

**EL PROCESO DE AMPARO, MOLDEADO POR LOS JUECES COMO UN RECURSO  
CIUDADANO EFICAZ, SENCILLO Y BREVE<sup>i</sup>**

Un intento de búsqueda de las “razones perdidas”

**Escribe:**

Eduardo Pablo Jiménez<sup>ii</sup>

‘Qué dulce sería vivir en nuestra sociedad si la continencia externa fuera siempre imagen de las disposiciones del alma; si la decencia fuera la virtud; si nuestras máximas fueran las reglas; si la verdadera filosofía no se pudiera separar de la dignidad de filósofo!  
‘Pero de tantas virtudes rara vez van juntas y la virtud no se manifiesta con tanta pompa.

J.J. Rousseau  
Discurso sobre las ciencias y las artes

Creo que hay que resistir: éste ha sido mi lema...

Ernesto Sábato  
La resistencia

1

**NECESARIAS CONSIDERACIONES PREVIAS**

**(Hay que modernizar el Derecho, el modelo de justicia y el procedimiento)**

Es nuestra pretensión que éstas ideas que ahora ponemos a consideración del lector, no se interpreten como un helado mensaje de doctrina, que transita por el exclusivo campo de la dialéctica.

Luego de dejar en claro lo que antecede, es bueno resaltar ahora que si tomamos debida nota de la recepción constitucional del proceso de amparo en la Constitución textual Argentina; de seguro la hallaremos en el contexto de lo obrado en la reforma constitucional de 1994, y podemos señalar entonces - sin duda alguna - que esa figura ahora constitucionalmente instituida, mantiene en lo sustancial, el eje que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema trazó al diseñarla pretorianamente, en ocasión de dictar los “leading cases” “Siri” y “Kot” en 1957 y 1958 respectivamente<sup>iii</sup>.

Es que de nada serviría predicar teóricamente la supremacía de la Constitución, si la fuerza de su juridicidad no dimanase de ella misma, y sus intérpretes no pudiesen bucear garantizadamente en sus espacios institucionales, generando con ello espacios democráticos que garanticen los derechos ciudadanos. Por ello es importante rescatar, en la medida de lo posible, que cuando nuestra Corte Suprema de Justicia habilitó

la modalidad de proceso constitucional ahora en estudio, lo hizo pese a que no existía disposición alguna en la Constitución, ni tampoco alguna ley que reglamentara el procedimiento que debía dársele y sus alcances.-

Creemos realmente importante - y por eso lo resaltamos aquí - que mediante una adecuada concepción de la regla del activismo judicial, nuestra Corte Suprema supo encontrar en el ámbito de esos espacios, una generosa instrumentalidad garantista, colmando así holgadamente, y con beneficio ciudadano, el déficit que implicaba la falta de norma que regulase tan importante proceso constitucional.-

Y dejamos en claro también que al hablar de activismo judicial, no nos referimos a la creación de derecho no legislado, sino a la opción de “hurgar” en el contexto de los silencios e implicitudes que el propio sistema constitucional ofrece, a fin de patentizar la secuela libertaria del texto fundamental.-

En razón de lo expuesto, creemos propicio vincular en forma expresa al amparo, con el Derecho Procesal Constitucional, del cual ésta figura es una institución tributaria.

## 2

### EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

**(La justicia constitucional debe ser vivida y actuada por todos)**

Claro es que en los tiempos que corren, no puede concebirse la idea de proceso constitucional sin la correlativa noción de Constitución, en el sentido moderno del término. Cualquiera sea el marco doctrinal que adoptemos a éste respecto, lo cierto es que el poder estatal, en el Estado Democrático actual, no se encuentra formalmente concentrado en un sólo detentador. Como derivación de ello, no nos ha sido ajena, en los duros tiempos recientes, la irrupción del Poder Ejecutivo en las esferas de competencias de otros articuladores formales del Poder.

De esta forma, el Poder Estatal democrático, que nosotros concebimos como necesariamente participativo y controlado, encuentra en los procesos constitucionales la modalidad jurídica de resolución de sus conflictos naturales y propios de la dinámica política contemporánea.

Tampoco nos cabe duda alguna de que las dificultades que rodean y a la vez ponen en contexto la vida del ser humano contemporáneo; como por caso lo son el desempleo y la superpoblación, lo han llevado a sublimar una dramática y real preocupación por lo económico. Es desde tal marco conceptual - que por supuesto, no prescinde de otros, relacionados con los social -, se nutre y sitúa la temática que hoy implica la defensa de los derechos humanos.

Quizá haya sido Néstor Sagüés<sup>iv</sup> quien con mayor sistematicidad ha explicitado el modo de inserción del denominado “Derecho Procesal Constitucional” en la estructura institucional Argentina. Ello se confirma con lo enfáticamente dispuesto en

1987, al celebrarse las 1 Jornadas chaqueñas de Derecho Civil y Procesal Civil, por su Comisión IV, punto 1, al consensuarse allí que “cabe destacar el afianzamiento doctrinario y legislativo del Derecho Procesal Constitucional, disciplina que se ocupa a) de la jurisdicción constitucional; b) de la magistratura constitucional y c) de los procesos constitucionales tuitivos de la supremacía constitucional”.-

Y en el mencionado ámbito es que se alojan entonces, los procesos constitucionales, cuyo centro de acción se encuentra en la materia constitucional, más específicamente para guarecer inmediatamente los derechos fundamentales y el correcto desempeño de la dinámica de los poderes de Estado democrático y - en definitiva - de la supremacía constitucional.

