

**La Cláusula de las Garantías.
El art. 43 de la Constitución Nacional
a veinte años de la reforma de 1994**

Por Néstor Pedro SAGÜÉS*

*Profesor titular emérito, Universidad de Buenos Aires. Profesor investigador, Universidad Católica Argentina, sede Rosario. Profesor de posgrado en la Universidad Austral y en la Universidad Panamericana (México, DF). Académico Nacional en Derecho y Ciencias Sociales y en Ciencias Morales y Políticas.

Introducción

El objeto del presente trabajo⁽¹⁾ es determinar el curso del art. 43 de la Constitución federal, aprobado por la Convención Constituyente de 1994, a veinte años de su sanción. El artículo en cuestión refiere a las garantías constitucionales del amparo, *hábeas data* y *hábeas corpus*. Se trata, por ende, de un precepto que involucra varias normas muy significativas para la ciudadanía porque hacen a la tutela y a la eficacia concreta de los derechos incluidos en la Constitución, al referirse a los instrumentos procesales destinados, en concreto, a resguardarlos.

En síntesis, esta ponencia intenta averiguar qué dosis de cumplimiento, o al revés, de ineficacia, ha tenido el mentado art. 43. Ello obliga a auscultar (i) las *opciones interpretativas*, (ii) las *reglas de desarrollo constitucional* y (iii) las *mutaciones* (por adición, sustracción o mixtas) que los operadores constitucionales —legisladores, jueces, agentes del Poder Ejecutivo— han realizado en el referido precepto, y meritárlas. También, a inquirir de qué modo ha impactado el mentado art. 43 en la normatividad infraconstitucional preexistente.

El trabajo parte *desde* el lanzamiento de la norma constitucional, aunque algunas veces será necesario averiguar *antes* de esa sanción, en particular para detectar la intención del constituyente histórico como pauta interpretativa de la norma en juego.

Como primera observación, cabe constatar que este artículo no tiene —felizmente— diferencias de redacción entre el texto jurado el 24 de agosto de 1994, según lo prescripto por la Asamblea Constituyente, y el insertado después en la discutida Ley N° 24430, sancionada por el Congreso Nacional —un poder constituido— el 15 de diciembre de 1994, que publicó la “edición oficial” de la Constitución. Como se sabe, hay ciertas incoherencias, en varios artículos, entre el documento aprobado por la Convención y el que figura en la ley de marras, pero ellas no involucran al artículo que tratamos.⁽²⁾

2. El amparo⁽³⁾

2.1. Opción interpretativa. Predominio de la interpretación voluntarista sobre la literal

2.1.1. El rol subsidiario del amparo

El art. 43 de la Constitución Nacional determina que el amparo procede *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*.

Entendido literalmente, pareciera que, como regla, el amparo es directamente viable, salvo que hubiera, para reparar la lesión que pretende subsanarse por medio de esta acción, otra vía judicial más eficaz para el interesado. También interpretado gramaticalmente, resultaría que, aunque existiese un trámite administrativo para enfocar la lesión, incluso aunque fuese más provechoso que el amparo, no tendría que tenerse en cuenta, y el afectado podría ir, igualmente sin trabas, al amparo judicial.

⁽¹⁾ Este trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina. Publicado en *Jurisprudencia Argentina* 20-14-III.

⁽²⁾ Sobre este tema, derivamos al lector a SAGÜES, Néstor Pedro, *Constitución de la Nación Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 10ª edic., 2004, pp. 24 y ss. El texto utilizado en esta edición destaca en notas aclaratorias las similitudes y las diferencias entre el jurado en agosto de 1994, de resultados de lo ordenado por la Convención Constituyente y el establecido por la Ley N° 24430.

⁽³⁾ Seguimos parcialmente nuestro trabajo “El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, 2004-III-981, aquí actualizado.

Esta exégesis puramente textualista obliga, no obstante, a que el operador se detenga en la expresión “más idóneo”. Si el acto u omisión impugnados por el amparo, aunque configurase un supuesto de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, demandase para su acreditación un debate más intenso que el que puede lograrse en el comprimido trámite del amparo, este último no sería el medio “más idóneo”, sino el “menos idóneo”, por su inconducencia, para la tutela del derecho en juego. Resultaría, de tal modo, una suerte de amparo suicida, si se permite la alegoría.

