayor, y el mismo se difiere en su mayoría a la norma general del régimen de dichas áreas y a las normas de integración del espacio al régimen legal, y no a cada actividad que se proyecta desarrollar. Es el legislador el que al sancionar las correspondientes leyes marco decide cuáles son las actividades permitidas y cuáles las prohibidas. En la provincia ello sucede con la ley 10.907.

Art. 29

A ningún acusado se le obligará a prestar juramento, ni a declarar contra sí mismo en materia criminal, ni será encausado dos veces por un mismo delito.

La prohibición de la auto-incriminación puede ser entendida no sólo como la prohibición de declarar contra sí mismo, sino también como el hecho de que el imputado no puede ser considerado o tratado como objeto de prueba. Aún así, se han aceptado pequeñas intervenciones sobre el cuerpo, entendiéndose válidas sólo aquellas en las que el imputado actúa como un sujeto pasivo (extracción de uñas, cabellos, test de alcoholemia, entre otras).

Sobre el alcance de esta garantía que proviene en forma directa del art. 18 CN., comprende la imposibilidad de considerar la abstención a declarar como una presunción en contra. Estos principios fueron enunciados en forma señera por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el leading case “Miranda c./ Arizona”.¹⁷⁸

En esta dirección, la única confesión válida es la realizada en sede judicial ante el Agente Fiscal, previa entrevista previa y privada con su defensor de confianza o el defensor oficial¹⁷⁹ (art. 308 del CPPBA). El estado de inocencia que posee toda persona sometida a un proceso penal debe ser destruido a partir de prueba colectada por el Estado. Esta insoslayable exigencia, forma parte del debido proceso legal y de un modelo de estado respetuoso de las garantías individuales.

Respecto del así denominado “*non bis in idem*”, la regla jurídica así mencionada importa imposibilidad de la doble persecución penal por un mismo hecho. Se ha entendido que ésta garantía “(...)comienza a funcionar desde que existe una amenaza de doble persecución, es decir, de riesgo a ser perseguido penalmente, de allí que la misma no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también un nuevo sometimiento a juicio por el mismo hecho, y el sólo desarrollo del proceso en tales condiciones desvirtuaría el derecho

¹⁷⁸ MS., 436 (1966), La Ley, 2000 –B-71.

¹⁷⁹ Así lo dispone el Art. 308 del CPPBA.-

invocado, dado que el gravamen no se disiparía ni aún con el dictado de una sentencia absolutoria”.¹⁸⁰

La vigencia del principio de “cosa juzgada” como garantía contra el doble juzgamiento, implica que un inculpado, que fue absuelto por una sentencia firme, pasada en autoridad de “cosa juzgada”, no puede ser sometido a nuevo juzgamiento, con fundamento en tales hechos.

En definitiva esta garantía veda la aplicación al reo de una nueva pena por igual hecho que aquel por el que ya ha sido juzgado, e impide que vuelva a ser sometido a proceso dos veces por el mismo hecho¹⁸¹.

En el ámbito Civil, el objeto de esta garantía es la preservación de la seguridad jurídica y la estabilidad en las resoluciones judiciales¹⁸²

El principio en análisis ha sido desarrollado desde numerosas aristas a partir de la labor de la doctrina y jurisprudencia. Así, el Poder Judicial se ha expedido respecto al alcance de la garantía, en materia de sobreseimiento firme¹⁸³, del instituto de la

¹⁸⁰ La definición corresponde a la sentencia de la Sala III del Tribunal de Casación, causa N ° 3349, Causa “F.J.C. s/ recurso de casación”, (JUBA, fallo in extenso). La SCBA ha considerado que se ha violado la garantía al referir: “Corresponde anular de oficio, el procedimiento por haberse configurado una transgresión del principio non bis in ídem, que violenta la garantía del debido proceso y afecta la inmutabilidad de la cosa juzgada (Art. 18 de la Const. Nac.; 15 y 29 de la CPBA. y 8.4 del Pacto de San José de Costa Rica), si la imputación penal de la muerte de la víctima fue efectuada al procesado en dos procesos diversos y sucesivos. Así, en el primero de ellos, por el delito de aborto seguido de muerte, fue absuelto; y en el segundo -esta causa- se lo juzgó y condenó por el delito de homicidio culposo” (SCJBA, causa N ° 85.046 “B., MC. s/homicidio culposo” del 15/3/06, JUBA fallo in extenso).

¹⁸¹ Este punto ha sido expresamente resuelto por la V° enmienda de la constitución norteamericana que prohíbe el “double jeopardy” lo que puede ser conceptualizado como la doble exposición a ser sometido a pena por un hecho ya juzgado. En suma, es una protección al absuelto, contra un segundo juicio (Cfr. Brantley vs. Georgia, 217 U.S. 284 [1910] y United States vs. Oppenheimer, 242 U.S.85 [1916]//)

¹⁸² CSJN octubre 29-991 “Ferrer c/ Minetti y Cia. S.A.” LL. 1992-B, pag.37.

¹⁸³ “Si el imputado fue sobreseído por resolución firme, no hay modo posible de reabrir en su contra la investigación penal por el hecho sin flagrante violación del “ne bis in ídem” (Arg. art. 18 de la CN.; 8 inc. 4 de la C.A.D.H.; 14 inc. 7 del P.I.D.C.P. y 29 de la Const. Prov.). (Tribunal de Casación Prov. BA., Sala I, sentencia del 26/5/05, causa “EC. s/ Acción de revisión int. por particular damnificado”, JUBA)

reincidencia,¹⁸⁴ respecto a la doble persecución por hechos diferentes,¹⁸⁵ referido a la agravante genérica del art. 41 bis CP.,¹⁸⁶ a la cosa juzgada material¹⁸⁷, entre otras.

Art. 30

***Las prisiones son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos.
Las penitenciarías serán reglamentadas de manera que constituyan centros de
trabajo y moralización. Todo rigor innecesario hace responsables a las autoridades
que lo ejerzan.***

¹⁸⁴ Uno de los aspectos del “non bis in idem”, respecto a la valoración de una condena anterior si debe ser tenida en cuenta, ha sostenido la SCJBA “Es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se considera que lo resuelto por la Cámara en punto a la reincidencia es inconstitucional, violatorio de la garantía del principio non bis in idem y del de culpabilidad al volverse a sancionar por el hecho anterior, respecto del cual se habría agotado la pretensión punitiva del Estado, pues la reincidencia es una situación jurídica del reo, y su existencia depende de la comprobación objetiva de dos circunstancias, el cumplimiento efectivo de al menos una parte de la condena anterior y que el nuevo delito punible también con pena privativa de libertad se comenta antes de transcurrido el término indicado en el último párrafo del art. 50 del Código Penal. Su propia naturaleza objetiva descarta, entonces, que importe un disvalor adicional al de la recaída en el delito que, en el caso de autos, no ha sido suficientemente impugnado (causa N ° 78.910, caratulada “R., S.A.F.” del 15/9/04, fallo in extenso JUBA). A su vez la Sala I del Tribunal de Casación que “El principio “non bis in idem” prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dado objetivo y forma-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal” (in re “Mazza Rubén”, causa N ° 2258, 22/8/02, JUBA, fallo in extenso). También la Sala III ha dicho “El hecho de que la declaración de reincidencia importe la pérdida del beneficio previsto en el artículo 13 del Código penal, en nada obsta a que tal conducta también traduzca mayor peligrosidad en los términos del artículo 41 inciso 2° del Código penal, y asimismo, no es cierto que los dos efectos asignados a la reincidencia transgreden el límite establecido por el “non bis in idem”, pues mientras el primero opera al individualizarse la sanción, el segundo incide en el modo de ejecución de la pena ya impuesta” (sentencia del 10/5/05, causa 2534, JUBA fallo in extenso).

¹⁸⁵ Así se ha señalado que “La garantía que resguarda a los individuos contra la múltiple persecución penal por un mismo hecho, no impide el doble enjuiciamiento -simultáneo o sucesivo- por hechos independientes, tal como sucedería con las dos posibles hipótesis fácticas (co-autoría en el apoderamiento ilegítimo, recepción de los objetos provenientes de la referida conducta delictiva) que el Fiscal de instrucción puede, incluso, haber descripto en forma alternativa. Empero, la circunstancia de que el Fiscal esté autorizado a formular requerimientos alternativos no equivale a sostener que el Juez de Garantías esté obligado a acoger, incondicionalmente, esas acusaciones”.(in re “R. d. s / recurso de casación”, causa N ° 15.809 ,9/12/04, JUBA, fallo in extenso) .

¹⁸⁶ En este sentido existen criterios opuestos; así se ha dicho respecto a la agravante del art. 41 bis C.P. que “La aplicación de la hipótesis de agravación del artículo 41 bis del Código Penal al delito de robo agravado por el empleo de armas, en el régimen anterior al actualmente vigente, ponderando el empleo de un arma de fuego se alza contra la prohibición de la doble valoración (Casación, Sala III, sentencia del 3/5/05, JUBA, fallo in extenso). A su vez que “No se advierte que la mensuración de la violencia ejercida durante los delitos de robo y lesiones como pauta agravante escape a las previsiones del artículo 41 del Código Penal, ni importe una afectación a la garantía del “non bis in idem”, toda vez que, precisamente, se ha establecido en el inciso 1° del mentado artículo como un parámetro de determinación de la pena la naturaleza de la acción, otorgándole al Juzgador la facultad de ponderar el grado de afectación al bien jurídico protegido en el tipo, cuando el mismo tenga la capacidad de ser graduado”(Sala II, TC0002 LP 11464 RSD-774-4 S 30-12-2004 , Juez CELESIA (SD), JUBA).

¹⁸⁷ La SCJBA ha dicho respecto a la cosa juzgada que “En el ámbito del derecho penal, la cosa juzgada material que provoca el agotamiento de la acción persecutoria, repercute como un impedimento procesal amplio, en tanto no ya una nueva sentencia de mérito, sino, incluso, un nuevo procedimiento penal es inadmisibles, por aplicación del principio ne bis in idem sirve a la protección del acusado, en tanto por su intermedio se le reconoce el derecho a ser dejado en paz después del dictado de una decisión de mérito que ya no es impugnables. Obviamente, que la garantía adquiere virtualidad ante la existencia de identidad personal, objetiva y de causa, y en el caso no sólo de las constancias de la causa, sino de lo afirmado en el propio texto del pronunciamiento cuestionado, el primer requisito se encuentra ausente (causa N ° 67.233 del 24/8/05, JUBA fallo in extenso)..

Una vez concluido el proceso, con sentencia condenatoria, la propia Constitución Nacional se hace cargo de señalar que las condiciones de detención no deben exceder de aquella mortificación propia de la pena impuesta y a ser cumplida. Ello, dado que la sanción penal tiene un cúmulo de principios, de origen y raíz constitucional, en particular, luego de operada la reforma constitucional de 1994, indicativos de los lineamientos que los Poderes Públicos deben seguir frente a esta cuestión.-

Debemos apuntar aquí que las garantías para aquellos que han sido privados de su libertad, se concretan en el contexto, y a partir de la fórmula constitucional que según el artículo 30 reza "Las prisiones son hechas para seguridad y no para mortificación de los detenidos"

Sabido es que el fin de la readaptación social del reo, está implícito en el contexto de esta norma. Ello, además, posee una explícita ratificación en lo surgente del Art.6° de la C.A.D.H.¹⁸⁸, la que enuncia que: "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial, la reforma y readaptación social de los condenados"

Es bueno recalcar aquí que tanto el Artículo en comentario, como su par, el artículo 18 CN, si bien instituyen como fin de la pena, el de la readaptación social, *no excluyen otros fines de ella*, aunque ***interdictan al régimen carcelario como modalidad de castigo***¹⁸⁹.

También el artículo 20 de la Constitución Nacional al regular el proceso constitucional de Habeas Corpus, instituye una modalidad de esa figura, indicando que "Igualmente se procederá en caso de agravamiento arbitrario de las condiciones de detención legal"

Si bien – como antes ya se vio - es clara la inidoneidad del nomen iuris de la figura, ya que se trata de una modalidad de acción de amparo, que intenta tutelar una forma de libertad con base en la dignidad debida al procesado o condenado, en las cárceles, bajo el presupuesto de una detención originariamente legal, cabe dejar el tecnicismo de lado, y afrontar el tratamiento de la figura como una garantizadora forma de tutela de la libertad, sea cual fuere la denominación que el legislador o el constituyente le ha ofrecido.

Con ello, deseamos enfatizar que en esta etapa final del debido proceso, también existen garantías del encartado, que son tuteladas constitucionalmente.

Es que la dignidad, además de significar en ciertas circunstancias un derecho autónomo, constituye, junto con la libertad, una característica esencial del sistema. Queremos acentuar con lo expuesto, que el ejercicio de los derechos tiene por objeto básico respetar la dignidad inherente al ser humano.

Acompañando esta regulación constitucional, la C.A.D.H. desarrolla esta regla, en su artículo 5°, en concordancia con lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto expresa que "*toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*"

Sin perjuicio de lo dicho, es dable señalar algunos conceptos de lo que implica la realidad carcelaria en nuestro país, contextualizado en la América latina del subdesarrollo. En principio, debo enfatizar la *nefasta situación* propia de nuestro mundo penitenciario,

¹⁸⁸ También, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, posee una cláusula semejante a la expuesta, que - desde un mejor modo de técnica legislativa, enfatiza que "*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*" indicando además que "*todo individuo privado de su libertad será tratado humanamente*"

¹⁸⁹ Posición que en derecho penal, es sostenido por autores tributarios de las tesis retribucionistas, respecto del fundamento y el fin de la pena.

en particular respecto de aquellos internos que padecen enfermedades incurables o infecto-contagiosas¹⁹⁰.

En un marco desgarrador se suceden tratamientos inidoneos de reclusos, en conjunto con un modo de inadecuada profesionalidad, o más aún, ignorancia, por parte de quienes tienen el compromiso institucional de llevar adelante estas estructuras carcelarias, que en la mayoría de los casos son desde inadecuadas, hasta deprimentes.

Todo ello armoniza en una suerte de desgraciada realidad, sobre la que muchas veces, no es remedio suficiente para su superación, escribir ciertas garantías en las Constituciones, en resguardo de quienes son procesados o condenados, pues ellos se encuentran sometidos en casi todos los casos, y pese al texto garantista de la Constitución, a una suerte de condena adicional por la sola circunstancia de encontrarse presos.-

Refiriéndose a los procesados o condenados, en prisión, ha dicho Jorge Kent¹⁹¹ que "aún son seres humanos merecedores de la mayor de las reverencias por conducto de los funcionarios que se precien de ser dignos exponentes de la comunidad y estén dispuestos a observar sus compromisos con apego a la contracción, la inteligencia y el amor que aprehende toda obra inobjetable de sacerdocio".

Frente a tan candorosa admonición, se sucede como una bofetada, la dura realidad que nos informa de la existencia de 174 motines en cárceles de nuestro país entre el 1° de enero de 1986 y el 23 de diciembre de 1993, categorizando, en esa cuantificación, 98 rebeliones, 40 disturbios y 36 huelgas de hambre¹⁹².

En este sentido, no me cabe duda de que de persistir la situación señalada - y es que hoy se ha agravado, con seguridad - la cárcel en Argentina puede llegar a convertirse en simple contexto de segregación mortificante, prohibida por la Convención sobre Tratos Crueles y Degradantes, que entre nosotros tiene, por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, jerarquía constitucional, en el que será ilusorio pretender que el recluso pueda algún día integrarse sin problemas al contexto social del cual ha sido segregado por imperio de la ley.

Detonante de todo lo expuesto puede considerarse al fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sonado caso "Verbitsky" en donde a instancias del CELS, se desnuda la situación de vida carcelaria, principalmente en las prisiones de la Provincia de Buenos Aires¹⁹³

¹⁹⁰ Tales situaciones de grave deterioro, son denunciadas a diario por los medios periodísticos. Así, y con referencia expresa al tema del SIDA en las cárceles, indicó el periódico capitalino "El Clarín" en su edición del 1° de noviembre de 1993, "que se construyan pues, las nuevas unidades y se desmantelen los monstruosos penales desbordados del presente, donde el SIDA es una lacra más, tal vez entre las más peligrosas, de una red de irregularidades con la que una sociedad democrática y civilizada no puede envolver ni a los más descarriados de sus miembros (...) que las autoridades deben rápidamente sustituir por la gestión humanitaria de penales proyectados para servir como centros de rehabilitación y no de castigo, y mucho menos, de muerte evitable"

¹⁹¹ KENT, Jorge "Cárceles sanas y limpias" LL. del 24 de agosto de 1994, pag. 1 y ss.

¹⁹² Fuente: informe del Centro de Estudios para la Nueva Mayoría, reseñado por Jorge KENT en el artículo citado "supra"

¹⁹³ Señaló allí la Corte Suprema de Justicia, que "El Artículo 18 de la Constitución Nacional (...) reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento. El alcance de éste texto ha sido puesto en discusión, dudándose si abarcaba a los condenados (...) sin embargo, ha quedado superada la discusión después de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a que los fines reintegradores sociales de la pena de prisión están consagrados en virtud del inciso 22 del Artículo 75 constitucional (...) que la privación de la libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente" (Cfr. CSJN, 2005, Fallo V-856-XXXVIII Autos "Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus").-

En definitiva, debe promoverse en esta etapa, más que en ninguna otra, la actuación de las garantías constitucionales antes señaladas, aunque desde una perspectiva social más acentuada, y por supuesto, más realista¹⁹⁴.

Ha de saber el lector, el hecho cierto de que en las Universidades parecen enseñarse solamente las bases teóricas sobre las cuales debe edificarse las reglas de la convivencia futura.--

No es que se descarte esta metodología, pero bueno es recalcar en este sentido que tal *teorización sobre la futuridad* no debe desentenderse de una realidad actual absolutamente discordante con los principios pretendidos. No queremos generar una enseñanza del derecho que sacralice una modalidad de vivencia social pautada sobre matrices teóricas que no se plasman en nuestras realidades, pues ello puede llevarnos a parlamentarios que generen nuevas leyes, propias realidades inexistentes, y que - en palabras de Elías Neuman¹⁹⁵ - parezcan complejos de culpa del legislador y solamente sirvan para cumplir una función falseadora de la realidad carcelaria en Congresos, Jornadas y Coloquios.

Debemos entender que la aproximación al ámbito de la sociedad carcelaria, es un abordaje al mundo de la marginalidad social. La política penitenciaria habrá entonces de fincar sus nuevas bases en la valoración a ultranza de la dignidad humana del preso, en el convencimiento de que a diario ella se vé violada¹⁹⁶

Así, y con la previa aclaración de no apartarnos del sentido realista antes expuesto, es dable afirmar las pautas que las Convenciones internacionales de jerarquía constitucional, ofrecen hoy a los Poderes Públicos, a modo de directiva valorativa obligatoria, a fin del tratamiento a los procesados:

Como regla básica y general, el art. 4° de la C.A.D.H. expresa que *los procesados deben estar separados de los condenados salvo circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.*

Debemos correlacionar esta norma con la expresión fundamental ya analizada antes, de la presunción de inocencia de que goza toda persona no condenada. De allí su importancia. También regula, el art. 4° de la CADH en su 2° párrafo las garantías carcelarias de los menores exigiendo *su separación de los adultos y concurrencia a Tribunales especializados, con la mayor celeridad posible.*

A ello agrega la propia Convención sobre los derechos del Niño [también con jerarquía constitucional] en su art. 37 inc. "c", que el niño privado de su libertad, además de ser separado de los adultos [salvo que ello se estime contrario a su interés superior], tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas, salvo en circunstancias excepcionales.-

Artículo 31

¹⁹⁴ Debe también señalarse aquí que pese a la admonición garantista aquí expuesta, el ser humano tutelado en sus garantías, es también en éste supuesto, un condenado a cumplir una pena por haber cometido un delito, lo que no puede dejarse de lado en el contexto de lo analizado. En éste sentido ha señalado la jurisprudencia de la Alta Corte de Justicia provincial, que "Es ineficaz el planteo por apremios ilegales que formula el reo, en tanto éste no denunció delito alguno como causante de su confesión extrajudicial" (Cfr. SCJBA, "Spinalli, Vicente s/ Homicidio" "A y S" 1989-1-845)

¹⁹⁵ Neumann, Elías, Irrzun, Víctor "La sociedad carcelaria" Ed. Depalma, 1994, pag.6

¹⁹⁶ Han sostenido al respecto Neumann-Irrzun (Op. Cit. , pag.10) que "es de esperar que algún día los estudiantes universitarios con inquietudes, que suelen enamorarse de estos temas, tengan acceso a las cárceles para efectuar investigaciones de campo que no solo puedan servir a sus conocimientos y a la prevención del delito, sino interesar las estructuras de sus propias vivencias y reflexiones."

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Provincia puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación para causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada.-

Con origen en el artículo 28 Const. Provincial de 1873. Tiene como antecedente el Art. 168 de la Constitución Provincial de 1854. Concuerda con los Art. 10, 17, 32 y 36.7.-

El derecho de propiedad ha sido sin dudas uno de los pilares del ideario liberal del primer constitucionalismo, tal cual surge de los primeros documentos constitucionales, como lo es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que enuncia a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como aquellos derechos naturales e imprescriptibles del hombre (art. 2). A tal punto fue así que para el inglés John Locke “el grande y principal fin para que los hombres se unan en Estados y se sometan a gobiernos es la preservación de su propiedad, hecho para el que faltan muchas cosas en el estado de naturaleza”.¹⁹⁷

Karl Marx ha precisado esta idea, al señalar que la aplicación práctica del derecho humano a la libertad es el derecho humano de la propiedad privada, y que aquella libertad individual y esta aplicación suya constituyen el fundamento de la sociedad burguesa.¹⁹⁸

Los antecedentes constitucionales argentinos también son ricos en ejemplos: En primer lugar tenemos la abolición del mayorazgo dispuesta en la Asamblea del Año XIII (sesión del 13 de agosto de 1813), luego, la Constitución de 1819 que en su artículo 159 reconocía el derecho de propiedad de todos los habitantes del Estado, garantizando que nadie podría ser privado de ella sino conforme a las leyes.