En ésta línea de pensamiento podemos ubicar a Enrique Véscovi, quien al definir los procesos constitucionales indica que se trata en todos los casos “de procesos que tienden en su totalidad (...) a garantizar la vigencia de las normas constitucionales en forma directa”<sup>vi</sup>. Igualmente Sagüés comparte la denominada “doctrina material” al sostener que el proceso constitucional debería entenderse como “un conjunto de actos relacionados entre sí, de índole teleológica, realizados por ante la Magistratura Constitucional y que permite desarrollar la actividad jurisdiccional constitucional”<sup>vii</sup>. También Mercedes Serra sostuvo, en línea con el desarrollo antes trazado que los procesos constitucionales son aquellos que se refieren inmediatamente a la Constitución y se lo individualiza por la materia constitucional, y no por el órgano, entendiendo a aquella como la cuestión en la cual se encuentra involucrada la supremacía constitucional.-

Así las cosas, es claro que éstos procesos han de merecer consideración especial por parte del jurista en tanto su finalidad contiene dos aspectos fundamentales: la protección procesal urgente e insoslayable de los derechos humanos y la correcta dinámica operativa de los Poderes Públicos en el Estado Democrático de Derecho.

Reiteramos entonces que en sociedades como la nuestra, en las que la función de control se ha visto condicionada y amenazada por la evidente concentración del Poder, el derecho procesal constitucional, concebido ya sea como vertiente especializada del Derecho Constitucional, del Derecho Procesal, o aún desde su autonomía que nosotros estimamos a la fecha definitivamente consagrada, se constituye en una herramienta de resguardo eficiente del sistema democrático constitucional, hasta tanto se conciba la ansiada solución a la eterna tendencia que el Poder Estatal posee a la concentración autocrática

Es que la importancia señalada del Derecho Procesal Constitucional y, dentro de éste, de los procesos constitucionales, tal como se los ha conceptualizado párrafos más arriba, radica en que ellos se constituyen hoy en una vía idónea que posee el sistema constitucional para enfrentar al notorio desgaste de las modalidades democráticas de ejercicio del Poder.

Aquí es donde se magnifica la figura de los Magistrados, y particularmente aquellos que integran la Corte Suprema de Justicia, quienes han tenido siempre - y sin perjuicio de las diversas composiciones del alto tribunal - la convicción de que dentro del

régimen constitucional Argentino, toda lesión de un derecho fundamental debe ser resguardada o reparada por el Poder Judicial; y por tanto corresponde el amparo judicial de tales derechos, aún cuando el procedimiento del respectivo recurso no hubiese sido reglamentado.

### 3

#### **LA DINÁMICA DEL AMPARO** **DESDE LA PERSPECTIVA DEL ACTIVISMO JUDICIAL** **(Cualquier plano de actividad noble es fecundo)**

Cada vez que nos hemos preguntado acerca del sentido de aquella argumentación que sitúa a la Ley Fundamental en el cimiento de todo el orden positivo, pero con la virtualidad necesaria para gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían al tiempo de su sanción, imaginamos en forma recurrente el camino señero que han cimentado los “buenos” jueces de nuestra Alta Corte de Justicia.

Es que éste avance de los principios constitucionales, que es cuestión de natural desarrollo, y no de contradicción, remite necesariamente a la obra genuina de los intérpretes, y en particular de los jueces, quienes desde su obrar institucional consagran la inteligencia que mejor asegure la realización plena de los grandes objetivos indicados en la Constitución.-

Ya indicamos, al comenzar éste aporte, y ahora lo reiteramos con cita a uno de sus actores principales, el eminente jurista Argentino Alfredo Orgaz<sup>1</sup>, que el recurso de amparo tuvo su primera aceptación expresa en la jurisprudencia Argentina con motivo del caso “Siri”, fallado por la Corte Suprema que el mencionado Magistrado integró, el 27 de diciembre de 1957. Nueve meses más tarde, con distinta conformación - pero que no prescindió de la actuación de ése reconocido jurista - reiteró en forma unánime tal doctrina, y por mayoría, la extendió a un ámbito no considerado en el anterior: nos referimos al caso “Kot”, resuelto el 5 de septiembre de 1958.-

No hay duda alguna de que estos casos señeros, abrieron un garantista camino en materia de protección judicial de los derechos constitucionales, pero es bueno rescatar aquí, cual es la intensidad de aquellos aspectos que influyen y condicionan a los jueces de la Corte Suprema cuando deben variar una tradición doctrinaria asentada, y que muchas veces no se traducen en los considerandos de sus fallos.

