

- Código Penal de la Nación.
- Código Procesal Penal de la Nación.
- Colección jurídica. Doctrina Judicial, Ed. La ley.
- Comité contra la Tortura. Comisión por la Memoria de la Provincia de Buenos Aires. Informe Anual 2010. Sistema de la Crueldad V. Agosto de 2010. Primera Edición.
- "*Convenio relativo a los derechos humanos y la bioética*", Unión Europea, Consejo de Europa, Oviedo, Asturias, 1997.
- CORWIN, EDWARD, S., "*La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*", Ed. Fraternal, Buenos Aires, 1987.
- Diario La Capital de Mar del Plata del 29-04-2005.
- Fallos de la Casación Penal, Luis A. Arnauda. Compilador. Ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, N° 1, 1999, N° 2, 1999, N° 3, 2001 y N° 4, 2003.
- HUMPHRY, DEREK y WICKETT, ANN, "*El derecho a morir. Comprender la eutanasia*", Ed. Tusquets, Barcelona, España, 1989.
- "*Informes anuales*", Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- KIPPER, JORGE, "*La eutanasia*", T. II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1997.
- LECLERCQ, CLAUDE, "*Libertes publiques*", 14ª edición, Ed. Litec, París, Francia, 2000.
- LUNA, FLORENCIA y SALLES, ARLEEN, "*Decisiones de vida y muerte*", Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1995.
- MACKLIN, RUTH, "*Dilemas*", Ed. Atlántida, Buenos Aires, 1992.
- O'DONELL, DANIEL, "*Derecho internacional de los derechos humanos*", Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Oficina Regional, 2ª edición, Santiago de Chile, abril de 2007.
- OSSORIO y GALLARDO, ÁNGEL, "*Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado*", 1ª edición, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1946.
- "*Prevenir la tortura: un desafío realista*", Apt., Buenos Aires, 1995.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, "*Constitución de la Provincia de Buenos Aires*", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

## MODULO VII

### DERECHOS HUMANOS EXPLÍCITA E IMPLÍCITAMENTE CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

(CONTINUACIÓN)

#### La libertad de conciencia y de religión

La Iglesia Católica, Apostólica y Romana, tiene en la Argentina un status constitucional diferenciado, en relación con las restantes religiones, por imperio del art. 2 de la Constitución Nacional, que establece la obligación de sostenimiento de la misma, por parte del gobierno federal. Status particular que refuerza nuestro Código Civil, al darle el carácter de Persona Jurídica de Derecho Público (art. 33.3) (los restantes cultos lo son de derecho privado). Lo que torna a nuestro sistema constitucional en la materia, como de libertad de cultos (art. 14 C.N.) sin igualdad de cultos (art. 2 citado). Y que, además, para algunos autores, el art. 2 de la C.N. constituye una cláusula pética implícita de nuestra Constitución (Bidart Campos).

**Las razones históricas de ello son evidentes.** La participación activa de la Iglesia Católica Apostólica Romana, en el proceso de colonización, como verdadera "pantalla" humanizante de la conquista, que en general, encubría los verdaderos intereses políticos y económicos que la sostuvieron y desarrollaron. (Ver al respecto Módulos I y III). Su participación activa en el proceso de independencia continental, ocupando cargos públicos, desde la mismísima Primera Junta de Gobierno (Alberti), caracterizada por sus posiciones moderadas y conservadoras. Y finalmente, la presencia de integrantes del clero en las asambleas constituyentes. Si bien, tanto en 1853 como en 1860, ésta pretendió que el art. 2 de la C.N. quedara redactado en términos más concluyentes, en el sentido de reconocer a la Iglesia Católica Apostólica y Romana como única religión verdadera, lo cierto es que, el proyecto poblacional de la generación liberal dominante (Alberdi-Sarmiento) era atrayendo a la inmigración extranjera, y en especial europea, conforme reza el art. 25, a la que se le debía garantizar la libertad de cultos (art. 20 de la C.N.) como una de las condiciones para atraer su venida, teniendo en cuenta para ello, la fuerte influencia del protestantismo en dicho continente, y en

los EE.UU. (ya admirada por hombres como Sarmiento). En ello radica, en términos generales, la razón de ser histórica de nuestro régimen actual.

Ahora bien, considero que **esas razones se han modificado significativamente** a los fines de tal sostenimiento, y por ende, a su tratamiento diferenciado. En primer lugar, porque creo que, aun por la práctica social misma, se distingue claramente la protección constitucional debida a la Fe, de la debida a la institución (Iglesia). En segundo lugar, el rol institucional de la Iglesia en la historia argentina del siglo XX, ha sido decididamente negativa en lo político: golpista en 1955, colaboracionista en la dictadura de 1966, participe activo del sistema represivo a partir de 1976, por ejemplo (obras como las de Emilio Mignone y Horacio Verbitsky dan testimonio contundente de ello). Actitudes dignas desde la fe, como la de Monseñor Novak, Monseñor De Nevares o de los teólogos de la liberación, sabemos, perfectamente, no contaron ni cuentan con el respaldo institucional de la Iglesia. Recientemente en un video de investigación sobre Monseñor Romero (Obispo del Salvador, asesinado por las fuerzas represivas) testimonios de personas próximas a él contaron cómo frente a la agresión constante, incluyendo el asesinato de sacerdotes, que la Iglesia recibía en dicho país, pudo, después de múltiples gestiones, obtener una entrevista con Juan Pablo II, para denunciar que eran perseguidos sacerdotes de la diócesis por terroristas, a lo cual el Papa le contestó ¿Y no lo son? Y poco tiempo después fue asesinado. Para advertir que éste no es sólo un fenómeno argentino. Y para abordar un tema de mayor actualidad, declaraciones como las del Obispo Baseotto (ex vicario castrense) no preocupan por su individualidad, sino, justamente, por su institucionalidad. O la férrea oposición demostrada contra la ley de matrimonio igualitario, que como lo fue en su momento contra la reforma de la ley de matrimonio civil, reflejan la voluntad de imponer principios del dogma como reglas jurídicas democráticas para toda la ciudadanía, lo que en sí mismo constituye un contra sentido, ya que ninguna ley, aun las contrarias al dogma, obligan a los creyentes a obrar del mismo. Finalmente, está claramente demostrado que la debida protección de la libertad de conciencia y de religión, de modo alguno requiere del sostenimiento de culto alguno (Constitución de los EE.UU., Primera Enmienda; carácter laico del Estado en la Constitución Francesa de 1958, art. 2º). Y se complementa en diversas constituciones provinciales posteriores a 1957, que, aun pudiendo ser reputadas como inconstitucionales (Bidart Campos, I-189), consagran el principio de la laicidad: Neuquén, Río Negro, Chaco y Misiones. **Por todo lo cual me expreso partidario de la reforma del art. 2 de la C.N.,** ampliando las ya efectuadas en 1994, respecto a las condiciones exigidas para ser Presidente o Vicepresidente de la Nación; la referida a las poblaciones indígenas (esto último lo analizaremos en el Módulo Diez); y la reforma del régimen de Patronato, que, a partir de lo que aquí voy a plantear carecería de sentido mantener; la que no considero una cláusula pétrea, por no disponerlo así expresamente el texto constitucional que admite su reforma en todas sus partes (art. 30 C.N.), ni vulnerar ello la libertad de conciencia y de religión, y además, por entenderlo acorde con el sistema democrático, que plantea el ejercicio de la libertad, en igualdad de trato y de oportunidades.

**Ingresando al análisis normativo constitucional,** cabe expresar que, la llamada libertad de cultos, que expresa el derecho de ejercer los ritos propios de la fe y su divulgación, y que se ha entendido, aun antes de la reforma de 1994, que contiene implícitamente el de libertad de conciencia y de religión, de carácter más amplio, ya que abarca la religión y las creencias (que pueden ser de índole moral o ético, por ejemplo), y aun en el contexto de la propia intimidad o privacidad, se encuentra regulado en los arts. 14, como derecho de todos los habitantes, y 20, como derecho de los extranjeros.

Por otra parte, los tratados constitucionalmente jerarquizados en 1994, han especificado, en parte sus contenidos.

Es dable señalar que, el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye *la libertad de pensamiento*, en el ámbito de la libertad de conciencia y religión, con lo cual el concepto de creencia es amplísimo, abarcativo de la actividad racional humana en su totalidad. En cambio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce esta última libertad al abordar la libertad de expresión (art. 13), y entonces, el concepto de creencia es más restringido, vinculado a lo moral y lo ético, principalmente. La segunda alternativa parece metodológicamente más acertada, en la medida en que no la interpretemos, exclusivamente, en su vinculación con la libertad de expresión y el derecho a la información, sino también, como un derecho autónomo, ya que claramente, puede tener otras implicancias. (p. ej. en relación con la libertad de cátedra universitaria). Por otra parte, el art. 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión a su favor.

Así el **art. 12 de la CADH,** explicita que la misma contiene:

El derecho de toda persona a conservar su religión o sus creencias o de poder cambiarlas (libertad de conciencia).

El derecho de toda persona a profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. (Libertad de cultos). En art. 18 del PIDCP, especifica ello, a través del ejercicio del culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

El derecho de los padres o tutores de que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. (También el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 18.3 del PIDCP). Debe destacarse aquí que, atento el reconocimiento que a favor de los niños, efectúa, de este derecho la CDN, y que define el rol de los padres o representantes legales como guías en el ejercicio de los mismos (art. 14.2), debe aclararse que, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con su fe religiosa o creencias, no puede anular, impedir o restringir irrazonable o arbitrariamente, el derecho de estos, en el marco de su propia autonomía personal, y conforme su nivel de madurez, de optar por su propia fe religiosa o creencias, y a una formación acorde con las mismas, y eventualmente, llegar a oponerse a la de los propios padres o representantes legales, limitándose

así, la atribución conferida a estos por el referido art. 12.4 de la CADH y 13.3 del PIDESC y 18.4 del PIDCP.

El último de los artículos mencionados (13.4) garantiza la libertad de toda persona o entidad, de establecer y dirigir institutos de enseñanza, lo que incluye, evidentemente, a aquellas de orientación religiosa determinada.

Asimismo, **la doctrina reconoce que esta libertad, incluye el derecho negativo, a no profesar religión o culto alguno, el de no ser obligado a profesar determinada religión o a jurar por creencias que no comparte o a recibir una educación contraria a su religión o de trabajar contrariando sus reglas de conciencia o a divulgar compulsivamente la propia religión o creencias; a celebrar el matrimonio conforme su religión; la de contar con el tiempo suficiente para asistir a las ceremonias religiosas: al igual que el derecho de las Iglesias, a ser propietarios, a prestar asistencia religiosa a sus fieles, y la de requerir su reconocimiento como tales (Bidart Campos, I-191; Sagüés, II-392/393).**

Por su parte, por imperio de lo dispuesto en los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, art. 12.3 de la CADH y art. 18.3 del PIDCP, este derecho, sobre la base de los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, puede estar sujeto a reglamentación.

Si bien en el país, en diversos momentos, y también en la actualidad, se hablaba de la modificación de la ley de cultos, con el objeto de dar mayor efectividad al ejercicio de la libertad religiosa, lo cierto es que, tal reglamentación (ley 21.745) (Sagüés, II-390) aún sujeta a observaciones, no ha resultado, de modo alguno, un límite inconstitucional a su ejercicio.

