

LOS DERECHOS Y GARANTIAS Y LA REGLAMENTACION (¿SIGNIFICA EL ART. 10 DE LA CCABA VENCER LA DESCONFIANZA HACIA LOS PODERES CONSTITUIDOS?)

POR ESTELA B. SACRISTÁN

SUMARIO: I. Planteo. — II. Derechos operativos, no cercenables. — III. La perspectiva desde el Derecho comparado. — IV. La perspectiva jurisprudencial argentina. — V. Conclusiones.

I. Planteo

Se ha sostenido que "reconocer el derecho es reconocer que alguien, posiblemente la persona que efectúa el reconocimiento, tiene el deber o responsabilidad de asegurarlo" (1), tarea ciertamente delicada si se repara en que —superada la época en que se consideraba innecesario o peligroso incluir un *bill of rights* en la Norma Fundamental (2)— se verifica una tendencia creciente en el reconocimiento de más y más derechos.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) WALDRON, Jeremy, "The Role of Rights in Practical Reasoning: 'Rights' versus 'Needs'", en *The Journal of Ethics*, N° 4, ps. 115/135, 2000, p. 121.

(2) Cabe remitir al célebre HAMILTON, Alexander - MADISON, James - JAY, John (BROCK, William, ed.), *The Federalist*, M. Dent, Londres, Charles E. Tuttle, Vermont, 1992, # 84, ps. 439/448, esp. p. 442.

(3) Se toma la expresión de WELLMAN, Carl, "The Proliferation of Rights", Westview Press, Colorado, 1999, p. 7.

(4) La ingeniosa expresión emana de la Corte Suprema argentina, "Hotel Internacional Iguazú S.A.

En el plano práctico, el cometido de asegurar un derecho abarca tanto aspectos formales o procedimentales y procesales, como aspectos de fondo o sustanciales. Estos últimos harán no sólo a *quién* debe asegurarlos a *quién*, sino también a una cuestión previa: *cómo* asegurarlos o garantizarlos para evitar que se conviertan en mera retórica (3) o en la satisfacción de inquietudes literarias (4) o en declaraciones políticas (5). Pensemos solamente en las cláusulas constitucionales encabezadas "la legislación establecerá...", y en la ausencia de reglamentación pertinente en la realidad; conocemos las declaraciones constitucionales solemnes del estilo de "la propiedad es inviolable", así como la diaria lluvia de regulaciones de ese derecho (6).

El Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires parecería haber despejado el cami-

c. Estado Nacional, Fallos: 310: 2653 (1987), esp. p. 2671.

(5) DWORKIN, Ronald, "Rights as Trumps", en WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153. Por su parte, Rawls admite que ciertas declaraciones contenidas en tratados internacionales pueden ser calificadas más adecuadamente en el sentido de que establecen aspiraciones liberales, conf. RAWLS, John, "The Law of Peoples", en Freeman, Samuel (ed.), *John Rawls - Collected Papers*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1999, p. 529 y ss., esp. p. 554, n. 46.

(6) Ver GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, 8va. ed., FDA, Buenos Aires, t. I, p. VII-20 y siguiente.

n
p
la
de
ot
tir
ja
de
est

rar
Na
y q
ción
gar
la o
ésta

D
sula,
rirár
esta
infer
dad (
nega
tación
limita
ment
contr
reglar
y gara
permi
ante e
detien
ello pu
limitat
cercen

La pr
que se l
nes que

(7) En
ción de la
Buenos A

(8) Res
HOLMES,
of Rights,

(9) Arg.

(10) Amj
administra
Buenos Air

no de asegurar los derechos, especialmente en el plano del *cómo*. En tal sentido, la Constitución de la CABA reconoce, por un lado, un universo de derechos, universo por demás nutrido. Y, por el otro, introduce una fórmula evidentemente destinada a asegurar los derechos, las garantías, fijando los lineamientos para que los mismos no devengan un listado vano; así, el art. 10, CCABA, establece:

"Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. *Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos*".

Detengámonos en la segunda parte de la cláusula, resaltada con bastardilla, pues a ella se referirán los párrafos que siguen. La parte final de esta cláusula, bajo una primera mirada, permite inferir que la misma es una cláusula de operatividad (7): (i) los derechos y garantías no pueden ser negados por omisión o insuficiencia de reglamentación; (ii) los derechos y garantías no pueden ser limitados por omisión o insuficiencia de reglamentación. Asimismo se construye una barrera contra el eventual exceso reglamentario: (iii) la reglamentación no puede cercenar los derechos y garantías. Esta tercera previsión constitucional permite inferir una suerte de área de exclusión ante el hipotético avance reglamentario: éste se detiene con el cercenamiento de aquéllos. Por ello puede decirse que se está ante una cláusula limitativa de la reglamentación o cláusula de no-cercenamiento.