Es que como bien indicara Orgaz, lo que casi siempre termina expresando el Tribunal, es la porción de debate que ha sido cristalizada en el fallo después de una meditación y un examen prolongados del caso, mas no todo aquello que ha ido influyendo internamente en tal cristalización. Nos referimos a la visión que fluye “desde adentro” de los actores del precedente, que cuando el tiempo permite que sea revelada, complementa

---

1

fuertemente la visión exterior, que desde siempre la doctrina efectúa antes y después de dictado el nuevo precedente.

Ello explica también la considerable distancia que siempre existió entre la labor del doctrinario y la del Juez, y particularmente de aquel que integra el Superior Tribunal, ya que éste último tiene la más alta responsabilidad y por ello un mayor grado de libertad para moverse en el contexto de la ley y enfrentar la dramática intensidad de la vivencia del fallo. Esta circunstancia es la que generalmente no se encuentra presente en el análisis "puro" del jurista, y por ello es el Juez quien se inclina en los casos más graves, a dar primacía a los requerimientos de la justicia, aún cuando ello conlleve un cierto menoscabo - ya sea aparente o real - de la incolumidad de las construcciones teóricas.-

Así, ha señalado Orgaz, que se quiera o no, hay una considerable distancia entre firmar un ensayo de doctrina o de crítica, y firmar una sentencia judicial, ya que el escritor o jurista sólo opina, pero el Juez resuelve, con todas las consecuencias de vida que entraña una decisión real.-

Por ello es que ante situaciones extremas de ilegitimidad o injusticia - siempre presuponiendo, y en todos los casos, una actuación de juristas y jueces, de estricto constructivismo ético, desarrollada dentro de los cauces que la Constitución impone - se producen muchas veces divergencias entre doctrinarios y magistrados, las que provienen esencialmente, de la distinta "posición" que ante el caso ambos detentan.

Es que el "teórico", cuanto más erudito, más está dispuesto a dar a las construcciones técnicas un valor absoluto, o - en otras palabras - a hacer de la aplicación de la ley un arte exquisito e intangible, y en tal contexto, el resultado del "decidir" pasa siempre a un segundo término, ya que la valoración se agota en el rigor de la construcción teórica.

A diferencia de ello, el Magistrado, agobiado por el cúmulo de tareas, y generalmente con poco tiempo material para ser empleado en elucubraciones abstractas, suele relativizar tales construcciones, moderándolas para arribar a lo que considera el resultado ajustado a derecho del caso particular.

Y así es que sin pausa, pero sin prisa, se construye la "justicia constitucional", en un modo que legitima plenamente el sistema democrático. Y ello particularmente en nuestra América Latina donde el Poder Judicial tiene aptitud para aportar a modo de elemento de transformación del ordenamiento jurídico, aún asumiendo los déficits que éste Poder de estado ha ofrecido históricamente entre nosotros, y que deben ser considerados como una derivación necesaria del deterioro de la sociedad democrática en América latina.

Creemos que es al momento de judicializarse situaciones extremas de ilegitimidad o injusticia, que generalmente, se presentan bajo la vestimenta del proceso de amparo, es que se avizoran las más notorias diferencias entre el punto de vista que esgrime un Juez y un Jurista, los que por lo general, derivan de la distinta "toma de posición" que cada uno de ellos presenta frente al análisis del caso. No dudamos de que éstas divergencias o desacuerdos, de seguro anidan en causas mucho más hondas y complejas, provenientes de la formación recibida por cada uno de ellos: el teórico, con su

predisposición a dar una valor absoluto a sus construcciones técnicas; el Juez, que concede a tales construcciones un valor “relativo”, circunstancia que le permite moldearlas para así arribar al resultado que estima justo para el caso.-

Luego de lo señalado en los párrafos que preceden, pasaremos a evaluar como los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han podido generar una “visión desde adentro” respecto de la resolución de ciertos precedentes paradigmáticos, que ayuda a apreciar las razones de la generación de “nueva jurisprudencia”, motorizada desde los cauces formales de la “acción de amparo”.-

#### 4

#### LOS CASOS “SIRI” Y “KOT”

#### **“El objeto primordial de los gobiernos es asegurar y garantizar los derechos de los hombres y de los pueblos”**

Cabe recordar que hasta el dictado de los precedentes en estudio, la Alta Corte Nacional sostenía en forma invariable la doctrina de que la jurisdicción de los tribunales proviene exclusivamente de las leyes ordinarias, y por ello, los jueces carecían, en caso de omisión de legislar por parte del Congreso, de facultades para acoger acciones o recursos no establecidos por el órgano legislativo con competencia para ello<sup>2</sup>

O sea que, con excepción de la procedibilidad de una acción de tutela urgente para el caso de privación ilegítima o arbitraria de la libertad corporal, no existía ley alguna que estableciese un procedimiento expeditivo y rápido para su protección.

En ése contexto, señala Alfredo Orgaz, que los miembros de la Corte Suprema, por el integrada luego de la caída del gobierno justicialista en 1955, entendieron que la experiencia pasada por la ciudadanía en el decurso del gobierno depuesto, había resultado “terrible” y por ello, debían afirmar el respeto del sistema constitucional, al menos en lo referente al respeto de los derechos individuales y los derechos de las Provincias dentro de la Nación<sup>viii</sup>.