Pero donde sí se advierte **una tensión crítica**, de difícil dilucidación, es en lo referente a distinguir religión o culto de secta, en la medida en que no partamos de una religión válida de carácter único, y por el otro, los límites, borrosos a veces, entre práctica legítima de un culto religioso, y afectación de la autonomía de la voluntad y de la libertad ambulatoria y explotación de la necesidad o la inexperiencia, que transforman a las organizaciones religiosas en verdaderos emporios económicos, o impulsan a sus integrantes a suicidios masivos o hasta llegar a atentar contra la vida de terceras personas. Poner un límite a dichas prácticas resulta difícil, porque por una parte, el escudo de la libertad religiosa se blande frente a cualquier intento de reglamentación, y por otro, porque muchas veces, tan sólo se puede actuar efectivamente frente al daño ya producido. Pero al menos, no podemos dejar de señalar aquí que estas organizaciones y estos procederes, existen, abusando de la libertad de conciencia y de religión que el país y nuestra Constitución dispensan.

Por otra parte, la libertad de conciencia y de religión, **se vincula con otros derechos consagrados constitucionalmente**, desde el derecho a la privacidad y la intimidad, hasta el derecho de asociación o el derecho a la educación.

En ese contexto, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa "Bahamondez, Marcelo", 06-04-1993 (DJ 1993-2-499), en los votos disidentes de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano, ha señalado que "La libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser obligado a obrar contra su conciencia, ni impedido de actuar conforme a ella tanto en privado como el público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos" (Considerando 9º) y que "La libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma o una orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho cumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común" (Considerando 12). Para concluir que: "(si) el daño serio que eventualmente pueda resultar es consecuencia de la objeción a una transfusión de sangre fundada en convicciones íntimas de carácter religioso", debe admitirse la misma (Considerando 15º). Con dicha base se admite el derecho de una persona mayor de edad competente, que profesa determinada religión, a rechazar determinado tratamiento médico, por tal motivo. Ello se integra con el derecho a tal negativa, en iguales condiciones, a aceptar un tratamiento, sobre la base de lo dispuesto en el art. 19 de la C.N., es decir, la consagración del derecho a la intimidad de toda persona, conforme precedente del caso "Ponzetti de Balbín" (Voto disidente Dres. Petracchi y Belluscio, Considerando 8º). La mayoría considero inoficioso pronunciarse por haber caído la cuestión en abstracto.

Por supuesto que, como ya lo planteamos en el módulo anterior, la cuestión se complica cuando se trata de *personas incompetentes* (nos remitimos a las reflexiones generales efectuadas en el Módulo anterior) o *menores de edad o personas con sufrimiento mental*. Es de toda evidencia que, si la decisión tomada en nombre o representación de la persona incompetente o incapaz, se basa en convicciones religiosas, éticas o morales que el mismo no comparte, ello no resulta procedente, y es inconstitucional. Pero en caso contrario, si es incapaz, pero comulga con determinada creencia religiosa, ética o moral, y ello motiva su decisión, aun a pesar de tal condición, como principio general, debe ser respetada la misma, a tenor de que, como ya dijimos, por una parte, la CDN (art. 14) reconoce este derecho a los niños y adolescentes, que tienen, asimismo, el derecho a ser oídos, y sus puntos de vista, considerados, conforme su nivel de madurez, y ser específicamente resueltos, tanto en trámites administrativos, como judiciales, que impliquen decisión sobre estos (art. 12) y, además, conforme lo vimos al dar tratamiento a los contenidos del Convenio sobre Derechos Humanos y Biotecnología, de la Unión Europea, en los tratamientos de estos, como de quienes padecen sufrimiento mental, debe garantizarse, en el nivel de lo posible, su participación en las decisiones terapéuticas que los afecten personalmente.

La tendencia de nuestra jurisprudencia es que, en tales casos, frente al derecho a la salud de niños y adolescentes, el Estado tiene un grado de intervención mayor, en protección de quien se ve en una situación de indefen-

sión, frente a la negativa de una transfusión por padres Testigos de Jehová, por ejemplo.

Por otra parte, a partir del fallo de la CSJN en el caso "Portillo" de 1989 (Fallos 312-496), ésta reconoció, por primera vez, al **objeto de conciencia**, como aquel que, por razones de sus convicciones religiosas, morales o éticas, queda habilitado a no cumplir con determinadas órdenes o normas, que entiende contrarias a sus convicciones, en la medida en que no afecte derecho de terceros o la moral o el orden público. En el caso de mención, la Corte exigió que quien lo invoca debe probar la sinceridad y seriedad de sus creencias. Y que, tratándose del pedido de eximición del cumplimiento del servicio militar obligatorio por violentar el mandamiento cristiano de no matarás, en principio, debe buscarse una solución que concilie dicho derecho, con la obligación impuesta por el art. 21, de la C.N., para lo cual ordenó que cumpliera el mismo, pero sin armas.

Pero, en cambio, se entiende que la objeción de conciencia no resulta ejercitable a los fines de oponerse al cumplimiento del *sufragio obligatorio*, por ser contrario al bien común (CSJ Santa Fe, Caso Holder, DJ 1995-1-512).

Por su parte, en el caso "Sejean" (Fallos 308-2268) (1986), en su voto, el Dr. Petracchi manifestó que resultaba *improcedente imponer reglas sobre la permanencia del matrimonio*, sustentadas exclusivamente en una fe determinada, la que no se podía imponer al resto de la sociedad (Considerando 9°).

Finalmente, cabe señalar que, conforme lo dispone el art. 1.1 de la CADH y art. 2.2 del PIDCP, entre otros, ni la religión, ni las creencias ético-morales de las personas pueden justificar *discriminaciones* de ningún tipo.

### Libertad de pensamiento y de expresión

La libertad de imprenta, como se la denominaba históricamente, fue reconocida desde los inicios del gobierno patrio, tal cual lo atestigua el decreto del 26 de agosto de 1811, como derecho de todo hombre de publicar sus ideas libremente y sin previa censura (art. 1°), pero además, reconociendo que el abuso de esta libertad es un crimen (art. 2°). Esta relación entre libertad y abuso, podemos afirmar, es una relación tensa y controvertida que se allega a nuestros días. Esta tensión aparece descripta en términos precisos por Juan Bautista Alberdi: "Después de la organización del Poder Ejecutivo, nada más difícil que la organización de la Prensa en las repúblicas nacientes. Son dos poderes que se tienen perpetuamente en jaque. También tiene la Prensa sus dos necesidades contradictorias: por un lado requiere libertades, y por el otro garantías para que no degeneren en tiranía" ("Derecho Público Provincial", pág. 102). En síntesis, asegurar las libertades necesarias, sin permisibilidad al abuso y establecer los límites y las responsabilidades adecuadas, sin degenerar en la censura, constituyen la columna vertebral por la cual ha devenido la historia, muchas veces turbulenta, de la prensa

argentina, y que nos acompaña hasta nuestros días, y donde la defensa de la legalidad o del Estado de derecho, muchas veces, fue la justificación para la persecución de la oposición política o la opinión divergente (ej. Ley de Residencia de 1904 o Ley de Defensa Social de 1910).

A ello debe sumársele las consideraciones que ya formulamos al referirnos al **contexto en que se desenvuelve actualmente**, la conflictiva relación entre libertad de expresión y ataques ilegales a la honra y la reputación. (Módulo Sexto). (Poder económico concentrado - Manipulación informativa - Cultura mediática - Desdibujados límites entre lo público y lo privado - Desigualdad notoria en el acceso a los medios masivos de comunicación).

En este último contexto, la largamente debatida ley nacional de servicios de comunicación audiovisual (ley 26.522) ha incorporado, incuestionable, la discusión pública sobre aquellos extremos. La aparición pública de los medios alternativos a las empresas de comunicación audiovisual de neto corte comercial, y a partir de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias (ARMAC) la elaboración de cuarenta principios básicos para garantizar la diversidad y el pluralismo, y entre cuyos principios básicos se encuentran: La radiodifusión y los demás servicios de comunicación audiovisual deben ser entendidos como una de las formas o vías de ejercicio de derecho a la libertad de expresión. La promoción de la diversidad y el pluralismo debe ser el objetivo primordial de la reglamentación de la radiodifusión y demás servicios de comunicación audiovisual. Sin necesarias medida efectivas para promover la diversidad de contenidos y perspectivas, el acceso a los medios de radiodifusión, y el reconocimiento de la diversidad de formas jurídicas de propiedad. Los marcos regulatorios deben explicitar el reconocimiento de tres diferentes sectores o modalidades de radiodifusión y servicios de comunicación audiovisual: público, comercial y social/sin fines de lucro. (Principios para garantizar la diversidad y el pluralismo en la radiodifusión y los servicios de comunicación social, ARMAC-ALC, 2010). La ley representa un claro avance en el proceso de democratización de los servicios de radiodifusión y audiovisuales de la Argentina.

Podemos afirmar que así como originalmente *la libertad de prensa o de imprenta*, estaba vinculada con un derecho individual a la expresión de ideas y destacar el medio escrito como la forma por antonomasia destinada a tal fin; con *la libertad de expresión*, se ingresa a la incorporación de otras formas, además de la escrita: la artística, la simbólica, la radial, la televisiva, etc. Luego, con *el derecho a la información*, no sólo se destaca el derecho del emisor o de la empresa periodística a emitir información, sino también a reconocer el derecho del receptor, de recibir el mayor número de información posible del mayor número de fuentes posibles y de acceder a ella. Finalmente, en el actual estado de desarrollo normativo y discusión pública ingresamos en el denominado *derecho a la comunicación*, el que pone acento en la diversidad y pluralidad de mensajes, destacando la pluralidad y diversidad de origen, de organización legal y de sector social con derecho a expresar democráticamente sus ideas. Esta última ha sido la discusión abierta con la ley 26.522.

Dentro de este contexto pasaremos a analizar las previsiones constitucionales sobre la materia.

Recogiendo los precedentes patrios, el art. 14 de la Constitución Nacional de 1853 consagra el derecho de expresar las ideas por la prensa sin censura previa, reconocimiento que se formula desde el punto de vista individualista-liberal, imperante en la época. Ello es completado en 1860, con la incorporación del texto correspondiente al art. 32 que reza que el congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal, el que, conforme su interpretación literal reservaba exclusivamente, la reglamentación del derecho y el juzgamiento de sus eventuales responsabilidades, en general, a las provincias, y al Congreso Nacional, en lo que respecta a los territorios nacionales y a la jurisdicción local sobre la Capital Federal. Dicho criterio en relación a *las competencias legislativas*, fue inicialmente receptado así por la CSJN (Fallos 30-112; 120-239; 121-310, 129-146; entre otros), posteriormente, en 1970 (Fallos 278-73), estableció que si el delito cometido por medio de la prensa es común, legislar sobre el mismo le corresponde al Congreso Nacional, conforme la atribución general de dictar el Código Penal, en los términos del entonces art. 67 inc. 11 de la C.N. (actual 75 inc. 12). Y con relación a *la competencia jurisdiccional*, si bien la CSJN originalmente mantuvo como jurisprudencia constante la exclusión de la jurisdicción federal (Fallos 1-131; 1-345; 114-60), posteriormente, en 1932, admitió la competencia federal para el juzgamiento del delito de rebelión cometido por medio de la prensa (Fallos 167-121) y en 1970 (Fallos 278-73) finalmente sostuvo que existe un principio general en la Constitución mediante el cual los delitos comunes previstos en el Código Penal, cualquiera que fuese el medio empleado para ello, deben ser juzgados por la justicia federal o provincial, según las reglas generales de determinación de competencia, en razón de la persona, la materia o el lugar (Fallos 312-1114). Dichas modificaciones interpretativas de la jurisprudencia son justificadas por Bidart Campos (I-280), en el contexto de la *modificación de la realidad histórica "local"* de la formación de la opinión pública, a otra distinta en la actualidad, no considerada por el constituyente al momento de dictar la norma, y que por ende hay que integrar, por vía interpretativa. Y que el sentido de la norma tiene como fin *no sustraer a las provincias las competencias jurisdiccionales normales* en materia de delitos cometidos por medio de la prensa (Sagüés, II-379). Aunque también, el art. 32 puede interpretarse como *un límite expreso establecido por el Constituyente a la delegación de atribuciones de las provincias al gobierno federal, de carácter general*, a tenor de los términos del art. 121 de la C.N. que garantiza que las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal (propio de nuestro sistema federal fundado en la preexistencia de las provincias), lo que no impide, de modo alguno, que tal negativa a delegar se formulara en términos expresos, máxime si tenemos en cuenta que la norma en análisis proviene de la voluntad de la Comisión Examinadora de la Provincia de Buenos Aires, al momento de su reincorporación, luego aceptada, con efecto general, por la Convención Constituyente. Lo que permite interpretar que la delegación efectuada por los actuales arts. 75 inc. 12 y 116 de la C.N., lo son,

con la restricción establecida expresamente por el art. 32, lo que avala la interpretación original dada por la CSJN a dicha norma, y tornaría inconstitucional sus modificaciones posteriores, a tenor del carácter restrictivo de nuestro sistema constitucional de delegaciones descrito.