La primera pregunta que puede aflorar, a poco que se lee el texto en bastardilla, hace a las razones que se pueden haber tenido en mira en oca-

sión de su consagración, a la luz de la experiencia emergente de otros procesos constitucionales. También puede surgir el interrogante acerca de qué concreto adelanto significa la misma confrontándola con la inteligencia adoptada en la Constitución Nacional. Asimismo, podría indagarse en sus efectos a la luz de la ostensible multiplicidad de derechos que la Constitución porteña consagra, que van desde dar "seguridad pública con equidad" (art. 34, CCABA), hasta proteger "el trabajo en todas sus formas" (art. 43, CCABA). Y podría repararse en los costos de financiamiento de esa multiplicidad de derechos y garantías constitucionalizados (8). Estas líneas tienen un fin por demás modesto. Aquí se trata de indagar en el significado de esa cláusula, contrastándola con antecedentes del Derecho comparado y argentino, tanto nacional como local, a los fines de lograr un acercamiento a sus efectos en la práctica.

II. Derechos operativos, no cercenables

La norma antes destacada en bastardilla contiene un concepto que constituye el eje de la misma: la reglamentación. Esa reglamentación, se entiende, será la generada por el ejercicio de la denominada potestad reglamentaria; coadyuva a concebirla como potestad la alusión, en la norma, a la omisión, por lo que no parecería estarse ante una competencia —de ejercicio obligatorio (9)— sino ante un poder genérico (10).

En el art. 10, segunda parte, se establece la operatividad de los derechos y garantías, escindiéndola o independizándola de la reglamentación. Asimismo, se asegura el no-cercenamiento de aquéllos por vía de reglamentación. Ello conduciría a suponer, liminarmente, que la reglamentación tiene, como único límite, el cercenamiento. Una lectura literal (11) de este límite —y es la interpretación literal aquella a la cual se debe recurrir en primer lugar (12)—, indicaría que cercenar

(7) En este sentido, SAGÜES, Pedro N., Constitución de la ciudad autónoma de Buenos Aires, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 87.

(8) Resulta en este aspecto obligada la lectura de HOLMES, Stephen - SUNSTEIN, Cass R., "The Cost of Rights, Norton", New York, 1999.

(9) Arg. art. 3°, ley 19.549 (Adla, XXXII-B, 1752).

(10) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho administrativo", 8ª ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 119/121.

(11) Ha dicho la Corte Suprema que "la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma, ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto", Fallos: 311: 1042; 312: 2078; 314: 1018, 1049; 320: 61; 321: 1434; 323: 3139; entre otros.

(12) VERNENGO, Roberto, "La interpretación literal de la Ley", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 10.

significa cortar las extremidades de algo, disminuir o acortar (13); cortar a cercén, recortar lo que sobra, o dejar una cosa incompleta o disminuida quitándole una parte (14). Mas del uso del término cercenamiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema surge que cercenar un derecho es privar a alguien de él (15). Por ende, un derecho podrá ser limitado—y, en la realidad, tendrá que ser limitado (16)—, mas nunca eliminado o cercenado por la reglamentación. Esta conclusión, liminar y parcial, cobra relevancia, en cuanto al significado, si se repara en que todos los poderes del estado poseen potestad reglamentaria, con lo que todos, potencialmente, podrían limitar derechos, mas con la antedicha barrera de no-cercenamiento. Se volverá sobre ello más adelante. Por ahora, retengamos la noción de que, de hecho, la potestad reglamentaria aludida, alojada en los tres poderes del gobierno, es la que surgiría del propio texto de la Constitución nacional pues en ella no solo se imputan ciertas reglamentaciones del texto constitucional (17) que conformarán la denominada "reglamentación legislativa" (18), sino que también se asigna potestad reglamentaria en punto al reglamento que hace cada Cámara (19); a las facultades del Congreso para dictar, en ejercicio de poderes implícitos, no solo leyes sino también reglamentos (20); a la actividad legislativa o reglamentaria presidencial (21); al reglamento interior que dictará la Corte Suprema (22) y al reglamento de organización judicial, entre otros, a dictar por el Consejo de la Magistratura (23). Pa-recida escena se advierte en la Constitución por-

teña pues habrá reglamentación legislativa de diversas cláusulas de la Constitución local (24); y, además, se dicta un reglamento de la Legislatura (25); se prevé, con restricciones, la actividad legislativa o reglamentaria del Jefe de Gobierno (26); así como el dictado del reglamento interno del Tribunal Superior de Justicia (27), y el de los reglamentos internos del Consejo de la Magistratura local (28).

De acuerdo con lo dicho, la redacción adoptada por el Constituyente porteño en la cláusula que motiva estas líneas sería por demás sana: todos los poderes constituidos porteños tienen potestad reglamentaria, cuya omisión de ejercicio o insuficiencia no afectan los derechos y garantías por ser éstos operativos, y el límite al ejercicio de esa potestad es el no-cercenamiento. En otras palabras, todos los poderes constituidos podrían reglamentar—en el ámbito de su competencia—los derechos, sin llegar a cercenarlos. Pero todo ellos podrían, por exclusión, limitarlos, y este último extremo, a la luz de la doctrina y por imperio del art. 14, CN (aplicable por el art. 10, parte 1ª, CCABA), debería por cierto, compatibilizarse con el recaudo de ley formal (29) cuando se trata de las limitaciones a los derechos constitucionales.

III. La perspectiva desde el Derecho comparado

La cláusula aquí anotada, leída aisladamente, podría inducir a creer que la misma conlleva su-

(13) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 1984, t. I, p. 306.