En el mismo sentido, el Proyecto de Constitución de Alberdi, cuyo artículo 16 consagraba el derecho de todos los habitantes “de disponer de sus propiedades de todo género y en toda forma”, y especialmente su artículo 18 de redacción casi idéntica al artículo 17 de la Constitución Nacional. Este último asimismo, es la fuente directa del artículo bajo comentario.

Aclarado ya lo que antecede, es bueno mencionar también que la norma en estudio no consagra el derecho a la propiedad (para ello hay que remitirse al artículo 10 de esta Constitución), sino que establece una garantía a su uso y goce, protegiendo a quienes son titulares de algún tipo de propiedad, mediante su calificación de ‘inviolable’. No obstante ello, al igual que su fuente (art. 17 CN) no define en qué consiste la ‘propiedad’.

Sabido es también, que la doctrina ha distinguido entre el concepto *constitucional* y el *civil* de la propiedad, alcanzando el primero a *todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad*, en tanto el segundo se circunscribe a una relación de dominio con una cosa, esto es, a los objetos corporales susceptibles de tener algún valor. Particularmente ilustrativa resulta en éste punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando define que la propiedad es: “Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad”¹⁹⁹

¹⁹⁷ Locke, John; Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil; Ed. Losada, p.92.

No obstante el concepto de propiedad en Locke es más amplio aquí que el de las meras posesiones, ya que incluye a las libertades civiles en general.-

¹⁹⁸ Marx, Karl; *Sobre la cuestión judía*, en La Sagrada Familia; Ed. Grijalbo, México, p. 33.-

¹⁹⁹ Cfr. CSJN Fallos 145:327, caso “Bourdie”.-

Este concepto *constitucional* permite, por su amplitud y carácter abierto, asignar diversos y numerosos contenidos a la ‘propiedad’. Así, Bidart Campos señala que quedan amparados por la garantía los siguientes aspectos generales: a) el derecho de dominio y sus desmembraciones, de acuerdo con la legislación común; b) las concesiones de uso sobre bienes del dominio público; c) las concesiones que reconocen como causa una delegación de la autoridad del estado a favor de particulares; d) los derechos y las obligaciones emergentes de los contratos; e) los actos jurídicos de disposición y uso de la propiedad; y en general, e) los derechos adquiridos e ingresados al patrimonio.²⁰⁰

Como se lo adelantó en párrafos anteriores, el calificativo de ‘inviolable’ que la Constitución atribuye a la propiedad se configura como una ‘garantía’ a sus titulares, mas no como una característica del derecho que permita entenderlo como ‘absoluto’. El derecho de propiedad es relativo, y por tanto susceptible de reglamentación por las autoridades competentes, al igual que todos los consagrados en el ordenamiento jurídico argentino. La garantía de la inviolabilidad se exhibe, en la Constitución bonaerense a través de lo dispuesto por el artículo 10, al prohibir su privación “sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal de juez competente”.

También ello ocurre en el artículo 17, cuando establece que toda orden de embargo de propiedades deberá especificar los objetos a embargar, y que “no se expedirá mandato de esta clase sino por hecho punible apoyado en juramento o afirmación, sin cuyos requisitos la orden o mandato no será exequible”. Cabe acotar que de igual manera aparece la inviolabilidad de la propiedad, cuando se prohíbe la confiscación de bienes al garantizarse su libre disposición (art. 32), y al exigir a la expropiación las condiciones establecidas en esta norma en comentario (previa indemnización, calificación de utilidad pública).

Asimismo, en una norma que tiende a proteger principalmente la libertad de prensa, se desglosa un contenido del derecho de propiedad cuando allí se indica que no se podrá secuestrar las imprentas y sus accesorios como instrumentos del delito durante los procesos (art. 13).

Evidentemente, y frente al tajante calificativo de ‘inviolable’ que la Constitución provincial decidió asignarle a la propiedad, el convencional constituyente adhirió a un carácter individualista muy acorde con la ideología del primer constitucionalismo. No obstante ello y como señala Segundo V. Linares Quintana, la inviolabilidad de la propiedad designa la calidad de inviolable que reviste, como cualquier otro derecho constitucional, el derecho de propiedad, pero como se señalara anteriormente, incurren según el autor en evidente error quienes creen que ella importa la consagración de un derecho de propiedad absoluto e ilimitado.²⁰¹

En este orden de ideas, la evolución de las valoraciones sociales llevó indefectiblemente al reconocimiento de la *función social* de la propiedad, cuyo puntapié inicial lo diera la Constitución de México de 1917, que establece en su artículo 27, y en lo que aquí importa que: “...La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación”.

Es que para el constitucionalismo liberal imperante en el siglo XVIII la igualdad jurídica resultaba absolutamente compatible con la mayor desigualdad en otros aspectos, como ser la propiedad. Así lo afirmaba Kant, quien reconocía sin pudor que de

²⁰⁰ Bidart Campos; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ed. EDIAR, T. I-B, p. 356358.-

²⁰¹ Linares Quintana, Segundo V.; Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Ed. Plus Ultra, T 5, p. 58.-

esa manera “el bienestar de uno depende mucho de la voluntad del otro (el del pobre depende de la del rico).”²⁰² Ello fue lo que intentó corregir el constitucionalismo social a través del reconocimiento de la función social de la propiedad.

Lo antes señalado, supone la aplicación de los principios de la justicia social al derecho de propiedad, lo que implica asignarle una función no sólo individual, sino también social, por cuanto debe ser usada para alcanzar el *bien común*. No debe entenderse ello como una vulneración al derecho de propiedad, que subsiste incólume, sólo que sujeto a la razonable reglamentación en pos del beneficio de la comunidad.

Conforme enseña Bidart Campos, la función social de la propiedad proporciona base para limitaciones (que califica como ‘sociales’) que tomen en cuenta el derecho a un ambiente sano, el derecho de los consumidores y usuarios, los derechos relacionados con el trabajo y la seguridad social.²⁰³ A ello se puede agregar el derecho de acceso a la información pública, que implicará un límite al derecho de propiedad cuando este tipo de información sea producida o administrada por particulares, como ser el caso de las industrias contaminantes, o de las empresas concesionarias de servicios públicos.

Cabe finalmente poner aquí de resalto que a contrario de otras constituciones provinciales²⁰⁴, la bonaerense no hace referencia alguna a la función social de la propiedad, en una omisión incomprensible a esta altura de la evolución del mencionado concepto constitucional. Por supuesto que la propiedad ha sido limitada de otras formas, establecidas en la legislación civil o administrativa, a través de restricciones y servidumbres que afectan su uso y goce. Ello muestra la relatividad del derecho, su carácter no exclusivo, y no sujeto a perpetuidad, ya que puede extinguirse mediante la expropiación.

El derecho internacional de los derechos humanos exhibe entre sus normas al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” y que “la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.-

Entrando ahora en el análisis de la figura de la “expropiación”, cabe señalar en éste punto que la Constitución de la provincia reitera aquí los términos del artículo 17 de la Constitución nacional, cuando dispone que “la expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”.

Por supuesto que la norma en estudio regula la expropiación llevada a cabo por el Estado Provincial en ejercicio de su ‘potestades’, aunque con salvaguarda de los principios que emanan de la Constitución nacional. Estos son: el principio de legalidad, la calificación de utilidad pública del bien a expropiarse, y la previa indemnización que debe hacerse efectiva en cabeza del propietario expropiado.

Abordando también esta norma *el principio de legalidad*, éste implica que sólo puede decidirse la expropiación a través del dictado de una *ley* en sentido formal, ello significa ley emanada de la legislatura provincial y conforme los requisitos constitucionales para su dictado. Con ello queda descartada por inconstitucional toda expropiación decidida por decreto del ejecutivo, y aún más por decisión de cualquier otro órgano estatal de inferior jerarquía. Asimismo, esta ley debe contener necesariamente la calificación de utilidad pública exigida por el texto constitucional.

En la Provincia de Buenos Aires contamos con la Ley de Expropiación N ° 5.708²⁰⁵, que consagra el principio de legalidad a través de su artículo 3, al señalar que

²⁰² Kant, Immanuel; Teoría y Praxis; Ed. Leviatán; p. 45.-

²⁰³ Ob. cit. T. I-B p. 374.-

²⁰⁴ Chaco, Chubut, Misiones, Santa Fe, Catamarca, La Pampa, Salta, Córdoba, San Luis.-

²⁰⁵ t.o. Dto. 8523/1986.-

las expropiaciones deberán practicarse mediante ley especial que determine explícitamente el alcance de cada caso y la calificación de utilidad pública o interés general. Como se advierte, este principio queda satisfecho con: a) el dictado de una ley en sentido formal; b) la calificación de utilidad pública o interés general; c) la determinación ‘en cada caso’ del alcance de la expropiación. En caso de tratarse de expropiación de inmuebles afectados por calles, caminos, canales y vías férreas, y sus obras accesorias en las que la afectación expropiatoria está delimitada y circunscripta a su trazado, la ley señala (en una disposición de dudosa constitucionalidad) que la calificación de utilidad pública queda ‘declarada por la presente ley’.

La *calificación de utilidad pública* se configura como otro requisito que viene impuesto por el texto constitucional. La oportunidad y conveniencia de tal declaración queda sujeta al criterio de las autoridades de gobierno, no obstante lo cual debe encuadrarse dentro de los parámetros de la razonabilidad constitucional, que habrá de ser valorada por los jueces en caso de impugnación judicial. En este orden de ideas la ley establece que el trámite previo a la expropiación deberá contener un informe del organismo técnico a quien corresponda la efectivización y utilización de la misma, para conocer la utilidad que ella brindaría a sus planes y tareas (art. 4, segundo párrafo). Su existencia, por otra parte, habilita al expropiado a iniciar el juicio de expropiación (art. 41 Ley 5708).

Ha señalado en éste sentido la Suprema Corte de la Provincia que: “La administración pública no puede expropiar sin autorización legal, ni puede haber expropiación sin ley que califica como de utilidad pública lo que ha de expropiarse (Art. 17 CN; 27 Const. Prov.; 2511 Cod. Civ.).

Esta declaración constituye un requisito indispensable para la procedencia de la expropiación – inversa o regular – y de no mediar ello todo avance arbitrario de la administración encuentra respuesta en las vías ordinarias (acciones reales, interdictos, daños, etc.; art. 41 Ley 5708)²⁰⁶

Bidart Campos, a su vez, ha dicho que la exigencia de ‘utilidad pública’ para expropiar representa una garantía constitucional en resguardo del derecho de propiedad de los particulares.²⁰⁷ Finalmente, la Constitución exige la recomposición económica al expropiado, a través de la indemnización, que debe ser previa, ello es, anterior *a la transferencia* de la propiedad.²⁰⁸

La indemnización ha de ser *integral y actual*, esto es, debe resarcir al expropiado de modo tal de que a éste no le irroque perjuicio alguno la expropiación. Para ello, la indemnización debe comprender el *valor real* del bien expropiado.

Que sea actual, significa que no debe verse afectada por la depreciación que sufra la moneda de pago. Sin embargo ha señalado la Suprema Corte de la Provincia que: “Si bien la indemnización expropiatoria debe ser justa, actual e integral y que ninguna ley puede modificar ni subvertir los principios de raigambre constitucional, ello no empece a que la Ley 23.928 funcione en toda su operatividad desde que su dictado obedeció a la necesidad de mantener el equilibrio de las prestaciones sin que pudieran admitirse excesos provenientes de las actualizaciones por índices, evidentemente violatorios del derecho constitucional de propiedad (art. 17 CN, art. 10 CP)”²⁰⁹. No compartimos el criterio del máximo tribunal provincial, ya que la aplicación de la Ley 23.928 con la prohibición de toda indexación que esta impone, lleva a desconocer el

²⁰⁶ Cfr. SCBS, Rodríguez de Paladino, S. y otra c. Pcia. de Buenos Aires s/ expropiación inversa”, 28/5/2003.-

²⁰⁷ Ob. cit., T. I-B p. 379.-

²⁰⁸ No a la desposesión, que puede ser previa al pago de la indemnización. Adviértase que conforme el Art. 43 de la Ley 5708 la expropiación no queda configurada sino hasta tanto se haya transferido el bien al dominio del expropiante, haya desposesión, y pago de la indemnización respectiva.-

²⁰⁹ Cfr. SCJBA, “Provincia de Buenos Aires c. S.A. José A. Trussi y otros s. expropiación”, 18/4/2000.-

efecto que tiene la depreciación monetaria sobre el monto indemnizatorio, que de esta forma deja de ser ‘integral’ y ‘actual’, perdiendo su carácter resarcitorio.

La ley 5708 establece las reglas para fijar las indemnizaciones (Art. 8/16), y entre ellas, las siguientes: 1) las indemnizaciones deben ser fijadas en dinero y con expresión de los precios o valores de cada uno de los elementos tomados en cuenta para fijarlos; 2) comprenderán el justo valor de la cosa o bien a la época de la desposesión y los perjuicios que sean una consecuencia forzosa y directa de la expropiación; 3) también debe comprender los intereses del importe de la indemnización calculados desde la época de la desposesión, excluido el importe de lo depositado a cuenta de la misma; 4) no se pagará lucro cesante; 5) el valor histórico, artístico y panorámico del bien expropiado podrá ser indemnizado cuando sea el motivo determinante de la expropiación; 6) el valor de los bienes debe regularse por el que hubieren tenido si no hubiesen sido declarados de utilidad pública, o la obra no hubiera sido ejecutada o autorizada.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (art. 21.2).-

Artículo 32.

“Se ratifican para siempre las leyes de libertad de vientres y las que prohíben el tráfico de esclavos, la confiscación de bienes, el tormento, las penas crueles, infamia trascendental, mayorazgos y vinculaciones de toda especie, debiendo ser enajenable toda propiedad.”

Con origen en el artículo 29 de la Constitución Provincial de 1873. Su antecedente es el art. 159 de la Constitución Provincial de 1854. Concuerta con los Art. 10, 16, 20, 29 y 31.

Este artículo reitera principalmente una serie de disposiciones que se encuentran en los artículos 15, 17 y 18 de la Constitución Nacional, sólo que aquí la norma resulta enfática al señalar que se ratifican ‘para siempre’.

Ello permitiría suponer – en principio - que el convencional constituyente provincial pretendió *petrificar* estos contenidos en la Constitución bonaerense, vedando la posibilidad de que sean eliminados en una futura reforma constitucional.

Si bien es sabido que estos principios hacen a la esencia de un sistema de derecho fundado en el respeto a los derechos humanos, por lo que su vigencia debe ser defendida en todo momento, no creemos de buena técnica constitucional la incorporación de cláusulas que declaren la existencia de contenidos constitucionales inderogables, o aún “petrificados”²¹⁰.

En cuanto a su contenido, la *libertad de vientres* y la *prohibición del tráfico de esclavos* encuentran su antecedente en las sesiones de la Asamblea General Constituyente del Año XIII²¹¹, en una decisión política ciertamente de avanzada para la época, teniendo en cuenta la realidad en otros países o regiones del mundo por aquél entonces.

Esta garantía no ha perdido actualidad, a pesar de que la esclavitud como modo formal de producción prácticamente ha desaparecido, ya que especialmente en los países subdesarrollados, el problema del denominado ‘trabajo esclavo’ aún es muy grave, al someter el individuo a condiciones indignas ya no de trabajo, sino de vida. En el mes de Junio de 2005 el Director General de la OIT presentó a la Conferencia Internacional del Trabajo el segundo informe global sobre el Trabajo Forzoso, observando que en aquél año se han calculado por primera vez que existen como mínimo 12,3 millones de víctimas del trabajo forzoso en todo el mundo, de las cuales 9,8 millones son explotadas por agentes privados, incluidas más de 2,4 millones sometida al trabajo forzoso como resultado de la trata de seres humanos. Los 2,5 restantes son víctimas de trabajo forzoso impuesto por el Estado o por grupos insurgentes.²¹² Nuestro país no está ajeno a este fenómeno, ni tampoco la Provincia de Buenos Aires.

En relación con las disposiciones sobre la propiedad del artículo anterior, aquí se establece la prohibición de la confiscación de bienes, de los mayorazgos y vinculaciones de toda especie, así como la regla de la libre disposición de toda propiedad. Su fuente también se encuentra en la Asamblea General del Año XIII, como señalamos en el comentario del artículo 31.

Como señala Alberto Dalla Vía, la ‘inviolabilidad’ de la propiedad tiene como opuesto a la ‘confiscación’, de manera tal que todo aquello que resulte violatorio del derecho constitucional de propiedad es confiscatorio.²¹³

La abolición de los mayorazgos y vinculaciones resulta ser una consecuencia necesaria de los derechos de igualdad civil proclamados por los primeros gobiernos argentinos después de la independencia. Así lo indicaba Joaquín V. González, señalando también que estas instituciones pertenecen a la naturaleza de las monarquías y aristocracias, donde se reconocen privilegios de sangre y de nacimiento, o distinciones de condición social.²¹⁴ Su fuente también se encuentra en la Asamblea del Año XIII,

²¹⁰ Es que según nosotros lo entendemos, el derecho no puede – ni podrá – detener el avance de las valoraciones sociales, y cuando estas hacen eclosión ningún sentido tiene que una norma pretenda petrificarse y resistirse en palabras a su reforma, que indefectiblemente llegará algún día. Pero dicha reforma – de sobrevenir – no deberá ser en desmedro de los derechos y garantías que se extraen de esta norma, sino que teniendo como norte el *principio de progresividad de los derechos humanos*, habrá de procurar afianzar y maximizar su efectiva vigencia en el marco de un Estado democrático.

²¹¹ Libertad de los Esclavos Extranjeros. “La Asamblea General ordena que todos los esclavos de países extranjeros, que de cualquier modo se introduzcan, desde este día en adelante, quedan libres por el sólo hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas”. Fdo. Carlos Alvear, Presidente. Hipólito Vieytes, secretario. Sesión del jueves 4 de febrero de 1813.

²¹² Según el Informe General relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (num. 29), y al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (num. 105) “Erradicar el Trabajo Forzoso”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza. Disponible en www.ilo.org.

²¹³ Dalla Vía, Alberto R.; Derecho Constitucional Económico, Ed. Abeledo Perrot, p. 240.-

²¹⁴ González, Joaquín V.; Manual de la Constitución Argentina, Ed. La Ley, p. 97.-

que elimina estas restricciones a la libre disponibilidad de la propiedad en la sesión del 13 de agosto de aquél año.

Finalmente la norma contiene garantías sustanciales que hacen al debido proceso legal, en cuanto prohíbe los tormentos, las penas crueles y la ‘infamia trascendental’. Sobre el punto cabe recordar que la Reforma a la Constitución Nacional del año 1994 otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, que impone a los Estados la adopción de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para impedir actos de tortura que esté bajo su jurisdicción. Dicha obligación resulta extensible a los Estados Provinciales en el marco de su competencia, y su incumplimiento puede implicar la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Esta prohibición alcanza a cualquier método, técnica o procedimiento de presión tendientes a extraer del acusado reconocimientos que voluntariamente se ha negado a efectuar y que puedan perjudicarlo²¹⁵, ello en el marco de un proceso judicial, que no necesariamente debe reducirse al proceso penal, sino a cualquier otro susceptible de admitir algún tipo de confesión judicial.

La Constitución prohíbe la imposición de ‘penas crueles’. Cabe señalar que si bien la imposición de ‘penas’ es facultad delegada por las provincias al Congreso Nacional (art. 75 inc. 12 CN), lo cierto es que el agravamiento de las condiciones de privación de la libertad por las autoridades penitenciarias provinciales pueden acarrear la existencia de una ‘pena cruel’ prohibida por la Constitución Provincial. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Vertbitsky, H.”²¹⁶.

También las Naciones Unidas a través del Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes, dictó "sus Conclusiones y Recomendaciones", respecto del caso argentino, el 10 de diciembre de 2004.²¹⁷ Allí el Comité recomendó especialmente para el caso de la Provincia de Buenos Aires, la prohibición inmediata de retención de menores en dependencias policiales; el traslado a centros especiales de los menores que actualmente se encuentran en dependencias policiales; y la prohibición del personal policial de realizar detenciones de menores por "motivos asistenciales" en todo el territorio nacional.

Finalmente, esta norma se complementa con la disposición de la Constitución Nacional²¹⁸ que establece que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.-

Artículo 33.

“Ninguna persona será encarcelada por deudas en causa civil, salvo los casos de fraude o culpa especificados por ley”.-

Con origen en el Art. 30 de la Constitución Provincial de 1873. Concuerda con los Art. 10 y 20.-

²¹⁵ Padilla, Miguel M., Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías, Ed. Abeledo Perrot, p. 450.-

²¹⁶ CS, 03/05/2005, publicado en Revista La Ley del 25/08/2005. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a un habeas corpus colectivo presentado por el Director del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), que denunciaba el agravamiento en las condiciones de detención de las personas alojadas en establecimientos policiales y/o en comisarías superpobladas de la Provincia de Buenos Aires, lo que para el tribunal importaría trato cruel, inhumano o degradante, susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado Nacional.

²¹⁷ □ CAT/C/CR/33/1 33º Período de Sesiones 15 a 26 de noviembre de 2004.-

²¹⁸ Art. 18 “in fine”

Cabe precisar en primer lugar que, como hemos señalado en el comentario al artículo anterior, la tipificación de los delitos no corresponde a la legislatura provincial, sino al Congreso Nacional, por delegación expresa hecha por el constituyente conforme lo dispone el artículo 75 en su inciso 12. No obstante ello, esta norma contiene una prohibición que resulta extensible a todo proceso civil, con la excepción de los casos de fraude o culpa especificados por ley.

La misma se configura como una garantía y un aspecto del derecho a la libertad personal, que no podrá verse afectada con motivo del incumplimiento de una deuda²¹⁹. Ello significa que el sujeto de las obligaciones civiles responde de sus deudas exclusivamente con sus bienes, pero no con su persona²²⁰

Un supuesto de excepción, en la legislación federal, se dará en los casos de evasión simple o agravada tipificada por la Ley 24.769 (Régimen Penal Tributario), en las cuales debe haber omisión en la determinación del tributo realizada por el contribuyente y dolo tendiente a lograr tal evasión (Art. 1 y 2 Ley 24.769)..