Pero aparte de lo dicho, la regla aquí considerada del art. 43 de la Constitución Nacional es lo que parte de la doctrina llama “norma infiel”, en el sentido que no trasluce la voluntad de su autor (en nuestro caso, el constituyente histórico).⁽⁴⁾ En efecto: el informe del constituyente que sostuvo en la Convención el despacho mayoritario (en definitiva aprobado), convencional Díaz, fue terminante en el sentido de señalar que el amparo es un proceso excepcional, no viable si existieren procedimientos *judiciales* o *administrativos* eficaces par atender al acto lesivo. Y mencionó, precisamente, un caso jurisprudencial (“González”, de la Cámara Nacional en lo Civil), en este último sentido.⁽⁵⁾ La intención del constituyente histórico, pues, era la de concebir al amparo como instrumento procesal subsidiario, no directo: si en el mercado procesal hay vías administrativas o jurisdiccionales para atender genuina y útilmente una lesión a los derechos tutelados por el amparo, ellas deben seguirse, y no el amparo. Por el contrario, si esos conductos no son real y efectivamente idóneos, en función de las particularidades del caso concreto, entonces sí se abren las puertas del amparo.

El debate entre los gramaticalistas y los voluntaristas motivó sentencias contradictorias en el derecho argentino, en torno a cómo debía entenderse el precepto que aludimos: si según la letra, o según el *animus* del constituyente. Es una polémica muy explicable, ya que la opción entre una u otra alternativa es un tema presente en cualquier rama del derecho, que divide a académicos y que rara vez tiene una solución legal. Si se permite la alegoría, reina aquí una especie de libertad de cultos.

En la Corte Suprema de Justicia de la Nación predominaba por lo común la tesis voluntarista, pero también había, ocasionalmente, fallos gramaticalistas, con idas y vueltas entre una y otra postura, configurándose así una suerte de carrusel jurisprudencial. Finalmente, ha predominado claramente la corriente voluntarista. Tomemos como muestra de ello un fallo harto conocido, “Rizzo”, de 2013, referido a la integración del Consejo de la Magistratura federal, donde la Corte declara que la acción de amparo “es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas peligran la salvaguarda de derechos fundamentales” (considerando 3º).⁽⁶⁾ Adviértase que cuando la Corte alude a “otras vías legales aptas”, no excluye las administrativas, si las hubiere. Y es del caso recordar, asimismo, que en “Provincia de San Luis”, la Corte sostuvo, para constatar la inadmisibilidad de un amparo, que la actora había omitido demostrar que su pretensión no podía hallar tutela adecuada en los procedimientos ordinarios, ni que se encontraba impedida de obtener, mediante ellos, la

⁽⁴⁾ Sobre las “normas infieles”, GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 4ta. edic., 1973, p. 324.

⁽⁵⁾ Nos remitimos a SAGÜÉS Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo*, Astrea, Buenos Aires, 5ta. edic., 2da. reimp. 2013, T. 3, pp. 173 a 176.

⁽⁶⁾ CSJN, 18/6/13, Jurisprudencia Argentina, 10/7/2013, p. 14.

reparación de los perjuicios que podrían causarle las supuestas conductas discriminatoria que afirmaba haber sufrido.⁽⁷⁾

De todos modos, la posición “voluntarista” de la Corte Suprema, que compartimos (dado que, en general, y respecto de cualquier norma, hemos adherido, siguiendo a Werner Goldschmidt, al predominio de la genuina intención de su autor por sobre sus errores de expresión), está matizada por ciertas moderaciones. Ellas se pueden resumir en la disculpa del papel subsidiario del amparo, por motivos de economía procedimental.

Por ejemplo, en “Rozniatowsky”, la Corte señaló que si en un amparo se han reunido todos los elementos de juicio para dictar sentencia, no cabe alegar que formalmente no es la vía adecuada para resolver una litis.⁽⁸⁾ Y en “Rifatti”, agrega que el amparo es viable “si no se advierte utilidad en la substanciación de otro proceso al cual no han de aportarse más datos conducentes para la solución del caso, que los que obran en el presente litigio”.⁽⁹⁾

La doctrina que comentamos es pragmática, pero no ortodoxa. En realidad, invita a plantear amparos en vez de procesos ordinarios, aunque éstos fuesen idóneos para atender la lesión al derecho en juego, si es que el material probatorio puede diligenciarse en la acción de amparo. Y ello importa una desnaturalización del instituto.