Así, resaltaba Orgaz, que si la técnica - que no es por sí un fin sino únicamente un instrumento o medio - aparece en colisión con los valores a que ella debe servir, este resultado indica por sí solo que esa técnica debe ser revisada y corregida en la medida que sea indispensable<sup>ix</sup>

Lo cierto entonces es que al momento de resolverse estos dos trascendentes precedentes, el ámbito jurídico y social argentino se encontraba ya maduro para generar y aceptar una determinación de corte pretoriano que convalidara la protección de los derechos fundamentales frente a la constatación de agresión ilegítima e insoslayable. Ello se venía insinuando en la doctrina del precedente “Casa de la Cultura Argentina”<sup>x</sup>. Allí, si bien la Corte Suprema rechazó la apelación extraordinaria promovida en un proceso de amparo, se abstuvo deliberadamente de fundar el rechazo en su doctrina “tradicional” ,

apartándose aquí del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, que así lo proponía.-

Fundó su rechazo, en cambio, en circunstancias de hecho acreditadas en la causa y las propias manifestaciones de la recurrente, de las que se derivaba la no existencia a “ese momento” de lesión efectiva a algún derecho, derivada del procedimiento impugnado, ni amenaza de lesión inminente, insusceptible de reparación oportuna.-

Nueve días después, era dictada la sentencia del caso “Siri”, el que evidentemente, se presentaba particularmente propicio para que la Corte instaurase a partir de él, la entrada en escena del “nuevo recurso”.-

Las notorias condiciones de arbitrariedad que circundaron el caso<sup>xi</sup>, no dejaban espacio a la Corte para ambigüedades. Sólo restaba aquí decidir la respuesta que habría de darse al reclamo habido. Ciertamente es que en éste caso, tanto la primera instancia, como la Alzada habían recurrido a la doctrina tradicional de la Corte, rechazando el planteo amparista

Claro es que si bien en situaciones ordinarias, es innegable que la protección judicial de los derechos debe reglamentarse legalmente por las leyes de forma, a la sazón, de ineludible observancia, y en consecuencia, el ejercicio de los derechos constitucionales ha sido subordinado por la ley Suprema a las leyes de la Nación que en su consecuencia, dicte el Congreso (Arg. Art. 14 y 31 de la CN).-

Pero, ¿Qué sucede cuando el Congreso no dicta - en su consecuencia - la ley que permita la actuación de tales derechos en juicio? Si bien ha sido entre nosotros Germán Bidart Campos quien primero planteó en doctrina nacional, la cuestión de la inconstitucionalidad por omisión<sup>xii</sup>, no hay duda de que aquí el Superior Tribunal de la Nación supuso que esa omisión no inhibiría su accionar garantista. Es que tanto el proceso de amparo como el recurso de arbitrariedad, si bien no surgieron de las leyes de procedimiento, son parte de los principios que derivan de la propia Constitución, y dimanar directamente de ella.

No hay duda entonces que el Art. 33 de la CN no permite derivar de su letra sólo derechos implícitos, sino también garantías que tienen tal carácter. Y la Corte Suprema especificó, al fallar los obrados “Siri”, que el recurso de amparo, como el de habeas corpus, resultan ser una de esas garantías autorizadas inmediatamente por la interpretación razonable y fiel de la Ley Suprema, resaltando allí que los jueces pueden y deben por sí mismos aplicar la Constitución, porque son órganos genuinos de su interpretación.-

Con relación al caso “Kot”, el caso judicial es presentado en razón de que la empresa SAMUEL KOT SRL, propietaria de una empresa textil en Villa Lynch - Provincia de Buenos Aires - mantenía desde marzo de 1958 un conflicto con sus obreros, que derivó en una huelga que originariamente fue declarada ilegal por la autoridad competente, y por ello, la empresa intimó a sus trabajadores a concurrir a trabajar, con excepción de dos obreros. Un mes más tarde, la propia autoridad administrativa de aplicación declaró nula la resolución originaria y emplazó a ambas partes a la reanudación de las tareas.

El dilema que llevó la cuestión a juicio se originó en la negativa de la

empresa, para reincorporar a los dos obreros que había despedido, ya que en disconformidad con esa actitud, los operarios proceden a la toma pacífica del local, dejando entrar y salir a los patronos de la sede, aún sacando objetos bajo constancia escrita, pero impidiendo la entrada del personal de administración y capataces, lo que dejó a la fábrica virtualmente paralizada.

En este caso, y también descartada por parte de la Corte la idea de "arbitrariedad" al evaluar lo resuelto en las instancias inferiores, se tomaron en cuenta para resolver las circunstancias de hecho, que resultaban aquí para el máximo tribunal, tan inequívocas como aquellas que se dieron en el caso "Siri", ya que existía en éstos obrados, un derecho constitucional indiscutible, y no discutido - de propiedad del inmueble, y aún de la fábrica, por parte de los accionantes -, una violación manifiestamente ilegítima por parte de aquellos trabajadores ocupantes, de ese derecho, en cuanto ella constituía una vía de hecho no autorizada por las leyes, y su continuación admitía la perspectiva de generación de un daño irreparable como consecuencia de la prolongada y forzosa paralización de la fábrica.