(14) MOLINER, María, "Diccionario de uso del español", Gredos, Madrid, 1983, t. I, p. 582.

(15) "Loiacono, Osvaldo J. c. CONET", Fallos 311:1722 (1988); "Rustan, Luis A. c. Banco Serrano", Fallos 313:1564 (1990); "Huayqui S.A. c. Municipalidad de Pilar", Fallos 320:44 (1997); entre muchos otros.

(16) GONZALEZ CALDERON, Joaquín V., "Derecho constitucional argentino", 3ª ed. corr. y aum., J. Lajo-une y Cía., Buenos Aires, 1930, t. I, p. 393.

(17) Por ej., la legislación aludida en el art. 42, CN.

(18) GONZALEZ CALDERON, "Derecho constitucional argentino...", op. loc. cit.

(19) Art. 66, CN.

(20) Art. 75.32, CN.

(21) Arts. 76, 99.1, 99.2 y 99.3, CN.

(22) Art. 113, CN.

(23) Art. 114.6, CN.

(24) Por ej., art. 52, CCABA.

(25) Arts. 71 y 81.1, CCABA.

(26) Arts. 102, 103, 104.2, CCABA, con prohibición de delegación legislativa en materia tributaria, art. 51 CCABA; y con prohibición a la Legislatura de delegar sus atribuciones, art. 84, CCABA.

(27) Art. 114, CCABA.

(28) Art. 116.3 y 116.5, CCABA.

(29) GELLI, María Angélica, "Constitución de la nación argentina. Comentada y concordada", 3ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 78; CAS-SAGNE, "Derecho..." cit., t. I, p. 169.

perar la
dos: as
guro co
derech
la regl
como e
ca un c
una infi
mite te
lidad tu

a) Un
ra inspir
titución
ce, en la
mentari
menosc

Ahora
tranjera
en el su
enuncia
implícit
transcrip

"La em
tenidos e
como ne,
la person
te en ella
ser invoc
gun dere

De tal n
te paragu
en dictar l
chos y gar
opinión, d
no enunci

Si se en
operativid

(30) En e
sobre la ac
en el ámbit
vol. 8, no.2,
dicho prec
ámbito de l
institucion
(que en este
gabilidad di
también a l

(31) BACH
drigo Berco
drid, 1985, p

perar la desconfianza hacia los poderes constituidos: así, en el ámbito porteño existiría un reaseguro contra las negaciones o eliminaciones de los derechos y garantías, tanto en el supuesto de que la reglamentación no exista o sea insuficiente, como en el supuesto de que sí exista pero traduzca un cercenamiento de aquéllos. Un repaso de una ínfima porción del Derecho comparado permite tener una más acabada imagen de qué finalidad tuvo el Constituyente porteño.

a) *Un antecedente latinoamericano:* Hay una clara inspiración del Constituyente porteño en la Constitución del Paraguay de 1992, cuyo art. 45 establece, en la parte pertinente, que *"La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía"*.

Ahora, cabe destacar que la Constitución extranjera citada ubica el texto recién transcrito en el subtítulo "De los derechos y garantías no enunciados"—equivalente de nuestros derechos implícitos— y, en verdad, el art. 45 parcialmente transcrito reza, en su integralidad:

"La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía".

De tal modo, la preocupación del Constituyente paraguayo de 1992 era la omisión del Congreso en dictar la legislación reglamentaria de los derechos y garantías no enunciados, o, según diversa opinión, de los derechos y garantías enunciados y no enunciados (30).

Si se entiende que la cláusula bregaba por la operatividad de los derechos no enunciados, el

cuadro así ofrecido al lector parecería ser bien distinto del efecto perseguido por el Constituyente porteño de 1996, que no aludió a la falta de leyes reglamentarias de derechos implícitos, sino directamente a "reglamentación", esto es, la reglamentación de los derechos y garantías, incorporando una cláusula de operatividad o eficacia contra las omisiones e insuficiencias, así como un valladar contra los cercenamientos.

b) *El desarrollo constitucional alemán:* Puede visualizarse la previsión constitucional del art. 10, parte 2ª, CCABA, como inspirada en la experiencia histórica alemana, en especial la emergente de la Constitución alemana hoy vigente.

Se recordará que la Constitución de Weimar de 1919 ofrecía, además de un nutrido universo de derechos, la posibilidad casi irrestricta de limitación de los mismos mediante la legislación. Esa formidable cantidad de derechos fundamentales eran consideradas meras concesiones legales voluntarias del Estado (31), dando, por resultado, derechos fundamentales literalmente "vacíos" (32).

La Constitución alemana de 1949—en adelante, CA 1949— superó esa tacha, y sus negativos efectos, mediante la incorporación, al texto de la Ley Fundamental, de una cláusula que lleva el número uno, y que establece, en su tercer apartado,

"Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable" (33),

según una traducción, o bien, según otra,

"Los siguientes derechos fundamentales obligan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho pleno y preexistente" (34).