Un correcto entendimiento del amparo normado en el art. 43 de la constitución nacional debe reconocer, por supuesto, que tiene aspectos decididamente novedosos y por lo común aplaudibles; pero que no es un amparo totalmente nuevo, creado de la nada, desligado por completo de los antecedentes jurisprudenciales y aun legislativos preexistentes a la reforma, como también lo destacara el miembro informante del despacho mayoritario en la asamblea de Santa Fe–Paraná, de 1994.

2.1.2. El rechazo convencional de la acción popular, pero su posibilidad legislativa

El art. 43 principia diciendo que “toda persona puede interponer acción expedida y rápida de amparo”. Así redactado, una interpretación literalista podría sostener, como de hecho alguno lo hizo, que *cualquiera* (esto es, *toda persona*), tendría legitimación procesal para articular amparos, sea a favor de sí misma o de otro sujeto. El amparo podría concluir, por ende, como acción popular, al estilo, v.gr., del *habeas corpus*.

La doctrina procesal constitucional, y la praxis jurisprudencial, fueron despejando esas aventuras interpretativas. Si se repasan las actas de la Convención Constituyente, queda claro que la asamblea no quiso instrumentar la acción popular (media, al respecto, una expresa actuación del convencional Iván Cullen, que incide en la redacción del actual art. 43 de la Constitución, y una posterior negociación entre los distintos bloques de aquel cuerpo).⁽¹⁰⁾ Como sostiene Germán J. Bidart Campos, por “toda persona”, debe entenderse “como toda persona afectada por el acto lesivo”.⁽¹¹⁾

Ahora bien: la experiencia legislativa demostró, en estos veinte años, que el Congreso sí podía autorizar un amparo-acción popular, como lo hizo con la Ley General del Ambiente Nº 25675, en su art. 30, regulatorio de un “amparo ambiental”. Desde esta perspectiva, la constitución aparece como un piso, no como un techo. Eso, con independencia del

⁽⁷⁾ CSJN, Fallos, 333:373.

⁽⁸⁾ CSJN, “Rozniatowsky”, 3/3/09.

⁽⁹⁾ CSJN, “Rifatti”, 23/2/10. Ver TORICELLI, Maximiliano, “La procedencia del amparo”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2010-III-358, trabajo del que tomamos los dos últimos casos citados. El autor juzga que con estas sentencias se delinea la acción de amparo como proceso excepcional, pero no subsidiario.

⁽¹⁰⁾ Nos remitimos también a SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional...* op. cit., pp. 353 y ss.

⁽¹¹⁾ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1997, T. VI, p. 318.

acuerdo o no de programar acciones populares en el amparo, tema por cierto discutible que, si bien puede tener andamiaje en amparos dedicados de derechos colectivos, no parece serlo para amparos tuitivos de derechos individuales.

2.2. Mutación por adición: el amparo–acción de clase

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Halabi”, realizó una interpretación mutativa por adición al crear una nueva variable del amparo colectivo, no prevista en verdad por el constituyente ni por el legislador: el amparo como “acción de clase”, y diseñó las pautas procesales básicas instrumentadoras del instituto, que los jueces deben observar obligatoriamente.⁽¹²⁾

Veamos el discurso argumentativo de la Corte. Para ella, el art. 43 de la constitución, al referirse en su párrafo segundo a los amparos colectivos, contempla dos variantes fundamentales. Están (i) los amparos que regulan *derechos típicamente colectivos*, indivisibles, que pertenecen a toda la comunidad y no admiten exclusión alguna. El ambiente es su exponente más claro. Pero también (ii), se insertan en los derechos de incidencia colectiva los *intereses homogéneos múltiples*, que son individuales, en los que no hay un bien colectivo en sentido estricto, aunque sí existe una causa o acto lesivo único, que lesiona a todo un grupo o clase. Estos derechos se vehiculizan a través de las “acciones de clase”, todavía no implementadas por el legislador, que está en mora institucional.

Para cubrir ese ocio legislativo, la Corte enuncia las directrices clave, a fin de tornar plenamente operativa a una gama de derechos que tienen esa condición de ejecutoriedad. La acción de clase debe partir de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales. La acción no debe aludir a pretensiones de distinta naturaleza, sino a esa lesión homogénea a derechos individuales. El actor de la acción debe precisar la identificación del grupo o colectivo afectado, su idoneidad para asumir su representación, la existencia de un planteo que supere los aspectos individuales y exhiba los elementos comunes. El juez tendrá que verificar un mecanismo notificadorio para todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, e instrumentar medidas de publicidad que eviten la duplicidad de procesos colectivos con el mismo objeto. Y la sentencia admisorias tendrá efectos expansivos.