El principio aquí establecido posee jerarquía constitucional luego de la Reforma de 1994 a la Constitución Nacional, ya que el artículo 7.7 de la CADH establece que: “Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por cumplimiento de deberes alimentarios”. En este sentido la legislación nacional tipifica el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley 13.944.-

El sistema de derechos humanos con jerarquía constitucional también se integra con el artículo 11 del PIDCP, que establece: “Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir con una obligación contractual”.

Artículo 34.

“Los extranjeros gozarán en el territorio de la Provincia de todos los derechos civiles del ciudadano y de los demás que esta Constitución les acuerda”.

Con origen en el artículo 32 de la Constitución Provincial de 1889. Tiene como antecedente el artículo 31 de la Constitución Provincial de 1873. Concuerdia con los artículos 59, 191 (incs. 2 y 3).

Esta norma, encuentra su equivalente en el artículo 20 de la Constitución nacional, que reconoce a los extranjeros el goce en todo el territorio de la Nación de todos los derechos civiles de ciudadano.

Es consecuente también con el Preámbulo de esta Constitución, que extiende los fines de la misma para el pueblo ‘y para los demás hombres que quieran habitar su suelo’, en forma similar a la declaración que hace el Preámbulo de la Constitución Nacional.

Aquí se advierte claramente que la influencia de Juan Bautista Alberdi no se limitó a la Constitución Nacional, sino que se hizo extensiva en el caso, a la

²¹⁹ Según así lo indica el “Diccionario de Derecho Constitucional” [Coordinador, Miguel Carbonell], Edit. Porrúa/UNAM, Mexico, pag.493, la “prisión por deudas” es un procedimiento de apremio consistente en la privación de la libertad del deudor, que se utiliza para tratar de lograr a petición y a favor del acreedor, el cumplimiento de deudas originadas por actos o hechos de carácter civil”

²²⁰ Es ésta una regla civilizadora y humanizadora del derecho, que también obliga al legislador a no volver a regular procedimientos de “apremio personal” o “corporal. Recordamos aquí que en el orden nacional la institución fue regulada por la Ley 50 del 14/11/1863, de “Procedimientos de los Tribunales Nacionales”, y suprimida por la Ley 514 de 1872.-

Constitución bonaerense. Pensaba el autor de ‘Las Bases’, que países como la Argentina necesitaban del elemento extranjero (y concretamente del ‘europeo’) para engrandecerse, ya que sólo éste podría traer su civilización, industrias e ideología a nuestro territorio. Sin duda alimentado por un prejuicio desfavorable hacia la población local y su capacidad de progreso²²¹ (probablemente atribuible al espíritu de su época), lo cierto es que Alberdi fue el gran promotor de una política de Estado claramente inmigratoria que definió a la Argentina desde sus comienzos, y que aún persiste, posibilitando que el elemento poblacional de nuestro país se conforme con una diversidad y riqueza excepcional.

Para ello era necesario garantizar a los extranjeros a través de la Constitución y las leyes, sus hábitos y costumbres (principalmente a través de la tolerancia religiosa), y los derechos reconocidos a todos los argentinos, especialmente el derecho de propiedad, de trabajar, de comerciar y de transitar, lo que finalmente fue volcado en la letra de la Constitución nacional.

Como principio el artículo bajo examen sólo instituye los derechos ‘civiles’, sin hacer mención alguna a los derechos ‘políticos’. No obstante, las sucesivas reformas a la Constitución Provincial fueron estableciendo algunos derechos políticos ‘activos’ y ‘pasivos’ de los extranjeros.

Así, el artículo 59 luego de la Reforma del año 1994 normativiza el derecho y el deber al sufragio a los extranjeros ‘en las condiciones que determine la ley’, si bien el texto de 1934 ya les reconocía el carácter de electores bajo ciertos requisitos, en las elecciones municipales (art. 182 inc. 2).

Cabe señalar no obstante, que en el ámbito municipal la Constitución mantiene las disposiciones que regulan los derechos políticos de los extranjeros, actualmente contenidas en el artículo 191 inciso 2 y 3, a cuyo comentario remitimos.

Frente al silencio constitucional, y no obstante el derecho al sufragio que reconoce el artículo 59, no tiene el extranjero derecho a postularse a cargos electivos provinciales. En la misma situación se encuentra el nacional ‘naturalizado’, no obstante lo cual la Suprema Corte de la Provincia en el caso ‘De Narváez’²²² reconoció el derecho de un ciudadano colombiano naturalizado argentino a postularse como candidato a gobernador de la provincia.

Finalmente cabe señalar que cuando la Constitución hace referencia en este artículo a ‘los derechos civiles del *ciudadano*’, parece reconocer la existencia de una ciudadanía provincial, además de la nacional, lo que ha generado no pocas dudas y debates en el ámbito constitucional.

Ya la Constitución nacional resulta un tanto ambigua al respecto, al utilizar sin demasiado rigor los conceptos ‘ciudadanía’ y ‘nacionalidad’, no obstante ello, la reforma introducida al artículo 75 inc. 12 que pretendió superar esta aparente sinonimia²²³, que aún choca con la redacción de los artículos 8, 20 y 21 de la Constitución nacional, que sugieren la unificación de estos conceptos.

²²¹ “Haced pasar el *roto*, el *gaucho*, el *cholo*, unidad elemental de nuestras masas populares, por todas las transformaciones del mejor sistema de instrucción: en cien años no haréis de él un obrero inglés que trabaja, consume, vive digna y confortablemente”. *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*; Ed. Plus Ultra, p. 90.-

²²² “Apoderado del MOPOBO y otros v. Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires”, SCBA, 20/10/2007.-

²²³ Conforme nos enseña Germán Bidart Campos, amén que la *nacionalidad* a secas es un concepto sociológico que vincula al hombre con una *nación*, y que no depende por eso del derecho positivo de los estados, la ‘nacionalidad política’ es la situación jurídica con que un hombre es investido por el derecho positivo del estado en relación al mismo ‘estado’ según un criterio que aquél derecho adopta (por ej., el lugar de nacimiento, o la nacionalidad paterna, o la naturalización, o el domicilio, etc.). Por otro lado, la ‘ciudadanía’ es una cualidad jurídica del hombre que consiste en un ‘status’ derivado del derecho positivo, cuyo contenido está dado por el ejercicio de los derechos políticos (Bidart Campos, G., *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, Ed. EDIAR, T. I-A, p. 613/4).-

El artículo 8 en particular establece que “*los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás*”. En el mismo sentido, el artículo bajo examen hace referencia a ‘los derechos civiles del ciudadano’ (de la provincia).

Pese a ello, María Angélica Gelli afirma, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el sistema nacional existe una única ciudadanía, la argentina, y que “no obstante, en virtud de la autonomía provincial, los entes locales organizan sus poderes y el derecho electoral pudiendo establecer, en éste, requisitos de nacimiento o residencia a los fines del ejercicio del sufragio activo y pasivo en el orden local”.²²⁴

Artículo 35.-

“La libertad de enseñar y aprender no podrá ser coartada por medidas preventivas”.

Con origen en el artículo 32 de la Constitución Provincial de 1873. Concuerda con los artículos 36 inc. 5, 36 inc. 8, 38, 42, 144 inc. 18, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204 y 205.

La libertad de enseñar ha sido definida por Joaquín V. González como “el derecho que todo hombre tiene para ejercer ese ministerio conforme a la naturaleza, a la ciencia y a las leyes del país. La primera determina el grado de los conocimientos, la segunda los principios o procedimientos, y la tercera las condiciones de idoneidad y de capacidad que el poder legislador establezca (artículo 16)”.²²⁵ Ella implica también la libertad y pluralismo de cátedra²²⁶. Por su parte, la libertad de aprender significa el derecho a no ser obligado a recibir una enseñanza determinada.²²⁷

El Estado debe velar para que estos derechos gocen de la máxima vigencia, y para ello habrá de asumir un rol activo en este ámbito. Señalaba a su tiempo Joaquín V. González que la educación y el desarrollo de las facultades son una condición esencial de toda organización política, y que los Estados que no atendiesen este deber no serían Estados libres.²²⁸

²²⁴ Gelli, M. A.; Constitución de la Nación Argentina, Ed. La Ley, segunda edición, p. 53. Aún así, *sostiene en éste punto Santiago J. Martín*, en una muy fundada postura, que a pesar de los problemas interpretativos que aún subsisten, la nueva redacción del artículo 75 inc. 12 CN marca un claro sentido terminológico, que a nuestro entender permite afirmar que en el sistema constitucional los términos ‘ciudadanía’ y ‘nacionalidad’ ya no deben equipararse. Ello debe incluir a la Ley 346 actualmente vigente en la materia, que unificó ambos conceptos, con lo que también merece una reforma.

Por lo tanto, si bien es un concepto equívoco, la *ciudadanía provincial* sólo puede referirse, en nuestro sistema federal de estado, a la potestad de ejercer los derechos políticos activos y pasivos en la conformación de los poderes de gobierno provinciales.

En consecuencia, sostiene que el artículo 20 de la Constitución nacional hace referencia a los extranjeros que gozan de los derechos ‘civiles’ del ciudadano, excluyendo de esta forma a los ‘políticos’, que no les son reconocidos. Lo mismo cabe afirmar del artículo bajo comentario.

Siendo así, y resultando necesario equiparar los términos de la Constitución nacional respecto de la provincial, puede afirmarse, según este autor, que sin bien ‘nacionalidad’ hay una sola, habrá tantas ‘ciudadanías’ como entidades autónomas (en nuestro estado provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) con facultad de conceder derechos políticos. Este argumento choca claramente con la redacción del artículo 8 de la CN, que asimila los términos bajo análisis, manteniendo una sinonimia que el sistema pretende abandonar conforme quedó claro luego de la reforma al artículo 75 inc. 12 de la CN en el año 1994. -

²²⁵ González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina (1853/1860); Ed. La Ley, p. 133.-

²²⁶ Jiménez, Eduardo P., Derecho Constitucional Argentino, Ed. EDIAR, t. II, p. 499.-

²²⁷ Jiménez, Eduardo P., Ob. cit., p. 499.-

²²⁸ González, Joaquín V., Ob. cit., p. 132.-

No compartimos la idea de quienes asignan un rol subsidiario al Estado en la materia, sosteniendo que se debe dejar a la actividad privada que cubra las necesidades en el campo educacional, interviniendo aquél sólo para suplir las insuficiencias.²²⁹ Es que la educación en nuestro país ya no tolera nuevos embates ni abandonos, como los sufridos especialmente en los últimos veinte años, razón más que suficiente para que el Estado asuma el papel central que le corresponde.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires así lo entendió, ya que luego de establecer que la familia es el agente educador y socializador primario, afirma que la educación es responsabilidad indelegable de la Provincia (art. 198). No obstante ello, sus facultades habrán de ser ejercidas cuidando siempre, como señala la norma en comentario, de no coartar estos derechos con medidas preventivas.

Debe tenerse presente como una característica de nuestro federalismo, que la Constitución nacional, a diferencia de la norteamericana, sí concede facultades en materia de instrucción pública al gobierno federal, principalmente a través de sus artículos 75 incisos 18 y 19. Los estadounidenses, por el contrario, las dejaron libradas al deber de cada uno de los Estados que forman la federación.

En este sentido establece el artículo 75.19 que corresponde al Congreso sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional pero respetando las particularidades provinciales. Estas habrán de ser desarrolladas luego a través de la legislación complementaria que cada provincia sancione a tal efecto. Estamos en consecuencia frente a una facultad concurrente entre el Estado nacional y los Estados provinciales.

Siendo así, la Constitución nacional asigna a las provincias el deber de asegurar la educación primaria, como condición bajo la cual el gobierno federal les garantiza el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5 CN), en tanto la nación debe dictar planes de instrucción general y universitaria (art. 75 inc. 18 CN), aplicables en todo el territorio del Estado.

Luego de la Reforma a la Constitución nacional del año 1994 y por imperio del artículo 75 inciso 19, la legislación emanada del Congreso Nacional debe respetar las particularidades provinciales y locales. Asimismo, las facultades provinciales en materia de educación deberán ajustarse a los principios que surgen de dicha norma, a saber: responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos, la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna, la gratuidad y equidad en la educación pública estatal, y la autonomía y autarquía universitarias.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires contiene varias normas relacionadas con la educación, incluidas en su mayoría en la Sección VIII Art. 198 a 205) a cuyo comentario remitimos.

También cabe destacar la mención que se hace al derecho que tienen las personas con discapacidad a la educación en establecimientos especiales (art. 36.5), el deber de la Provincia de promover la educación para la salud (art. 36.8), a la educación para el consumo (art. 38), y el derecho a obtener un título profesional sin más condición que la de exigir exámenes suficientes de acuerdo con las reglamentaciones respectivas (art. 42).

Artículo 36

²²⁹ Padilla, Miguel M.; Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías, Ed. Abeledo Perrot; t. II, p. 91.-

“La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:

- 1.- De la Familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material.***
- 2.- De la Niñez. Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos.***
- 3.- De la Juventud. Los jóvenes tienen derecho al desarrollo de sus aptitudes y a la plena participación e inserción laboral, cultural y comunitaria.***
- 4.- De la Mujer. Toda mujer tiene derecho a no ser discriminada por su sexo, a la igualdad de oportunidades, a una protección especial durante los estados de embarazo y lactancia, y las condiciones laborales deben permitir el cumplimiento de su esencial función familiar. La Provincia promoverá políticas de asistencia a la madre sola sostén de hogar.***
- 5.- De la Discapacidad. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados.***
- 6.- De la Tercera Edad. Todas las personas de la Tercera Edad tienen derecho a la protección integral por parte de su familia. La Provincia promoverá políticas asistenciales y de revalorización de su rol activo.***
- 7.- A la Vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos. Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma.***
- 8.- A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico-dependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización.***
- 9.- De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan.***
- 10.- De los Veteranos de Guerra. La Provincia adoptará políticas orientadas a la asistencia y protección de los veteranos de guerra facilitando el acceso a la salud, al trabajo y a una vivienda digna.***

Con origen en la Convención Reformadora provincial de 1994, tiene como antecedente el Art. 4 inciso 3° de la Ley 11.488-

Esta norma no se puede considerar sino desde la idea de promoción del derecho a la igualdad real, pensada ella como la eliminación de arbitrarias discriminaciones entre personas. Ella se inscribe en el ámbito del denominado modelo “Estado Social de Derecho”, y traza la guía para que el estado provincial elimine los obstáculos que impiden el desarrollo de los derechos humanos de aquellos “colectivos” que soportan situaciones desventajosas y desiguales. Desde esta visión, en línea con la constitución nacional, el artículo consagra los derechos humanos denominados en doctrina como de “segunda generación”.

Dice Norberto Bobbio que la razón de ser de los derechos sociales como el derecho a la salud, al trabajo, a la educación *es una razón igualitaria*. Los tres tienden a hacer menos grande la desigualdad, entre quien tiene y quien no tiene, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales respecto a individuos más afortunados por nacimiento y condición social²³⁰. En esto, se puede trazar un puente entre este artículo 36 y el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Federal, que dispone la obligación para el Congreso de adoptar medidas de acción positiva en relación a cuatro grupos – niños mujeres ancianos, y personas con discapacidad - específicos que titularizan derechos sociales. A diferencia de la regla nacional, en este caso la norma se encuentra dentro de la parte dogmática lo que para nosotros resulta ser un acierto a diferencia de aquella.

Respecto al contenido de ésta norma, el mandato del artículo 36 tiene por sujeto pasivo al Estado Provincial, lo que significa una obligación para los tres poderes estadales. Es que hoy la igualdad supone de parte del Estado -no sólo el no actuar para garantizar la igualdad- sino una serie de acciones, que *remuevan* los *obstáculos* de tipo *social, cultural, político y económico* que limiten de hecho la desigualdad entre los hombres. Ese contenido que se ha llamado “medidas de acción positivas” como explicara el maestro Germán Bidart Campos – comentando el artículo 75 inc. 23 CN– significan prestaciones de *dar* y de *hacer* a favor de la *igualdad*, a efectos de posibilitar el desarrollo integral de la persona promoviendo el acceso efectivo al goce de los derechos personales de las tres generaciones por parte de todos los hombres y sectores sociales²³¹.

Encontramos similares normas el constitucionalismo provincial²³², que han integrado – a su modo – los derechos de estos colectivos al ideario constitucional de los diversos estados provinciales argentinos.-

Es de subrayar entonces, la identificación que el constituyente provincial hace de determinados grupos, sobre los cuales direcciona esas acciones positivas del Estado provincial:

1) De la familia: Se identifica como primer grupo a la familia. Al respecto vale la pena pensar que la norma se puede relacionar con algunos contenidos de la Carta

²³⁰ Ver Norberto Bobbio Ob. cit., p. 149.

²³¹ Germán Bidart Campos, “Tratado de Derecho Constitucional argentino TIB”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, pp. 72 y 76.

²³² Como por ejemplo, la Constitución de Córdoba que enumera derechos sociales del trabajador en el artículo 23; de la mujer en el artículo 24; de la niñez en el artículo 25; de la juventud en el artículo 26; de la discapacidad en el artículo 27 y de la ancianidad en el artículo 28. En otros casos las otras Constituciones locales han decidido incluir directamente capítulos como por ejemplo la Constitución de Salta con el capítulo III (Art. 31 a 36), Constitución de Santiago del Estero en el capítulo V (Art. 70 a 83); Constitución de Formosa en el capítulo IV (Art. 68 a 76) o la Constitución de Catamarca en el artículo 65.

Magna federal que dispone la “protección integral de la familia” en su artículo 14 bis, en una fórmula de las llamadas programáticas. Respecto a la nomenclatura del 36 vale la pena recordar que “la familia” no es un sujeto con personalidad propia sino que con esta voz se designa colectivamente al conjunto de las personas físicas que son parte de ella, por que hablar de “derecho de la familia” ha de significar “derechos de las personas físicas en sus relaciones de familiar, tanto dentro de la familia como frente al Estado y a terceros ajenos a ella”²³³. Respecto a estos espacios personales el Estado provincial estará obligado a dar medidas, acciones que provoquen la eliminación de los obstáculos que impidan un desarrollo integral de la familia como núcleo primario y central de la sociedad.

Otro puente que podríamos labrar, es con relación al artículo 75 inc. 23 CN en cuanto este se refiere a la *seguridad social* aludiendo al *niño* y a la *madre*, en tanto que uno ostenta una *relación familiar* y la otra un *estado civil de familia*. Respecto a la familia también cabe mencionar la necesaria correlación con varias normas contenidas en los convenios internacionales de derechos humanos que hoy poseen la misma jerarquía que la constitución federal²³⁴

En esta línea, la Suprema Corte Provincial ha dicho que “La supremacía del interés familiar se encuentra implícita en cuanto el art. 14 bis de la Constitución nacional, consagra como valor precípua “la protección integral de la familia”, y en un instrumento que de ningún modo contrapone los intereses del menor y los de su grupo familiar sino que por el contrario, los complementa y armoniza: la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20-XI-1989, aprobada en nuestro país por ley 23.849 y posteriormente incorporada al texto de nuestra Constitución nacional por la Reforma de 1994 “.²³⁵

2) *De la Niñez*: Tanto este punto, como el anterior, el siguiente, el ítem que hace referencia a la mujer, apuntan a reforzar el crecimiento del niño, de la persona en un ámbito de libertad y respecto por su identidad. La cual se tutela y conforma, hasta la tercera edad. Observemos que la norma –art.36- atiende las necesidades de la persona en relación a las diferentes etapas cronológicas por las cuales atraviesa la persona, así como la protección integral que tendrá que desplegar el estado en relación al género, la discapacidad, etc.

La Provincia debe entonces, promover la protección y protección integral del niño, y en ese duro camino se ha ido desplegando la tarea legislativa y judicial de los últimos años en el ámbito bonaerense. En este período se ha gestado un Sistema de Protección Integral de la Niñez a partir del dictado de nuevas normas y pronunciamientos judiciales, ello a fin de cumplimentar no solo el mandato constitucional sino los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional²³⁶.

²³³ Germán Bidart Campos, “Tratado de Derecho Constitucional argentino TI-B”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001, pag. 218.

²³⁴ Cabe mencionar entre ellas, al Pacto de San José de Costa Rica que estipula que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17.1), reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 17.2 y 3); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2 y 3).-

²³⁵ SCPBA, AC 76515 S 19-2-2002.

²³⁶ Es interesante señalar aquí, que el SPIN, se integra por la siguiente normativa: leyes 13.634, 13645, 13772, 13797, 13814, 13821. En esta etapa tanto la Suprema Corte de la Provincia, Ministerio Público, y Tribunales Inferiores, han motorizado el cambio a través de sus pronunciamientos y resoluciones. Con el objeto de concentrar la información en relación a los avances y puesta en funciones de este sistema, el Ministerio Público de la Pcia. de Buenos Aires, a través de su página web, presenta todo el bloque legislativo provincial, así como los pronunciamientos alcanzados por el superior tribunal de la provincia en relación con la temática de protección integral del niño y adolescente provincial.

3) *De la Juventud*: En relación a este punto, podemos decir que no obstante no hacerse referencia expresa, se integra en el sistema de protección integral consignado precedentemente. Este inciso apunta de manera concreta al desarrollo de las aptitudes de los jóvenes de la provincia, y su participación en los asuntos públicos, para lo cual, claramente el “Primer Estado Argentino” deberá desplegar los mecanismos y herramientas a fin de que tales derechos se consagren de manera acabada.

Ya señalaba Germán Bidart Campos que hoy, y particularmente luego de operada la reforma constitucional de 1994, el Estado Argentino ha asumido una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional con relación a la vigencia real y no meramente formal de los derechos humanos, concluyendo luego, en línea con éste pensamiento nítidamente progresista, que “carece de coherencia con el derecho internacional, todo derecho interno que no hace suyo el principio de primacía del primero sobre el segundo, porque éste principio consta claramente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”²³⁷. Creemos sinceramente que en el logro eficiente de tal implementación, nos va el restablecimiento de la paz social.

La idea central de éste análisis, es la de presentar una modalidad más para de gestionar la conflictividad infanto-juvenil, acorde con el esquema constitucional vigente, que privilegie la libertad para poder resolver autónomamente nuestros propios conflictos sin necesidad de que se nos impongan soluciones generales, que aparten a los chicos y chicas del núcleo social al que pertenecen

Reconozcamos nuestras debilidades y exploremos nuestras fortalezas, para así poder edificar un futuro mejor; para *toda nuestra infancia y adolescencia*, porque si una enseñanza nos han dejado los años pasados es que nuestros niños latinoamericanos son tan sabios, tan tiernos, y tan frágiles; que merecen al menos, ser parte de lo mejor que hemos sabido concebir: la democracia y los derechos y garantías que ella conlleva.