Por su parte, la definición clásica de la libertad de expresión, contenida en el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, se amplía y complementa, con la definición que de ella formula el art. 13 de la CADH, la que permite afirmar actualmente, conforme lo ha ratificado la jurisprudencia de la CSJN (Fallos 310-508, "Costa Hector Rubén") del *derecho a la información*, ya que la misma contiene no sólo la libertad de expresar las ideas, sino también, la de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Es decir que con ello, no sólo se protege el derecho del emisor, sino también del receptor de las mismas, dándole un definido *contenido social y de circulación de la información* (CSJN, Fallos 306-1892, "Ponzetti de Balbín", Consid. 7°). (Conf. Corte IDH, Caso La última tentación de Cristo, sentencia del 05-02-2001, párrs. 65, 66 y 67).

La Corte IDH ha reconocido en el marco del art. 13 de la CADH el *derecho de acceso a la información pública en los términos que siguen*: "... la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el *derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado*, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o *reciba una respuesta fundamentada* cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada *sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción*. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que *ésta circule en la sociedad* de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea" (Corte IDH, Caso Claude Reyes vs. Chile, 19 de septiembre de 2006, párr. 77).

Asimismo la Corte IDH ha sostenido que, por el art. 13 de la CADH, se encuentra protegido el derecho a hablar y a elegir el idioma para la expresión de su pensamiento. Por lo cual entendió que la víctima, al ser privado, en el centro de detención en que se hallaba, de comunicarse en el idioma de su elección, constituyó una restricción violatoria de su derecho a expresarse libremente, de carácter discriminatorio. (Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia del 1° de febrero de 2006, párrs. 164 y 173).

Se considera también que, el derecho a la libre expresión, ampara la **negativa a publicar o difundir** (Sagüés - Bidart Campos). Sin que ello pueda interpretarse en términos absolutos, en la medida en que, su publicación puede venir impuesta por el Poder Judicial (Fallos 284-345 CSJN) o por el legítimo ejercicio de un derecho (p. ej. el Derecho a Rectificación o Respuesta).

Por otra parte, y conforme también lo reconoce la doctrina (Badeni, 353; Sagüés, II-349/350), y la jurisprudencia de la CSJN (LL 1992-B-367, "Vago c/ La Urraca"), el mismo es definido como **un derecho sistémico o estratégico**, al constituirse en un servicio de inestimable valor para el afianzamiento y salud del sistema y de las instituciones. De igual modo lo ha reconocido la Corte IDH al señalar que la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia es una piedra angular de la existencia misma de la democracia. (Opinión Consultiva N° 5, 13-11-1985, párrs. 69 y 70). Ello, lamentablemente, se ha visto reflejado en nuestra práctica, frente al repliegue institucional de los órganos constitucionales de contralor de la gestión pública, a los que puede, peligrosamente, tender a remplazar, produciendo el efecto contraproducente al deseado con su intervención y desarrollo (el fortalecimiento del sistema democrático). Si la sociedad termina convenciéndose de que, para que haya justicia, para que se desbarate efectivamente la red de corrupción, o para que se coloque un semáforo o luz artificial en una esquina, se debe recurrir, necesaria e imprescindiblemente, a los medios masivos de comunicación, para que ello se concrete, comienza un proceso de erosión institucional de peligrosas consecuencias. El poder político y los integrantes de las instituciones democráticas, deben tomar clara conciencia de ello, ya que en ellos reposa la mayor responsabilidad ante tal deslizamiento, el que, de modo alguno puede imputarse a la sociedad que, en definitiva, recurre a los medios más efectivos, en un momento determinado, para el logro de sus legítimas aspiraciones.

Además, en esta relación dinámica, aparece un tercer protagonista la **empresa periodística**, que en el contexto general del derecho de empresa, incluye el de toda persona a fundar, administrar, dirigir y lucrar con un establecimiento o medio de difusión dedicado a practicar la prensa oral, escrita o audiovisual (Sagüés, II-348; CSJN, Fallos 306-1892, Consid. 7°). Cabe señalar aquí que la Corte IDH ha expresado que "Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción del Estado. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica, "medios encaminados a impedir la comunicación o circulación de ideas u opiniones". (Opinión Consultiva N° 5, 13-11-1985, párr. 56).

Dicho derecho incluye, tanto **el derecho de crónica**, consistente en la difusión de noticias de interés general (CSJN, Fallos 308-789; Fallos 310-508) y **el derecho de crítica**, consistente en interpretar la realidad, informando a la opinión pública (CSJN, LL 1992-B-367).

Pero sin perjuicio de ello, **el derecho de publicar debe ser** "con veracidad, buenos motivos y fines justificables", procurando "buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe" (CSJN, Fallos 310-508, DJ 1992-B-367).

Por otra parte, **los medios de expresión incluidos en la protección**, en forma indiscutible, a partir de los términos explícitos del art. 13 de la CADH, abarca tanto los medios orales como escritos, ya sea en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a elección del emisor, lo que incluye la producción cinematográfica (CSJN, Fallos 262-246) y las manifestaciones de ideas por medios televisivos o radiales (CSJN, Fallos 282-292). Con lo cual, la interpretación restrictiva, de mayor nivel de protección, por ejemplo frente a la censura, de los medios escritos con relación a los otros medios de difusión de ideas y noticias. (Voto Dr. Fayt en "Servini de Cubría", JA 1992-IV-10) la entendemos contraria a la Constitución en la actualidad.

También es dable señalar que, en general, la CADH (art. 13) consagra la **libertad de pensamiento**, que conforme lo expresa Badeni (319) "...configura la característica esencial que distingue y dignifica al hombre permitiendo que, de manera racional o irracional, pueda esbozar los procedimientos convenientes para satisfacer sus innumerables necesidades, superar los inconvenientes y destruir las trabas que se oponen a su desenvolvimiento...", ese pensamiento se produce en el ámbito más íntimo del hombre, sin que por ello dejemos de reconocer su contextualidad histórica y social, en su formación y desarrollo, y su impacto en el proceso de concientización individual y social del sujeto y de su rol en los procesos de construcción colectiva.

Por ello, dicha libertad se encuentra relacionada con otro número de derechos garantizados, como el derecho a la privacidad y a la intimidad; la libertad de conciencia y de religión, la Libertad de cátedra, por ejemplo.

Algunos autores refieren también, en este contexto, a la existencia de un **derecho a comunicarse** (Sagüés, II-346) consistente en el derecho a comunicarse de una persona, y el de acceder a cualquier vía destinada a tal efecto. Pone como ejemplo de ello el desarrollo de los denominados amparos telefónicos. (CSJN, "Rimoldi", DJ 1990-1-49).

Corresponde referirnos ahora a la **prohibición de la censura previa**, que conforme lo adelantáramos, forma parte de nuestra tradición histórica y constitucional. Pero dicha prohibición indudablemente ha ganado en extensión y precisión, a partir de lo dispuesto por los incs. 2 y 3 del art. 13 de la CADH.

En primer lugar, por entender que, en la medida en que la Convención Americana afirma que "no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores" (inc. 2) evidentemente afirma **un criterio de prohibición absoluta de la censura**, conforme lo ha afirmado en su voto el Dr. Petracchi en autos "Servini de Cubría" (CSJN, Fallos 315-1943). Ello implica no poder censurar previamente ninguna información, crónica u opi-

nión, es decir, antes de su emisión, aun por vía judicial (Voto Dr. Belluscio en "Servini de Cubría", CSJN, Fallos 315-1943).

Por otra parte, la CADH establece que "No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos" (inc. 3), enumerando alguno de ellos: controles abusivos, por parte del Estado o de particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radiofónicas, o de enseres o aparatos usados en la difusión de información; o por cualquier otro medio encaminado a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. Con lo cual, ya no sólo se protege contra la censura de carácter directo (prohibición de la exhibición de una película o de la realización de una exposición artística; el secuestro de la edición de un libro, de un diario o de una revista; la clausura de una imprenta o una editora, por ejemplo), sino también, ante formas indirectas, tanto viabilizadas a través de controles abusivos, como de medidas estatales o de particulares, que generen tratos de excepción, a favor o en contra de determinados medios de difusión, periodistas, etc., que por sus consecuencias, tiendan a impedir la circulación y el acceso a la información. (p. ej. políticas arancelarias diferenciales por parte del Estado, discriminando ciertos medios de difusión de otros, con respecto a idénticas actividades (adquisición de papel, imprentas, etc.) exenciones impositivas selectivas, o cargas impositivas extraordinarias, también selectivas; concentración de la publicidad oficial en un solo medio de difusión privado, etc.). No comparto las prevenciones sobre la cuestión, que formula Colautti (166/167), ya que entiendo, conforme lo ha expresado además la CIDH, de que tales prohibiciones de la censura indirecta, no hacen más que reforzar el concepto de amplia protección que la Convención Americana le rinde al derecho a la expresión y no generar el peligro de nuevas formas de censura.

Recientemente la CSJN ha sostenido que "Corresponde hacer lugar a la acción de amparo deducida por una editorial a los fines de que el gobierno de la Provincia de Neuquén cese en el hecho de privarla de las pautas de publicidad oficial contratada con la provincia mencionada, el cual habría tenido lugar de haber difundido una información contraria a dicho gobierno, pues el comportamiento de la provincia demandada configura un supuesto de presión que puso en riesgo la integridad del debate público, afectando injustamente y de un modo indirecto la libertad de prensa y el legítimo interés de los lectores del diario tienen en la actuación de los funcionarios públicos... La distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta... Aun cuando no exista un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de una manera arbitraria, en base a criterios irrazonables" (Voto de la mayoría, "Editorial Rio Negro SA c/ Provincia de Neuquén", 05-09-2007, DJ 2007-3-322).