Más allá de las loables intenciones de la Corte Suprema, es difícil admitir que la “acción de clase” al estilo estadounidense que ella pergeña, estaba puntualmente encapsulada en el art. 43 de la constitución, y que el Congreso estaba constitucionalmente coaccionado a reglamentarla, incurriendo, al no haberlo hecho todavía, en inconstitucionalidad por omisión. Igualmente es muy opinable insertar la “acción de clase” como una variable del amparo, destinado éste, conforme al texto constitucional, a reprimir actos u omisiones de manifiesta ilegalidad o arbitrariedad (¿querrá esto significar, por ende, que los actos lesivos que repercutan en derechos homogéneos múltiples, pero no notoriamente arbitrarios o ilegítimos, no podrán discutirse mediante acciones de clase?).

En definitiva, fuera del mérito intrínseco de lo resuelto en el fondo del asunto en “Halabi”, en un caso donde se discutía la tutela del derecho a la intimidad y de la libre actuación de la profesión de abogado, la interpretación mutativa a que hacemos referencia tiende más bien a ser una muestra de hiperactivismo judicial por sobreinterpretación constitucional.⁽¹³⁾

⁽¹²⁾ Sobre “Halabi” derivamos al lector también a SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional...* op. cit., Adenda – Actualización, pp. 1 y ss.

⁽¹³⁾ En la sobreinterpretación, la Constitución se interpreta siempre extensivamente, y de ella se deducen principios o dere-

2.3. Mutación por sustracción. La evaporada ley de registro de las asociaciones con legitimación procesal para articular amparos colectivos

La parte final del segundo párrafo del art. 43 de la Constitución contempla una ley para registrar las entidades habilitadas para promover amparos colectivos. Después de referirse a los derechos colectivos en particular, y a los de incidencia colectiva en general, añade que podrán articular amparos protectorios de los mismos *el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

A todas luces, y conforme surge de la exposición del miembro informante del despacho mayoritario en el recinto de la Convención Constituyente, y de los antecedentes de la norma, la Constitución alude a una ley futura, que debía regular las condiciones y trámites del registro y organización de las asociaciones con legitimación procesal para litigar en los amparos colectivos. La programación de tal ley tenía y tiene su lógica, a fin de impedir que cualquiera, aun sin resultar afectado por un acto lesivo, estuviese autorizado para ocurrir a los tribunales vía amparo. Simultáneamente, se limitaría la existencia y aptitud procesal de asociaciones *tutti fruti*, destinadas a defender cualquier derecho, exigiéndoles, dentro de la razonable, una adecuada especialización. La preceptiva constitucional contó con un destacable apoyo doctrinario.⁽¹⁴⁾

Sin embargo, y continuando la tendencia transgresora y anómica propia de la comunidad argentina, inmediatamente después de sancionada la reforma constitucional, en vez de ponerse el Congreso a trabajar en el dictado de la ley faltante, se prefirió realizar una exégesis mutativa por sustracción, muy facilista por cierto, diluyendo el vigor de la exigencia que aludimos. Con aires de indulgente permisividad, el precepto fue erosionado en tren de permitir pleitear en el amparo a cualquier organización que tuviera “alguna formalidad organizativa” y alguna conexión con la materia en litigio.⁽¹⁵⁾ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallos tan simpáticos ante el foro como evasivos de la regla constitucional, terminó por convalidar esa práctica desnaturalizadora de una nítida directriz constitucional.⁽¹⁶⁾

En definitiva, el requisito que comentamos puede considerarse ya prácticamente derogado por un derecho consuetudinario adverso, no obstante el consenso mayoritario que tuvo al momento de su aprobación. El hedonismo primó sobre la voluntad de cumplimiento de la constitución.

2.4. Una mutación por sustracción en trámite: el cupo de derechos tutelados por el amparo

El art. 43 de la Constitución Nacional programa el amparo para proteger “derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”. Guarda una feliz coincidencia con el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, que diseña el “amparo

chos implícitos. Ver COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en CARBONELL, Miguel (Dir.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 81.

⁽¹⁴⁾ Sobre las opiniones de Barra, Sabsay-Onaindia y Ramiro Rosales Cuello, ver SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional...* op. cit., pp. 362–363. En la exposición del miembro informante del despacho mayoritario quedó también sentado que no toda asociación estaría habilitada para plantear amparos colectivos.