(30) En este sentido, BAZÁN, Víctor, "Reflexiones sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino", en *Ius et Praxis*, 2002, vol. 8, no. 2, ps. 93/140, esp. n. 74 ("La parte in fine de dicho precepto excede, a nuestro criterio, el mero ámbito de los derechos y garantías "no enunciados", institucionalizando una vocación de operatividad (que en este contexto debe ser entendida como alejabilidad directa ante los tribunales) que involucra también a los explícitos").

(31) BACHOF, Otto, "Jueces y constitución", (Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, trad.), Civitas, Madrid, 1985, p. 40.

(32) BACHOF, "Jueces ...", op. loc. cit.

(33) Ley fundamental para la República Federal de Alemania, promulgada por el Consejo Parlamentario el 23 de mayo de 1949 (versión en vigencia desde el 4 de noviembre de 1995), (Ernesto Garzón Valdés, trad., Ricardo García Macho y Kart Meter Sommermann, colabs.), Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal, Bonn, 1994, p. 42.

(34) Universidad Nacional de Buenos Aires, Instituto de Derecho Comparado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, "Ley fundamental de Alemania Occidental", Buenos Aires, 1960, p. 10.

Surge de la norma transcripta una manda de operatividad de esos derechos, dirigida a todos los poderes constituidos. Así, esta cláusula germana ilumina el art. 10, CCABA, en especial al prever éste último artículo que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación, en lo que hemos denominado cláusula de operatividad. Mas allí se detiene la similitud con la Norma Fundamental alemana pues en el artículo primero, tercer apartado, transcripto, no luce un valladar contra los cercenamientos vía reglamentación sino una solución diversa, que significó convertir objetivos meramente políticos en verdaderos derechos, fundamentales.

Por un lado, se advierte, como lo ha puntualizado la doctrina, no solo la consagración constitucional de normas materiales sino, además, la constitucionalización de los valores acogidos por aquéllas, con efectos vinculantes directos hacia los tres poderes estatales, por decisión expresa del constituyente (35). Asimismo, existiría una opinión irrefutable emergente de la jurisprudencia y de la doctrina alemana en el sentido de que por medio de ese artículo se adopta un punto de vista dogmático muy diferente al de la Constitución de Weimar, tal que, al no sujetarse al tercer apartado a condición alguna, restringe, en forma directa, la posición del Estado y de sus órganos (36). Esa sujeción abarca a todos los poderes públicos, incluso el legislativo, pues todos ellos se hallan vinculados por la Constitución (cfr. arts. 20.3 y 1.3., CA 1949) (37). Y en el específico plano del Poder Judicial, si bien muchas de las garantías fundamentales de la Constitución de 1949 son reproducciones literales de los artículos correspondientes de la Constitución de Weimar, la diferencia esencial radicaría en que se supera el problema de la exigibilidad: la primera reconocía derechos fundamentales como objetivos no exigibles judicialmente (38); la Constitución de 1949 crea derechos exigibles en sede judicial. Además, también supera la Constitución alemana de 1949 a su

predecesora pues, al aludirse a derechos "inviolables e inalienables" (art. 1.2., CA 1949), los que resultan ser operativos son derechos dotados de existencia pre-constitucional. En pocas palabras, el destinatario de los derechos fundamentales y sujeto obligado por los mismos es el Estado, que se encuentra obligado o vinculado por ellos dado su carácter de normas de Derecho necesario de aplicación directa (art. 1.3., CA 1949, ya transcripto). Así, el Estado queda siempre vinculado por los derechos fundamentales (39): éstos son derechos directamente vinculantes.

Ahora, en relación a un punto que había sido adelantado más arriba —v. gr., el relativo a la diferencia entre el art. 10 CCABA y el art. 1.3. CA 1949 en tanto ésta no dice que la reglamentación no puede cercenar los derechos— es claro que también en la fuente germana aquí anotada no están los derechos y libertades fundamentales exentos de limitaciones.

Dado que los derechos operan bipolarmente —ante el Estado— y en relación a terceros, la veda de limitaciones a ellos provocaría conflictos del plano del ámbito público y en los intereses de esos terceros. Es por eso que se admiten en el ámbito constitucional alemán limitaciones a los derechos, gobernadas por el principio de proporcionalidad, que no es idéntico a nuestro art. 28 CN en el plano de la interpretación, sino más exigente. Ello pues el principio de proporcionalidad mentado bajo la CA de 1949 requiere que cualquier interferencia con los derechos fundamentales sea adecuada, necesaria y razonable, esto es, que sea proporcional en el sentido restringido; y todos los poderes públicos, incluso el legislativo, se hallan vinculados por la Constitución (cfr. arts. 20.3 y 1.3. GG) (40). Ello significa que: (i) Una interferencia será adecuada si promueve el objetivo de alguna manera pues no tiene por qué ser el mejor medio de obtenerlo; (ii) la nota de interferencia necesaria significa que no haya otra vía, menos dañosa a los derechos, de lograr el objeti-

(35) BACHOF, "Jueces...", cit., p. 39.

(36) FRECKMANN, Anke - WEGERICHT, Thomas, "The German Legal System", Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 86.