4) *de la Mujer*: Como ya mencionamos se propende a partir de esta norma la protección de la mujer, particularmente cuando se encuentre en estado de gravidez, y también se busca reforzar sus derechos, o mejor dicho la tutela de los mismos, al subrayar que no puede recibir un trato desigual por su doble condición: mujer embarazada. Acompaña así lo normado por la carta magna nacional en el art.75 inc.23.-

Se resalta aquí que no puede ser discriminada la mujer por su “sexo”. Bien señala en éste punto Juan Carlos Wlasic²³⁸ que “ (...) el Siglo XIX, figuras como Mariquita Sánchez de Thompson, Eduardo Mansilla, Manuela Gorriti y Juana Manzo analizaron ésta realidad críticamente, advirtiendo sobre los padecimientos de la mujer frente a reglas sociales férreas y la necesidad de desarrollar su propia autonomía”, Sabido es que luego, a finales del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX, aparecen personajes como lo fueron Alicia Moreau, Cecilia Grierson y otras, que se incorporan a la vida universitaria, social y política de la Nación. Posteriormente, y bajo el impulso de Eva Duarte, se dicta la Ley por la que se instituyó el voto femenino para las elecciones nacionales.-

Aún así, tales avances no han logrado demoler aquellas discriminaciones fácticas, que no solo han requerido en el pasado, sino aún más requerirán en el futuro un duro trabajo para su superación.-

Por tal razón el constituyente provincial impone aquí un fuerte mandato a los poderes públicos provinciales, tendiente a la superación de la mencionada situación d e

²³⁷ Bidart Campos, Germán “El Derecho Constitucional Comunitario” Edit. EDIAR, 1996, pag.27.-

²³⁸ Wlasic, Juan Carlos “Manual Crítico de Derechos Humanos” Edit. “La ley”, oag.348.-

vulnerabilidad en que se encuentra la mujer Argentina, en este caso, residente en la Provincia²³⁹

5) *de la Discapacidad*: Se ha dicho al respecto de ésta grave cuestión que “Las obligaciones de autoridades y particulares en beneficio de quienes padecen una discapacidad, no son de mera tolerancia sino que deben transformarse en acciones positivas, de manera que el principio de igualdad consagrado constitucionalmente se vea reflejado en hechos precisos y determinados, en actos bien definidos y en prácticas concretas.

Como correlato de ello, es que podemos admitir aquí un reclamo que se origina más allá del mero “interés”, para perfeccionarse como un auténtico derecho²⁴⁰. (...)” La reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 23 de la Carta Magna) impone que el Estado debe asumir la concreción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los discapacitados, así como que en la Provincia de Buenos Aires contamos con normas que conducen al otorgamiento de puestos de trabajo.

Es Por ello que el Juez provincial, debe interpretar las normas existentes a la luz del principio de acción positiva²⁴¹. Es la pertenencia a un grupo y no los caracteres individuales de cada miembro el presupuesto que se requiere para asumir estas acciones.

Si bien su realización implica un mandato que va dirigido al Poder Legislativo, ellas pueden ser tomadas en cuenta por los jueces con el fin de orientar en la interpretación judicial de las causas sometidas a su decisión.”

Así, ha sostenido en éste punto la alta Corte provincial, que (...) “Existe la posibilidad de trascender, en las especialísimas circunstancias del caso, el marco estricto y a la vez estrecho -si se lo interpreta cerradamente- de la pretensión y su réplica, aprehendidas en forma literal. Sobre la base de los principios fundamentales contenidos tanto en la Constitución de la Nación como en la de la Provincia, que exigen prioritaria atención al problema de la discapacidad, al cobijo de la tutela judicial continua y efectiva que consagra el art. 15 de la carta magna local, una particularísima circunstancia acaecida en la causa permite hacer pie en ella para otorgar el sentido postulado a la decisión a adoptarse. Es la conducta de la propia Municipalidad, que expresara en su presentación de fs. 172 vta. Allí ofreció un permiso de uso de espacios públicos en diversos lugares alternativos, atendiendo a la discapacidad del demandante y procurando hallar salida a su problema. Mediante esa propuesta superadora, ha tenido lugar una suerte de allanamiento parcial al sentido último de la pretensión, exteriorizando una voluntad razonablemente componedora. A todo esto, la conducta de

²³⁹ No debe olvidarse aquí que la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (que hoy Posee jerarquía Constitucional, a tenor de lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22 de la CN) define en su Art. 1 el concepto de “discriminación contra la mujer”, como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social cultural y civil o en cualquier otra esfera”. La norma en comentario sigue el mandato especificado en el texto fundamental federal, con base en ésta clara definición tuitiva de los derechos de la mujer.-

²⁴⁰ SCBA, B- 58760, 7-3-2007.-

²⁴¹ Estas acciones positivas, han sido concebidas como estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales [concepto éste, extraído del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Estado], y tienen como objetivo el establecimiento de una igualdad de hecho entre un grupo dominante y un grupo discriminado. En principio, no tienen por finalidad la igualdad entre los individuos, aunque, obviamente, el mejoramiento del grupo trae el de los individuos que lo forman

las partes en el proceso es pauta primera de interpretación (doctrina del art. 163 inc. 5° del CPC. de la Nación). (...) “El actor no es una persona desvinculada del municipio que pretende un puesto de venta en un lugar y por un tiempo determinado. Por el contrario, se trata de su concesionario que solicita la prórroga del contrato haciendo valer la prioridad que le otorgan las leyes. Su situación, debe analizarse a la luz del marco que prevé el artículo 39 inc. 3° de la Constitución provincial y sin perder de vista que su esencia gira en torno a la inserción y mantenimiento en la vida activa de las personas afectadas por una discapacidad de modo que, no obstante ella, puedan prestar un servicio útil a la sociedad y, a la vez, asegurarse para sí medios de subsistencia. No entenderlo así implica preterir los principios contenidos en la Constitución nacional y en su similar provincial con relación a la necesidad de protección de la persona discapacitada (arts. 75 inc. 23, primer párrafo, Const. nac. y 36 inc. 5°, Const. Prov.).²⁴²

6) *De la Tercera Edad*: En este punto el artículo se relaciona con el 14 bis párrafo tercero de la Constitución federal que desarrolla la protección de la “seguridad social”; y también con el artículo 75 inc. 23 CN que se refiere a las medidas de acción positiva respecto a los derechos de los ancianos. La norma tiene un efecto enorme, pues conllevará una obligación para el Estado provincial de procurar hacer efectivo el goce de los derechos humanos a las personas que estén pasando este espacio temporal de la vida, para lo que se deberá por los tres poderes a través de acciones concretas promocionarlos. Queda desde ésta expresión jurídica, claramente evidenciado que el Estado deberá dar una “protección integral” a los habitantes de la Provincia que se encuentren transitando por el “cenit” de su vida, siendo en consecuencia de carácter alimentario las prestaciones derivadas de normas previsionales, pues sirven para cubrir los riesgos de subsistencia y ancianidad.

7) *A la Vivienda*: Muy a pesar de la enorme cantidad de la población de nuestra provincia que no tiene ni vivienda, ni tampoco expectativa de llegar a poder acceder a ella, esta regla jurídica pervive para impedir que el Estado provincial omita generar planes (disponiendo sus esfuerzos económicos) para lograr que mediante ellos más cantidad de personas puedan tener el acceso a una vivienda digna.

El revés de esta regla será su carácter programático, lo que implica la imposibilidad de exigir su contenido prestacional directamente, aunque de todos modos exista la posibilidad de peticionar frente a la Administración la necesidad de que año tras año fije procedimientos o planes promocionales para que los habitantes de la Provincia tengan la posibilidad de adquirir viviendas económicas financiadas²⁴³.

8- *A la Salud*. “El derecho a la salud de los habitantes (art. 36 inc. 8° Constitución provincial) implica que la actividad estatal -o en su caso la privada- no generen situaciones que la pongan en peligro genérico, siendo obligación del Estado mantener los establecimientos públicos de la salud, poniendo a disposición los medios técnicos para que tal asistencia se realice conforme las reglas de la ciencia y el arte médicos, no siendo obstáculo para ello la falta de reglamentación de ese elemental derecho constitucional.

Así, se ha sostenido en éste punto, que “(...) El derecho a la salud -que requiere de un análisis en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social,

²⁴² SCBA, Causa N ° 58760, 7-3-2007.-

²⁴³ La vía adecuada, será en éste caso, y frente a omisiones concretas por parte del Estado Provincial de cumplimentar su obligación de promover “planes de vivienda”, será plantear en juicio, la “inconstitucionalidad por omisión”. Recomendamos ver, para ahondar en ésta peculiar figura jurídica y su viabilidad en juicio, de Germán Bidart Campos “Las Obligaciones en el Derecho Constitucional” EDIAR, 1988.-

para lograr así contornear su genuino perfil- penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas, correlato de lo cual resultan normas como la ley 24.754, que pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias (art. 14, 28 y 75 inc. 18 y 32 de la CN.), asentir a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales -las entidades de medicina prepaga- y a recientes potenciadas patologías²⁴⁴.-

Bien señala aquí Humberto Quiroga Lavié²⁴⁵, que el reconocimiento explícito del derecho de los profesionales competentes de la salud a participar del proceso de producción y comercialización, resulta ser un importante aporte del texto fundamental provincial, toda vez que al ser tutelado éste derecho por el Art. 43 CN., “(...) las asociaciones de éstos profesionales, reconocidas y registradas, podrán interponer acciones para que el derecho se haga efectivo”.-

Cabe agregar a lo expuesto, que ante el bien jurídico tutelado "derecho y protección de la salud", el mismo incluye los medicamentos -por su condición de bienes sociales-, y en función de ello, le cabe al órgano jurisdiccional en causas sometidas a su jurisdicción, procurar evitar que el fin perseguido por esta vía se cercene o frustre en el decurso del proceso. Ello así, toda vez que cualquier demora en la satisfacción de éste tipo de pretensiones, se traduciría en definitiva en un detrimento al derecho a la salud y aun a la vida, cuestión ésta que los jueces o tribunales no pueden soslayar so pena de reducir el derecho a una mera abstracción y, a la misma manda constitucional, en un mero catálogo de ilusiones²⁴⁶.

No cabe duda entonces, que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires instituye expresamente entre los derechos sociales los correspondientes a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, consagrando en forma expresa que el medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud. Existe una obligación en cabeza de la demandada enmarcada en las normas constitucionales que garantizan el referido derecho²⁴⁷

9) *De los Indígenas.* La evolución respecto al trato jurídico para con los pueblos originarios ha sido interesante en nuestro país. En la Constitución federal originaria, de 1853 se incluía dentro de las atribuciones del Congreso el "...proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo" (art. 67 inciso 15). La reforma de 1994, a más de cien años de aquellas normas, produce un cambio muy importante con la incorporación - también entre las facultades del Congreso de la Nación – del inciso 17 que dispone "reconocer la

²⁴⁴ (Cfr. SCJBA, “N., d. c/ F., S. s/ Reclamo contra actos de particulares” En voto del Dr. Negri) y también, en igual sentido, que “Existe peligro respecto a que si no se provee el servicio eléctrico por parte de Edenor S.A, el menor pueda ver afectada su salud, tornando la demora en la protección al derecho en ineficaz, no pudiendo obtenerse la cautela por medio de otra medida precautoria. Todo ello, teniendo en cuenta el derecho a la vida de toda persona (art. 12 Const. Pcial.) , el cual se comunica con el derecho a la salud previsto por el art. 36 incisos 2 y 8 de la Ley Suprema Pcial, y en cuanto tales normas prevén el cuidado preventivo, y el acceso a la salud en los aspectos preventivos asistenciales y terapéuticos, considerando al "medicamento" por su condición de bien social como integrante del derecho a la salud, y agregamos, en el caso el uso de artefactos terapéuticos –nebulizador” CONB Art. 12 ; CONB Art. 36 Inc. 2 ; CONB Art. 36 Inc. 8 CC0001 LM 257 RSI-75-2 I 18-7-2002

²⁴⁵ Cfr. Quiroga Lavié, Humberto “Constitución...” Comentada, citada, pag.89. Enfatiza el destacado constitucionalista, que “(...) los derechos colectivos existen con la misma operatividad que los individuales, incluso en el texto de la Constitución Provincial” Recomendamos, para ampliar ésta temática, la lectura de la obra de Eduardo Jiménez “Los Derechos Humanos de la Tercera Generación” EDIAR, 1997.-

²⁴⁶ Cfr. CC0002 SM 55094 RSI-146-4 I 27-4-2004 , Juez SCARPATI (SD). CARATULA: Amato, Marta Myriam c/ Unión Personal s/ Acción de amparo Mag. votantes: Scarpati - Occhiuzzi-Mares

²⁴⁷ Cfr. SCJBA, B 64393 S 2-3-2005, Juez NEGRI (SD) “Falcón, Andrea c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo” Mag. votantes: Negri-Roncoroni-Hitters-Genoud-Kogan .-

preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, entre otros contenidos, y dejando a favor de las provincias la capacidad para ejercitar competencias concurrentes.

Otra norma en enorme trascendencia, posterior a las reformas de 1994 es el Convenio 169 de la OIT sobre "Convenio Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes", que fuera ratificado en el año 2000 por nuestro país y que posee jerarquía superior incluso a las leyes nacionales, posándose por encima de las normas provinciales. El mismo prevalece sobre todas las leyes nacionales y provinciales. Toda la legislación inferior debe adaptarse a las normas del Convenio. Una diferencia importante respecto a las fórmulas gramaticales resulta ser que mientras la provincia “reivindica la existencia” la Constitución federal “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, fórmula mucho más ajustada a la realidad pues los pueblos a los que se refieren ambas reglas han sido quienes han habitado previamente nuestro suelo, y respecto de los cuales no habría que reivindicar solamente sino admitir que han preexistido como primer paso, para luego sí, reivindicar su existencia actual, con una regulación adecuada y protectora de sus intereses.

Cierto es que la protección dada por el constituyente provincial, es inferior a la ofrecida por la Constitución Nacional. Enfatizamos por ello la clara prevalencia del texto federal en todo cuanto no haya sido regulado – o bien se hubiese omitido regular - en la norma estadual.-

10): De los Veteranos de Guerra: En realidad ésta resulta ser una indicación genérica del constituyente provincial, que sin referirse expresamente al conflicto bélico de “Malvinas”, lo hace suyo con sus prescripciones. Lamentablemente, en nuestro país ha quedado la huella de la – heroica pero a la vez nefasta experiencia - vivida por una generación de argentinos en el conflicto armado de Malvinas.

Las personas que participan de este tipo de conflagraciones, siempre denotan una vez finalizado, huellas, físicas o psíquicas. Interesante resulta ser esta indicación de la carta magna local, pues obligará a los tres poderes provinciales a llevar adelante una política diferenciada respecto a este grupo, otorgando beneficios particulares desde cada una de esas afecciones. De todos modos – aunque abogamos porque nuestro país – que como toda Nación del orbe, no se encuentra exenta de participar en una conflagración bélica -, pueda resolver todos sus conflictos en forma pacífica y conforme a derecho²⁴⁸, aunque la norma provincial resulta mandato idóneo para cualquier situación de veteranía de guerra.-

Recordamos aquí que el propio Humberto Quiroga Lavié ha señalado también la utilidad de ésta norma para dar operatividad en juicio a los derechos de éste peculiar “colectivo”, especificando que las asociaciones de “ex combatientes, debidamente registradas y reconocidas, pueden impetrar las acciones colectivas pertinentes en defensa de sus derechos²⁴⁹

²⁴⁸ Así lo expresa, a modo de mandato la Cláusula Transitoria 1 ° del Texto Constitucional Federal respecto a la recuperación de las Islas Malvinas, en cuanto enuncia que “La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional” a lo que agrega que “La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios del Derecho Internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino

²⁴⁹ Quiroga lavie, Humberto “Constitución...” citada, pag. 89/90, expresando que ha sido acertado por parte del convencional constituyente agregar en forma específica a éste “colectivo” que no ha sido expresamente incorporado en el Art. 43 de la Constitución Federal

Lo cierto es que una norma como la comentada es el mínimo gesto reivindicativo que la Provincia de Buenos Aires y la Nación toda pueden efectuar respecto de nuestros héroes de Malvinas, tan olvidados en los tiempos que corren.-

Artículo 37

Todos los habitantes de la Provincia gozan del derecho a recibir, a través de políticas efectivas de acción social y salud, las utilidades producidas por los juegos de azar, debidamente creados y reglamentados por ley.

La Provincia se reserva, como derecho no delegado al Estado Federal, la administración y explotación de todos los casinos y salas de juegos relativas a los mismos, existentes o a crearse; en tal sentido esta Constitución no admite la privatización o concesión de la banca estatal a través de ninguna forma jurídica. La ley que reglamente lo anteriormente consagrado podrá permitir la participación del capital privado en emprendimientos de desarrollo turístico, en tanto no implique la modificación del apartado anterior.

La norma tiene origen en la Convención Constituyente Provincial de 1994

En éste caso, la enunciación del primer párrafo del artículo, tiene una necesaria vinculación con la definición política habida en su segundo y tercer párrafo.

Es que cuando el Estado decide monopolizar la comercialización de actividades lúdicas, en vez de prohibirlas directamente, en atención al efecto nocivo que ellas habitualmente conllevan, ésta decisión solo puede tener como fin que las utilidades producidas por los juegos de azar se destinen a fines nobles, directamente indicados en la norma, como sucede en el caso de Autos.-

El Constituyente reformador de 1994, ha explicitado que la Provincia se reserva, como derecho no delegado al Estado Federal, la administración y explotación de todos los casinos y salas de juego relativas a los mismos, existentes o a crearse. Es que como también ha ratificado la jurisprudencia provincial en éste punto, “(...) la facultad de reglamentar los juegos de azar está reservada a las jurisdicciones provinciales, en virtud del principio general que rige la distribución de competencias que surge de la Constitución Nacional, según el cual los poderes de las provincias son originarios e indefinidos, en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos”²⁵⁰

Es claro que la definición política habida en el 2 ° párrafo de la norma, referida a la no admisión de la privatización o concesión de la banca estatal a través de ninguna forma jurídica, se deriva de las intensas negociaciones que el Estado Federal [Hoy Lotería Nacional Sociedad de Estado], al traspasar los Casinos Nacionales del territorio bonaerense a jurisdicción de la Provincia, concertó con el gremio de los trabajadores de los casinos – ahora provinciales – a fin de evitarse su privatización, aunque se admita la participación del capital privado en emprendimientos de desarrollo turístico, en tanto ello no implique la modificación del expreso mandato habido en la norma constitucional.-

²⁵⁰ Cfr. SCJBA Autos “Cadegua SA. C/ Municipalidad de Junín”, Causa B-5386, Ac. 2078, del 18/2/03.-

Coincidimos aquí de todos modos con Humberto Quiroga Lavié²⁵¹ en cuanto sostiene que éste reconocimiento no implica el establecimiento de una mera norma jurídica, sino mas bien, de un programa político sobre la inversión de las utilidades que esta actividad genera.-

Artículo 38

Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz.

La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores.

La norma tiene origen en la Convención Provincial Reformadora de la Constitución en 1994. Su antecedente se ubica en el Art. 4 inciso 3 ° de la Ley 11.488.-

Esta etapa histórica denominada “postmodernidad” se caracteriza por la consumación del fenómeno capitalista, en términos de profundo imperio radicalizado de la utilidad, de crisis del sujeto consciente y de las grandes ideologías, de desarrollo del consumo y de los medios de comunicación de masas a niveles antes nunca imaginados, de crisis del Estado y formación de una superficie social segmentada, con sectores diferenciados. La segmentación del capitalismo genera usuarios y consumidores desprotegidos, a los que el sistema debe amparar diseñando modelos de protección.

La velocidad con que se mueven los factores de mercado han creado la necesidad de una trama regulatoria que disponga instrumentos y mecanismos para la protección del consumidor. Es que el derecho del consumidor o del consumo como algunos lo denominan ha alcanzado un desarrollo importante a partir de la reforma de la Constitución nacional de 1994 con la inclusión del artículo 42.

Es en ese mismo período temporal que el constituyente local decide incluir esta norma.

Advierte Mossett Iturraspe que la aparición de estas normas viene a colocar reglas y compromisos de protección para el sujeto más débil del mercado. Los más economicistas desde ya, ven como una interferencia de por sí cualquier derecho, con pretensión de regular el mercado. En el espacio más clásico el mercado libre pretende una regulación por el mercado mismo, autónoma y autosuficiente. En esta lógica el consumidor no necesita de normas tuitivas o de defensa. Del otro lado la corriente indica que el consumidor es el soberano del mercado, quien lo dirige o gobierna y no un esclavo del mercado, que requiera ser liberado. La información no viene desde afuera sino conviviente en el mercado, con base en desaciertos y caídas²⁵².

El objeto de esta cláusula – al igual que su equivalente federal la que resulta llamativamente más completa – será como muy bien lo advierte Germán Bidart Campos, intervenir sobre ese espacio del *mercado* para que la *libertad* y la *competencia* retraigan su presencia en la medida que desde estos vectores se configuren abusos de prácticas comerciales, prácticas monopólicas, etc. Se pone énfasis en vigilar el mercado,

²⁵¹ Quiroga Lavié, Humberto “Constitución...” Ya citada, pag. 94/95. Señala además allí el autor citado, que “La reserva de la provincia como potestad no delegada al Gobierno Nacional, de todos los juegos de azar que disponga la legislatura, es una decisión legítima y válida del Poder Constituyente local, y no contradice ninguna norma de nivel nacional. También lo es la privatización de dichos juegos, así como la habilitación a que el capital privado participe en emprendimientos turísticos.-

²⁵² Jorge Mosset Iturraspe, Defensa del consumidor, Editorial Rubinzal y Culzoni, pág. 11.

frenar abusos en las prácticas comerciales, y tutelar derechos, hacen de eje a la interpretación que asignamos al art. 42. Ha de presidir esta interpretación la convicción de que se ha querido proteger como *interés jurídico relevante* todo lo que tiene relación con las *necesidades primarias y fundamentales* que el consumo, los bienes y los servicios deben satisfacer a favor de las personas²⁵³.