⁽¹⁵⁾ Ver, por ejemplo, “Agustín”, “La legitimación en el amparo; asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva”, en *La Ley*, 1995-E-516; BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, T. II p. 383, entre otros.

⁽¹⁶⁾ CSJN, Fallos, 320:690, 323:1339.

latinoamericano” para atender “derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención” (esta última es, en términos amplios, también un tratado).

En el seno de la Convención Constituyente de Santa Fe, algunos convencionales, como Alberto Natale e Iván Cullen, procuraron restringir el cupo de los derechos amparables a los provenientes de tratados con rango constitucional enumerados en el art. 75 inc. 22 de la constitución. No tuvieron éxito, motivo por el cual, en definitiva, en el amparo del art. 43 caben prácticamente todos los derechos, incluyendo los derivados de la ley (v. gr., de un contrato pactado según el código civil). Tal fue la tesis de Humberto Quiroga Lavié, exponiendo en el recinto de la asamblea constituyente como informante del despacho mayoritario.⁽¹⁷⁾

Ahora bien: hay una diferencia entre el art. 43 de la Constitución Argentina y el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, en el sentido que el primero habla en términos generales de “derechos”, en tanto que el segundo, solamente de “derechos fundamentales”. El amparo argentino, en este punto, sería pues más comprensivo que el amparo interamericano.

En rigor de verdad, no todo “derecho” es “derecho fundamental”, aunque la diferenciación entre derechos *no fundamentales* y derechos *fundamentales* sea, tanto en general como en los casos concretos, hartamente opinable, y motivada a menudo por razones ideológicas.⁽¹⁸⁾ Algunas veces el debate se resuelve formalmente, por ejemplo si se juzga que todos los derechos mencionados en la constitución o en el pacto de San José de Costa Rica, por estar en tales documentos de gran significancia, serían naturalmente “fundamentales”. Pero en el caso de derechos emergentes de una ley, evidentemente no todos resultan -necesariamente- fundamentales.

El debate tiene una inusitada actualidad en Argentina, porque en diversos pronunciamientos la Corte Suprema está reservando (no se sabe si adrede o sin percatarse de ello), la tutela del amparo a los derechos *fundamentales*. Como muestra de ello, el ya mentado caso “Rizzo” (*supra*, 2.1), el tribunal alerta en el considerando tercero del voto mayoritario, que el amparo, como proceso excepcional, se ocupa de la “salvaguardia de derechos fundamentales”. Esta tesis se repite en otros muchos veredictos.

Una postura decidida en el tema, puede encontrarse, v. gr., en el voto particular del Juez Ricardo Lorenzetti, en “Clínica de la Merced v. Asociación de Clínicas y Sanatorios Privados”, donde se puntualiza que cuando se trata de la acción de nulidad de actos jurídicos bilaterales de carecer patrimonial, vinculados a contratos asociativos o societarios, no surge con nitidez suficiente la existencia de un derecho fundamental lesionado para cuya protección el amparo sea una vía idónea. El voto añade que la acción de nulidad respecto de contratos debe ser tratada por la vía ordinaria, ya que lo contrario significaría desnaturalizar al amparo, y que no basta alegar genéricamente para fundarlo, que hay derechos fundamentales en juego.⁽¹⁹⁾

De confirmarse esta tendencia, se está produciendo una interpretación mutativa por sustracción del art. 43 de la Constitución, ya que se restringe (parcialmente) la operatividad del mismo. Habría que leerlo, en el segmento que consideramos, de este modo: el amparo procede cuando se lesionaran, restringieran, alteraran o amenazaran, con arbitrariedad

⁽¹⁷⁾ Ver SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional...* op. cit., pp. 153–154.

⁽¹⁸⁾ Ver, por ejemplo, FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 29 y ss., quien diferencia los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales.

⁽¹⁹⁾ CSJN, Fallos, 329:4902.

o ilegalidad manifiesta, “derechos y garantías *fundamentales* reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”. La mutación no deja de tener sus fundamentos, con el propósito de deflacionar el amparo de una multitud de casos cuyo tratamiento es mas adecuado por procesos regulares, y reservarlo como remedio heroico para la custodia de valores y derechos constitucionales relevantes.