Sin perjuicio de lo cual, **los espectáculos públicos**, y con el solo objeto de regular su acceso para la protección de la niñez y la adolescencia, pueden ser censurados previamente, ello, sin perjuicio de las posibles responsabilidades ulteriores (art. 13.4 CADH). Ejemplo de ello es la ley 23.052 que

instituye un sistema de calificaciones cinematográficas. Que si bien tal prerrogativa deberá ser mensurada también, en relación el derecho de los niños y adolescentes a la libertad de pensamiento y de expresión (art. 13.1 de la CDN), también es dable señalar que la misma convención establece que el Estado Parte velará porque el niño tenga un acceso a la información... que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental" (art. 17). En dicho sentido, también resultan razonables las limitaciones a los medios de difusión, con relación a informaciones que involucran niños y adolescentes, a fin de preservar su identidad y su intimidad (CSJN, "S. L. E. c. Diario El Sol", 28-08-2007, DJ 2007-3-325).

Otra situación vinculada con la censura es la **prohibición por ley de toda propaganda a favor de la guerra o toda apología del odio nacional, racial o religioso** que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (art. 13.5 CADH). Podemos señalar que en nuestro derecho interno la ley 23.593 que prohíbe los actos discriminatorios se compadece con las previsiones de la presente norma. Sobre la controversia en torno a la conveniencia de normas de este tipo (Colautti, 173/175), y su constitucionalidad, coincido con el autor citado en el sentido de que, en la medida de que se trata de la expresión de una idea, ésta no puede ser censurada previamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles ulteriores, y que por regla, las ideas deben ser combatidas con ideas, si no se las comparte. Creo que el criterio jurisprudencial de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal en el "Caso Verbitsky" y confirmada por el voto disidente del Dr. Fayt (Fallos 311-916), en el sentido de que la censura previa por un orden judicial (en el caso frente a la presunta comisión del delito de apología del delito con la publicación de una solicitada) es contraria al art. 14 de la C.N. y 13.2 de la CADH, sin perjuicio ello de las responsabilidades ulteriores, es el rumbo correcto. Tal criterio puede confirmarse con lo resuelto por la Corte IDH en el sentido de que "Es importante mencionar que el art. 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa... En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión" (Caso La Última tentación de Cristo, sentencia del 05-02-2001, párr. 70).

Asimismo, la CADH (art. 13.2), **limita las responsabilidades ulteriores de los medios de difusión y de los periodistas**, desde un punto formal, al establecer que las mismas sólo pueden estar fijadas por ley, en sentido formal; y desde un punto de vista material, al circunscribir las mismas (que la Corte IDH correctamente denomina "restricciones"), a aquellas que sean necesarias, para el respeto del derecho a los otros o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Es interesante señalar, con respecto a tales restricciones, que la Corte IDH ha especificado que las mismas tienen que vincularse con las necesidades legítimas de una sociedad democrática (párr. 42), debe tratarse de una

necesidad social imperiosa, y no justificada por meras razones de utilidad, razonabilidad u oportunidad (párr. 46) y que las garantías a la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas (párr. 50) (Opinión Consultiva N° 5, 13-11-1985).

Con respecto a la responsabilidad de los medios de difusión y los periodistas, podemos sintetizar las características actuales de la **jurisprudencia de la CSJN** del modo que sigue:

*El derecho a la libertad de expresión no es absoluto.* Ello habilita la potestad legislativa del Estado, en sentido formal, ejercido con razonabilidad (lo confirma el art. 13.2 de la CADH y los arts. 14 y 28 de la C.N.). Por ende, la libertad de expresión no ampara la impunidad de los mismos, frente a conductas calificadas como delictivas o dañosas civilmente (CSJN, Fallos-310-508; Fallos 257-308).

*Condiciones del ejercicio prudente de la libertad de expresión.* En el caso "Campillay c/ La Razón" (Fallos 308-789) la CSJN estableció que ello imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito" (Considerando 7°). Ello implica, como principio que, a los fines de que propalación de una noticia no genere responsabilidad para el medio y el periodista que la difundieron debe haber atribuido la misma a una fuente pertinente, o debe haber usado el tiempo potencial o debe haber mantenido en reserva la identidad de los implicados en ella. Dichas pautas, fueron ratificadas por la Corte Suprema, aun después de la reforma de 1994, que establece el derecho al secreto de las fuentes de información periodística (art. 43 C.N.) (Morales Solá, DJ 1996-2-1229). Por otra parte la CSJN ha sostenido que aun si las críticas formuladas lo son en términos vehementes, hirientes, excesivamente duros o irritantes, si no ha existido una voluntad específica de denigrar o menospreciar, ello no genera responsabilidad (Fallos 310-508, "Costa").

*Diversos criterios de fuente pertinente.* En primer término la CSJN ha señalado que teniendo en cuenta la calidad de la fuente, si la noticia divulgada es una reproducción imparcial y exacta de la proporcionada por la fuente, aunque resulte falsa, ello no genera responsabilidad para el medio o el periodista ("Pérez Arriaga c/ La Prensa", DJ 1994-1-130). Como asimismo, si se genera responsabilidad, en el caso en que el periodista formula una clara imputación criminal, sin que ésta conste en la fuente pertinente ("Espinoza", JA 1995-II-196). Asimismo, la CSJN ha considerado fuente pertinente: un comunicado policial, una calificada fuente gubernamental, la declaración testimonial prestada en un juzgado, o un expediente judicial, por ejemplo.

*El derecho a la intimidad y a la privacidad. Relación de su nivel de protección conforme la calidad de los sujetos involucrados.* La CSJN ha distinguido, a los fines de graduar el grado de protección del derecho a la privacidad y de la intimidad, en relación con el ejercicio de la libertad de expresión, tres tipos de sujetos involucrados: a) las figuras públicas oficiales; b) las figuras

públicas no oficiales y c) las personas privadas. Y a dicho respecto establece un criterio de protección más débil de la privacidad e intimidad, con relación a los dos primeros sujetos implicados, y una protección más fuerte, con relación al último de los sujetos implicados (Sagüés, II-370). Sin perjuicio de lo cual, en el caso de los dos primeros, la CS ha sostenido que la actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se sostiene que la actuación que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general, y que se justifica en la necesidad de que tan sólo con la más amplia libertad de prensa puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno y su mérito o responsabilidad de los poderes públicos. Tiene en cuenta para la distinción de tratamiento entre los diversos sujetos, asimismo, el diverso nivel de acceso a los medios de difusión, que diferencia a los personajes públicos oficiales y no oficiales de las personas privadas. Además, en el caso de figuras públicas oficiales, cabe efectuar una graduación entre un ministro de gobierno y un empleado de una repartición pública. (Fallos 310-508; Fallos 306-1904; LL 1992-B-267).

*El Estándar de la Real Malicia.* Frente a la información errónea, que la CSJN califica como aquella que se origina en una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe al error, es decir, no expuesta con mala fe o dolo, ha sostenido que, con respecto a los personajes públicos oficiales y no oficiales, queda a cargo de los mismos demostrar que el obrar periodístico fue doloso o de mala fe o que actuó con notoria despreocupación sobre si era o no falsa la noticia, a los fines de que prospere su reclamación penal o civil. Ello requiere que la noticia esté referida a temas de relevancia institucional (Morales Solá, DJ 1996-2-1230). Este principio también es de aplicación frente a una posible vulneración al *derecho al honor*, de darse las circunstancias que hacen a su procedencia (conf. CSJN, Patitó, Fallos 331-1530). El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes" (CSJN, Brugo, Jorge Angel, 16-11-2009, Revista DEC, Fallo N40892).

Asimismo, el art. 43 de la C.N. hace referencia a la protección del **secreto de las fuentes de información periodística**.

Es de reconocer que, la protección de este secreto es **imprescindible para la labor periodística**, que muchas veces se nutre de datos e informaciones que se ofrecen "Off the record", y bajo promesa de reserva de identidad, y que si se divulgara, dañaría su labor periodística futura, basada en determinado nivel de confianza, en relación con el mantenimiento de ese secreto o anonimato. Cuántas veces encontramos en las notas periodísticas frases como éstas: "una persona cercana al Presidente"; "un alto funcionario del P.E." o "un integrante de la comitiva", etc.

Un tema donde se plantea el mayor nivel de divergencias es cuál es la extensión de este derecho a la reserva o secreto profesional, y principalmente, si éste abarca también la **investigación criminal**. Hay quienes sostienen que, en general, el secreto profesional no lo releva de ser testigo en causa penal (Vanossi); otros sostienen que no queda relevado de su obligación de



testimoniar, en el caso de delitos en ejecución o a perpetrarse (Spolansky). (Sagüés, II-352/353). La práctica reciente en la Argentina ha sido la de proteger, aun en investigaciones penales, el secreto profesional del periodista (Caso Morales Solá, por la investigación penal de las coimas en el Senado de la Nación - Destrucción del entrecruzamiento de llamadas al teléfono de un periodista ordenadas por un juez penal de primera instancia). En lo personal, creo peligroso admitir el relevamiento del secreto profesional en toda causa penal, ya que, por la sola iniciación de la misma, éste podría ser citado a declarar, y encubrir ello alguna forma de hostigamiento y hasta de censura; y la hipótesis del delito en ejecución o a perpetrarse, la advierto casi impracticable, ya que, en el caso de delitos en ejecución, debería tratarse de un delito de carácter permanente o continuo, para que la excepción tenga sentido, y en lo segundo, es una mera cuestión hipotética o conjetural, cuya realización, ni el propio periodista puede asegurar, y donde la investigación criminal no existe. Entiendo, como regla general, que los términos constitucionales "No podrá afectarse" imponen un criterio amplio de protección del secreto de las fuentes de información. Y en segundo lugar que, de resultar razonable alguna limitación a dicha reserva, la misma debe ser excepcional, de carácter explícito, y descripta con precisión, a fin de ser conocida con antelación por el periodista, y no puede restringir la libertad de expresión más allá de lo expresamente habilitado por el art. 13.2 y 3 de la CADH y no puede constituir forma directa o indirecta de censura. Mientras tal ley en sentido formal no sea sancionada y promulgada, entiendo, la protección constitucional es, de carácter absoluto.

### El derecho a réplica

El derecho de rectificación o respuesta o derecho a réplica se encuentra reconocido en el art. 14 de la CADH. **Las características y condiciones para su ejercicio**, que se desprenden de la referida norma son los siguientes:

Se estipula a favor de toda persona.

La información debe ser inexacta o agravante y debe emitirse en perjuicio de la persona que ejerce el derecho.

Debe ser emitida a través de medios de difusión legalmente reglamentados.

Dicha información debe estar dirigida al público en general.

En tales condiciones, la persona perjudicada tiene derecho a efectuar la rectificación o respuesta en el mismo órgano de difusión.

Ello se efectuará en las condiciones que establezca la ley.

Finalmente, la rectificación o respuesta no exime de otras responsabilidades legales emergentes de la información inexacta o agravante.

A pesar de la claridad de la norma, la misma ha estado **sujeta a interpretaciones**, principalmente jurisprudenciales, que vamos a desarrollar a continuación.