En cuanto a la norma, ésta puede ser dividida para su análisis – siguiendo a Scionfrini – en un primer párrafo referido a los derechos a las personas que actúen en calidad de consumidores y usuarios, para que luego en el segundo párrafo se regulen los bienes y valores que en el mercado con dimensión pública e relacionan con el bienestar general²⁵⁴.

Cabe recordar en este aspecto, que el Estado puede aparecer no sólo como *responsable directo* por los servicios que presta de manera deficiente – en esto la matriz de esta norma producirá una modificación enorme en el ámbito del derecho administrativo que se relaciona a la prestación de servicios públicos – como de manera indirecta por omisión, cuando el control o la vigilancia en el cumplimiento de su poder de policía resulta ser nulo o con enormes problemas. Analicemos la norma provincial en sus contenidos.

Respecto al primer párrafo, primero se debe analizar quienes son esas personas que revisten calidad de consumidores y usuarios de servicios públicos. Al respecto la ley 24.240 (modificada por ley 24.568, 24.787 y 24.999) dice “la presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada”.

Es importante resaltar que la normativa de consumidores generará todo un entrecruzamiento con lo que son las reglas civiles (contratos) y de comercio (contratos comerciales, y regulación de las actividades de comercio); mientras que la normativa referida a los usuarios se superpondrá con las reglas administrativas referidas a la regulación de servicios públicos – teléfono, luz, transporte, gas entre otros – los que ahora deberán ser revisados con estas nuevas reglas, tanto los que sean de carácter federal (cuando se ejecuten en el territorio local) como provincial.

Estamos ante un derecho-deber - como en todos los derechos de tercera generación - . Esta matriz tiene base en la raíz colectiva que anida en este tipo de prerrogativas de pertenencia de todo el conjunto social, y sobre el que cada una de las personas del grupo social detenta una cuota parte como en un gran condominio imaginario. Los contenidos de estos derechos incluyen:

- *la obligación de protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad*”. La regla jurídica tiene por objeto el proteger la persona que se denomina consumidor. Coincide con los artículos 5 y 6 de la ley nacional de protección del consumidor. La protección frente a riesgos para la salud implica que el producto no produzca daños a quien lo utilice. Este tipo de seguridad para el sujeto con más desventaja en la relación implica para él también una obligación: el no modificar el destino de ese producto, propio y normal y previsible. Se alude al riesgo a la salud y no daño

²⁵³ Germán Bidart Campos, “Tratado de Derecho Constitucional argentino TIB”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 218.

²⁵⁴ Ernesto Cionfrini, “La protección de los mercados y la competencia en la constitución nacional”, Doctrina Judicial, La Ley año XVI, N °. 27, 31.V.2000, citado por Germán Bidart Campos, “Tratado de Derecho Constitucional argentino TIB”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 253.

porque lo que primará en este aspecto es un rol preventivo lo que implica la posibilidad de actuar ex post ante, a efecto de evitar el daño antes de que el mismo se produzca en concreto.

- *a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz.* La información es el tema el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge y regula. Imperativo de buena fe lealtad en la relaciones negociables²⁵⁵. La información en este aspecto serán los datos sobre el bien o el servicio y los riesgos que pudiera generar respecto a la salud o la seguridad del consumidor. Vale la pena aclarar que información no es necesariamente publicidad. En un caso se trata de captar la atención del consumidor para que adquiera el producto – publicidad – y en el otro en realidad se le deberá dar detalles sobre el bien o servicio para que la persona tenga una idea cierta del objeto de su relación de consumo o sobre el funcionamiento del servicio público en el caso de que sea usuario. El vicio de información se refiere a aquel que induce al consumidor a comportarse en forma perjudicial a su salud a su seguridad, o bien aquel contenido en el mensaje que potencialmente genera una expectativa falsa sobre el desempeño del producto o del servicio o abusa de la confianza ofendiendo o aprovechándose de la inexperiencia o ingenuidad.

En el segundo párrafo, se reglan las obligaciones para la Provincia, que deberá generar políticas en materia de:

- *educación para el consumo:* la educación para el consumo que - como dice Germán Bidart Campos - implica “globalmente, colocar al consumidor y usuario en situación suficiente para conocer, ejercer y exigir todos los derechos que emergen de la cláusula constitucional de protección”²⁵⁶. Esto incluye la intervención tanto en el ámbito formal o material.
- *procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos:* esto sugiere la necesidad de que la provincia establezca - mediante políticas locales - tribunales arbitrales para que en la Provincia los consumidores y usuarios por causas que en muchos casos resultan ser de menor cuantía, puedan solucionar sus conflictos en ámbitos extrajudiciales.
- *la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores:* Por último se ordena que la provincia que intervenga de manera activa en la *constitución de asociaciones de usuarios y consumidores*. Esto no significa que el Estado las constituya sino que ponga en cabeza de los consumidores el conocimiento para que luego puedan agruparse en este tipo den organizaciones que facilitan la defensa de las personas afectadas por el mercado a los que la constitución denomina consumidores y usuarios. Estas asociaciones agrupan personas que están interesadas en la defensa del consumidor, persona invisible – aquel que no se ve, pero que sufre problemas en la sociedad de consumo - coadyuvando en el logro de los objetivos de la protección de estas clases frente a un mercado que sin reglas y controles puede abusar en perjuicio de la parte más débil.

Se vincula con estas personas jurídicas que “apoderan” los intereses de la clase denominada consumidores y usuarios, cuando se encuentran agraviados derechos de

²⁵⁵ Mosset Iturraspe J. y Lorenzetti R. L., “Defensa del consumidor ley 24240”, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994.

²⁵⁶ Germán Bidart Campos, “Tratado de Derecho Constitucional argentino TIB”, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 258.

incidencia colectiva o simplemente *colectivos* como los califica el primer párrafo del artículo 20.2 de esta constitución.

La mención resulta ser un elemento muy satisfactorio frente a la omisión de la que adolece el artículo 20.2 en cuanto a la legitimación procesal de estos entes, porque por su ubicación en la cláusula específica esta regla puede servir de base para dar ingreso a estas organizaciones en procesos judiciales o prejudiciales en representación de la clase.

Finalmente, y a modo de balance, no podemos dejar de mencionar que esta norma carece de muchos elementos que sí tiene la cláusula de la Constitución federal (artículo 42 CN). Por regla de supremacía federal, (artículos 5 y 31 CN), el piso de protección para los bonaerense serán los contenidos dictados por el constituyente federal, los que la provincia en su espacio territorial autónomo no puede dejar de aplicar. Es una lástima que el constituyente local no haya aprovechado su potestad autónoma para desde ese piso, producir una mejora de aquellas reglas.

Artículo 39

El trabajo es un derecho y un deber social.

1.- En especial se establece: derecho al trabajo, a una retribución justa, a condiciones dignas de trabajo, al bienestar, a la jornada limitada, al descanso semanal, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil.

A tal fin, la Provincia deberá: fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador y ejercer en forma indelegable el poder de policía en materia laboral; propiciar el pleno empleo, estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo; promover la capacitación y formación de los trabajadores, impulsar la colaboración entre empresarios y trabajadores, y la solución de los conflictos mediante la conciliación, y establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo.

2.- La Provincia reconoce los derechos de asociación y libertad sindical, los convenios colectivos, el derecho de huelga y las garantías al fuero sindical de los representantes gremiales.

3.- En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador.

4.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 inciso 12 de esta Constitución, la Provincia garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la substanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquellos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo.

La norma tiene origen en lo actuado por la Convención Reformadora Provincial Bonaerense de 1994. Su antecedente se encuentra en el Art. 4 inciso 3° de la Ley 11.488.-

Estamos ante la norma que regula en el ámbito local el derecho social de segunda generación por excelencia. Esta norma se inscribe en las que forman parte del

constitucionalismo social, que tuviera su mayor expresión en la Constitución de México de 1917 y de Weimar de 1919.

Al respecto, vale la pena recordar que este tipo de derechos, frente a las de primera generación donde se intentaba proteger al hombre como individuo aislado sin vinculación alguna con el resto, consideran al ámbito del ser humano, en su relación con otros que comparten su posición. Son los años en que aparecen los derechos de los trabajadores, de la clase pasiva. Algunas de las características de los mismos se pueden enumerar como:

1. *Derechos sociales*: En esta etapa surgen los derechos sociales, en protección de las condiciones del trabajo, la calidad de vida, la previsión social. El valor fundante será la solidaridad. En este contexto pierde protagonismo el hombre individual, poniéndose las dianas sobre la clase de pertenencia.

2. *Estado de Bienestar - nuevos actores en la división de funciones entre los poderes*. Políticamente estos son los tiempos del Welfare State, o “Estado de Bienestar”. Esto trae como consecuencia el crecimiento del poder de la administración pública, lo que ensancha sus espaldas con una mochila muy difícil de cargar. El ejecutivo como jefe de la administración pública así creará una veintena de carteras para ejercer el poder de policía. Se reciben un racimo de funciones nuevas, que se deberán cumplir o de lo contrario la empresa por la que todos los ciudadanos han concertado el contrato social entrará en crisis. Esto provoca dos fenómenos, uno en el ámbito vertical y otro en el horizontal. En el ámbito horizontal, se muestra en crisis la división de poderes estática. Surge la idea de división de funciones que serán cumplidas (las tres) por los tres poderes. Aparecen nuevos órganos de control como auditorías, sindicaturas, Defensor del Pueblo y además nuevos modos de participación a través de formas de democracia semidirecta como son los plebiscitos, las consultas populares;

3. *Rol preponderante del Gobierno sobre el Parlamento*: La administración pasa a tener un rol preponderante más importante que el del parlamento;

4. *Normas programáticas*. Las normas no prevén derechos de la persona individual, sino que regulan la obligación del Estado de otorgar determinados cánones o estándares que no implican sino un manejo de políticas públicas. Éstas no son exigibles individualmente por la pertenencia social de estas prerrogativas, pero de todos modos surgen luego la idea de las *obligaciones constitucionales*, que permiten al potencial beneficiado exigir frente a la inacción, que el Estado resuelva en tiempo racional adoptar dichos mandatos o por lo menos incluirlos en sus planes de gobierno.

En nuestro país, este tipo de reglas no fueron incluidas en la Constitución histórica de 1853, lo que hacía que en el plano formal las prerrogativas no hayan desembarcado en el más alto nivel. Esto tiene una explicación histórico-política: la primer Constitución tuvo nacimiento entre aires vinculados a las ideas liberales de esos tiempos y sin abreviar en cualquiera de estas nociones que se difundieron recién en las primeras décadas del siglo XX. De todos modos, la omisión nunca implicó que desde los espacios “materiales” las reglas de protección de los trabajadores no tuvieran cabida en el sistema, aunque frente a las garantías que se le daban a los derechos individuales, no resultaba menor la aparición de las nóminas de derechos de segunda generación en el páramo formal para que ello permite compensar en el mismo plano y jerarquía, aquellos denominados derechos individuales de primera generación.

El primer antecedente del reconocimiento formal de estos derechos a nivel constitucional lo tenemos con la reforma constitucional federal de 1949, que incluyó todo este tipo de prerrogativas. Con su derogación por la revolución militar de 1955, la que provocó el renacimiento de la Constitución en su versión de 1853, estos derechos perdieron vigencia formal a nivel constitucional. Tuvieron que esperar dos años - hasta 1957 - para que - vía reforma constitucional de facto²⁵⁷ - aparezcan nuevamente en el sistema, incluidas en la apurada síntesis que esa reforma pretendió dar en el artículo 14 bis. Por suerte hoy, esa anomalía se subsanó con la reforma de 1994 que consolidó esa norma. Pues bien, estamos ahora en la regla provincial que define con mejores perfiles este tipo de prerrogativas para el ámbito local.

En cuanto a la descripción de este derecho, cabe señalar que el sujeto activo titular del derecho es la persona física - el hombre - aunque también pueden titularizar ésta prerrogativa personas de existencia ideal como pueden ser asociaciones o personas jurídicas. Los sujetos pasivos son tanto el estado (relación de empleo público) y los demás hombres o mujeres (personas físicas o jurídicas). El contenido del derecho implica poder elegir libremente una ocupación, una actividad, el aspecto secundario significa poder elegir la actividad y disfrutar de su rendimiento económico.

El artículo se divide en cuatro puntos: el primero dedicado al derecho al trabajo y sus contenidos; el segundo referido a la libertad sindical y el derecho de asociación con esos fines; el tercero considerando la seguridad social, y el cuarto para apropiarse el constituyente de algunos contenidos relacionados a la relación de empleo público para los trabajadores del Estado provincial.

Nos parece sumamente sugerente la inclusión de las ideas de progresividad e indemnidad en materia laboral. en cuanto a las obligaciones asumidas por los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN), el art. 2.1 establece: "Cada uno de los Estados parte en el presente pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"²⁵⁸.

Destaca también Albanese que - desde esta perspectiva - corresponde a efectos de implementar los derechos convencionales considerar los indicados principios. Según ellos un Estado falla cuando no dio el paso necesario que la Convención requiere, o cuando no remueve rápidamente un obstáculo para la realización de un derecho, o cuando deja de implementar el ejercicio de un derecho; asimismo falla el Estado cuando no permite alcanzar un estándar mínimo generalmente aceptado de cumplimiento, o cuando aplica una limitación a un derecho reconocido en la Convención que no está de acuerdo con ella.

También entran en esta indebida posición los Estados que provocan demoras o altos deliberados en la progresiva realización de un derecho, a menos que se esté

²⁵⁷ Desde nuestro compromiso democrático no podemos dejar de señalar que esta reforma adoleció de numerosos defectos de los que recordamos el más importante: ella fue convocada por un gobierno militar.

²⁵⁸ Señala en éste punto Susana Albanese ("El sistema universal de protección de los derechos humanos", capítulo XI del texto "Derecho Constitucional", con prólogo de Guiseppe Vergottini, Editorial Universidad, pág. 407/525), que de la expresión "se comprometen a adoptar medidas" surge una obligación inmediata. Una de las primeras medidas consiste en que el Estado parte emprenda una revisión a fondo de toda la legislación pertinente, "con miras a armonizar las leyes nacionales con las obligaciones jurídicas internacionales" (Centro de Derechos Humanos, Ginebra, n. 21, junio 1994). En lo que respecta a los términos elegidos por la Convención: "para lograr progresivamente", se dice que se impone a los Estados "la obligación de avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles hacia la meta de la plena efectividad de todos los derechos mencionados en el Pacto", siendo necesario, una vez más, hacer un uso eficaz de los recursos disponibles para otorgar un efecto útil a los términos convencionales.

actuando dentro de una limitación permitida por el Convenio o por la falta de recursos disponibles.

Finalmente, falla un Estado parte al no someter los informes que le son requeridos de acuerdo con el Convenio²⁵⁹.-

Citando a Nikken, la especialista nos dice luego que "los Estados asumen el compromiso de satisfacerlos (a los derechos económicos, sociales y culturales) hasta el máximo de los recursos disponibles' y, si esto es así, la realización de tales derechos representa una prioridad jurídicamente definida cuyo desconocimiento en la práctica es ilegítimo". Además afirma que no puede verse "progresividad como un mecanismo para despojar de contenido cierto a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Se trata, por el contrario, de un concepto destinado a hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad"²⁶⁰.

Esto en el ámbito local implica la opción hacia un sistema jurídico que descarta de plano las ideas típicas de la última década del anterior siglo en la que las condiciones del derecho a trabajar podían ser carta de renuncia para el logro de mayores inversiones.

Progresividad implica entonces, la objeción respecto a cualquier avance sobre derechos de los trabajadores, que ya fueron consolidados a favor de los trabajadores. Esto en su faz positiva. En su faz negativa, ello implica para la provincia la necesidad de recordar que el constituyente prefiere descartar los llamados planes de flexibilización, porque ha optado por al Progresividad en materia laboral. De todos modos, cabe recordar aquí que la regulación de los aspectos más trascendentes de la relación laboral derivarán de normas que la Constitución nacional ha decidido sean nacionales (art. 75 inc. 12 CN).

Entendemos también auspiciosa la inclusión por parte del constituyente local, de los siguientes contenidos:

1. La obligatoriedad de que los conflictos colectivos de trabajadores estatales deban ser encarrilados desde la negociación colectiva - como bien dice Quiroga Lavié²⁶¹ - y a través de un "organismo imparcial" es muy interesante. Dice el maestro que hubiera sido auspicioso extender la mención a todas las negociaciones colectivas en general. Coincidimos plenamente, aunque era imprescindible esta aclaración para los conflictos en el ámbito del empleo público. El utilizar para esto el ámbito ministerial es un abuso de la posición dominante y una violación de las reglas de imparcialidad.
2. Aparecen las obligaciones para el Estado provincial de fiscalización respecto al modo en que se ejecuta la relación laboral.

Artículo 40

²⁵⁹ Aprobado por un grupo de expertos en Maastricht, 2/6 de junio de 1986, texto reproducido por Naciones Unidas en E/CN.4/1987.-.

²⁶⁰ Nikken, Pedro, "La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo", 1987, Ed. Civitas, IIDH., Madrid, pág. 127 citado por Susana Albanese, "El sistema universal de protección de los derechos humanos", capítulo XI del texto "Derecho Constitucional", con prólogo de Guiseppe Vergottini, Editorial Universidad, pág. 407/525 citado por Susana Albanese, "El sistema universal de protección de los derechos humanos", capítulo XI del texto "Derecho Constitucional", con prólogo de Guiseppe Vergottini, Editorial Universidad, pág. 407/525.

²⁶¹ Humberto Quiroga Lavié, "Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Comentario a las reformas y notas de jurisprudencia", Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires 1995, pág. 99.

La Provincia ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público provincial.

El sistema de seguridad social para los agentes públicos estará a cargo de entidades con autonomía económica y financiera administradas por la Provincia con participación en las mismas de representantes de los afiliados conforme lo establezca la ley.

La Provincia reconoce la existencia de cajas y sistemas de seguridad social de profesionales.

Su origen, data de la Convención Reformadora Provincial Bonaerense de 1994. El antecedente es el Art. 4 inciso 3 ° de la Ley 11.488.-

Cabe correlacionar esta norma con el artículo 125 de la Constitución federal cuando dice: “*las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales*”. Esto implica – como lo ha dicho la Corte provincial - que en materia de seguridad social concurren facultades locales y federales por lo que la primacía del artículo 31 CN no puede entenderse como fórmula que sirva para derogar virtualmente las normas locales que sanciona la legislatura de la provincia en ejercicio de facultades propias²⁶².

De todos modos, no debe dejar de considerarse en éste punto, que el ejercicio de facultades locales concurrentes con el propio ejercicio federal, concurrentes, resulta viable desde el prisma histórico del principio de no interferencia²⁶³.

²⁶² SCBA “Luque Juan Carlos c/Caja de Previsión social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires s/Demanda contencioso administrativa”, B 52.226 del 28.1.90).

²⁶³ La Corte federal ha ordenado históricamente estas facultades. Tomemos el precedente “Mendoza c/Provincia de San Luis”, que se refiere a la concurrencia de la “cláusula del progreso” (art. 75 inc. 18 y 125 CN) el que es perfeccionado por el *standard* propuesto en la causa Botto (Publicado con una magnífica nota de María Angélica Gelli, “La cláusula para el progreso y los límites al poder de policía provincial”, en La Ley 1998-IV, pág. 432), y dice que el principio general es la competencia provincial, pero que dicha regla reconoce excepción en dos hipótesis: a) cuando el Congreso de la Nación, inequívocamente, prohíba - con base en la cláusula del progreso (art. 75 inc. 18 CN) - que dicho poder sea ejercido por las provincias (Es antigua doctrina del Alto Tribunal que esta norma otorga amplios poderes al Congreso de la Nación. Como ejemplo podemos citar precedentes en casos en que por imperio de dicha norma se eximió del pago de impuestos provinciales (caso “Ferrocarriles Argentinos c/Provincia de Santa Fe” publicado en fallos 68:227 1897 en relación a las provincias y “Ferrocarril Central Argentino c/Municipalidad de Rosario” publicado en fallos 104:73 de 1902 en relación a los municipios); b) cuando se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación, contenidos en la normativa federal dictada con fundamento en la citada “cláusula del progreso”. En esta segunda regla, la Corte remite a “hechos empíricamente verificables, a cuya luz debe determinarse si, en las circunstancias de este pleito, la normativa de la Provincia de Buenos Aires dificulta o impide el adecuado cumplimiento del propósito del Congreso de la Nación, contenido en la normativa federal en examen” (considerando 18). Como vemos, se establece nuevamente el principio de *no interferencia*, que ya se aplicaba a los casos de la cláusula del comercio (“Transportes Vidal SA c/Provincia de Mendoza, Fallos 306-516 de 1984) y a la “cláusula de establecimientos de utilidad nacional” (autos “BJ Service Argentina SA c /Provincia de Mendoza s/repetición de impuestos” Fallos 306-1883 del año 1984) extendido ahora a la cláusula del progreso. Ambas excepciones se encuentran en diferentes niveles. Sólo si no se configura la hipótesis del apartado a deberá interrogarse el hermeneuta si se da la hipótesis b. Si alguna de ambas se configura la normativa provincial en principio será constitucionalmente inválida por violar la cláusula del progreso, y por lo ordenado en el artículo 31 CN. Esto - como bien explica la Corte - tiene base en la jurisprudencia de la Corte americana. Allí el ejercicio de competencias concurrentes entre Gobierno Federal y Estados se divide desde la doctrina de la *no interferencia* que indica que la Unión ejercita sus funciones en los territorios de los Estados siempre de manera limitada y restringida a los fines federales que justifican su intervención, mientras que los Estados y los municipios conservan sus facultades y las podrán ejercitar en la medida que dicho ejercicio *no interfiera* el logro de los fines perseguidos por la federación. A modo de resumen hasta aquí podríamos decir que la doctrina de la *no interferencia* implica que la decisión política nacional será la *necesaria* para el logro de los *finés federales específicos*, mientras que los órdenes locales conservan todo su poder, el que se puede ejercitar en la medida que con su ejercicio no se produzca una *interferencia* en el desenvolvimiento de los fines de estas competencias del Gobierno nacional.