2.5. Reglas de desenvolvimiento constitucional

Precisamente, el caso del “amparo ambiental” que hemos mencionado, es un ejemplo de desarrollo constitucional verificado por el legislador ordinario, que instrumentó un nuevo subtipo de amparo, dentro del marco de los amparos colectivos del (ya que resguarda un derecho de ese tipo, de índole intrínsecamente grupal), en aplicación del art. 43 y en resguardo también de los derechos ambientales que describe el nuevo art. 41 de la Constitución.

La Ley N° 25675 reguló en su art. 30 *in fine* una nueva subespecie de amparo, dedicado a “la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”, promovible por “toda persona”. La ley contempla medidas precautorias decretables “sin audiencia de la parte contraria”, e incluso de oficio. La sentencia tiene efectos *erga omnes*, cuando es admisorio del amparo; en cambio, se ciñe al caso concreto si lo rechaza por cuestiones probatorias (arts. 32 y 33, ley cit.).⁽²⁰⁾ La norma, en términos generales, no se aparta de las cláusulas constitucionales aludidas precedentemente.

De todos modos, el amparo ambiental ratifica la tendencia, hasta ahora prevaleciente, de multiplicar los subtipos de amparos en el orden nacional (contra actos de autoridad, de particulares, amparo sindical, electoral, por mora general o específica de la Dirección General Impositiva y la Dirección Nacional de Aduanas, etc.).

2.6. Impacto de la reforma constitucional de 1994 en la legislación infraconstitucional

Algunas de las pautas fijadas por el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional colisionan directamente con preceptos de la Ley N° 16986, que reglamenta el amparo contra actos de autoridad pública. En tales casos, es interesante comprobar que en la praxis forense las reglas de la ley mencionada se reputan de hecho derogadas, y se inaplican sin necesidad de declararlas inconstitucionales.

Una de ellas es el art. 2° inc. d), que impide la declaración de inconstitucionalidad, en el amparo, de leyes, decretos y ordenanzas, dispositivo frontalmente opuesto con el art. 43 de la Constitución, que con acierto permite tal alternativa. En otros casos, se ha entendido cada vez más que el art. 15 de la Ley N° 19986, que otorga el recurso de apelación contra medidas cautelares con “ambos efectos”, no se concilia con el carácter expedito y rápido que debe ostentar la tutela del amparo, según el art. constitucional 43, y por ende, se concede la apelación con efecto devolutivo, respecto del auto que dispuso una medida cautelar (en tales supuestos, se reputa inconstitucional el régimen legal que comentamos).⁽²¹⁾ Y en otro orden de ideas, se ha morigerado la aplicación del plazo de caducidad para interponer el amparo, fijado por el art. 2° inc. e) de la Ley N° 16986 en

⁽²⁰⁾ Para un desarrollo más detallado del amparo ambiental, nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional...* op. cit., pp. 655 y ss.

⁽²¹⁾ *Idem*, p. 514.

quince días hábiles, tornándolo prácticamente inexigible si el acto lesivo discutido en este proceso produjese una situación de ilegalidad continuada.⁽²²⁾

Otra consecuencia modificatoria de la normatividad infraconstitucional a raíz de la reforma de 1994 ha sido la plena admisibilidad del amparo contra actos de particulares, ocasionalmente prohibido por algunas constituciones provinciales (como la de Santa Fe, v.gr.), interdicción que ha debido entonces ceder ante la vigencia en todo el país del aludido art. 43 de la Constitución federal.

3. *Hábeas data*

La acción de *hábeas data* fue planificada por el constituyente en el tercer párrafo del nuevo art. 43, claramente como una variable de la acción de amparo. Después de describir al amparo, la letra de la constitución, en efecto, dice: “toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos”. Histórica y jurídicamente esa dependencia del *hábeas data* respecto del amparo, se justificaba porque el *hábeas data* no figuraba en la ley de convocatoria a la reforma constitucional N° 24309, como punto a tratarlo, por lo que hubo que incluirlo como variante del amparo (que sí constaba en dicha ley de convocatoria), en particular para evitar eventuales acusaciones de inconstitucionalidad por su tratamiento por la asamblea constituyente. Por ello, seguramente, el miembro informante del despacho mayoritario, convencional Díaz, aclaró que si bien el párrafo constitucional aludía a la figura del *hábeas data*, “no deseamos llamarla *hábeas data*”.⁽²³⁾

3.1. Desarrollo constitucional

Dicho tercer párrafo fue juzgado por la Corte Suprema como directamente operativo,⁽²⁴⁾ aun a falta de ley reglamentaria. De todas maneras, ésta se dictó bajo el número 25326, por lo que es de desarrollo constitucional, y resultó completada por el Decreto reglamentario N° 1158/01, que en varios puntos desborda las fronteras de la reglamentación para incursionar en el ámbito de la legislación. La Ley N° 26343 modificó posteriormente a la primera.