(37) HESSE, Conrado, "Constitución y derecho constitucional", en BENDA, Ernst - MAIHOPFER, Werner - VOGEL, Hans Mochen - HESSE, Honrad - HEYDE, Wolfgang, "Manual de Derecho constitucional", Marcial Pons, Madrid, 1996, ps. 1/15, esp. p. 6.

(38) KOMMERS, Donald P., The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 2nd ed., Duke University Press, Durham, 1997, p. 33.

(39) HESSE, Conrado, "Significado de los derechos fundamentales", en BENDA, ET AL., "Manual...", cit., ps. 83/115, ps. 106/107.

(40) HESSE, Conrado, "Constitución y derecho constitucional", en BENDA, ET AL., "Manual...", cit., esp. p. 6.

vo; (iii) cia de una st (41). E tribun ción d ejerce señala bajar a tación que ap

Pero nes cor dio de t barrera las mis mental cripto. i constiti pero ac normas mana.

El ran han sido 1949). A cables, J 20, CA 1 autoblo art. 1.3., cionales ordinari gлас cons o reglam sa; en est mentales (por ej., I fundame

(41) HA TER, "Con kin, Matth Law", Kluv 67/68. Ver, cipio de ra

(42) BAC

(43) FREI cit., p. 56.

(44) FREI op. loc. cit.

(45) El art telarán de a

vo; (iii) y razonabilidad significa que la interferencia debe ser acorde con el objetivo perseguido; una suerte de test de relación de medios y fines" (41). En esta escena, parecería claro que todos los tribunales tienen, a prestar, una importante función de colaboración, en especial en la tarea de ejercer el control de razonabilidad en el sentido señalado (42), y el autor de la norma deberá trabajar arduamente por proveer, ex ante, a la limitación, de una sustancial cuota de razonabilidad que apruebe los tres renglones mencionados.

Pero al tiempo que se conciben esas limitaciones como posibles, la CA 1949 consagró, por medio de una arquitectura constitucional única, una barrera contra las reglamentaciones a fin de que las mismas no cercenaran los derechos fundamentales. No la hallaremos en el art. 1.3. ya transcrito. Pero surge del juego de diversas cláusulas constitucionales, en una interrelación compleja pero admirable: es que existe una jerarquía de normas legales dentro de la Ley Fundamental alemana.

El rango más alto lo detentan las cláusulas que han sido declaradas inmodificables (art. 79, CA 1949). Así, se incluyen, entre las normas inmodificables, los principios enumerados en los arts. 1 y 20, CA 1949. Y al así hacerse, se crea un sistema autobloqueado pues es inmodificable el propio art. 1.3., CA 1949. Las restantes normas constitucionales tienen rango de derecho constitucional ordinario. Un menor efecto legal aplica a las reglas constitucionales que pueden ser restringidas o reglamentadas en detalle y en forma más precisa; en este renglón ingresan los derechos fundamentales que gobiernan las libertades personales (por ej., los arts. 2.1 y 12, CA 1949), o el derecho fundamental que garantiza la propiedad bajo el

art. 14.1, CA 1949 (43). Por último, esos derechos son esgrimibles tanto ante el Estado como entre particulares, en relaciones de Derecho privado (44).

c) *La Constitución española de 1978*: En punto al Derecho comparado, cabe reparar, asimismo, en una previsión de la constitución española de 1978 que también pudo haber inspirado al Constituyente porteño. En este sentido, el art. 53 de la misma establece:

"1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)" (45).

De la lectura de esta cláusula se infiere no solo la vinculatoriedad de los derechos y libertades reconocidos de cara a todos los poderes del Estado, sino también la limitación constitucional a su regulación: ésta solo se efectúa mediante una ley, y esa ley no podrá alterar el contenido esencial del derecho o libertad. Desde la perspectiva del art. 10, CCABA, podríamos decir que respetar ese contenido esencial es no cercenar el derecho.

IV. La perspectiva jurisprudencial argentina

Ahora, veamos cuál es la interpretación jurisprudencial en torno de las dos subcláusulas, de operatividad y de no-cercenamiento, en el ámbito nacional y porteño.

a) *Operatividad*: La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de operatividad de los dere-

(41) HAILBRONNER, KAY - HUMMEL, HANS PETER, "Constitutional Law", en Ebke, Werner F. - Finkin, Matthew W., (eds.), "Introduction to German Law", Kluwer, The Hague, 1996, ps. 43/79, esp. ps. 67/68. Ver, asimismo, CIANCIARDO, Juan, "El principio de razonabilidad", Ábaco, Buenos Aires, 2004.

(42) BACHOF, "Jueces..." cit., p. 42.

(43) FRECKMANN - WEGERICHI, "The German...", cit., p. 56.

(44) FRECKMANN - WEGERICHI, "The German...", op. loc. cit.

(45) El artículo continúa diciendo: "(...), que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Se consulta Constitución y tribunal constitucional, 3ª ed., al cuidado de Enrique Linde Paniagua, Civitas, Madrid, 1986, p. 33.

chos es conocida; se tendrá presente el ya legendario "Ekmekdjian c. Sofovich" (46), del año 1992, en el cual se entendió operativo el derecho de réplica consagrado en la normativa convencional internacional (47), poniendo fin, oficialmente, a la tesis de la programaticidad evidenciada en "Ekmekdjian c. Neustadt" (48). Al primero siguió "Petric" (49), del año 1998, donde se rechaza el agravio relativo a la no operatividad (50). También el art. 43 CN, en cuanto establece la acción de hábeas data, fue tenido por operativo con la mera sanción del texto constitucional en "Urteaga" (51), de 1998. Se superaba, así, la diferenciación entre derechos —de fuente constitucional— y derechos que quedaban pendientes de reglamentación (52).