Esta reivindicación del constituyente local posibilita, en suma, una actuación de las cajas y regímenes locales, a las que el Estado local deberá considerar en su actividad autónoma.-

Artículo 41

La Provincia reconoce a las entidades intermedias expresivas de las actividades culturales, gremiales, sociales y económicas y garantiza el derecho a la constitución y desenvolvimiento de los colegios o consejos profesionales.-

Asimismo, fomenta la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales, otorgándoles un tratamiento tributario y financiamiento acorde con su naturaleza.-

El origen de la norma data de la Convención Provincial Constituyente de 1994, y su antecedente es el Art. 4 ° inciso 3 ° de la ley 11.488

Esta normativa, que no posee una igual en el texto fundamental federal, ha consolidado en la Provincia de Buenos Aires, un trascendente instrumento que – tributario de la democracia social – implica la habilitación constitucional y legal de entidades intermedias y la colegiación profesional.

Históricamente, ha sido el Derecho Público Provincial quien ha intentado ampliar el marco restringido de participación ciudadana implementado por la Constitución histórica de 1853²⁶⁴, cuyo plan de acción consistía esencialmente en desarrollar un espacio institucional de “democracia gobernada”.-

Ha resaltado desde su constante prédica constitucional Germán Bidart Campos, que en realidad, no es suficiente para abastecer a la democracia, que los derechos civiles y los derechos sociales gocen de efectividad: es menester, es imprescindible, además y también, que haya derechos políticos, libertad política, participación.-

Entonces, el hombre y la mujer, como seres humanos y personas que son, merecen un desarrollo integral de sus necesidades básicas (derechos sociales), pero ante todo, son ellos los que articulan la sociedad democrática porque se constituyen – desde ése perfil – en sus protagonistas²⁶⁵

Claro es que la norma en estudio no ha consagrado en forma expresa la participación de éstas entidades, mediante la consagración de consejos consultivos y asesores²⁶⁶, pero su reconocimiento e institucionalización implica un avance sustantivo

²⁶⁴ Bien señala aquí Hugo Cuelli (Op. Cit. Pag.152), que “El sistema representativo puro, como una de las formas del régimen republicano de gobierno, tendió a restringir la participación de los gobernados en los actos y gestiones de gobierno, ya que los mismos tienden al sufragio como único modo de expresión, con el agravante de que muchas veces, las leyes electorales no responden adecuadamente a los principios de una democracia auténtica”.-

²⁶⁵ Jiménez, Eduardo “Derecho Constitucional Argentino” EDIAR, 2000, T ° II, pag.288. Bien ha dicho Cuelli en el punto (Op. Cit, pag.152), que “El sistema vigente favorece el divorcio y el conflicto entre gobernantes y gobernados, ya que las Políticas de Estado son resorte exclusivo de los representantes elegidos por el voto o de los funcionarios que los mismos designan, cuando paradójicamente existe una red social de organizaciones humanas que pueden constituir un tamiz natural, para formar el consenso necesario que debe acompañar a las gestiones de gobierno”.-

²⁶⁶ Igualmente, fracasó un intento en la Convención Nacional Constituyente de 1994, de incorporar al texto una norma que regule el funcionamiento del Consejo Económico y Social. Destacamos que la norma estadual tampoco reconoció a los Consejos Profesionales, legitimación para obrar en juicio en defensa de los derechos colectivos de

en el punto, que a la fecha, ya se ha dado con mayor precisión en otras provincias argentinas²⁶⁷.-

Respecto de la organización de la colegiación, diversas son las normas infra-constitucionales dictadas en el seno de la provincia, aún con anterioridad del dictado de el mandato constitucional provincial, regulándolo²⁶⁸

Resalta Humberto Quiroga Lavié que esta norma mantendría su vigencia hasta tanto una norma de corte federal prohibiese la colegiación legal de los profesionales²⁶⁹.-

Para finalizar, insistimos en que como la colegiación solo actúa como instrumento de control de la actividad de los profesionales en defensa de la sociedad, no puede ser considerada como atentatoria de las instituciones de la democracia²⁷⁰.

Coincidimos entonces con quienes sostienen que la lucha contra el corporativismo en los espacios de la democracia, debe hacerse a partir del fortalecimiento de las asociaciones intermedias representativas del interés público sectorial, tal como se lo intenta habilitar – aún con las deficiencias antes apuntadas - desde el dictado de la norma en estudio.-

Artículo 42

Las Universidades y Facultades científicas erigidas legalmente, expedirán los títulos y grados de su competencia, sin más condición que la de exigir exámenes suficientes en el tiempo en que el candidato lo solicite, de acuerdo con los reglamentos de las facultades respectivas, quedando a la legislatura la facultad de determinar lo concerniente al ejercicio de las profesiones liberales.

La norma se origina en el Art. 34 de la Constitución Provincial de 1889. Su Antecedente es el Art.33 de la Constitución Provincial de 1873

Dentro de los derechos de primera generación clásicos, encontramos aquel enunciado en el artículo 14 CN “a enseñar y aprender”. El artículo 25 CN., dispone para los extranjeros el derecho a “enseñar las ciencias y las artes”. Luego tenemos el artículo 75 inc. 18 CN con la competencia a favor del Congreso Nacional de proveer lo conducente para el “progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria”.

Posteriormente, con la reforma de la Constitución Nacional en 1994, y la inclusión del inciso 19 en el artículo 75 se disponen los contenidos que deberán tener las leyes de organización y de base en materia educativa: consolidar a la unidad nacional

quienes ellas representan. Aunque como sí lo ha hecho la Constitución Federal (Art. 43, 2 ° párrafo), esta última es la que prevalecerá en el punto.-

²⁶⁷ Córdoba, Art. 32/35; Chaco, Art. 27/29; Formosa, Art.84/86; La Rioja, Art.82/83; Misiones, Art. 30/36; Neuquén, Art. 3/5; Río Negro, Art. 2 y 41; San Juan, Art. 65/67; San Luis, Art. 60; Tierra del Fuego, Art. 29/30.-

²⁶⁸ Pueden ser citados, entre otros, los siguientes: Colegio de Abogados: Ley 5177; Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires; Dec. Ley 5413; Colegio de Farmacéuticos, Ley N ° 6682; Consejo Profesional de la Química; Ley 7020; Colegio de Gestores, Ley 7193; Colegio de Bioquímicos, Ley 8271; Colegio de Escribanos, Dec. Ley 9020/78; Colegio de Veterinarios, Dec. Ley 9686/81

²⁶⁹ Cfr. Quiroga Lavié, Humberto “Constitución...” citada, pag.113

²⁷⁰ Así, ha dicho la jurisprudencia en éste punto, que “Los Colegios Profesionales son organismos puramente profesionales o gremiales, ajenos a la administración y su naturaleza no estatal impide asimilarlos a la autoridad pública a los fines de la impugnación de sus decisiones normativas por vía de la acción originaria de inconstitucionalidad” (Cfr. SCJBA. “Fassio, Daniel y otro c/ Colegio de Martilleros y Corredores Públicos de la Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad” Exp. 1-1506, del 22/10/91.-

respetando las particularidades provinciales y locales; asegurar la responsabilidad indelegable del Estado; asegurar la responsabilidad indelegable del Estado en materia educativa. En este contexto, es sabido que como derivación del Poder de Policía provincial, las provincias argentinas se encuentran constitucionalmente facultadas para reglamentar el ejercicio de las profesiones liberales y la actuación de las Altas Casas de Estudio que se desarrollen en su espacio territorial, y no sean de corte Nacional, aunque ello – por cierto – con las limitaciones impuestas por el Art. 28 del texto fundamental.-

Claro es que la determinación de las incumbencias de los títulos profesionales expedidos por Universidades Nacionales, resulta ser resorte exclusivo de la autoridad nacional, por lo que excedería a los límites reservados a las provincias toda disposición que – emanada de ellas – desconociese los alcances de las citadas incumbencias²⁷¹

Artículo 43

La Provincia fomenta la investigación científica y tecnológica, la transferencia de sus resultados a los habitantes cuando se efectúe con recursos del Estado y la difusión de los conocimientos y datos culturales, mediante la implementación de sistemas adecuados de información, a fin de lograr un sostenido desarrollo económico y social que atienda a una mejor calidad de vida de la población

Su origen data de la Convención reformadora provincial de 1994, y su antecedente es el Art. 4 inciso 3 ° de la Ley 11.488

Haciendo gala de una trascendente especificación, la cuestión regulada en el artículo bajo comentario, no se vincula directamente a la educación sino que centraliza su acento en la investigación científica, que es la actividad que permite el avance sobre la generación de conocimientos. De todos modos la presente norma no podemos pensarla sino dentro de un sistema de educación *formal e informal*.-

Es que la producción del conocimiento, se encuentra históricamente condicionada, ya que ninguna producción cultural nace y se desarrolla con prescindencia de su contexto que, a modo de una matriz sociocultural, constituye la fuente donde se engendra y se desarrolla el pensamiento.-

Por ello es que el constituyente reformador, insta – con acierto – a la difusión de los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de sistemas adecuados de información, vinculando a la investigación científica con el confesado fin de lograr un sostenido desarrollo económico y social, vinculado a la plausible meta de lograr una mejor calidad de vida de la población²⁷².-

En consecuencia, y conforme ésta premisa compartida por nosotros, las formas de conocimiento están ligadas a la forma del ser social, lo que equivale a afirmar que el sujeto que conoce no se separa de su existencia objetiva, lo que definitivamente, condiciona la producción del conocimiento.-

Y allí se encuentra la investigación científica y tecnológica, y si su desarrollo se produce con fondos estatales, la transferencia de sus resultados a los habitantes de la provincia habrá de hacerse necesariamente, con un sentido social, atendiendo al logro del desarrollo sostenible.-

²⁷¹ Cfr. SCJBA, Autos “Beovide, Enrique Horacio s/ Demanda de Inconstitucionalidad” Exp. N ° 1-1187, del 11/12/0984.-

²⁷² Bien se ha dicho en éste punto, que “(...) el conocimiento no es algo existente en sí mismo, ni puede desarrollarse escindiendo de las condiciones materiales de existencia; un pensamiento desvinculado de lo real, funciona en el vacío de la especulación desencarnada y abstracta” (Cfr. Ander Egg, Ezequiel “Técnicas de Investigación Social” Edit. Magisterio del Río de la Plata, Buenos Aires, 23 ° Edic. pag.23).-

Y ello es lo que se ha propuesto el convencional reformador: enraizar al sujeto en las condiciones de su sociedad y el carácter histórico de la producción científica²⁷³

Artículo 44

La Provincia preserva, enriquece y difunde su patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico, y protege sus instituciones. La Provincia desarrollará políticas orientadas a rescatar, investigar y difundir las manifestaciones culturales, individuales o colectivas, y las realizaciones del pueblo que afirmen su identidad regional, provincial y nacional, generando ámbitos de participación comunitaria.

Con origen en la Convención Reformadora Provincial de 1994, su antecedente se encuentra en el Art. 4 inciso 3° de la Ley 11.488

La presente norma se refiere a la protección del patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico. A pesar de que este derecho es uno de los que más rápidamente vienen a nuestra mente cuando hablamos de la tercera generación y las prerrogativas de incidencia colectiva – siguiendo la nomenclatura del constituyente nacional - la norma funda su lógica, esencialmente en el contexto de la segunda generación de derechos fundamentales.

Tan solo en el final de su texto se pueden advertir contenidos que la acercan al tercer ámbito generacional de derechos fundamentales, sobre todo en donde se obliga a la provincia a generar ámbitos de “participación comunitaria”. De todos modos, creemos nosotros que se podrían haber incluido aquí, más elementos que apuntalaran esta lógica, abordando el instituto desde esa visión.

En cuanto al contexto, a pesar de las cuestiones antes apuntadas, y de entender nosotros que esta es la norma más específica al respecto, tampoco podemos dejar de advertir que lo relacionado con el patrimonio cultural también aparece en otros sectores de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en normas que hemos visto ya; repasemos: en el artículo 28, incluyendo el patrimonio cultural junto al natural en el concepto de ambiente, tal como lo hace la Constitución nacional en el segundo párrafo de su artículo 41. Allí se le impone a la Provincia el deber de “garantizar el derecho (...) a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y *culturales*”²⁷⁴.

Vayamos ahora al contenido de este artículo 43: su contenido refiere al goce de los bonaerenses de su *patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico*. Para comprender ésta idea, cabe comenzar por definir primero el concepto de cultura, que es a lo que la norma se refiere. Dice el antropólogo Adolfo Colombres en su libro “Sobre la cultura y el arte popular” que la cultura, en un sentido

²⁷³ Nuevamente señalamos aquí a Ezequiel Ander Egg (Op. Cit. Pag. 25), quien señala que “El conocer no es neutro en su intencionalidad, ya que siempre se conoce para algo”. Esta cuestión alcanza sin duda, entonces, al problema de ¿a quien sirve el conocimiento? El constituyente ha señalado aquí que el conocimiento, y el aporte de la investigación científica para su profundización sirve – cuando conlleva aporte de fondos estatales - para un desarrollo sostenido de la población, que atienda a profundizar su calidad de vida

²⁷⁴ Invitamos al lector a considerar el comentario de esa norma para entender cómo este concepto se incluye dentro del de ambiente en su versión amplia. La segunda mención aparece en el artículo 36.3 3 que trata del deber de la Provincia de eliminar los obstáculos económicos, sociales en pos de lograr igualar a determinados grupos de nuestra comunidad. En ese aspecto la regla dispone que los *jóvenes* tienen derecho (...) a la plena participación e inserción laboral, *cultural* y comunitaria. Siguiendo el recorrido, tenemos el artículo 42 que dispone que la Provincia tiene el deber de difundir los conocimientos y datos culturales mediante la implementación de *sistemas adecuados de información*

antropocéntrico, “es el producto de la actividad desarrollada por una sociedad humana a lo largo del tiempo, a través de un proceso acumulativo y selectivo.”

Ya el escritor Eduardo Galeano dice que “la cultura popular es un complejo sistema de símbolos de identidad, que el pueblo preserva y crea”. Es así como no se puede - en principio - manejar, sacar o poner los elementos que a ella la integran, pues ésta importante noción nos viene ya dada.

La cultura se hereda del pasado, y no existe en este caso beneficio de inventario. Por su estrecha relación con el pretérito histórico es que se nos presenta inmodificable. El ser humano tan solo puede aprenderla, desarrollarla y conservarla. Pero constantemente los hechos de la realidad modifican el presente que será pasado para las futuras generaciones. Así, el hombre actual posee un papel responsable en la formación de patrimonio cultural: el concepto de conservación y Sostenibilidad del mismo.

Esta obligación hoy tiene raigambre constitucional. Es que el concepto actual de bien cultural superó la primitiva noción de “monumento” y de “obra de arte” como objeto único de tutela. Hoy el objeto artístico queda incluido dentro de la categoría general de bien cultural que incluye e integra una pluralidad y diversidad de objetos mucho más amplia. Su conceptualización ha venido ampliándose para abarcar a todo objeto al cual la cultura le otorga un valor²⁷⁵.

En cuanto al sustrato superior, existen normas que consideran estos contenidos. Respecto al patrimonio cultural vale la pena recordar que la Argentina ha aprobado mediante ley 21836 la “Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural” que regla en su artículo 3 la obligación de cada Estado Parte en la presente Convención identificar y delimitar los diversos bienes situados en su territorio. La Convención incluye monumentos, conjuntos, lugares y “patrimonio natural”. Estos últimos son definidos como “monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, las formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia, de la conservación o de la belleza natural”.

En el ámbito interno, la Argentina mediante ley 25743 ha regulado la “Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico” y la ley 25750 de “Preservación de bienes y patrimonios culturales”. En el ámbito provincial tenemos las leyes 10.907 de áreas naturales protegidas y la 12.704 de Paisaje Protegido de Interés Provincial.

Procesalmente, cuando se pretende la protección de un bien por ésta vía (calidad de bien cultural) existen dos posibilidades: 1.- Intentar la protección de un bien que ya posee una declaración administrativa que lo califique como perteneciente al patrimonio cultural nacional (ordenanza, ley, decreto etc.) 2.- Alegar y acreditar porque el bien que se pretende proteger es integrativo del patrimonio cultural.

En ambos esquemas se debe acreditar la calidad de bien que se syndica como integrante del patrimonio cultural, con la diferencia respecto al ámbito en que se lo debe

²⁷⁵ Así, el concepto de *bien cultural* refiere no sólo a las manifestaciones de vida de un pueblo; de modo que incluye los derechos fundamentales y todo el sistema de valores y tradiciones, o sea abarca a la totalidad de aspectos materiales, intelectuales, espirituales y hasta emocionales que caracterizan a una sociedad. Pero volviendo a los elementos que integran la cultura, es importante a los efectos de poder saber cuáles son éstos, conocer el papel revelador del arte. De allí que todo lo que viene del pasado y que aparece en los diferentes medios de propagación artística será elemento de la cultura. Al decir de Columbres, el arte es la toma de posesión de la naturaleza por parte de la Cultura.”.

hacer: en uno se lo hace dentro de los órganos administrativos de manera previa y luego su defensa se hará en el ámbito judicial. En el otro caso la defensa se hace directamente ante la justicia lo que resulta más dificultoso porque debe el actor mostrar de modo manifiesto que el objeto del proceso debería estar abrazado por esta categoría a pesar de que los espacios institucionales no le hayan dado esa cualidad.

En cuanto a los contenidos dinámicos teleológicos, ellos son *preservar, enriquecer y difundir*. Luego tenemos los *contenidos estáticos*, es decir lo que el constituyente local ha entendido es el objeto de protección. En esto, la norma se refiere a un concepto conjuntivo, unificador – patrimonio - el que luego se disecciona en cinco especies: cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico.

El primero (histórico) es el que analizáramos previamente. Se establece aquí una categoría con clara referencia aquellos espacios que representan hechos, eventos, que hayan inscripto notas en la historia de la Provincia. Concretamente, la indicación incluye bienes inmuebles, o muebles, documentos, cuadros, objetos etc. todos ellos relacionados con situaciones en donde la provincia haya dado pasos importantes en la construcción de su historia. El segundo (arquitectónico) se refiere a otros contenidos. Son las diferentes formas o trazos que sean objeto de las diferentes escuelas.

En el ámbito jurisprudencial este tipo de derechos fueron los que se debatieron en la causa "Sociedad de Fomento Cariló c/Municipalidad de Pinamar s/ Amparo"²⁷⁶.

Artículo 45

“Los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les han sido conferidas por esta Constitución, ni atribuir al Poder Ejecutivo otras que las que expresamente le están acordados por ella”

Con origen en el artículo 35 de la Constitución de la Provincia del año 1873. Tiene como antecedente el artículo 166 de la Constitución Provincial del año 1854. Concuerda con los artículos 73, 79, 144 y 145.-

Artículo 46

²⁷⁶ En éste precedente [SCJBA Autos “Sociedad de Fomento Cariló v. Municipalidad de Pinamar. J s/ Amparo” Fallo del 29/5/2002], la actora, invocando una prerrogativa de tercera generación como afectada, inicia un amparo solicitando a la justicia que declare la inconstitucionalidad por omisión del Municipio en reglamentar dos normas que declaraban al paisaje de la localidad paisaje protegido y área natural protegida. Con la reglamentación que no se diera, se podría hacer realidad la exigencia de evaluación de impacto ambiental para los emprendimientos edilicios que hoy afectan el paisaje del lugar. Al respecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, revocando las sentencias de primera y segunda instancia dice: “En esta materia la primera y gran arma que cuenta el derecho es la *prevención*. De allí que si el municipio omite o demora sin justificación atendible la reglamentación referida, aletargando el cumplimiento de la manda legal y claudicando en esa primera línea de prevención del paisaje geomorfológico y urbanístico que esa ley y la misma función de policía que encarna le imponen, corresponde que el amparo le venga dado, en forma rápida y expedita, por el órgano jurisdiccional. No tengo dudas, frente a la conocida y llamativa expansión que ha tenido la localidad Parque Cariló en los últimos años (lo cual, en tanto verdad geográfica generalmente reconocida ha de reputarse un hecho notorio) que esa omisión de la autoridad municipal amenaza en forma actual e inminente el derecho a un bien ambiental como es el patrimonio paisajístico de la localidad. O, para decirlo parafraseando la verba que el legislador empleó al redactar el art. 2º inc. d) de la ley 8912 de "Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo", el derecho a preservar el área de interés paisajístico y turístico de Parque Cariló. El mismo que la ley 12.099 declaró de interés provincial (Art. 41 y 43 Const. nac., 20 y 28, Const. prov., 6º, ley 12.099)”

“No podrá acordarse remuneración extraordinaria a ninguno de los miembros de los poderes públicos y ministros secretarios, por servicios hechos o que se les encargaren en el ejercicio de sus funciones, o por comisiones especiales o extraordinarias”

Con origen en el artículo 34 de la Constitución Provincial de 1934. Tiene como antecedente el artículo 36 de la Constitución de la Provincia de 1873 y el artículo 38 de la Constitución Provincial de 1889.

Este complejo normativo, integrado por los Art. 45 y 46 CPBA, tiende a resguardar el principio de la *división de poderes*, concebido como garantía ‘amplia’ de contención del poder estatal. Ella se consustancia entonces con el principio republicano de gobierno, que deben garantizar las provincias por imperio del Art. 5 de la Constitución Nacional.

Prohíbe como principio la delegación de atribuciones, por tanto, cuando la constitución otorga una competencia a un órgano de gobierno, tal competencia no puede ser ejercida por otro órgano.

La prohibición alcanza especialmente al Poder Ejecutivo, lo que responde a un fenómeno general (que alcanza también a los gobiernos provinciales) de engrandecimiento desmedido de este poder del Estado, en desmedro de los demás (Legislativo y Judicial).

Se han desarrollado en doctrina dos especies de delegación: la *propia* y la *impropia*. La primera consiste, según Bidart Campos, en que una autoridad investida de un poder determinado, hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona, descargándolo sobre ella, sin que el sistema lo admita en forma expresa. Esta forma de delegación, según Bidart Campos – en opinión que compartimos y hacemos extensiva a la Constitución de la Provincia – es violatoria de la Constitución.