3.2. Mutación mixta, por sustitución

No obstante la redacción constitucional, la Ley N° 25326 alteró la fisonomía del *hábeas data*, emancipándolo en muchos puntos del amparo, en particular en dos muy significativos: no lo legisló como acción subsidiaria o supletoria, de acuerdo con la tipología del amparo (ver *supra*, 2.1), ni lo previó como instrumento para atender solamente casos de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

En definitiva, la Ley N° 25326 realizó una operación mutativa mixta: por un lado, quitó lineamientos constitucionales sobre el *hábeas data*; por otro, le confirió una autonomía que la constitución no le daba. Esto importa una mutación sustitutiva. El tema no es meramente académico. Programado como una acción propia, fuera de los bordes del amparo, el *hábeas data* engrosaba sus fines, asumía más trabajo y se tornaba de mucho más fácil acceso. Ello provoca dudas irresueltas, v.gr. respecto de la aptitud cognoscitiva del juez del *hábeas data* (¿debe actuar aun cuando el problema enfocado pueda resolverse idóneamente mediante otros procesos? ¿no tiene fronteras probatorias ni de tiempo para determinar,

⁽²²⁾ Por ejemplo, CSJN, “Moqueda”, Fallos, 329:4918.

⁽²³⁾ SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional...* op. cit., p. 668.

⁽²⁴⁾ CSJN, “Urteaga”, Fallos, 231:2767; “Genora”, Fallos, 322:2139.

por ejemplo, si alguien es o no deudor de otro, con la probabilidad de transformarse en una acción declarativa de certeza?). La jurisprudencia de la Corte es confusa en el tema.⁽²⁵⁾

Fuera de lo dicho, la Ley N° 25326 ha sido a menudo criticada respecto a su calidad normativa, su redacción y el acierto de muchas de sus disposiciones.⁽²⁶⁾

3.3. Nuevo despliegue constitucional

A su turno, la Ley N° 26529 estableció el llamado *hábeas data clínico* para que los pacientes, sus médicos, representante legal, cónyuge o pareja de hecho, accedan y obtengan su historia clínica. Significa, asimismo, una norma de desarrollo constitucional, no opuesta al art. 43 de la Constitución.

4. Hábeas corpus

La parte final del art. 43 de la constitución nacional refiere al “gran mandamiento”, es decir, al instituto madre del Derecho Procesal Constitucional, como es el *hábeas corpus*. En la Convención Constituyente de 1994 quedó definido, por el miembro informante del despacho mayoritario, convencional Díaz, que el texto de la cláusula seguía en buena medida las pautas de la Ley N° 23098,⁽²⁷⁾ dictada a poco de reinstitucionalizarse el país, en 1984.

No obstante el momento en que se dictó, la Ley N° 23098 no incluye dispositivos específicos para el tratamiento del *hábeas corpus* a favor de desaparecidos, omisión inexplicable, y que deja sin reglamentar esta variable de la acción que está explícitamente aludida por el art. 43 último párrafo, de la Constitución Nacional.

4.1. Interpretación mutativa por adición. El *hábeas corpus* colectivo

En el caso “Verbitsky”, la Corte Suprema admitió un *hábeas corpus* presentado a favor de miles de detenidos en comisarías y prisiones de la Provincia de Buenos Aires. Para realizar esta apertura, la Corte utilizó el argumento *a fortiori*: si la constitución admitía plenamente el amparo colectivo en el segundo párrafo del art. 43, con mayor razón, en función del bien tutelado por el *hábeas corpus* (la libertad ambulatoria, el digno trato en las prisiones), debía habilitarse procesalmente el *hábeas corpus* colectivo.⁽²⁸⁾

El argumento interpretativo *a fortiori* es muy cotizado, pero algunas veces entra en colisión con otro, como es el argumento *a contrario sensu*, que parte del siguiente supuesto: *qui decit de uno negat de altero* (si la norma prevé una solución solamente para un caso, no la admite para otros). Al respecto, en efecto, podría decirse que si el texto constitucional contempló explícitamente el amparo colectivo (art. 43 párrafo segundo), y en el párrafo cuarto nada dijo sobre el *hábeas corpus* colectivo, era porque no quería instrumentarlo para éste.