La primera cuestión, y más trascendente, ha estado vinculada con el alcance que debía dársele a la frase "en las condiciones que establezca la ley". Inicialmente la CSJN consideró que la misma significaba la necesidad de un reenvío a una ley interna previa, a los fines de que el derecho convencionalmente reconocido tuviera efectividad. Ello se reforzó con la interpretación dada al art. 2 de la CADH, que establece la obligación de adecuación de la legislación interna a los términos de la Convención, lo que se entendía como la necesidad previa de adecuación a los fines de su efectividad. Y finalmente, que el derecho a réplica no podía ser de los considerados implícitos, en los términos del art. 33 de la C.N. (CSJN, Fallos 310-508, "Costa"; Fallos 311-2553, "Sánchez Abelenda"; JA 1989-II-383, "Edmedkjian c/ Neustadt"). Posteriormente, la CSJN varió su punto de vista respecto a la operatividad, sosteniendo que el referido derecho se corresponde con el techo ideológico constitucional y que, por aplicación de la Convención de Viena sobre los Tratados que estipula la imposibilidad de un Estado Parte justifique el incumplimiento de un tratado en razón de las carencias o insuficiencias de su legislación interna, y citando la Opinión Consultiva N° 7 de la Corte IDH que reconoció el carácter operativo del Derecho a Réplica, por su sola consagración convencional, interpretando la misma, en el contexto de la obligación del Estado Parte de respetar y garantizar los derechos enumerados en la Convención (art. 1.1) y la obligación de adecuar la legislación interna (art. 2), lo que de no cumplirse, "per se" constituye una violación a los términos de la Convención. Criterio este último que, invariablemente aplica la Corte IDH, tanto en sus opiniones consultivas como en la resolución de los casos contenciosos, hasta el presente. Y que por ende, su operatividad debe garantizarse, ante la ausencia y morosidad del órgano legislativo en dictar la ley respectiva, en el caso concreto, a través de la respectiva sentencia judicial. (CSJN, Fallos 315-1492, "Edmedkjian c/ Sofovich, 1992). Criterio éste que la CSJN ratificó con posterioridad (Fallos 321-885, "Petric", 1998).

A dicho respecto cabe expresar mi desacuerdo con la interpretación de Sagüés (II-365), en el sentido de que, siendo el Derecho a Réplica una restricción a la libertad de expresión, y teniendo en cuenta la exigencia de ley formal para restringir un derecho, la réplica necesariamente exige la existencia de una ley reglamentaria. Considero que tal interpretación desnaturaliza y manipula la jurisprudencia del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. En primer lugar, porque la Corte IDH ha sostenido en la referida opinión consultiva que el Derecho a Rectificación o Respuesta, por su ubicación, reafirma la más amplia protección que la Convención otorga al referido derecho a expresarse (Opinión Consultiva N° 7, 29-08-1986, párrs. 23, 24 y 25). Y por otra parte, que el hecho de que el Estado Parte tenga la potestad de reglamentarla, ello no impide su exigibilidad en los términos del art. 1.1 de la Convención (párr. 28). Lo que deja palmariamente probado que la interpretación de la CSJN en "Sofovich" es la correcta.

La segunda cuestión interpretativa está vinculada con la interpretación de la frase “en su perjuicio”, vinculado con la información inexacta o agravante emitida.

La mayoría de la CSJN, tanto en “Sofovich” como en “Petric” sostuvo un criterio que podemos calificar de amplio o extensivo, al afirmar que, si bien la información agravante o inexacta no estuviera referida específicamente a la persona del reclamante de la réplica, si esta ofende, con términos o expresiones insolentes e irrespetuosas, las convicciones religiosas del peticionante o si están referidas a hechos o actividades de trascendencia política, la misma es procedente. Excluyendo sí, enfáticamente, las opiniones políticas, es decir, que la réplica no puede transformarse en terreno apto para el debate ideológico.

La tesis opuesta, radica fundamentalmente, en considerar que el perjuicio debe medirse con criterio estricto o limitado, consistente en que la información agravante o inexacta debe estar dirigida, en forma directa e inmediata, mencionándolo o tornándolo identificable, a la persona que peticiona el ejercicio del derecho. Y que el término informaciones, debe distinguirse del de “manifestaciones” siguiendo el razonamiento del voto del Dr. Levene en “Sofovich” (Sagüés, II-365-366). (También voto Dr. Petracchi en “Sofovich”).

En relación a la distinción entre “manifestaciones” e “informaciones”, creo que, a los fines de la réplica, no es una distinción pertinente, ya que, en general, una manifestación, conforme la persona que la emite, se integra, muchas veces, a un mapa mucho más complejo de hechos y de ideas que hacen a la información. Los propios medios de difusión, muchas veces, recurren a la asistencia de estas manifestaciones divergentes, a los fines de integrar el acontecimiento informativo.

Por otra parte, en lo que respecta a la amplitud del término “perjuicio”, ello evidentemente se relaciona, con la doble dimensión, individual y social, de la libertad de expresión y del derecho a réplica. Ubicados en el contorno individual, se impone una interpretación restrictiva, en cambio, ubicado en un contorno social y sistémico democrático, una posición más amplia del concepto, parece necesario se imponga. Considero que, en ese contexto, los criterios elaborados por la CSJN tienden a una conciliación o integración de ambos enfoques, admitiendo un criterio amplio del concepto “perjuicio”, sin transformar la réplica en un puro debate ideológico.

Finalmente, voy a detenerme en la observación formulada por Gelli (95), que al referirse a la dimensión social del derecho a réplica, y las dificultades que ello genera, y acordando con el voto de Gross Espiell en la Opinión Consultiva N° 7, sostiene que “no debe otorgarse un derecho de rectificación o respuesta automático, sin el control del debido proceso judicial”, en lo referente a acreditar fehacientemente el carácter agravante o inexacto de la información emitida (conf. Badeni, 378/379). Si se interpreta el control del debido proceso judicial, como la condición necesaria para ejercer el derecho a réplica, enfáticamente considero ello absolutamente improcedente, en el

contexto de operatividad que la norma tiene conforme la interpretación de la Corte IDH, antes citada. Condicionar su ejercicio, ya sea a una ley previa y/o a una demanda judicial previa, lo considero, por lo anterior improcedente. En el caso de negativa del medio a otorgar el derecho a réplica, tal reflexión aparece, en principio superflua, porque el titular se verá compelido a iniciar la acción judicial respectiva, y en ella, seguramente, conforme los precedentes ya existentes, se discutirá su procedencia en los términos de la Convención Americana.

La tercera cuestión interpretativa está referida al concepto de “medios de difusión legalmente reglamentados”. A dicho respecto Sagüés (II-363/364) sostiene que no se alcanza advertir el por qué de los medios no legalmente reglamentados, y si con ello, no se ha pretendido excluir a los medios de prensa escritos, no sujetos a reglamentación. Creo que el sentido de la norma es claro, y es el de no reconocer o favorecer el funcionamiento ilegal de medios de difusión, a través de la admisión del derecho a réplica en relación con los mismos. Es decir, que se trate de medios de difusión legalmente reconocidos en su funcionamiento, más allá del grado o nivel reglamentario a que estén sometidos para ello. Considero que esta interpretación se ajusta a las necesidades legítimas de una sociedad democrática (art. 30.2 CADH).

**Algunas reflexiones finales en relación con la libertad de expresión y el derecho a réplica.** En primer lugar, la dimensión tanto individual como social de la libertad de expresión y del derecho a réplica, es de insoslayable consideración, al momento de resolver el actual régimen constitucional sobre la materia. En segundo lugar, su ejercicio, en el contexto de las necesidades legítimas de una sociedad democrática, no se condice con el otorgamiento del poder absoluto a una sola de las partes de la relación (Badeni, 378: “La libertad de prensa otorga, a quien conduce el medio de comunicación social, una *facultad ilimitada* para determinar el contenido del acto de difusión...”), ya que resulta poco edificante otorgarle un rol estratégico dentro del sistema, a quien ejerce un poder absoluto. La democracia exige pluralidad, diversidad, respeto a la opinión divergente, lo que también debe reflejarse hacia el interior de cada medio de difusión. Sólo siendo democrático, se puede ser guardián estratégico de ella. En tercer lugar, a trece años del dictado del fallo “Sofovich”, quien puede afirmar objetivamente que, como consecuencia del derecho a réplica, los medios de difusión se han visto sometidos a una fuerte autocensura, o han invertido importantes sumas de dinero en reproducir las réplicas requeridas, desde entonces, violándose su derecho de propiedad (Badeni, 379 aps. 8 y 10), creo definitivamente, que no ha sido así. En cuarto término, es evidente que estamos en definitiva ante una disputa de poder, más que de derechos, en la medida en que, como es notorio, los medios de difusión recurren permanentemente a la réplica como estrategia periodística (contrapunto de opiniones en una mesa común, intercomunicación telefónica entre dos o más personas de divergente opinión, ofrecimiento de la réplica a personajes públicos oficiales o no oficiales, desacreditación de quien no concurre a un programa periodístico a replicar, p. ej.), lo que pone de manifiesto que, no se trata de discutir si la libertad de expresión y el derecho a réplica son derechos constitucionales,

sino de quienes tienen el poder de habilitar su uso o ejercicio. Creo que lo más doloroso para ciertos sectores, y lo más significativo desde la CADH, es que este instrumento reivindica, democráticamente, el rol de los social, política y económicamente más débiles, de la relación comunicacional e informativa, asegurándoles su derecho a ejercer la libertad de expresión y el derecho a réplica en forma efectiva.

### El derecho de asociación

El derecho de asociarse con fines útiles, está reconocido en el art. 14 de la Constitución Nacional. Se ha entendido, en general, por fines útiles, aquellos que no sean contrarios al bien común, de carácter neutro o inofensivo (Bidart Campos) o cuyos objetivos no sean contrarios a los principios o valores de la C.N. o contrarios a las pautas del art. 19 de la misma, o que resulten banales, absurdas o sin sentido (Sagüés). Por su parte, la CADH, de modo enunciativo, expone diversos fines posibles (art. 16.1): ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. Es decir que, el criterio de fines útiles es amplio.

En un fallo muy controvertido (Comunidad Homosexual Argentina, Fallos 314-1531 de 1991), y desde mi punto de vista francamente inconstitucional, ya que constituye valorar como legítimas para el bien común, conductas morales de la sociedad francamente discriminatorias, la CSJN, por mayoría, entendió que, la defensa pública de la homosexualidad, que importaban los objetivos sociales de la CHA, no era entendido por la moral media argentina, como propio del bien común, avalando así la negativa a otorgarle el reconocimiento de su personería jurídica. (Situación posteriormente corregida por decisión del órgano administrativo de aplicación).

Por otra parte, hay asociaciones que tienen especial tratamiento en la C.N., como es el caso de los Partidos Políticos (arts. 37 y 38), las Asociaciones Profesionales (Sindicatos) (art. 14 bis), y las Asociaciones de Usuarios y Consumidores y de Protección del Medio Ambiente (arts. 41, 42 y 43).

En el derecho a asociarse, están implicados: el derecho a formar una asociación, el derecho a integrarse o formar parte de una asociación; el derecho a participar activamente en la misma conforme las disposiciones estatutarias; el derecho a retirarse de una asociación. Por su parte, en relación con las asociaciones su capacidad jurídica está regulada por el Código Civil, el Código de Comercio, o sus normas complementarias, conforme la naturaleza jurídica de las mismas.

Con respecto a la denominada **asociación compulsiva**, ésta actualmente se encuentra prohibida, con rango constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 20.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la C.N.). La misma consiste en incorporar obligatoriamente a una persona en una asociación, más allá de su voluntad expresa para ello. Con anterioridad la CSJN había considerado la inconstitucionalidad de la aso-

ciación compulsiva a sindicatos, reconociendo el derecho de afiliarse, de no afiliarse o de desafiliarse ("Outon Carlos J. y otros, 29-03-1967). Por otra parte, en reiterados fallos la CSJN afirmó que la Colegiación Obligatoria Profesional, no constituye un caso de asociación compulsiva, ya que, estamos ante organizaciones creadas por ley, que ejecutan funciones delegadas correspondientes del Estado (sea éste provincial o nacional en ejercicio de su jurisdicción local) de organización y control de la matrícula profesional, y por ende no constituyen asociaciones, en los términos del art. 14 de la C.N. (Fallos 289-238, "Guzmán"; Fallos 308-987, "Ferrari").