La delegación *impropia* tiene lugar cuando un órgano ejerce una competencia propia con base constitucional, pero lo hace mediante estándares o marcos muy generales, de modo tal que el margen de arbitrio que también tiene otro órgano se ensancha o amplía a los efectos de ejecutar el acto del primero.²⁷⁷ En este caso no hay una delegación ‘expresa’, sino más bien ‘tácita’, como consecuencia de *la modalidad* en que se ejercen las atribuciones del órgano ‘delegante’ y del ‘delegado’. El clásico ejemplo tiene lugar en los casos en que el Poder Legislativo dicta una ley en términos generales, que le permiten al Poder Ejecutivo ejercer sus atribuciones reglamentarias con mayor margen de acción.

Señala Bidart Campos que este tipo de delegación fue admitida por la jurisprudencia, siempre que hubiera: a) una ley fijando una clara política legislativa en la materia; b) la reglamentación del ejecutivo se ajustara a esa política.²⁷⁸

La Constitución de la Provincia no contiene una cláusula como la del artículo 76 de la Constitución nacional, que prohíbe como principio la delegación legislativa, amén de las excepciones que allí se establecen. Sin embargo, tal tipo de delegación no puede tener lugar en el ámbito provincial, ya que la norma en comentario no la admite.

Se ha señalado no obstante que la delegación de facultades no resulta válida cuando afecta la ‘zona de reserva’ del poder delegante, como puede ser la tributaria en relación al Poder Legislativo. Así, ha sostenido la jurisprudencia que “la delegación al Poder Ejecutivo para la determinación de intereses que realizan los Art. 86 y 87 del Cód. Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, constituye una habilitación legislativa expresamente prohibida por el art. 45 de la Constitución Provincial, por cuanto la afectación del derecho de propiedad de los contribuyentes, atañe con exclusividad al

²⁷⁷ Bidart Campos; G.; Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino; T. II-A, Ed. EDIAR, p. 456 y sigs.-

²⁷⁸ Bidart Campos, G. ob. cit., p. 460.-

Poder Legislativo, con carácter de reserva legal, en tanto aquél se halla investido del poder de policía que lo faculta para limitar razonablemente los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico”²⁷⁹

Si bien la cláusula bajo comentario prohíbe la ‘delegación’ de facultades ‘propias’, es decir, cuya competencia corresponda al órgano delegante, puede extenderse dicha prohibición a la atribución de competencias que ‘ajenas’ que por ley haga el Poder Legislativo.

En este sentido se ha señalado que: “Son inconstitucionales las disposiciones de la ley 12.607 (Adla, LXI-A 747) – Protección Integral del Niño y el Joven – que facultan a la autoridad administrativa para adoptar decisiones sobre niños y jóvenes sin el acuerdo de éstos ni de sus representantes legales ni posterior revisión judicial, estando ausente en el trámite administrativo toda imitación del procedimiento judicial, así como las previsiones para la defensa y las reglas sobre prueba, lo que resulta violatorio del art. 45 de la Constitución Provincial; sin que las medidas puedan justificarse por su carácter excepcional, pues la invalidez no surge de la medida en sí, sino de su adopción por un funcionario administrativo”²⁸⁰

Finalmente, el artículo 45 CProv., debe leerse conjuntamente con el artículo 46, ya que además de procurar aquí la Constitución estadual que cada funcionario de gobierno asuma las facultades que ella le confiere, establece que por ello no podrán percibir remuneración extraordinaria alguna, ni aún por comisiones especiales o extraordinarias.

Esta última cláusula, tiene el sentido de promover la ética en el ejercicio de la función pública, y sería de esperar que su intención no fuera falseada con artilugios impropios de tan loable mandato constitucional.-

Artículo 47

“No podrá autorizarse empréstito alguno sobre el crédito general de la Provincia, ni emisión de fondos públicos, sino por ley sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes de cada Cámara”.

Con origen en el artículo 39 de la Constitución Provincial de 1889. Su antecedente es el artículo 37 de la Constitución Provincial de 1873. Concuerda con los artículos 48, 49, 103 inc. 2 y 193 inc. 3 CProv.

Artículo 48

“Toda ley que sancione empréstito deberá especificar los recursos especiales con que deba hacerse el servicio de la deuda y su amortización”

Con origen en el artículo 38 de la Constitución Provincial de 1873. Concuerda con los artículos 47 y 49 C. Prov.

Artículo 49

²⁷⁹ Cfr. Juzg. de 1ra. Inst. en lo Contencioso administrativo N ° 1 de La Plata, 30/9/2004, (“Della. Corte, A. c/ Ministerio de Economía”).

²⁸⁰ Cfr. del voto en disidencia del Dr. Roncoroni en Autos: SCJBA; 14/05/2003, “Procurador General de la Suprema Corte de Justicia c. Provincia de Buenos Aires”,(LLBA 2003, 700).-

“No podrán aplicarse los recursos que se obtengan por empréstito sino a los objetos determinados, que debe especificar la ley que lo autorice, bajo responsabilidad de la autoridad que los invierta o destine a otros objetos”.

Con origen en el artículo 41 de la Constitución Provincial de 1889. Su antecedente es el artículo 39 de la Constitución Provincial de 1873. Concuerda con los artículos 47, 48 y 193 inc. 4 de la C. Prov.

Los tres artículos en análisis, tienen como objetivo la protección del tesoro provincial, a través de la determinación de ciertas reglas que vienen a poner un límite a las facultades de los poderes constituidos, en un punto extremadamente sensible: el de los recursos económicos.

El primero de ellos (Art. 47) limita principalmente al Poder Ejecutivo, ya que consagra el **principio de legalidad** respecto de los empréstitos que solicite el Estado Provincial, principio reiterado en los dos artículos siguientes, cuando estos usan el término ‘ley’ para identificar al tipo de norma que sanciona el empréstito.

Pero también se impone aquí un límite al mismo Poder Legislativo, cuando fija una **mayoría calificada** (dos tercios de los miembros presentes de cada Cámara) para la autorización de empréstitos o fondos públicos.-

El art. 48 agrega aquí una importante exigencia adicional: que dicha ley establezca expresamente cuáles serán los recursos especiales con que deba hacerse frente al servicio de la deuda y a su amortización, imponiendo al gobierno el deber de adoptar las debidas previsiones en la materia.

El **principio de especificidad** no sólo se aplica en relación a los recursos necesarios para afrontar la deuda, sino también en lo que hace a los destinos de los recursos obtenidos, que deberán estar expresamente determinados en la ley mencionada, ello, bajo responsabilidad de la autoridad que los invierta o destine a otros objetos (art. 49). Aquí la responsabilidad no sólo alcanza – así lo entendemos nosotros - a la de carácter ‘poítico’, sino también a la ‘administrativa’, y aún más, a la civil y a la penal que pueda caberle al funcionario por el destino errado que le asigne a los fondos.

En tal sentido cabe remitir aquí a la responsabilidad que esta Constitución les impone al Gobernador y sus ministros por las causas que determina el art. 73 inc. 2, y por abuso de su posición oficial, para realizar especulaciones de comercio.

Resultará también de suma trascendencia el rol activo del Fiscal de Estado, del Contador y del Tesorero de la Provincia, cuyas facultades se encuentran comprendidas en el capítulo VI [Art. 155/158] de esta Constitución, para evitar y eventualmente perseguir aquellos actos perjudiciales a los intereses del fisco provincial.

No debe olvidarse tampoco al Tribunal de Cuentas [Art. 159 CP], que tiene como misión específica – entre otras – la de examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, y aprobarlas o desaprobarlas, según el caso.

Finalmente cabe señalar que si bien la decisión de contraer empréstitos [su oportunidad y su conveniencia], resulta materia ajena al control judicial de constitucionalidad por implicar ésta una cuestión ‘política’, ella sí podría ser revisada por los jueces en tanto al tomarse la decisión, o al llevarla a cabo se transgreden las formas impuestas por la Constitución (por ejemplo, si el empréstito se dispone por decreto del gobernador, o si se omite precisar el cálculo de recursos con los que se pretende afrontar la deuda contraída), ya que en ése contexto, ésta sí resultará una “cuestión constitucional”.-

Artículo 50

“La legislatura no podrá disponer de suma alguna del capital del Banco de la Provincia”

Con origen en el artículo 38 de la Constitución Provincial de 1934. Con antecedente en el artículo 42 de la Constitución Provincial de 1889 y el artículo 40 de la Constitución Provincial de 1873.

El Decreto Ley 9434/79 que rige actualmente al Banco de la Provincia de Buenos Aires, establece en su artículo 1 que esta es “una institución autárquica de derecho público, en su carácter de banco de Estado, con el origen, garantías y privilegios declarados en el preámbulo y en los Art. 31 y 104 de la Constitución Nacional, en la ley nacional 1029, de origen contractual y en las leyes de la provincia.”

Cabe recordar aquí, que el artículo 31 de la Constitución nacional hace una mención implícita al Pacto de San José de Flores, lo mismo que el anterior artículo 104 [actual 121] de la Constitución nacional, que luego de establecer que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal, agrega al que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

La mención que hace el artículo 1 del Dto. Ley 9434/79, se debe esencialmente al hecho que el Pacto de San José de Flores establece en su artículo VII que “todas las propiedades de la Provincia que le dan sus leyes particulares como sus establecimientos públicos de cualquier clase y género que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires, y serán gobernados y legislados por la autoridad de la Provincia”.-

En consecuencia, y por efecto de esta reserva, el Banco de la Provincia de Buenos Aires debe continuar bajo la jurisdicción de esta provincia. Así lo entendió la jurisprudencia de la Alta Corte Nacional²⁸¹

Asimismo, ha señalado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que: “De las disposiciones del decreto ley 9434/1979 y sus modificatorios -Ley Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires- se desprende que la referida entidad se distingue claramente de la Provincia pues es un ente autárquico, descentralizado de la Administración provincial, que tiene personalidad jurídica propia y cuenta con un patrimonio propio.”²⁸²

Artículo 51

“Ningún impuesto establecido o aumentado para sufragar la contribución de obras especiales, podrá ser aplicado interina o definitivamente a objetos distintos de los determinados en la ley de su creación, ni durará por más tiempo que el que se emplee en redimir la deuda que se contraiga”

²⁸¹ Cfr. CSJN en autos “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Buenos Aires” (Fallos 239:251).

²⁸² Cfr. SCJBA en Autos “Círculo Jubilados y Pensionados del Banco Provincia de Buenos Aires y Unión de Jubilados del Banco Provincia de Buenos Aires y Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo. Tercero: Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 10/10/2007.-

Con origen en el artículo 41 de la Constitución Provincial de 1873.-

Del artículo en comentario surgen distintas reglas que habrán de ser respetadas por las autoridades al tiempo de crear nuevos impuestos para sufragar la contribución de obras ‘especiales’, como las denomina la norma.

En primer lugar, y al igual que lo dispuesto por los artículos 48 y 49 anteriormente comentados, el respeto al principio de legalidad, antes instituido para contraer empréstitos, en este caso para crear nuevos impuestos.

En segundo lugar, la obligación de aplicar los recursos obtenidos al objeto determinado por la ley, aunque aquí – a diferencia de lo dispuesto por el art. 49 – no se establece responsabilidad alguna para el funcionario que incumpla con este mandato, no obstante que esta exista igualmente, y pese al silencio constitucional.

Finalmente la norma establece una limitación temporal, ya que el aumento o establecimiento del impuesto no durará más tiempo que el que se emplee en redimir la deuda que se contraiga.

Cabe recordar, de todas formas, que si bien la norma hace referencia a los ‘impuestos’, en realidad parece referirse a las denominadas ‘contribuciones’, que – a diferencia de estos – tienen una asignación determinada. Así lo entiende la más calificada doctrina, cuando señala la diferencia entre los términos ‘impuestos’, ‘tasas’ y ‘contribuciones’, todos estos conceptos que caben bajo el de ‘tributos’, que los comprende.

Es que quien paga los ‘impuestos’ no recibe beneficio concreto de ninguna índole, ya que el Estado atiende con su recaudación gastos generales, y la ‘tasa’ se paga en virtud de un servicio público aprovechado por el usuario. En cambio, la contribución, según enseña Germán Bidart Campos, “es el tributo debido a quien obtiene una plusvalía o aumento de valor en un bien del que es propietario, en razón de una obra pública o una actividad estatal. En la contribución, quien la paga ha recibido un beneficio, que es el mayor valor incorporado a su propiedad privada, por el cual debe oblar la contribución”.²⁸³

Como se advierte de la lectura del artículo bajo comentario, la referencia a la construcción de ‘obras especiales’ como destino de los impuestos sufragados, permite sostener que aquí se alude a las ‘contribuciones’ recién definidas.

La falta de rigor de la norma puede deberse, según Eduardo Jiménez, a que esta es una clasificación moderna, adoptada con mayor o menor rigor por los autores y las legislaciones tributarias, aunque desconocida para los constituyentes fundacionales argentinos,²⁸⁴ entre los que nosotros agregamos a quienes redactaron la constitución bonaerense.

Artículo 52.

“Los empleados públicos a cuya elección o nombramiento no provea esta Constitución, serán nombrados por el Poder Ejecutivo”

Con origen en el art. 40 de la Constitución Provincial de 1934. Tiene como antecedente el art. 42 de la Constitución Provincial de 1873.-

²⁸³ Bidart Campos, G. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino; Ed. EDIAR, to. I-B, p. 412.-

²⁸⁴ Jiménez, Eduardo P.; Derecho Constitucional Argentino, Ed. EDIAR, t. I, p. 404.-

El artículo 52 de la Constitución Provincial tiene su equivalente en el ya derogado artículo 86 inc. 10 de la Constitución nacional, que establecía la potestad del Presidente de la Nación de nombrar a los empleados de la administración cuyo nombramiento no esté regulado de otra manera por la Constitución.²⁸⁵

Esta facultad corresponde a la jefatura de la administración que ostenta el Gobernador de la Provincia, en forma equivalente a la que goza el Presidente de la República, aunque esto último actualmente esté debatido doctrinariamente, debido a la incorporación del Jefe de Gabinete de Ministros, que ostenta atribuciones que según algunos le otorgarían dicha jefatura²⁸⁶.

Esta discusión no puede tener lugar en el esquema de poder estadual, desde que el artículo 144 de la Constitución de la Provincia define expresamente que el Gobernador es el jefe de la administración de la Provincia.

Los funcionarios que tienen previsto una designación especial a través de esta Constitución, son los siguientes: 1. Defensor del Pueblo (Art. 55); 2. Empleados y funcionarios del Poder Legislativo (Art. 93 y 94); 3. Fiscal de Estado (Art. 155 y 144 inc. 18); 4. Contador, Sub-contador, Tesorero y Sub-tesorero (Art. 156 y 82); 5. Miembros del Tribunal de Cuentas (Art. 159 y 144 inc. 18); 6. Director General de Cultura y Educación (Art. 201 y 144 inc. 18); 7. Miembros del Consejo General de Cultura y Educación (Art. 202, 73 inc. 1, y 144 inc. 18); 8. Presidente y Directores del Banco de la Provincia (Art. 144 incs. 18 y 50); 9. Jueces de la Suprema Corte de Justicia, Procurador y Sub- Procurador General (Art. 175); 10. Demás Jueces e integrantes del Ministerio Público (Art. 175); 11. Funcionarios y Empleados de la Corte, Cámaras, Juzgados y Ministerios Públicos (Art. 161 inc. 4 y 167); 12. Funcionarios Municipales (Art. 192 inc. 3); 13. Personal Técnico, Administrativo y Docente de la Dirección General de Cultura y Educación (art. 201); 14. Decano y Secretario de las Facultades y Profesores de las mismas (Art. 205 inc. 6); 15. Consejo de la Magistratura (Art. 175); 16. Tribunal Social de Responsabilidad Política (Art. 3); 17. Ministros del Poder Ejecutivo (Art. 144 inc. 1); 18. Jurado de Enjuiciamiento (Art. 182).-

Los funcionarios electivos son los siguientes: 1. Diputados (Art. 68; 2. Senadores (Art. 68); 3. Gobernador (Art. 119); 4. Vicegobernador (Art. 120); 5. Intendentes (Art. 190); 6. Concejales (Art. 190); 7. Consejeros Escolares (A. 203).²⁸⁷

Frente a un planteo judicial, que pretendía la incorporación de una persona con discapacidad a la administración pública provincial, en el marco de lo dispuesto por la Ley 10.592 que reserva vacantes en una proporción del 4% a favor de las personas con discapacidad que acreditasen condiciones de idoneidad, la Suprema Corte de Justicia, en voto del Dr. Héctor Negri, tuvo oportunidad de referirse a la judiciabilidad de esta facultad del Poder Ejecutivo, en estos términos: “La postura sostenida por la demandada en el responde, referida al alcance de la revisión judicial de los actos dictados por la Administración en ejercicio de la potestad de nombrar y remover a sus agentes, hace necesario que señale que comparto el criterio que propugna la amplitud de la inspección jurisdiccional de las facultades discrecionales de la Administración, tal como lo ha resuelto este tribunal por mayoría en la causa B. 51249.”²⁸⁸

²⁸⁵ Actualmente estos nombramientos corresponden al Jefe de Gabinete de Ministros, por imperio de lo dispuesto en el artículo 100 inciso 3 de la Constitución Nacional.-

²⁸⁶ Ver por ejemplo Quiroga Lavié, Humberto; Constitución de la Nación Argentina Comentada, Ed. Zavallia, tercera edición, p. 674/5.

²⁸⁷ Conf. Cueli, Hugo Oscar; Constitución de la Provincia de Buenos Aires; Ed. La Ley; p. 160.-

²⁸⁸ SCBA; causa “R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires – Ministerio de la Producción”, LNBA 2006-12-1365. JA 2006-IV-152.-

Artículo 53

“No podrá acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional, con excepción de los del magisterio en ejercicio. En cuanto a los empleos gratuitos eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles”

Con origen en el artículo 45 de la Constitución Provincial de 1889. Tiene como antecedente el artículo 43 de la Constitución Provincial de 1873.

El artículo 53 articula una norma que se relaciona con la ética pública en el ejercicio de las funciones de gobierno y administrativas, estableciendo un principio de incompatibilidad: el ejercicio de dos o más empleos a sueldo en una misma persona. La excepción está dada en el ejercicio del magisterio.

Tal prohibición alcanza inclusive a la acumulación de cargos nacionales y provinciales.

Ha dicho la Suprema Corte de Justicia Bonaerense en éste sentido, que: “El espíritu de las normas que tienden a regular la situación de incompatibilidades es el de propender a privilegiar el desempeño cabal de la función”, y descalificó la restricción que impone el artículo 10 de la ley 11.685 de ejercer la docencia para los empleados municipales, en franca oposición a la excepción contenida en este artículo²⁸⁹.-

Asimismo ha señalado que: “la incompatibilidad (art. 53, Const. Prov.), es un principio en materia de empleo público al que debe analizarse con un criterio amplio de interpretación en miras al interés público genérico que pesó en su incorporación al plexo constitucional”²⁹⁰

Contiene la Constitución Provincial otras incompatibilidades especiales, como ser: la de los Art. 72 y 77 (incompatibilidad del cargo de diputado y senador con el de empleado a sueldo de la Provincia o de la Nación, y de miembro de los directorios de los establecimientos públicos de la Provincia); Art.89 (incompatibilidad de los legisladores para desempeñar cargos rentados creados o cuyos emolumentos hayan sido aumentados durante el período legal de la Legislatura en que haya actuado, ni ser parte en contrato alguno que resulte de una ley sancionada durante su período); Art.133 (las del Gobernador y Vicegobernador de ejercer otro empleo o recibir otro emolumento de la Nación o de la Provincia); Art.208 (las que cree la ley para los convencionales constituyentes).-

Artículo 54

“Todo funcionario y empleado de la Provincia, cuya residencia no esté regida por esta Constitución, deberá tener su domicilio real en el partido donde ejerza sus funciones.

²⁸⁹Cfr. SCJBA, Autos “Busada, Claudio Alberto y otros s/ inconstitucionalidad Ley 11685”, 10/05/2000.-

²⁹⁰ Cfr. SCJBA; Autos “Massimino, Enrique Blas v. Municipalidad de General Belgrano s/ demanda contenciosa”; 05/07/2000.-

La ley determinará las penas que deben aplicarse a los infractores y los casos en que pueda acordarse licencias temporales”

Con origen en el artículo 46 de la Constitución Provincial de 1889.-

El artículo 54 tiene un claro sentido localista y federal, y apunta a asegurar que quienes tengan a su cargo el gobierno o administración provinciales sean los vecinos de la comunidad donde ejerza sus funciones.

Independientemente de la necesidad de mantener una norma de este tipo en la actualidad, donde las comunicaciones y medios de transporte se encuentran infinitamente más desarrollados que en el año 1889 en que fue introducido este artículo, lo cierto es que aún se encuentra vigente y que en cuanto tal debe ser respetada por quienes tienen la responsabilidad institucional de hacerlo (partidos políticos, justicia electoral), ya que en ello va la suerte del estado de derecho y la consiguiente confianza en las instituciones y en quienes tienen el deber de dar el ejemplo con sus acciones frente a la sociedad, por encima de cualquier ambición política personal o partidaria.

La ley reglamentaria a que hace referencia la norma no fue sancionada.

En aplicaciones concretas de este principio, la Constitución establece que los Jueces de Paz deben tener una residencia inmediata previa de dos años en el lugar en que deban cumplir sus funciones (Art. 173), lo mismo que para los funcionarios municipales electivos, para quienes exige entre otros requisitos, ser ‘vecinos del distrito’ (art. 191 inc. 3). En este sentido también el artículo 203 respecto de los cargos de gobierno y administración del sistema cultural y educativo provincial.

Existen otras cláusulas constitucionales que, con la misma finalidad y sentido que ésta, establecen la regla del domicilio real en la Provincia para determinados cargos, por ej: a) legisladores (Art. 85), y como requisito para acceder al cargo para aquellos que ‘no sean hijos de la provincia’ (Art. 71 inc. 1 – caso de los Diputados – y 76 inc. 1 – caso de los Senadores –); b) Gobernador y Vicegobernador (Art. 130), y como requisito para acceder al cargo para quienes no hubieren nacido en la Provincia (Art. 121 inc. 3); c) Ministros (Art. 148); d) Fiscal de Estado (Art. 155); e) ingreso al Poder Judicial (Art. 181).