A fuer de verdad, ya antes de la década del '90, y en el campo de la reglamentación no de las cláusulas constitucionales sino de las leyes, habíase pronunciado la Corte Suprema en contra de la inaplicación de una ley por ausencia de reglamentación. En este sentido, se recordará el caso "Hotel Internacional Iguazú" (53), del año 1987, en el cual no sólo se afirmó el carácter operativo de la ley aplicable a uno de los rubros de la demanda, sino que, además, se determinó, en forma pru-

dente, y por ausencia de reglamentación, la indemnización que substituía a la no concreción de los regímenes especiales que debían haberse proporcionarse a la actora, quien los había tenido en cuenta al ofertar por hallarse vigentes aun cuando no se hallaban reglamentados (54).

Sin embargo, superada la dicotomía operatividad-programaticidad, surgen nuevos desafíos, de estrategia procesal. Se recordará el caso "Ramos", en el que se inició una acción de amparo en competencia originaria de la Corte Suprema, y en el cual, dirimida la cuestión de la competencia (55), se concluyó en el rechazo de la acción incoada (56). En punto a la competencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con lo dictaminado por la Procuradora Fiscal ante la Corte —dictamen que brinda sobradamente todos los pormenores del caso—, abrió su jurisdicción (57). En cuanto al fondo, se tendrá presente que la actora —domiciliada provisoriamente en la provincia de Buenos Aires— por sí y en representación de sus 8 hijos menores de edad, cuyas edades corrían entre los 15 años y los 9 meses (58), inició acción de amparo enderezada a que se respetara el derecho de ella y de sus hijos a una

(46) "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315: 1492 (1992); ver, asimismo, BARRANCOS y VEDIA, Fernando N., "Análisis de la razonabilidad de las reglamentaciones de los derechos personales", en Santiago, Alfonso (coord.), Función política de la Corte Suprema, obra en homenaje a Julio Oyhanarte, Ábaco, Buenos Aires, 2000, ps. 225/247; DALLA VÍA, Alberto R., "Cuestiones que surgen en torno del derecho de réplica y el fallo de la Corte Suprema en la causa Ekmekdjian", en Dalla Vía, Alberto R. (dir.), Derecho Constitucional, Colección de análisis jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 434/439.

(47) "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos 315:1492 (1992), esp. cons. 20 (LA LEY, 1992-C, 543).

(48) "Ekmekdjian, Miguel Angel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", Fallos 311: 2497 (1988).

(49) "Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12", Fallos 321:885 (1009) (LA LEY, 1998-C, 284); anotado por GELLI, María Angélica, "El caso Petric ¿valor agregado de la rectificación o respuesta?", en LA LEY, 1998-F, 53/61.

(50) "Petric, Domagoj Antonio c. Diario Página 12", Fallos 321:885 (1009), cons. 5°.

(51) "Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo ley

16.986", Fallos: 321:2767 (1998) (LA LEY, 1998-F, 302), esp. cons. 9°; ver, asimismo, BASTERRA, Marcela I., "Reconocimiento constitucional del hábeas data", en DALLA VÍA (dir.), Derecho..., cit., ps. 678/686.

(52) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, "La ampliación del espacio de los derechos personales en un liberalismo solidarista", en AAVV, Los derechos de la persona en la Constitución nacional, Fundación Carlos Pellegrini, Buenos Aires, 1987, esp. p. 7.

(53) "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional", Fallos 310: 2653 (1987).

(54) "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional", Fallos 310: 2653 (1987), cons. 12, esp. ps. 2670/2671.

(55) "Ramos, Marta Roxana y otros c. Mrio. de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros s/amparo", Fallos 323:3873 (2000).

(56) "Ramos, Marta Roxana y otros c. Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo", Fallos 325:396 (2002).

(57) Idem n.55.

(58) Sección I del Dictamen de la Procuradora General Sustituta, Dra. María Graciela Reiriz, en Fallos 323:3874.

sana y c
ción; a g
gara, es
las aut
ciales".
vas env
—Minis
biente d
de Buer
han— se
mas de
tratados
de fallar
acerc a
dos; ant
las norm
las vías le

En la C
10, se ha
y en tal re
(59), en el
que brin
de la eme
llen en co
ma crisis
de alojam
bierno loc
se manter
especial d
saber que
miento qu
al benefic
contratista
entonces, c
que, como
manda del

(59) CCA
GCBA s/am
asimismo, R
cional de los
Parte III", e
cho Público.