El art. 16.3 de la CADH habilita la **imposición de restricciones y hasta su privación absoluta del derecho de asociación a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía**. Si bien se pretende fundar estas restricciones y privación del derecho a asociación, en el carácter no deliberativo de las FF.AA. y de Seguridad, entiendo que ello, razonablemente, puede tornar viable un régimen reglamentario más estricto, pero de modo alguno justifica su privación, la que entiendo inconstitucional. Especialmente porque considero que, la privación del derecho a asociarse, en la práctica, lo que genera es un debilitamiento de las posibles defensas legales de los diversos fines útiles que constituyen, en última instancia, su razón de ser y que la Constitución expresamente contempla. Además, la ausencia de éstas, en ocasiones, devienen en "acuartelamientos" que si bien ilegales, son, en la práctica, de difícil represión, y que, en muchas ocasiones, generan crisis institucionales mucho más graves que la propia existencia de tales asociaciones.

Que finalmente, respecto a las **restricciones** de que puede ser objeto el derecho de asociación, el art. 16.2 de la CADH, establece que las mismas deben estar previstas por ley, en sentido formal, y ser necesarias en una sociedad democrática. Por otra parte, están sometidas a las reglas de razonabilidad que impone el art. 28 de la C.N.

### El derecho de reunión

El **derecho de reunión** no es de los expresamente enumerados en nuestra Constitución Nacional, sin perjuicio de lo cual, la jurisprudencia de la CSJN (Caso Comité Radical Acción de 1929) lo ha reconocido como derecho implícito en los términos del art. 33 de la C.N., avalado por el derecho de petición colectiva, y que, en la medida en que quienes se reúnen no se atribuyen la representación del pueblo ni peticionan en su nombre, su ejercicio se encuentra habilitado por la última parte del art. 19 de la C.N.

Como bien señala Bidart Campos (I-304) mientras el derecho de asociarse tiende a la constitución de grupos más o menos durables, a través del derecho de reunión, se concierta una agrupación de personas transitoria, momentánea y hasta fugaz. Por otra parte, los derechos de reunión y de asociación se encuentran íntimamente ligados, ya que, para constituir una asociación, previamente hay que concretar reuniones, y también, constituida

la asociación, en su seno se desarrollan reuniones de Comisión Directiva, de Asamblea de Socios, de Comisiones, etc.

Con respecto a la **causa lícita para la reunión**, hay que señalar, en primer lugar, que el art. 15 de la CADH, establece que dicho derecho se protege, en la medida en que se ejerza con fines pacíficos y sin armas. Por otra parte, la CSJN ("Arjones", Fallos 191-197) ha sostenido que no pueden ser prohibidas las reuniones en razón de las ideas, opiniones o doctrinas de sus promotores; y por otro lado, si ha admitido su prohibición, si se contrarían normas de la moralidad social, si tienden a suprimir las libertades individuales o conspiran contra la libertad política ("Anderson, Clayton y Cía.", Fallos 191-388).

Por otra parte se admite la **reglamentación de este derecho**, conforme lo dispone el art. 15 de la CADH y el art. 28 de la C.N. Con respecto a la obligación de aviso previo y autorización previa, para su realización, en general, la CSJN ha distinguido entre reuniones privadas, con escaso número de concurrentes, y celebradas en lugares cerrados, mientras no tengan objetivos subversivos ni contrarios al orden público, no puede exigírseles el previo aviso y la previa autorización. Mientras que, sin son reuniones públicas, desarrolladas en la vía o espacios públicos, sí pueden ser sometidas a la condición, para su realización, de aviso y autorización previas ("Arjones"). Y si son privadas, en lugar cerrado, pero multitudinarias, sí pueden estar sujetas al requisito previo del aviso ("Campaña Popular en defensa de la ley 1420", Fallos 207-251). También, en general, la CSJN ha admitido la aplicación de sanciones reglamentarias, en la medida en que resulten razonables, a los concurrentes a una reunión, por infracción de las leyes que reglamentan legítimamente a éstas (Moreno, Doño y otros, Fallos 196-644).

La importancia contemporánea del derecho de reunión, frente a un Estado que se ha ido refugiando en una conducta ausente frente a las necesidades imperiosas del pueblo y de abandono de sus responsabilidades prioritarias, es indudable. Desde las Rondas de los Jueves de las Madres de Plaza de Mayo, a las Marchas del Silencio en reclamo de justicia, hasta llegar a las Marchas Piqueteras por trabajo y asistencia social, asociadas al derecho a peticionar, y desafiando, muchas veces, el orden establecido, han sido y son, expresión de una voluntad de cambio a favor de la efectiva vigencia de los derechos humanos, de los más débiles, cuando la institucionalidad se ha desentendido de ellos, o ha recobrado, al menos en parte, la iniciativa, por su consecuencia. El derecho de reunión, en una democracia participativa, tiene una indudable importancia, (que trasuntan los arts. 41, 42 y 43 de nuestra Constitución) y su ejercicio, debe contar con una amplia y efectiva protección que no debe quedar subsumida en formalidades institucionales, ante las cuales, muchas veces, con legitimidad se alza y desconoce, porque son, en definitiva, la razón de los padecimientos que sufren muchos de los que participan en ella. Además un principio de solidaridad social propio de una sociedad democrática, exige priorizar los derechos de quienes menos tienen (art. 15 CADH).

## El derecho de petición

El **derecho de peticionar a las autoridades** se encuentra reconocido expresamente en el art. 14 de la Constitución Nacional y en el art. 24 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la que integra el mismo, con el derecho a obtener una pronta resolución, con lo cual, la **necesidad de una respuesta** adecuada, pertinente, y en tiempo hábil, por parte de la autoridad competente requerida, se encuentra ínsita en el derecho a peticionar, el que, por ende, no se agota en sí mismo en la sola petición. También se ha señalado que otra consecuencia del ejercicio del derecho a peticionar es el **de no ser castigado** como consecuencia del ejercicio de este derecho (Sagüés, II-411).

Conforme lo establece el último de los artículos referenciados, dicha petición debe formularse ante **autoridad competente**, ya que debe ser la habilitada institucionalmente para dar la pronta resolución; si se formulara ante autoridad incompetente, corresponde que ésta gire lo peticionado ante quien sí lo es. Debe estar formulada en **términos respetuosos**, y puede estar referida tanto a **intereses de carácter particular como general**.

Por otra parte se ha considerado, como **formas especiales de peticionar, de carácter calificado**, aquella que se encuentra reglada en el art. 23 de la C.N., a fin de pedir el derecho de opción de salir del país de la persona privada de libertad por aplicación de las disposiciones constitucionales sobre el Estado de Sitio; o en el caso, en que se peticona ante el Poder Judicial, por vía de demanda o contestación de demanda o reconvencción (acceso a la jurisdicción) y en los casos de demandas ante la administración pública, nacional, provincial o municipal, exigiéndose, en estos dos últimos casos, resoluciones de la situación, fundadas y conforme a derecho (Sagüés, II-412).

Que finalmente, cabe referirse a la **prohibición de peticionar** (Sagüés, II-413) contenida en el art. 22 de la C.N., y que refiere a la prohibición de peticionar en nombre del pueblo. Principio que, como bien señala el referido autor, hoy debe ser examinado a la luz de un modelo de democracia participativa, superador del modelo crudamente representativo del pasado.

Remito también a este respecto a lo ya expresado en la última parte del tratamiento del derecho de reunión.

## El derecho a la propiedad

Podemos definir el **derecho a la propiedad** consagrado por la Constitución, y conforme jurisprudencia de la CSJN, siguiendo el enunciado efectuado, a tal efecto, por Bidart Campos (I-323): El término propiedad empleado en la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcan-

zan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad.

Por otra parte, conforme afirma el referido autor, el art. 17 de la C.N. protege la **propiedad adquirida**. Sin perjuicio de lo cual, cabe expresar que no es la única forma en que la Constitución aborda el tema de la propiedad (art. 14 bis; art. 75 inc. 17 e inc. 22).

En relación con los **contenidos generales** del derecho de propiedad, en general la doctrina (Bidart Campos, I-323/331; Sagüés, II-484/488; Jiménez, II-364/366) y la jurisprudencia de la CSJN, enuncian los siguientes:

El derecho de dominio, sus desmembraciones, las concesiones de uso de bienes públicos y las concesiones por delegación estatal.

Los derechos y las obligaciones nacidas de los contratos.

Los derechos adquiridos e ingresados al patrimonio.

La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, los actos válidamente cumplidos durante el proceso.

El derecho adquirido por el otorgamiento de jubilaciones y pensiones.

El efecto liberatorio del pago.

Por el rango constitucional de la irretroactividad de la ley cuando por una nueva ley posterior conduce a privar a alguien de un derecho incorporado a su patrimonio.

Los derechos hereditarios.

Los derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial.

Los salarios devengados.

Los derechos derivados de las Convenciones Colectivas de Trabajo.

La obligación de indemnizar la lesión inferida a una persona.

Con respecto a los **límites al derecho de propiedad**, podemos señalar los siguientes:

*Función social de la propiedad.* La misma implica la superación de la tesis individualista absoluta, y habilita limitar razonablemente la misma, por razones de interés general, o para el logro del bien común, como obligación de contribuir a las necesidades comunes (CSJN, Fallos 210-284; Fallos 210-1208) (art. 21 CADH).

*Por causa de utilidad pública.* Constituye la única forma constitucionalmente habilitada, mediante la cual, el Estado Nacional o Provincial, puede forzar la enajenación, más allá de la voluntad de su titular, de un bien de propiedad privada, sujeto a expropiación. Conforme los términos del art. 17

de la C.N., la utilidad pública, a los fines expropiatorios, debe ser calificada por ley, y además, previamente indemnizada.

Se entiende por causa de **utilidad pública** aquella que responde al bien común, es decir, al bien de todos. Dicha declaración de utilidad pública es revisable judicialmente, por razones de manifiesta arbitrariedad, en supuestos de gravedad y arbitrariedad extremas (Fallos 291-507; 251-246).

Respecto al concepto de **justa indemnización**, la ley establece que corresponderá al valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se toman circunstancias de carácter personal, ni valores afectivos, ni ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante, ni se compensarán las mejoras realizadas con posterioridad al acto que declaró afectado a expropiación el bien. Lo que se abona es un resarcimiento por el perjuicio, por lo tanto no es una fuente de ganancias ni beneficios para el expropiado (Fallos 312-2444; 308-2359). Se trata de la restitución al propietario del mismo valor económico del que es privado, y que si bien no debe concluir en valores irrisorio, no debe tampoco constituir un enriquecimiento indebido para el propietario. El valor llave es computable sólo en los casos en que el expropiante continúe con la actividad comercial sobre el bien expropiado. No corresponde computar ni los perjuicios eventuales o hipotéticos ni las esperanzas de ganancias. El pago de dicha indemnización debe hacerse en dinero en efectivo, por principio, y su monto se puede fijar por acuerdo entre expropiado y expropiante (advenimiento) o por vía judicial.

*La reglamentación del derecho a la propiedad.* En general, y siguiendo el principio de razonabilidad del art. 28 de la C.N., la CSJN ha expresado que la misma responde al referido principio, en la medida en que no sea esencial, para este derecho, la afectación que se produce, caso contrario, importa un desapoderamiento (Fallos 266-34; 253-33). Ello pone de manifiesto, además, que el derecho a la propiedad no es absoluto, lo que entiendo, prima facie surge del propio art. 17 al admitir la expropiación por razones de utilidad pública. En el marco de tal reglamentación, constituyen límites, calificados como legítimos, de la propiedad, por ejemplo, las servidumbres, el decomiso, el secuestro, las normas sobre urbanismo y planeamiento, el aporte jubilatorio obligatorio, la reducción de los intereses contractualmente estipulados en el caso de ser abusivos, inmorales, o confiscatorios, etc.