La diferencia entre ambos casos constituía entonces, en que en el último nombrado, el arbitrario desconocimiento del derecho que invocaba el amparista no provenía de autoridad pública, sino de individuos particulares<sup>xiii</sup>

Allí es que la Corte discurre en el sentido de que lo que primordialmente tienen en vista el habeas corpus y el recurso de amparo, no es el origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino éstos derechos en sí mismos, a fin de su salvaguarda. Ello así, pues la actuación de estas garantías no atiende unilateralmente a los agresores, para señalar distinciones entre ellos, sino a los agredidos, para restablecer sus derechos esenciales<sup>xiv</sup>.

Queda claro que con el dictado de éstos dos precedentes, la Corte recurrió no a un paradigma académico, sino a una opción práctica, creando un verdadero instrumento eficaz y útil para proteger los derechos humanos, en casos de amenazas actuales e inminentes, que luego fue utilizado por los restantes Magistrados en cada caso, de acuerdo a las circunstancias. La práctica judicial demostró además que - sin interferir innecesariamente en el ámbito de actuación de los restantes Poderes de Estado - los jueces han actuado con discreción y eficacia, sorteando incluso, objetables interferencias legislativas al momento de su inadecuada reglamentación legal, por parte de la Ley 16.986, felizmente hoy superada por el contexto de lo dispuesto en el Art. 43 de la Constitución Federal, reformada en 1994.-

## 5

### EL PRECEDENTE "EKMEKDJIAN c/SOFOVICH"

#### (Nace el amparo "colectivo")

En este caso<sup>xv</sup>, el amparista - que no era otro que el reconocido constitucionalista, hoy fallecido, Miguel Ángel Ekmekdjian - solicitó que se condenara a

los demandados (Gerardo Sofovich, y Canal 2 de TV) a la lectura de una carta-documento, en el programa "La Noche del Sábado" emitido por el mencionado canal, bajo la conducción y Dirección de Gerardo Sofovich. Señaló en su demanda, que el 11 de junio de 1988, Dalmiro Sáenz, en el aludido programa, se expresó con una serie de frases agraviantes - que el respeto y el buen gusto impiden repetir - con relación a nuestro Señor Jesucristo y a su Santísima Madre, agregando que el 4 de julio de 1988 remitió a los codemandados la citada carta-documento, solicitando su lectura en "La Noche del Sábado", y al no obtener respuesta de ellos, deduce acción de amparo.-

La pretensión se fundó en la circunstancia de que - en el sentir del amparista - los dichos de Dalmiro Sáenz, expresados en el programa televisivo mencionado demostraron su intención de agraviar los sentimientos de quienes - como el presentante - pertenecen a la Iglesia Católica, e incluso a los de los cristianos no católicos, aduciendo que en esas circunstancias, y por la presentación invocada, le asistía derecho de réplica, el que le es negado en 1ª Instancia, y también en Alzada.-

Llegada la causa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ella admite la demanda, lo que es importante dado que el amparista invocaba un derecho de incidencia colectiva - entonces expresado como "interés difuso" -, al que la propia Corte consideró como un derecho subjetivo de carácter especial y de reconocimiento excepcional que sólo se presenta ante una ofensa de gravedad sustancial, y cuyo efecto reparador, una vez ejercido, alcanza sin duda al conjunto de quienes pudieron sentirse afectados por el mismo agravio.-

Sin perjuicio de nuestra opinión crítica con relación a muchos aspectos que involucró el precedente en cuestión, y que principian por preguntarnos si aquí existió realmente una situación que admita la exigibilidad del derecho de "rectificación o respuesta" a su respecto<sup>xvi</sup>, bueno es resaltar aquí que el precedente, en su voto mayoritario, dio curso por primera vez entre nosotros al denominado "amparo colectivo", dando vida a los derechos públicos subjetivos de la sociedad, sin normativa específica que los consagre, al encontrar que en el caso, la personalidad social afectada, justificaba el acogimiento de una acción de amparo.

Aquí, la Corte pareció recoger una modalidad de "mutación", que de liberal individualista se tornó paulatinamente en social demócrata, habilitando un marco de actuación en el que ella asume sustancia propia y su actuación no implica necesariamente y en todos los caso, un mero reflejo del proceso histórico que genera el derecho positivo.

Además, enfatizó el Superior Tribunal en su fallo que aún cuando el derecho en cuestión, surgente de una normativa impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, había sido allí consagrado en las condiciones que estableciera la ley, y nuestro país no había dictado hasta ése momento norma alguna que reglamentara ése derecho, enfatizó, recogiendo el mandato de la OC/7 de la Corte Interamericana de derechos Humanos, que atento lo dispuesto en los Art. 1 y 2 de la CADH, tal omisión constitucional podía ser reconducida por el accionar de la propia Corte, concediendo en forma limitada éste derecho al amparista.-

No dudamos que en ésta ocasión, el contexto circundante implicó una

fuerte presión para que nuestra Corte Suprema concediera derecho de rectificación o respuesta, a un feligrés de la grey católica. Otra vez, en éste caso, muchos juristas cuestionaron severamente a la actuación de los Magistrados, que conjugaron las circunstancias fácticas con el derecho, a fin de ofrecer una solución pragmática que coincidiera con su visión del ensamble del marco jurídico Argentino a los requerimientos sociales de la época.