(60) Art. 2°
Humanos; a
rechos y Deb
cional de De
les, que vinc
miento en el

(61) Arts. 1

(62) Cons. 1

(63) Cons. 1

sana y debida alimentación; a la salud; a la educación; a gozar de una vivienda digna. Según se alegara, estos derechos habrían sido "violados por las autoridades, tanto nacionales como provinciales". Luego de indicarse las infructuosas misivas enviadas a distintos órganos de gobierno —Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, Gobernación de la Provincia de Buenos Aires, Dirección del Hospital Garrahan— se fundaba la pretensión en diversas normas de la Constitución Nacional y de diversos tratados con jerarquía constitucional. Al momento de fallar, nada se tuvo que decir en la sentencia acerca de la operatividad de los derechos invocados; antes bien, se privilegió la identificación de las normas que los reglamentaban y el recurso a las vías legales pertinentes.

En la Ciudad de Buenos Aires, al amparo del art. 10, se ha arribado a soluciones dignas de mención, y en tal renglón cabe mencionar el caso "Ramallo" (59), en el cual se ordenó al Gobierno de la Ciudad que brinde a los actores una adecuada cobertura de la emergencia habitacional, hasta tanto se hallen en condiciones de superar el estado de máxima crisis que padecen. Los actores, beneficiarios de alojamiento asistencial financiado por el Gobierno local, iniciaron acción de amparo para que se mantenga inmutable el plan que los asistía, en especial dado que se los había citado para hacerles saber que un subsidio iba a reemplazar el alojamiento que recibían. Ese alojamiento era provisto, al beneficiario careciente de vivienda, por un contratista del gobierno de la Ciudad. Se trataba, entonces, de un caso de acceso a la vivienda digna, que, como vimos, era uno de los rubros de la demanda del caso "Ramos" ya mencionado.

El Tribunal interviniente, luego de enumerar las normas que consagraban ese derecho (60) y las normas constitucionales específicas (61), identificó al responsable del cumplimiento de la respectiva carga de tutela (62), el plexo normativo local reglamentario del derecho del nivel internacional (63), y enfatizó que:

"en concordancia con el nuevo inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional, pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna. Las opciones legislativas para cumplir el mandato constitucional varían y dependen de las posibilidades económicas y financieras. Pero, el Estado no debe prescindir de llevar a cabo una política de desarrollo habitacional" (64).

Finalmente, y en lo que interesa, fundó la existencia de un deber de hacer a cargo del gobierno local y la "operatividad y exigibilidad judicial en dicho marco" (65), incluso ante la ausencia de reglamentación (66).

b) No cercenamiento:

La limitación al avance reglamentario halla quicio constitucional, en el nivel nacional, en el art. 28, CN, que rige en épocas de normalidad, como de emergencia: se trata de que la reglamentación no "ahogue" ni "destruya" el derecho (67), y que no llegue hasta la esfera de privacidad (68). Es, además, un freno que aplica a todos los poderes del Estado (69). Esta regla es aplicable en la Ciudad por imperio del art. 10, pte. 1ª, CCABA.

(59) CCAyT, CABA, sala II, "Ramallo, Beatriz c. GCBA s/amparo - art. 14 CCABA", del 12/3/02; ver, asimismo, RAGGIO, MARTIN H., "Protección jurisdiccional de los derechos sociales. Aspectos procesales. Parte III", en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público.

(60) Art. 25, Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que vincula al Estado; art. 14bis, CN, de reconocimiento en el nivel nacional.

(61) Arts. 17, 20, 31, CCABA.

(62) Cons. 8º, in fine.

(63) Cons. 12.

(64) GELLI, "Constitución...", cit., p. 176.

(65) Cons. 13.

(66) Cons. 15, con cita del art. 10, CCABA. Trataríase, entonces, de una instancia de derechos autooperativos, en la terminología de FERREYRA, Raúl Gustavo, "El régimen del amparo y la defensa del Derecho en la Constitución", en Ekmekdjian, Miguel A. - Ferreyra, Gustavo (coords.), La reforma constitucional de 1994, Depalma, Buenos Aires, 2000, ps. 139/225, esp. p. 157.

(67) GELLI, "Constitución...", cit., p. 78.

(68) GELLI, "Constitución...", cit., p. 78.

(69) GORDILLO, Agustín - GORDO, Guillermo - LOIANO, Adelina - ROSSI, Alejandro, "Derechos humanos", 2ª ed., FDA, Buenos Aires, 1996, p. III-14.

En cuanto al riesgo de cercenamiento del derecho por vía de reglamentación, interpretar la cláusula porteña suscita algunas reflexiones: todo dependerá de qué se entienda por reglamentación. Si entendemos que reglamentación es legislación reglamentaria o reglamentación legislativa, a lo dicho cabrá estarse (70). Si reglamentación es normativa reglamentaria no formalmente legislativa, y si equivale a reglamentos, nos hallaremos ante la diferenciación que la jurisprudencia administrativa y judicial efectúa en la materia, tal que se aísla a ciertos reglamentos del régimen general de éstos: (i) cuando se solicita la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia no hace falta agotar la vía administrativa (71), vía apta para una pretensión anulatoria pero no para una pretensión de inconstitucionalidad. Y también nos hallaremos ante la interpretación doctrinaria (72) conforme la cual (ii) los decretos de necesidad y urgencia tienen rango de ley (73) o equivalen a leyes, carácter este que hoy se halla sugerido en la ley 26.122 (Adla, LVI-D, 3619) (74).