*El estado de necesidad y la situación de emergencia.* Al primero de los aspectos remitimos al tratamiento que le daremos al abordar la libertad de contratar. Al segundo, nos remitimos a lo ya expresado al analizar las situaciones de emergencia. Sobre este último, tan sólo recordar que conforme el dictamen del Procurador General, que varios jueces de la CSJN hacen propio (Casos "Bustos" y "Galli") el límite constitucional a la afectación de este derecho, en la emergencia, es su "aniquilamiento", es decir, su total desaparición como tal, es decir, no se trata ya, la de su alteración, como límite constitucional de afectación, modificándose así, para las situaciones de emergencia

económica, drásticamente los límites establecidos por el art. 28 de la C.N., y que hacen pensar, como ya lo expresamos anteriormente, si verdaderamente rige realmente la constitución en estas situaciones, más allá del reconocimiento discursivo de ello por la Corte Suprema. (Nos remitimos a los desarrollado en el Módulo V).

La Constitución, en su art. 17, consagra la **inviolabilidad de la propiedad**. La misma, protege a la propiedad del desapoderamiento, como ya vimos. En particular, la Constitución Nacional contempla dos formas específicas de desapoderamiento que prohíbe.

La primera de ellas es la *confiscación*. Ella consiste en el desapoderamiento, sin sentencia fundada en ley o por medio de requisiciones militares, de la propiedad privada, por parte del Estado, sin indemnización alguna. Históricamente, la misma era considerada una sanción penal, y así aparece literalmente enunciada su prohibición en la Constitución Nacional "queda borrada para siempre del Código Penal argentino". Sin perjuicio de lo cual, la prohibición de la confiscación se ha extendido al campo del derecho, en general, al vinculársela con la inviolabilidad de la propiedad.

Siguiendo a Sagüés (II-501) la jurisprudencia ha admitido la existencia de supuestos de confiscación en los casos de tributos excesivos, disminución grave de haberes jubilatorios, honorarios desproporcionados, o casos de expropiación donde el pago de la indemnización fijada judicialmente queda librada a la decisión del expropiador.

Por su parte, existe en la jurisprudencia del máximo tribunal federal, un solo caso en que se ha admitido la **confiscación de la propiedad enemiga** (Merck Argentina c/ Estado Nacional, Fallos 211-162). En ella, conforme ya vimos, se establece el principio del monismo absoluto en tiempos de guerra, y mediante el cual, por aplicación del Tratado de los Países Aliados, al cual adhirió el país, en las postrimerías de la segunda guerra mundial, se habilitaba la confiscación de bienes pertenecientes a los países del eje (en este caso Alemania). Sin perjuicio de adherir a las críticas que, en general, ha recibido este fallo de la Corte, y sobre todo, como bien señala Sagüés (II-503) por la aplicación de un Estado de Necesidad exorbitante frente a un enemigo rendido; no puede escapar a nuestra percepción constitucional actual, la tremenda amenaza, y violación efectiva, al derecho a la vida, a la integridad personal, y a la propiedad, de carácter masivo, que representa la política internacional de la "Guerra Preventiva", que encubre poderosos intereses económicos, y que hasta se justifica con razones mentirosas, generadora de la auténtica cultura de la muerte que debe preocuparnos y alertarnos, y en cuyo contexto, aparece el fallo "Merck" como la picadura de un solo mosquito en una noche húmeda y calurosa de verano, en un fin de semana en el Delta.

*La prohibición a los cuerpos armados de hacer requisiciones y de exigir auxilios.* Una interpretación literal de la disposición lleva a la conclusión de que estamos ante una prohibición de carácter absoluto. Sin perjuicio de que algunos autores (González Calderón) sólo lo entienden así para tiem-

pos de paz. Por otra parte, nuestra Ley de Defensa Nacional 23.554, admite, en tiempos de guerra o amenaza de ésta, que el PEN puede disponer requisiciones de servicios o de bienes, los habitantes tienen la obligación de cumplirlas, tipificándose su incumplimiento como delito. La ley establece que en caso de existir gastos se indemnizarán éstos, pero no se admitirá el lucro cesante. Es razonable sostener que, si aceptamos, que en el Estado de Guerra, pueden afectarse derechos individuales diversos de un modo extraordinario, al igual que con la declaración de Estado de Sitio, en el orden interno, que se admitan, las requisiciones habilitadas por la Ley de Defensa Nacional, como constitucionales.

**La propiedad comunitaria.** Ya he expuesto los diversos puntos de vista posibles, vinculados con el tema de la propiedad, al referirme, en el Módulo V, a la pauta interpretativa del art. 75. inc. 22, a lo cual me remito. Trataré aquí la regulación constitucional de la propiedad comunitaria que efectúa la C.N., en el art. 75 inc. 17.

Algunos autores (Jiménez, II-372/373) sostienen que la propiedad comunitaria constituye una aplicación concreta del principio de propiedad privada aplicada según el interés social (art. 21 C-A-D-H). No comparto ello porque el inc. 17 del art. 75 refiere concretamente a "Reconocer... la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano". Las referencias constitucionales a la tradición histórico cultural y a la entrega, claramente trasuntan un respeto a los conceptos propios de propiedad de las comunidades indígenas, cuya preexistencia étnica y cultural también reafirma, siendo el concepto de propiedad, su uso, distribución, explotación, etc., parte de esa cultura preexistente, conforme está sobradamente reconocido por los estudios antropológicos y etnográficos, a la fecha. (Recordamos aquí lo expuesto en el Módulo III tomando el ejemplo de los Aztecas). Que además esta interpretación se ajusta al debido respeto de las minorías, que impone, por ej, el art. 27 del PIDCP. Por supuesto que si vinculamos el concepto de propiedad, con determinados modos de producción, y con la propiedad sobre los mismos, la distinción entre propiedad comunitaria y propiedad privada es aún más nítida, ya que la primera responde a un modo de producción diferente al del modelo capitalista, imperante en 1853, al sancionarse nuestra Constitución y el art. 17. Esto, como ya lo afirmé, no es anular alguna de ambas, sino reconocer que, a partir de 1994, al menos, coexisten dos formas de propiedad distintas.

Como ya lo afirmamos el carácter particular de la propiedad comunitaria ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte IDH y la misma ha sido receptada por la CSJN. (Remisión).

Por su parte, a los fines de dar mayor protección a tal propiedad comunitaria, el constituyente la rodeó de una serie de garantías adicionales, como ser que no son enajenables, ni transmisibles, ni susceptibles de gravámenes y embargos, reafirmando con ello su carácter distintivo, ya que, de lo

contrario, prohibiciones absolutas como las señaladas, en el contexto de la propiedad privada resultarían insoportables y contrarias a su esencia.

Por otra parte la **dimensión actual del derecho de propiedad** en la Constitución Nacional, es diferente a la clásica dimensión liberal decimonónica, por el impacto de los Instrumentos de Derechos Humanos Jerarquizados.

Por una parte, el art. 1.2 del PIDCP y del PIDESC reconoce el derecho de los pueblos de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Y establece que en ningún caso podría privarse a un pueblo de sus medios de subsistencia. Lo que da una clara señal de reconocimiento del derecho a la propiedad como derecho de incidencia colectiva (art. 43 C.N.).

Y por otra parte, se reconoce el derecho de acceso a la propiedad, que si bien, esbozado en nuestro texto constitucional en el art. 14 bis (acceso a una vivienda digna) se encuentra reforzado por los términos del art. 11.1 del PIDESC al afirmar el reconocimiento del "derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". (Sobre la pertinencia de los principios de efectividad y progresividad respecto a los derechos humanos reconocidos me remito a lo expresado en el Módulo II del presente).

Con lo cual considero que afirmar que la Constitución tan sólo protege el derecho de la propiedad adquirida no se condice con el contenido actual del Bloque de Constitucionalidad Federal vigente. Y así ha comenzado a reconocerlo la jurisprudencia al tratar el reconocimiento de la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (Juzgado Civil, Comercial y Minería N° 5, III Circunscripción Río Negro, en *diariojudicial.com-IDNoticia=22.676*) y del derecho de acceso a la vivienda en casos de extrema necesidad que afectan la dignidad de la persona humana. (Dra. Claudia Salomón, Paraná, ER, *diariojudicial.com\_IDNoticia\_Cabecera=22.086*).

### La libertad de industria y comercio

Tanto el art. 14, como el 20, de la Constitución Nacional, consagran el derecho a ejercer toda industria lícita, de navegar y comerciar, de ejercer su industria, comercio y profesión y de navegar los ríos y costas (Bidart Campos, I-306).

Dicha libertad de comercio e industria, si bien sujeta a reglamentación razonable conforme los términos del art. 28 de la Constitución Nacional, en el ejercicio del poder de policía de carácter restrictivo (remitimos al Módulo VI) tuvo su origen y desarrollo en el contexto histórico de las ideas económicas liberales clásicas imperantes en la época de su sanción, y donde el rol del Estado se circunscribía a garantizar el orden interno y la estabilidad política y jurídica (Estado Gendarme), conforme el proyecto político dominante, al momento de su sanción, el que queda palmariamente evidenciado

en esta relación entre el art. 14 (derecho de los habitantes) art. 20 (derecho de los extranjeros).

Su regulación posterior a partir de la ampliación del ejercicio del poder de policía por razones de interés general o por razones económicas de la colectividad (CSJN, "Inchauspe Pedro Hnos." [1944] y "CAVIC" [1970]), se corresponde con un período de activismo estatal en la economía (Estado de Bienestar) generado en el contexto de un proceso cada vez más acentuado de concentración económica, con fuerte influencia en las economías de los países, a través de actividades monopólicas, oligopólicas y del dumping, que exigían de la intervención estatal, ya que las reglas económicas no permitían un natural desarrollo equilibrado de los diversos intereses en pugna, (como lo planteaba la teoría liberal clásica) y donde, los sectores sociales más desaventajados sufrían las consecuencias más gravosas, a la sombra del desarrollo imperialista de la economía.

En la actualidad, en el contexto de un proceso de globalización que ya hemos analizado en general (Módulo III y IV) que permite sobre él más de una mirada, y ante un proceso de concentración económica donde el 20% total de la población usufructúa del 80 % de lo que la economía produce, y donde, las empresas formadoras de precios de una determinada línea de productos (por ejemplo lácteos) puede contarse con los dedos de una mano, y donde las propuestas económicas neoliberales (de la libertad económica) no han hecho más que profundizar la brecha de las diferencias sociales, el aumento de la pobreza y la indigencia, un tendal de desocupados y un Estado mínimo, producto de las privatizaciones, al menos, desde mi perspectiva, resulta impensable abordar constitucionalmente el derecho a comerciar y ejercer toda industria lícita, en términos amplios de libertad económica, máxime si hacemos nuestras las pautas que, con fuerza normativa contiene la Carta Magna federal (art. 75 inc. 19, primera parte) y a las que nos referiremos un poco más adelante, y que la experiencia del pasado inmediato demostraron que avasalla. Por ello no puedo compartir los criterios expuestos por Sagüés (II-520/521) en relación con la ley de abastecimientos (20.680 art. 2 inc. d) en el sentido de que sus normas sólo serían aplicables en situaciones de emergencia institucional o de necesidad de carácter transitorio, al imponer la producción compulsiva, ya que, el Estado no puede permanecer inerte frente a poderes económicos exorbitantes, frente a su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a todos los habitantes (arts. 1.1 y 26 CADH) y donde resulta legítimo limitar el propio derecho frente al derecho de los demás, y como exigencia legítima de una sociedad democrática (art. 32.2 de la CADH).