Lo cierto es que, pese a haber sostenido - como aún lo hacemos hoy - que la rectificación o respuesta no procede ante opiniones que en modo alguno involucran a la persona del impugnante, y ello es lo que en realidad sucedió en el caso planteado por el constitucionalista Ekmekdjian, rescatamos pese a ello, que la decisión adoptada en el caso por la Alta Corte ofreció ribetes que la tornaron altamente movilizadora, desde sus efectos valiosos, antes apuntados.-

## 6

### EL CASO "URTEAGA"

#### **(La nueva "identidad" del proceso de habeas data)**

No resulta ocioso resaltar a la consideración del lector, que el Artículo 43, 3ª parte de nuestra Constitución Federal menciona al proceso de habeas data como una derivación del recurso rápido y sencillo a que hace mención en su primer párrafo, cuando regula la acción de amparo. Nosotros entendemos que es éste un instituto jurídico, derivado del derecho Procesal Constitucional, que se relaciona con la protección de la intimidad del individuo frente a la multiplicación de archivos con datos acerca de las personas<sup>xvii</sup>

Señala la doctrina<sup>xviii</sup> que nuestra norma fundamental hace mención de ésta garantía como un "subtipo" de amparo, aunque no lo diga expresamente, lo que según Néstor Sagüés, es atribuible a una decisión del constituyente<sup>xix</sup>.-

Para Oscar Puccinelli, la "criticable" fórmula expuesta por el Constituyente constituye la plasmación de una "rareza", por haber sido previsto en la Constitución sin mencionar los derechos de los afectados que pueden ser tutelables por su medio, pues sólo establece que funciona ante casos de falsedad y discriminación, y arriesga que no es sólo la intimidad personal del promoviente la protegida por la norma constitucional, propiciando una actuación garantista de la figura<sup>xx</sup>

Damos por sentado que nuestra sociedad democrática y liberal - hoy en muchos aspectos social demócrata desde el diseño constitucional Argentino, aggiornato en 1994 - se ha organizado en primer término, con el fin de asegurar el goce y ejercicio de las libertades fundamentales. Por ello, el objetivo superior y esencial de sus operadores y también el de los ciudadanos que lo integran, es el de respetar y no comprometer con

interpretaciones ambiguas, el sentido de las libertades consagradas. Desde allí cabe afirmar, siguiendo las aún hoy vigentes enseñanzas de Orgaz<sup>xxi</sup>, que “toda construcción teórica, ya sea doctrinaria o jurisprudencial que en modo directo o indirecto, conduzca en algunas situaciones al desamparo de tales derechos, es por ésa sola razón contraria al texto fundamental”.

Y otra vez en éste supuesto, el contexto fue definitorio para resolver el caso en tratamiento.

Respecto de los hechos involucrados<sup>xxii</sup>, Facundo Urteaga, con sustento en lo dispuesto por el Art. 43 de la Constitución Nacional, dedujo acción de amparo de habeas data contra el Estado nacional Argentino y/o el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y/o el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de “obtener información que exista en los Bancos de Datos de la Secretaría de Informaciones de Estado, Servicio de Inteligencia del Ejército, Servicios de Informaciones de la Armada Argentina, Servicios de Informaciones de la Aeronáutica Argentina, Servicios de Inteligencia de la Policía federal Argentina, y Servicios de Informaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, **sobre su hermano Benito Jorge URTEAGA**, supuestamente “abatido” el 19 de julio de 1976 en un departamento ubicado en la localidad de Villa Martelli, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires, acción ésta que fue rechazada en las instancias inferiores, aduciéndose la falta de legitimación activa del actor, en tanto los datos que pretendía recabar no estaban referidos a su persona, y que la finalidad perseguida con la promoción de ésta acción no se compadecía con los fines surgentes del texto fundamental, en su Art. 43.-

Como advertimos en los párrafos que anteceden, el contorno de plasmación del “habeas Data” en nuestra Constitución, fue ambiguo y difuso. Y nuevamente la Corte Suprema, al fallar éstos obrados, refutó las consideraciones expresadas en instancias inferiores al sostener que la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales del habeas data<sup>xxiii</sup>, no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente – hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su regulación – las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos.-

Adviértase como aquí el máximo Tribunal de la República repite el garantizador discurso ya desempolvado en “siri” y “kot”, luego actualizado en “Ekmekdján c/ Sofovich”, admitiendo la legitimación del hermano de quien se supone fallecido, toda vez que asume que la habilitación para accionar de un familiar directo, con sustento en el derecho a que se proporcione información, aparecía en las circunstancias del caso como una de las alternativas de reglamentación posible en una discreta interpretación del texto constitucional.