En rigor de verdad, esta disputa se ha zanjado por la justicia intrínseca de la interpretación realizada por la Corte, ya que es por cierto positivo admitir, en resguardo de personas privadas de su libertad, o con amenazas de ello, una tutela judicial urgente y efectiva como la que brinda el *hábeas corpus*. Debido a su valor intrínseco, el *hábeas*

⁽²⁵⁾ Por ejemplo, en “Lascano Quintana” (Fallos, 324:567), la Corte entendió que en el *hábeas data* debía exigirse la presencia de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; pero en “Martínez” (*Jurisprudencia Argentina*, 2005–III–31), consideró que ello no era necesario, porque la Ley N° 25326 no lo exigía.

⁽²⁶⁾ Ver, *in extenso*, PUCCINELLI, Oscar R., *Protección de datos de carácter personal*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pp. 52 y ss.

⁽²⁷⁾ SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas corpus*, Astrea, Buenos Aires, 4ta. edic., 2008, T. 4, p. 80.

⁽²⁸⁾ CSJN, Fallos, 328:1146.

corpus colectivo se ha consolidado en nuestro sistema constitucional. El fallo “Verbitsky” ha generado, parafraseando a Werner Goldschmidt, una especie de “derecho repentino”: pocos se atreverían a negar al instituto que mencionamos, so pretexto de una exégesis restrictiva en virtud del principio interpretativo *a contrario sensu*.

De todos modos, bueno es advertir que la Corte realizó una interpretación mutativa por adición: sumó, a los *hábeas corpus* diseñados por el constituyente, otro, no contemplado por éste ni por el legislador ordinario. Y tal mutación se ha incorporado ya al Derecho Consuetudinario Procesal Constitucional argentino.

En otros planos de análisis, el mayor desarrollo fáctico jurisprudencial del *hábeas corpus* lo tiene actualmente el *hábeas corpus correctivo*, destinado a salvaguardar el digno trato en las prisiones, como aplicación de las directrices finales del art. 18 de la constitución nacional. Previsto por el art. 43 tercer párrafo de la Constitución, ha tenido fluido seguimiento y despliegue en el ámbito forense.

Conviene advertir que los *hábeas corpus* aludidos por la cláusula de referencia (preventivo, reparador, correctivo, restringido), pueden hoy instrumentarse a título individual o colectivo.

5. Balance

Concluida la tarea del constituyente el 23 de agosto de 1994, la suerte de la Constitución reformada quedó en manos de los poderes constituidos.

El art. 43 de la Constitución ha experimentado vivencias de sumo interés.

a) Por un lado, se le han practicado interpretaciones mutativas por adición, por ejemplo por el amparo-acción de clase y el *hábeas corpus* colectivo, dispositivos que no estaban en el programa de la norma constitucional.

b) Por otro, ella sufrió interpretaciones mutativas por sustracción, que han evaporado dispositivos constitucionales. V.gr., en la eliminación del dictado necesario de una ley regulatoria de las asociaciones aptas para litigar en los amparos colectivos y en la casi desaparición del *hábeas data* como variable del amparo, con la consiguiente extinción de su rol supletorio y de su actuación en los supuestos de manifiesta ilegalidad o arbitrariedad. Otras mutaciones están en trámite, como en la cuota de derechos tutelables por el amparo.

c) En ciertos supuestos, los operadores constituidos han optado por una variable interpretativa adecuada del mentado art. 43, al subrayar, por ejemplo, el rol subsidiario del amparo, dando prevalencia a la voluntad del constituyente por sobre las palabras empleadas por él.

d) El legislador también ha desarrollado las pautas del artículo constitucional, al desplegar, v.gr., el amparo ambiental; y con ciertas incorrecciones, al regular el *hábeas data*.

e) A su turno, el art. 43 ha repercutido en la vigencia y en la interpretación de varias normas subconstitucionales, incluyendo en ellas a las constituciones o leyes provinciales. Se ha producido así un sugestivo proceso de adaptación, muchas veces obviando la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos infraconstitucionales afectados.

f) En términos generales, puede decirse que el art. 43 ha tenido seguimiento en la experiencia jurídica, ya que ha sido asimilado por los operadores nacionales y provinciales, no de modo perfecto, claro está, pero sí con una aceptable cuota de cumplimiento. Naturalmente, mucho queda todavía por hacer; pero es incuestionable que la regla constitucional ha introducido significativos cambios en el manejo de los procesos constitucionales.