### Libertad de contratar

La libertad de contratar es un derecho implícito (art. 33 de la C.N.), conforme lo reconoce, en general, la doctrina constitucional (Bidart Campos, I-298; Gelli, 74; Quiroga Lavie, "Constitución de la Nación Argentina Comentada", 62), como derivación del derecho anteriormente tratado. Y su

protección, en el contexto liberal del Siglo XIX, y sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, se debe al Código Civil, y principalmente al art. 1197, que lo reconoce como ley entre las partes. Dicha regla, posteriormente, se completó con el principio de buena fe en su interpretación y ejecución, conforme lo dispone el art. 1198 del mismo cuerpo legal.

Sin perjuicio de lo cual, ya **el codificador**, al calificar a los hechos como voluntarios, en la medida en que debían ser ejecutados con discernimiento, intención y libertad (art. 897), admitió que los no así ejecutados, no podían generar obligación alguna (art. 900). Lo mismo con relación a los actos jurídicos, vinculados con la capacidad o incapacidad de derecho, el objeto del acto o los vicios sustanciales que puedan contener, y su incidencia en la validez o nulidad de los mismos, corresponde se juzguen conforme las leyes de este Código (art. 949). O respecto a la nulidad de las transacciones hechas por error, dolo, miedo, violencia o falsedad de documentos (art. 857). Todo lo cual, desde ya, implica condiciones y límites al ejercicio de tal autonomía.

Con posterioridad, y sobre todo por **la decidida influencia de desigualdades de hecho** que condicionan fuertemente el ejercicio autónomo de la voluntad de una de las partes en la contratación, comenzó a desarrollarse más ampliamente el concepto de leyes de orden público en el derecho privado, es decir, disposiciones imperativas que quedan por fuera de la negociación o acuerdo entre las partes, ello dio origen al Derecho del Trabajo, como disciplina autónoma, y como regulación particular de la locación de servicios civilista. Pero que además se extendió a normas del propio ámbito civil, como las referidas a los contratos de locación de vivienda o comercio y a los denominados contratos de adhesión.

También la aplicación de **los principios generales del derecho**, como ser las disposiciones contractuales contrarias a la moral y las buenas costumbres, o aquella que prohíbe el enriquecimiento indebido, han servido de fundamento para que, aun de oficio, los jueces queden habilitados legalmente a morigerar los intereses pactados o la cláusula penal acordada.

Por otra parte, **las situaciones de inestabilidad económica**, producto esencialmente de la inflación y la depreciación monetaria consiguiente, llevaron al legislador a admitir en nuestro Código Civil, la posibilidad de **revisión del contrato**, frente a un desequilibrio sobreviniente de las prestaciones entre partes, que originen una excesiva onerosidad, por causas extrañas al riesgo propio del contrato (art. 1198, segunda parte), y en relación con las obligaciones pendientes de ejecución, tanto en los contratos bilaterales conmutativos, como en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continua y en los contratos aleatorios.

Asimismo, como ya lo señalamos, **el incremento del poder reglamentario del Estado**, por razones de interés general o conveniencias económicas de la comunidad, constituyeron nuevas limitaciones, consideradas razonables, por la CSJN, a dicha autonomía contractual.

Además, en razón de **las situaciones de emergencia** (habitacional, laboral, previsional, etc.) se ha admitido jurisprudencialmente la constitucionalidad de las leyes de tal carácter, que modificaban contratos de alquiler en curso, prorrogando su plazos y congelando su precio ("Ercolano", 1922, CSJN Fallos 136-164) u obligando a la contratación de artistas de variedades por los cines ("Cine Callao", 1960, Fallos 247-121). A dicho respecto es dable señalar que, el ejercicio abusivo o arbitrario de estas atribuciones, como fue históricamente la aplicación de la emergencia habilitacional durante largos años han favorecido su desprestigio. Pero también hay que decir que, la aplicación a rajatabla de la concepción liberal-individualista de la libertad, en procesos de incuestionable concentración económica, termina apañando el despojo del país. Coincido con la Dra. Gelli (77) que al analizar el fallo "Cine Callao" coincide con el voto disidente del Dr. Boffi Boggero que analiza la desproporcionalidad entre medios como fundamento de inconstitucionalidad de la medida (se obliga a contratar a un sector minoritario de la sociedad, además no responsable de la crisis laboral); pero me pregunto lo siguiente: es conocido que la crisis argentina del 2001, se debió, principalmente, a un proceso de fuga de capitales que semanalmente era denunciada públicamente del sistema financiero argentino. Esos son algunos de los responsables reales de la crisis (no el show de los amparos, ni las medidas autosatisfactivas ni una presunta voracidad de los ahorristas, como señala el Procurador General en su Dictamen y el voto conjunto del Dr. Belluscio y el Dr. Maqueda en "Bustos"), pero me pregunto, fundado en la proporcionalidad de medios alegada, ¿Cuál hubiera sido la postura liberal-individualista imperante, si en vez de acorralar a los pocos que se quedaron, se hubiera acorralado (en condiciones seguramente menos gravosas), a los muchos que se querían ir? Seguramente adversa y políticamente incorrecta. Creo sinceramente que, a partir de la consagración de la igualdad de trato y de oportunidades, del reconocimiento de grupos vulnerables, de las acciones positivas y del derecho a protección a las minorías (arts. 75 inc. 17 y 23 de la C.N.), la prohibición de la discriminación y la consagración constitucional de una multiplicidad de derechos humanos, en igual jerarquía, decididamente condicionan y revén, la visión individualista-liberal decimonónica, de nuestra Constitución Nacional, y constitucionalizan un activismo Estatal (principalmente del Congreso Nacional) a los fines de garantizar efectivamente los derechos humanos de toda persona y no sólo del 20% de la población que tiene garantizada la adquisición de los bienes económicos.

Finalmente, en los casos de **peligro de la subsistencia de la Nación y del Estado**, la CSJN ("Peralta", 1990, LL 1991-C, 158; reafirmado recientemente, a mi entender en términos aún más drásticos, en "Bustos" [2004] y "Galli" [2005]) admitió que el Estado afrontara la situación mediante decretos de necesidad y urgencia, los cuales, a partir de la reforma de 1994, se encuentran regulados en el art. 99 inc. 3 de la C.N. y que representan el ejercicio "motus proprio" por el PEN de funciones que la Constitución Nacional atribuye al Congreso de la Nación. Ya me he referido a la cuestión en el Módulo V, al que me remito, al igual que en párrafo anterior, sólo insisto aquí sobre el alerta que debe generar, para el régimen republicano y el sistema



democrático, el proceso de concentración del poder, en el Poder Ejecutivo Nacional, a través de la utilización, cada vez más generalizada, de los decretos de necesidad y urgencia, del veto parcial y de la delegación legislativa, habilitadas por la reforma de 1994, en un sentido de excepcionalidad que, en la práctica institucional no se respeta.

### El orden económico constitucional

El art. 75 inc. 19, primer párrafo, de la Constitución Nacional, diseña una serie de objetivos, constitutivos de un modelo económico constitucional, a través de la labor legislativa, que por su ubicación puede entenderse como complementaria de la regla de prosperidad del país, incorporada en el inc. 18 del mismo artículo.

Los objetivos de carácter general que allí se establecen son: Promover lo conducente: a) Al desarrollo humano; b) Al progreso económico con justicia social; c) A la productividad de la economía nacional; d) A la generación de empleo; e) A la formación profesional de los trabajadores; f) A la defensa del valor de la moneda y g) A la investigación y desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Por su parte, en segundo apartado del mismo inciso, reconociendo la desigualdad relativa entre provincias y regiones, existente, refiere a la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a su equilibrio; como al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; en estas iniciativas el Senado será Cámara de origen.

Además, la comparación de los incs. 18 y 19 de la Constitución Nacional nos permiten vislumbrar las metas diferenciadas, propias de cada época (1853-1994) y además, avizorar la distinción de núcleos problemáticos trascendentes, para cada uno de ellos. Mientras en 1853 ello estaba representado por la promoción de la industria y de la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras fiscales y la importación de capitales extranjeros (inc. 18), en 1994, como vimos, se centra, en un progreso económico con justicia social, en la productividad nacional, en la generación de empleo o en la defensa del valor de la moneda (inc. 19). Ahora bien, desde la perspectiva histórica, nadie puede dudar que la materialización de tal modelo, en un determinado momento, nos dio progreso económico, con los límites propios de nuestro rol emergente dentro del desarrollo capitalista de la época. Entonces ¿Por qué no confiar que es este nuevo modelo dado por el Constituyente, el que como país necesitamos para la construcción de un futuro mejor? ¿Por qué no utilizar estas pautas, entre otras, al momento de discernir la constitucionalidad del obrar del ejecutivo y del legislativo, y también de los particulares?

En este sentido recientemente la CSJN ha expresado: "Más todavía. La llamada nueva cláusula del progreso, introducida en la Constitución Nacional para 1994, es prueba manifiesta del renovado impulso que el cons-

tituyente dio en aras de la justicia social, habida cuenta de los términos en que concibió el art. 75, inc. 19, con arreglo al cual corresponde al Congreso proveer a lo conducente al 'desarrollo humano' y 'al progreso económico con justicia social'. No es casual, además, que en el proceso de integración del MERCOSUR, los estados partícipes se hayan atendido, en la Declaración Sociolaboral, al 'desarrollo económico con justicia social' (Considerandos, párrafo primero)" (CSJN, Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA, 21-09-2004, Considerando 12, Voto de la mayoría, DJ 2004-3-798).

Coincido aquí con Bidart Campos (Valor Normativo de la Constitución) en el sentido de afirmar, siguiendo para ello la jurisprudencia del Supremo Tribunal Constitucional Español que "Los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos" (STC 15/82 en "Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional", Luis López Guerra, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 63). Por lo cual, no se trata de meras expresiones de buenos deseos, sino de verdaderos principios operativos que deben ser tenidos efectivamente en cuenta al momento de ejercitar sus facultades los poderes públicos, y al momento de juzgar, la razonabilidad o proporcionalidad de lo decidido, por el Poder Judicial. A dicho respecto sostiene el autor citado: "Se abre entonces, un arco de opciones que el congreso debe usar en su selección de medidas para esa provisión favorable al desarrollo, que lo obliga a optimizar los medios tendientes al fin buscado. Aquí, como en otras partes, el órgano destinatario de la competencia asignada ha de empeñarse en buscar y elegir lo que mejor rendimiento confiera a la cláusula. No se cumple de cualquier manera, porque hay que cumplirla extrayéndole todo el beneficio que es susceptible de producir para que su contenido quede constitucionalmente satisfecho" (VI-382).

### Otra bibliografía citada o consultada

ALBERDI, JUAN, BAUTISTA, "Derecho público provincial", Departamento Editorial, Universidad Nacional de Buenos Aires, 1956.

AMARC ALC, "Principios para garantizar la diversidad y el pluralismo en la radiodifusión y los servicios de comunicación audiovisual", Desarrollo de los principios Damián Loreti y Gustavo Gómez, Buenos Aires, 2010.

LEIVA, ALBERTO, DAVID, "Fuentes para el estudio de la historia institucional argentina", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1982.

LÓPEZ GUERRA, LUIS, "Las sentencias básicas del tribunal constitucional", Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998.