Consecuentemente, la Corte Suprema reconoció al invocante el derecho a la información objetiva requerida, para lo cual dispuso el libramiento de los pertinentes Oficios a fin de que los organismos requeridos, den cuenta de si en sus registros obraba constancia del fallecimiento de Benito Jorge Urteaga y en su caso, la localización de sus restos

No hemos de olvidar aquí el contexto en que la resolución fue dictada, ya que con anterioridad, en el contexto de un proceso de habeas corpus, la Alta Corte había rechazado una petición de similares características, por improcedente<sup>xxiv</sup>, habilitando en consecuencia al recurrente, la vía transnacional de reclamo. En tal marco de exposición internacional, la Alta Corte debía evaluar una garantizadora percepción de éste tipo de pedidos, enmarcados en la delicada trama que involucra para la sociedad argentina, la necesidad de develar el “derecho a la verdad” en cuestiones vinculadas con las desapariciones de personas habidas en la última dictadura.

Así es que, partiendo de la figura señera del amparo, logra ofrecer una garantizadora variante de habilitación para obrar en materia de habeas data, que articule, y no obstruya los preciados caminos que conducen a la tan ansiada búsqueda de la verdad.-

## 7

### NUESTRAS BREVES CONCLUSIONES

Hemos Dicho antes de ahora, y con una cierta “abstracción” de las vicisitudes por las que a la fecha transita nuestra Alta Corte de Justicia, que ella ha encontrado en muchas ocasiones, con base en el camino instrumental del proceso de amparo, la vía de solución para ensanchar los espacios de la libertad, que recurrentemente pretenden ser estrangulados por el Estado avasallante, o por otros particulares que han intentado transitar por tales sendas.-

Aún así, creímos acertado destacar que los jueces de la Corte Suprema de Justicia, no han transitado el camino de la abstracción propuesto por los juristas – bienvenidos sean ellos en sus respectivos espacios -, sino que a partir de la “dramática vivencia” del caso puesto a resolución, dejan de lado las doctrinas u opiniones, en cuanto sugieren entelequias abstractas para resolver, con todas las consecuencias de vida que entraña una decisión real, enmarcada por circunstancias de hecho no menos reales, que los condicionan y les imponen una toma de posición, que luego será evaluada por toda la sociedad.-

Es que principalmente los jueces de la Corte Suprema de Justicia, han de emerger, para cumplir con su misión de garantizar la real vigencia de las instituciones jurídicas, impregnados del designio que propone una nueva sociedad que hoy lentamente emerge de sus ruinas, en defensa de la libertad, pilar esencial del ordenamiento jurídico

Creemos que en tal tránsito, el recurso rápido y sencillo que hoy propone el Artículo 43 del texto fundamental, y especialmente hoy, en tiempos de alta crisis republicana, política, social y económica, resulta ser un vehículo útil para enfrentar el estado de cosas y reponer la normalidad constitucional.

Aún así, debe estarse atento a la manipulación y estrangulación de tan formidable instrumento. A veces, la urgencia que todo lo corroe, impregna los espacios jurídicos de premuras ciertamente vacías, y allí el amparo comienza a fallar; porque se

confunde el desamparo con la urgencia.

Y al final, entonces, sólo quedan cenizas que arrojan marcas pero no soluciones

Quizá, los tiempos que corren, vuelvan a situar a la República en el tan ansiado espacio de normalidad política y social. Y allí el amparo dejará de ser tan requerido. Pero siempre permanecerá en “vigilia”, como una herramienta constitucional latente para recomponer, allí donde los espacios de los derechos humanos y la libertad se corrompan.

Este es un dato que no olvidan los buenos jueces

Y con el que habrá de contar, en toda circunstancia, la ciudadanía en circunstancias de desamparo de sus prerrogativas fundamentales.