Art. 55

El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos ú omisiones de la Administración Pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo, pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. Una ley especial regulará su organización y funcionamiento.

La norma se origina en la Convención Constituyente Provincial de 1994, y su antecedente es el Art. 4º inciso 3º de la Ley 11.488

El nuevo Art. 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, crea – siguiendo el precepto de la Constitución Federal - la figura del defensor del pueblo provincial, a quien se le otorga autonomía funcional y política.-

¿Cuál es el origen de la institución? Es común rescatar en ámbitos académicos, su antiguo origen en Suecia, con consagración normativa en la constitución de 1809. Sin perjuicio de ello, no debemos olvidar que sus antecedentes se remontan a principios del Siglo XVIII. El primer esbozo preciso de la institución se sitúa en la legislación sueca del 26 de octubre de 1713, mediante la que se instituye un “konungens Hogsta Ombudman”, aunque también se puede seguir buceando en la historia para llegar a la figura del “Gran Sénecal”, surgida promediando el Siglo XVI.

Aclarado lo que antecede, cabe ahora resaltar que el Defensor del Pueblo es un Magistrado de Opinión y su rol básico, es el de dotar a los particulares de una eficaz herramienta para la tutela de sus derechos fundamentales, frente al *funcionamiento irregular* de la Administración Pública. Por lo general, su actividad se limita a emitir recomendaciones a los organismos respectivos, con el fin de impedir la reiteración de prácticas administrativas viciadas. Creemos que efectivamente, este órgano del Estado cumple principalmente una función de contralor, con vistas a equilibrar esa fuerza política que las legislaturas han perdido en su rol institucional, ante el avasallamiento producido por el avance del Poder Ejecutivo, principalmente en la última mitad de este Siglo.

Es claro que el Ombudsman *no posee imperium punitivo*, ya que no juzga ni condena. Nos encontramos aquí entonces, frente a un funcionario que detenta un rol desacralizado, que en modo informal, le cabe controlar a la Administración verificando el eventual irregular funcionamiento en su seno, a fin de que no impacte en los derechos fundamentales de los habitantes, recomendando su reparación, y generando así una propuesta de rectificación en los “malos hábitos” de la burocracia administrativa.

El nuevo órgano, en los sistemas en que ha funcionado, generó una modalidad de eficacia de carácter social, que permite superar – desde el éxito de la gestión del funcionario que detente el cargo - la inseguridad provocada por una administración básicamente gigante, y en la mayoría de los casos, insensible a los intereses de los administrados. Este peculiar rol de contralor, cuya presencia se edifica en la mayoría de los casos fundada en el prestigio y calidades de la persona que detenta el cargo, genera diversos modos posibles de actuación²⁹¹.-

Respecto de los roles que puede asumir la figura del Ombudsman, los mismos pueden derivar de las siguientes alternativas institucionales: o se le otorgan sólo facultades de mediación entre la sociedad y el Estado, o posee además legitimación [amplia o restringida] para asumir la defensa en juicio de los derechos de los habitantes.-

¿Qué características posee la figura del Defensor del Pueblo que regula la Constitución de la Provincia de Buenos Aires?

Diremos respecto de su naturaleza, que pese a encontrarse situado en la órbita de la legislatura provincial, resulta ser un órgano independiente, dotado de plena autonomía funcional y que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Éste órgano pertenece al poder Legislativo, pero su obrar y organización - en lo que respecta a su atribución de competencias - es totalmente autónomo. Podemos considerarlo extrapoder, aunque sólo concibiendo a esa categoría como la integrada por aquellos que pueden manejarse con independencia de criterio, es decir, con autonomía funcional, aún cuando se encuentren en la órbita de alguno de los Poderes tradicionales.-

La misión del Defensor del Pueblo es la defensa y protección de los derechos individuales y colectivos consagrados en la Constitución Estadual.-

Ejerce sus roles supervisando la eficacia de los servicios públicos, e igualmente ante el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo arbitrario o negligente de la

²⁹¹ Ellas van de la instrumentación de un “defensor general” a quien se le confía la totalidad del control de la actividad de la administración, a la desconcentración, que implica la existencia de varios funcionarios (de igual o distinto rango) a quienes se les confiere el control de áreas delimitadas de la administración

Administración Pública, las Fuerzas de Seguridad, Entes Descentralizados y Empresas del Estado Provincial

Su actividad de promoción y contralor es desplegada entonces, esencialmente ante hechos, actos ú omisiones de la Administración, controlando además el ejercicio de las funciones administrativas públicas, limitándose allí su accionar a la verificación de la legalidad en tal ejercicio, aún cuando no irroguen violación a derechos o no se proyecten a ellos.

Otra de las novedades de nuestro instituto, es que el Ombudman provincial posee legitimación para obrar en juicio, la que - según nosotros creemos - debe ser necesariamente amplia.-

¿Cómo se designa y remueve al Defensor del Pueblo?

En este punto el constituyente optó por el sistema que pone tales atribuciones (la de designar o remover al Defensor del Pueblo, con el voto de las 2/3 partes de los miembros de cada Cámara de la Legislatura Provincial).-

Advertimos que el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires no posee al igual que su par federal, las inmunidades y privilegios de los legisladores para el cumplimiento de sus funciones. Tampoco se ha previsto en la carta Fundamental Estadual, el supuesto de su remoción con causa, ni la posibilidad de someterlo en al caso, al régimen de Juicio Político o Jurado de Enjuiciamiento²⁹².-

Respecto del mandato, es de cinco años y el Ombudman puede aspirar a ser reelecto, sólo por una vez

Para terminar el desarrollo de esta figura, hemos de sostener que nuestra valoración de la misma es - pese a algunos tonos grisáceos de la estructura normativa contenida en el art. 55. - altamente positiva: es que a no dudarlo, la consagración constitucional de ésta figura implica un gran avance institucional, sobre todo en el punto del reforzamiento de los controles ciudadanos frente al funcionamiento irregular de la Administración Pública.-

Es que el *Defensor del Pueblo creado por la reforma constitucional provincial de 1994*, como su nombre lo indica, defiende, deberá – una vez creado - proteger, promover los derechos humanos de los habitantes del Primer Estado Argentino, y controlar el regular funcionamiento de la Administración Pública Provincial, en todos sus ámbitos.-

²⁹² Bien señala en éste punto Oscar Cuelli (Op. Cit., pag.165), que tampoco se ha facultado a éste funcionario para designar a sus empleados, por lo que sugiere que “La figura no reúne en forma íntegra los requisitos necesarios para asegurar la eficacia de su funcionamiento”

Art.56

Las declaraciones, derechos y garantías enumerados en ésta Constitución, no serán interpretados como negación o mengua de otros derechos y garantías no enumerados o virtualmente retenidos por el pueblo, que nacen del principio de la soberanía popular y que corresponden al hombre en su calidad de tal

La norma se origina en el Art. 45 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873.

La norma, al igual que el Art. 33 del texto fundamental federal²⁹³, hace referencia a la consagración de ciertos derechos fundamentales, declaraciones y garantías que no fueron consagrados en forma explícita en la Constitución Textual.-

Creemos relevante – sin perjuicio de las deficiencias de técnica legislativa que pudiesen poseer – y de importancia estratégica, a este tipo de normas, en cuanto dejan instituido que los derechos establecidos no importan negación de aquellos otros, considerados implícitos.-

Y no solo derechos, ya que si puede considerarse la existencia de derechos individuales implícitos en la Constitución, también las hay garantías implícitas para la defensa de aquellos²⁹⁴

La formulación normativa estadual, casi calcada de su par federal, establece un “Standard” de implícitudes, que para el caso de ampliar el del Art. 33, sólo podría ser opuesto, en lo que ello exceda al “piso normativo federal”, al propio Estado Provincial, que las hizo derivar de su texto fundamental²⁹⁵.-

Las “declaraciones” son concebidas en doctrina como enunciados solemnes, decisiones políticas fundamentales o normas de organización, referidos a la persona, a la sociedad o al Estado²⁹⁶. Ellas pueden contener principios, o bien fijar los objetivos mediatos, o fines inmediatos del Estado: en ciertas ocasiones, los fines mediatos se encuentran en declaraciones habidas en los preámbulos, mientras que los objetivos inmediatos surgen del articulado, mediante cláusulas no operativas.-

²⁹³ Respecto de la norma federal, el Art. 33 no formaba parte del texto de la Constitución Fundacional de 1853, sino que fue adicionado al mismo en el contexto de la reforma operada con motivo de la incorporación del Estado de Buenos Aires en 1860. La fuente de la norma federal es la Enmienda IX de la Constitución Norteamericana, cuyo texto es el siguiente: “La enumeración de ciertos derechos que se hacen en ésta Constitución, no será interpretada como denegación o restricción de otros retenidos por el Pueblo”. Los norteamericanos han interpretado ésta norma simplemente enunciando que esto significa que la Constitución no pretende efectuar un listado específico de todos los derechos que el pueblo poseía con anterioridad a la sanción del texto de las enmiendas (Cfr. SCUS “Livingstone Vs. Moore” Pet 469-551 [1833]).-

²⁹⁴ Aún en tiempos anteriores a la vigencia de la reforma constitucional provincial de 1994, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires interpretaba que “El recurso de amparo, como el de “habeas corpus”, es una de éstas garantías autorizadas inmediatamente por la interpretación razonable y fiel de la Ley Suprema” agregando que “Y los jueces pueden y deben por sí mismos aplicarla, porque son órganos genuinos de interpretación legal” (Cfr. SCJBA, 14/06/94 “Rovere, Alejandra y otra c/ Municipalidad de Vicente López” “DJ” 1995-1-326).-

²⁹⁵ El tema puede ser ampliado a partir de la lectura de nuestro “Derecho Constitucional Argentino” EDIAR, 2000, T° II, pag.520 y ss. Allí señalamos que la totalidad de las provincias argentinas han receptado en sus constituciones la regla de existencia de derechos implícitos, reconociendo diversos e interesantes moldes de implícitudes que de hecho amplían el “piso” federal.-

²⁹⁶ Por caso, el Art.2, o el 1 ° párrafo del Art. 3 de la CPBA.-

Los “derechos” son afirmaciones de la libertad o prerrogativas jurídicas de las personas que indirectamente implican limitaciones al accionar restrictivo de los Poderes Públicos²⁹⁷.-

En cuanto a los “deberes”, son también denominados por Germán Bidart Campos “obligaciones constitucionales”. En términos generales, puede ser señalado que cada derecho o libertad, genera una obligación o deber que le es correlativo. Nosotros utilizamos los términos obligación, o deber constitucional, con igual significado²⁹⁸.-

En relación a las “garantías”, ellas son generalmente concebidas como instituciones creadas a favor de la persona humana, para que munido de ellas, pueda tener a su alcance inmediato el medio para tornar efectivo cualquiera de los derechos que enuncia la Constitución²⁹⁹.-

Por último, hemos denominado “normas de habilitación a aquellos preceptos constitucionales que posibilitan el cambio pacífico y democrático de los contenidos del texto supremo³⁰⁰

Cabe advertir aquí que el propio Art. 33 de la Constitución Nacional, es incorporado por la Convención Reformadora de 1860, a instancias de las conclusiones vertidas por la comisión porteña, antes de su incorporación a la federación, con inspiración en lo dispuesto en la novena enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica³⁰¹.-

En definitiva, no consideramos superfluo que el constituyente ofrezca un aval normativo expreso a la existencia de otros derechos no consagrados en el texto fundamental, pero que derivan de sus principios esenciales, a fin de propiciar una interpretación dinámica y elástica de la normativa vigente, ello dentro del marco jurídico consensuado oportunamente en el texto constitucional, aunque sin exceder de sus propuestas.-

Finalmente, coincidimos con quienes sugieren que la existencia de implícitudes no obsta a la continua y permanente actividad, por parte de los actores políticos del sistema constitucional, en pos de operar los cambios normativos para adecuar la realidad social, siempre cambiante, a los principios y valores instados por las constituciones escritas³⁰².-

Artículo 57

²⁹⁷ Por ejemplo, el Art. 10, o el Art 28 de la CPBA

²⁹⁸ Resulta un caso de deber constitucional, lo dispuesto en el Art.61, inciso 4 ° de la CPBA.-

²⁹⁹ Por caso, los procesos constitucionales incluidos en el Art. 20, o aún los Art. 21 a 24 de la CPBA.-

³⁰⁰ Así lo hemos expresado en nuestro “Derecho Constitucional Argentino” (EDIAR, T ° 1, pag. 51, pero en particular, su Capítulo VI). Sin perjuicio de ello, cierta doctrina le ofrece diverso contenido a la idea de “norma de habilitación”. Para abundar en éste último concepto que no compartimos, ver de Jorge Vanossi “Teoría Constitucional” (Depalma, 1974, T ° 1). Un caso de norma de habilitación, se encuentra representado por lo dispuesto en la Sección novena de la CPBA, sus art. 206 a 209.-

³⁰¹ Quien instó ésta reforma, en el orden federal, fue el Convencional Domingo Sarmiento. Este destacado constituyente sostenía a su tiempo que esta norma “constituía una precaución que habrá de ser útil a cada momento” y una “piedra de toque para examinar todos los hechos”.-

³⁰² Cabe enfatizar lo expuesto aquí por Cecilia Medina (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Edit. Cecilia Medina, 1988, pag.25), en el sentido de que “La noción de derechos humanos pretende proteger la dignidad humana, y ésta se ve amenazada constantemente y a menudo de maneras nuevas” con lo que afirma, y nosotros compartimos su admonición, que “Los catálogos de derechos, por lo tanto, no agotan ni pueden agotar las infinitas formas que a lo largo del tiempo puede tomar la protección de la dignidad humana”

Toda ley, decreto ú orden contrarios a los artículos precedentes, o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, u otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe éstos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado.

La norma se origina en el Art. 46 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873.

El artículo en análisis, adelanta de alguna manera el criterio normativo que 121 años después, a instancias del reformador provincial de 1994, exhibe el nuevo Art. 15 de la Constitución³⁰³. Esta cláusula constitucional no solo resguarda los derechos constitucionales del habitante de la provincia respecto de específicos posibles excesos de sus poderes Legislativo o Ejecutivo, sino que particularmente inhibe a los jueces de aplicar éstas normas o decisiones, a las que reputa inconstitucionales.

También, desde una interesante apertura republicana, expresa en forma específica y concreta el concepto de responsabilidad de aquellos funcionarios involucrados en el dictado del acto jurídico ú orden en cuestión³⁰⁴.-

Bien indica aquí Germán González Campaña³⁰⁵ que la segunda arte de ésta cláusula “reconoce acción para pedir las indemnizaciones contra el empleado o funcionario que hubiere causado la violación o menoscabo a los derechos libertades o garantías, lo que en el orden nacional solo se encuentra prescripto en el Art. 1112 del Cod. Civ., de aplicación en todo el territorio Argentino”

En seguimiento del modo de control de constitucionalidad impuesto por la norma fundamental federal (Art. 1, 116, 31, 5 y cc. De la CN.), el constituyente provincial consagró en éste punto³⁰⁶, un sistema de control difuso para efectivizar la regla de supremacía constitucional, habilitando a “todos” los magistrados estadales para declarar la inconstitucionalidad de toda normativa o decisión que contravenga ésta regla.-

Es interesante destacar aquí que el texto provincial avanza garantizadamente respecto de la Constitución Federal que no poseía en su texto de 1853 – ni lo posee

³⁰³ Recordamos que éste artículo, de muy buena técnica legislativa, fue incorporado por la reforma constitucional de 1994.-

³⁰⁴ Señalan en idéntico sentido Hugo Cueli al respecto (Op. Cit., pag. 169,), y Germán González Campaña (“El Sistema Constitucional Bonaerense” citado, pag 107 en nota a pié) que en la Convención de 1873 se originaron interesantes controversias respecto del alcance de la norma vinculada con el concepto “funcionario Público”, cuya amplitud - se pretendía - abarcase al Gobernador y a toda clase de personas que ocuparan cargos electivos, aunque se terminó acotando allí que la norma – en seguimiento de precedentes norteamericanos, solo se refería a la responsabilidad e aquellos, y no afectaría su estabilidad, más aún si los mencionados poseen inmunidades constitucionales a fin de desarrollar en forma regular sus funciones electivas. Aclara también el autor en cuestión, que si bien la fuente de inspiración esencial de la norma fueron los funcionarios del Poder Ejecutivo, la amplitud en la redacción permite abarcar también a los del poder Legislativo provincial. Nosotros concordamos con ésa apreciación.-

³⁰⁵ “El Sistema Constitucional Bonaerense” citado, pag. 107.-

³⁰⁶ Decimos “en éste punto” toda vez que el sistema constitucional de la Provincia de Buenos Aires habilita en ciertos supuestos, una modalidad de control concentrado para el control de constitucionalidad (Art. 161), cuando habilita – por ejemplo - a intervenir en instancia única a la Suprema Corte en materia de “acciones declarativas de inconstitucionalidad” (CPCCP, Art. 683/688). Con lo que puede sostenerse que en la Provincia de Buenos Aires, el control de constitucionalidad resulta ser mixto, ya que combina el modelo de control de constitucionalidad judicial “concentrado” con el “difuso”.-

ahora – diseño normativo ninguno que autorice en forma expresa a los magistrados a ejercer el control de constitucionalidad, en particular respecto de actos y normas de otros poderes³⁰⁷

Además, la Suprema Corte de la Provincia no se ha privado de utilizar garantizadamente y en forma pionera éste instrumento, señalando que³⁰⁸ “El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires está facultado para ejercer el control de constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyen sobre derechos políticos – en el caso, la resolución de la Asamblea Legislativa dictada el 14 de septiembre de 10904 declarando ineficaz una elección de convencionales constituyentes del 27 de julio de 1902 -, inclusive con más razón que respecto de otros actos gubernamentales, actuando a éste respecto como institución política al darles a tales preceptos su interpretación definitiva, pues si los actos contrarios a la Constitución se reputan insubsistentes, necesariamente debe existir un medio para declararlos ineficaces”³⁰⁹, llegando a sostener que la declaración de inconstitucionalidad no es solo una atribución de los jueces, sino – ante todo – su obligación inexcusable³¹⁰

Originariamente, y al igual que la Corte Nacional, la SCJBA fue renuente en aceptar su rol de declaración de inconstitucionalidad “de oficio” de las normas jurídicas, aunque tal retaceo se atemperaba – o aún se superaba - en la aplicación de la regla “Jura novit curia”³¹¹.-

En el marco de tal temperamento, ha destacado la Suprema Corte Provincial³¹², que “Dentro del contorno de las acciones deducidas y de los concretos hechos invocados, el Juzgador debe aplicar el derecho que corresponda, no pudiendo excluirse del concepto de derecho precisamente la Constitución”, agregando que “La restricción de la mencionada regla en sede extraordinaria no es invocable contra lo antedicho, porque la influencia de la Constitución sobre las normas inferiores es vertical y, en consecuencia, si bien ala casación deben traerse normas precisas, junto con ellas viene el tema de su necesaria constitucionalidad”.-

Igualmente, la Suprema Corte provincial, a partir del año 2003³¹³, concuerda con la también revisada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³¹⁴, admitiendo la declaración “de oficio” de la inconstitucionalidad, en el convencimiento de que tal atribución no lesiona la defensa en juicio, ni los principios procesales de congruencia y bilateralidad³¹⁵

³⁰⁷ En realidad éste potestad se ha derivado históricamente en el orden federal, y antes de la reforma de 1994, del juego armónico del Art.31 con el ahora 116 (antes 100), que confiere a los jueces [federales] el conocimiento y decisión de todos los puntos regidos por la Constitución, Tratados y Leyes. Con la reforma constitucional de 1994, ésta atribución se patentiza – aunque no en forma absolutamente expresada en una clara indicación normativa general – con la regulación del Art. 43 CN, en referencia al proceso de amparo, en el que se permite a los jueces declarar la inconstitucionalidad – si fuera ello necesario – de la normativa impugnada por el amparista.-

³⁰⁸ Cfr. SCJBA “Sanchez Viamonte Julio y García, Tomás R” del 18/11/1904. Recomendamos la lectura completa del precedente, publicado nuevamente en “LL” 2004-D, 69 con nota de nuestro colega y amigo Raúl Gustavo Ferreira.-

³⁰⁹ Expresa acertadamente en éste punto González Campaña (“El sistema Constitucional Bonaerense” citado, pag.108, con cita a Augusto Morello), que en éste caso, la Corte Provincial no solo declaró la inconstitucionalidad de un proceso preconstituyente, sino que además enfatizó ser una “institución política”, definiéndose no solamente como Tribunal, sino asimismo como “Poder de Estado”

³¹⁰ Cfr. SCJBA “Pusch, Mariana c/ MAPFRE Aconcagua ART.” Fallo del 5/12/2001, “LLBA” 2002-639).-

³¹¹ Cfr. SCJBA “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Junín Motor SA. s/ Apremio” “A y S” 1986-III-104, “DJBA” 1987-132-94, entre muchos otros

³¹² Cfr. SCJBA “Díaz, Carlos Enrique s/ Hurto” “A. y S.” 1998-IV-191, “LL” 1989-B-311.-

³¹³ Cfr. SCJBA Autos “Yeri, Lidia c/ Clínica San Nicolás SA.” Sentencia del 23/12/2003, “LLBA” 2004 (Abril) 288, con voto afirmativo de los Jueces Pettigiani, Kogan, De Lazzari, Negri y Hitters.-

³¹⁴ Cfr. CSJN Fallos 324:3219, en Autos “Mill de Pereyra, Rita y otros c/ Provincia de Corrientes s/ Demanda Contenciosa Administrativa”, confirmada y ampliada en Autos “Banco Comercial de Finanzas SA. s/ Quiebra”, 2004 “LL” del 20/08/04.-

³¹⁵ Postura en la que concordamos. Para una más profunda evaluación de nuestra postura en esta importante cuestión, sugerimos recurrir a la lectura, de nuestra autoría, de la obra “Derecho Constitucional Argentino” T ° 1,

Señalamos finalmente, la importancia institucional de ésta norma en cuanto mediante su dictado, el constituyente bonaerense reivindica su posición institucional a fin de proteger las declaraciones, derechos y garantías que conforman la parte dogmática de su constitución, frente agresiones provenientes del Poder Público Provincial.-