Eduardo Pablo Jiménez

## INDICE DE CITAS:

- ii Eduardo Jiménez es profesor titular de las asignaturas "Derecho Constitucional" (Universidad Atlántida Argentina, y Universidad nacional de Mar del Plata) Derechos Humanos (UAA) y Elementos de Derecho Internacional (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires). Es también profesor de post grado (Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional) en la UNMDP y UBA.
- iii Así es que los precedentes Siri (CSJN Fallos 239:459) y Kot (CSJN Fallos 241:291) nos permitieron presenciar, en términos del profesor Jonathan Miller "un acontecimiento extraordinario en el mundo del derecho: la creación judicial de un nuevo procedimiento que permite una defensa oportuna de los derechos constitucionales en circunstancias en que los remedios legales ordinarios resultan ineficaces" (Miller y otros "Constitución y Poder Político" Astrea, T<sup>a</sup> 1, 1995. El desarrollo de ambos fallos puede consultarse en un artículo de nuestra autoría denominado "El Proceso de Amparo" en "Revista Argentina de Derecho Constitucional" Edit. Ediar, N<sup>a</sup> 3, 2001, pag.61 a 91.-
- iv Cfr. Sagüés, Néstor: Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional. "LL" 1981-C, pag. 865.
- v Conf. "JA" del 22/7/87, pag. 7/8
- vi Cfr. Vescovi, Enrique: Principios estructurales del Proceso Constitucional. Santa Fe, 1969, pag. 437 y 439.
- vii Cfr. Sagüés, Néstor: Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional. "LL" 1981-C-867
- Orgaz, Alfredo: El Recurso de Amparo. Edit. Depalma, 1961
- Orgaz, Alfredo: Op. cit. pag.12/13
- Según lo indica Orgaz, allí radica la distinción entre el espíritu rigurosamente racionalista y el que deja algún espacio para los elementos sutiles que no se dejan gobernar exclusivamente por la razón teórica (Op. cit, pag.14, con cita a Blas Pascal.)
- Ver, por todos, CSJN t.159, pag.69, Autos "Benedicta Dora Flores". Allí se sostuvo que "La protección de los derechos garantizados por la Constitución, corresponde sin duda en último término a esta Corte, pero es indispensable que las acciones o recursos llamados a hacer efectiva la garantía de éstos derechos se ejerciten en el modo y dentro de los términos señalados por esas leyes de forma, que son de orden público y por lo tanto, de estricta observancia y de cumplimiento ineludible"
- viii Cfr. Orgaz, Op, citada, pag. 18 en cita textual. Por supuesto que sin perjuicio del respeto a la altura intelectual del jurista Orgaz, no podemos dejar de señalar que esa Corte Suprema, "azorada" por la que denominó una "terrible experiencia anterior", surgió ella misma, de un "golpe de Estado" no menos terrible y funesto.
- ix Nosotros hemos seguido ésta línea argumental, al señalar en nuestro "Derecho Constitucional Argentino" (EDIAR, 2000, T<sup>a</sup> II), en cuanto allí señalamos que lo procesal, es siempre tributario y nunca condicionante de lo constitucional
- x Cfr. CSJN Fallos 239:382, del 18/12/1957
- xi Aún a sabiendas de la amplia repercusión que tuvo el caso, cabe aquí resaltar brevemente los hechos que lo motivaron: El requirente era director y administrador de una publicación periódica que había sido clausurada a principios de 1956, y continuaba en esa situación, con una "consigna" policial en la puerta, a fin de impedir su nueva puesta en circulación. Requeridos los informes de ley, nadie podía dar cuenta cabal de las razones de la clausura de tal periódico, ni identificar a la autoridad que había dispuesto la clausura.-
- xii Consultar para cotejo, del autor citado "Las Obligaciones en el Derecho Constitucional" Edit. EDIAR, 1988.-
- xiii Aunque como bien sostiene Alfredo Orgaz (Op. cit, pag.48), algunos comentaristas del caso "Kot" han observado que aquí podía también encontrarse un acto de autoridades públicas - acto de omisión -, ya que existía a ese tiempo una pasividad de las autoridades administrativas en cuanto a la protección de los dueños de la fábrica.
- xiv Por ello fue que la Corte, señaló en el voto mayoritario dictado en el precedente "Kot", que "(...) nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los "derechos humanos" - porque son los derechos esenciales del hombre - esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad".
- xv CSJN ; E-64 XXIII; "LL" del 7 de agosto de 1992; "ED" 148-338
- xvi Ver al respecto, y para cotejo del desarrollo de nuestra posición al respecto, lo expuesto en una obra de nuestra autoría titulada "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación" (Edit. EDIAR, 1997, Capítulo II).-
- xvii Así lo expresamos en nuestro "Derecho Constitucional Argentino" T<sup>o</sup> II, EDIAR, pag.622.
- xviii Basterra, Marcela y Dalla Via, Alberto "Habeas Data y otras Garantías Constitucionales" Edit. Némesis, pag. 103
- xix Así lo expresa Néstor Sagüés en AAVV "Leyes reglamentarias de la Constitución Nacional" Edit. AADC, 1996. A su tiempo Roberto Dromi y Eduardo Menem lo identificaron como un "Amparo especial" ("La Constitución Reformada, Ciudad Argentina, 1994 pag. 168),
- xx Puccinelli, Oscar "El Habeas Data en Indo- ibero-américa" en AAVV "El Amparo Constitucional" Edit. Depalma, pag.259
- xxi Cfr. Orgaz, Alfredo, Op. cit. Pag.18
- xxii Nos referimos a la causa "Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado nacional s/ Amparo Ley 16.986", 15/10/98, cuya transcripción íntegra puede verse en "Dalla Via y Basterra", citados, pag.159 y ss.
- xxiii A esa fecha, aún no había sido dictada por el Congreso de la Nación, la Ley 25.326, regulatoria del Habeas Data. Un comentario de los alcances del texto puede ser consultado en la obra colectiva "La Defensa de la Intimidad y de los Datos Personales a través del Habeas Data" Edit. EDIAR,2001, bajo la coordinación de Osvaldo Gozáini
- xxiv Nos referimos a los obrados "Aguiar de Lapacó", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 13 de agosto de 1998, invocando los efectos de un eventual ejercicio de actividad jurisdiccional sobre quienes habían sido sobreseídos en forma definitiva