(70) Sección II de este trabajo.

(71) CNACAF, sala IV, "Fernández, Horacio Ezequiel c. PEN - Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, Dto. 290/95 s/empleo público", causa 27.960/1998, del 9/2/00, suscripta por los doctores Jeanneret de Pérez Cortés y Uslenghi; CNACAF, sala IV, "Luaces, Roberto Jorge c. PEN - M° de Economía, Obras y Servicios Públicos - Dto. 290/95 y otro s/ empleo público", causa 13.429/99, del 3/5/2000, suscripta por los doctores Jeanneret de Pérez Cortés y Uslenghi. En ambos se solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia. En el primero, y en lo que interesa, se consideró que: a) "las disposiciones contenidas en el art. 24 de la ley de procedimientos administrativos se refieren a las vías de impugnación de los actos que traducen el ejercicio de actividad meramente reglamentaria"; b) por ende, "los mecanismos de impugnación allí previstos no pueden ser considerados para cuestionar los decretos de necesidad y urgencia, que emanan de una facultad conferida constitucionalmente al Poder Ejecutivo, en la reforma de 1994, la que no pudo ser considerada por los autores de la ley 19.549"; c) como consecuencia, "tampoco le es aplicable a estos decretos el plazo de caducidad para iniciar la acción previsto en el art. 25 de la ley citada". En el segundo se señaló que "al igual que cuando se intenta obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, basta acudir directamente a la instancia judicial".

(72) BARRA, Rodolfo C., Tratado de derecho administrativo, Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. I, ps. 376/377; BIDEGAIN, Carlos M. - GALLO, Orlando - PALAZZO, Eugenio L. - PUNTE, Roberto - SCHINELLI, Guiller-

mo, Curso de Derecho constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, t. V, p. 88.

Así las cosas, parecería que la prohibición de cercenar derechos y garantías consagrada en la Constitución porteña podría concebirse —con criterio extensivo— como abarcadora del reglamento de la Legislatura (75); los reglamentos que dicta el Jefe de Gobierno (76); el reglamento interno del Tribunal Superior de Justicia (77); los reglamentos internos del Consejo de la Magistratura local (78). Y se hallarían —ante el desconcierto general— excluidas de tal manda constitucional las medidas de necesidad y urgencia del art. 103 CCABA por no ser técnicamente reglamentos sino figuras equiparadas a leyes. Empero, aún cuando se considerare a éstas últimas como verdaderas leyes, como el término reglamentación también comprende la "legislación reglamentaria" conformada por leyes formales en la terminología del González Calderón (79), esa exclusión sería claramente improcedente. De esta manera, un decreto de necesidad y urgencia porteño (80), que puede llegar a ser de amplio empleo (81), nunca podría cercenar un de-

mo, Curso de Derecho constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, t. V, p. 88.

(73) Equiparación que antes del dictado de dicha ley sólo compartimos en la medida de que mediara un planteo de inconstitucionalidad y por fundamentos que no hacen a la sustancia legislativa o rango de ley del decreto de necesidad y urgencia; cabe remitir a "Impugnación administrativa de los reglamentos de necesidad y urgencia y delegados (La cuestión de su naturaleza legislativa)", en CASSAGNE, JUAN CARLOS (Dir.), Procedimiento y Proceso Administrativo, UCA - Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 309/348.

(74) Arg. art. 25, ley 26.122: "Las disposiciones de esta ley y el curso de los procedimientos en ella establecidos, no obstan al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso relativas a la derogación de normas de carácter legislativo emitidas por el Poder Ejecutivo" (las comillas simples no se encuentran en el original).

(75) Arts. 71 y 81.1, CCABA.

(76) Arts. 102, 104.2, CCABA.

(77) Art. 114, CCABA.

(78) Arts. 116.3 y 116.5, CCABA.

(79) GONZÁLEZ CALDERÓN, "Derecho constitucional argentino...", op. loc. cit.

(80) Art. 103, CCABA.

(81) Problema que, en los últimos tiempos, empeora, conf. GORDILLO, Agustín, "Civilizations and

recho
10, CC
juicio
didas

De
nada
legisla
menta
testad
arts. 1.
insufic
aplica

V. C

Aper
afirmó
rativos
punto a
gramas
las polí
dad ya
metas"

Public l.
de Veni
Civilisa
Law Ser
N° 80.

recho o garantía haciendo oídos sordos al art. 10, CCABA, última parte. Ello, por cierto, sin perjuicio de las materias vedadas a esa clase de medidas (82).

De más está decir que esta interpretación en nada afecta la labor reglamentaria formalmente legislativa, manifestada en leyes formales reglamentarias —ya se dijo que la CCABA imputa potestad reglamentaria al legislador, por ej., en los arts. 12.6, 21, 54, entre otros—, y a su omisión, insuficiencia de ejercicio, o efecto cercenante, se aplica el art. 10 CCABA.

V. Conclusiones

Apenas sancionada la Constitución porteña, se afirmó que, en ella, todos los derechos eran operativos, y se formularon razonables reparos en punto a su concreción, dados los "ambiciosos programas formulados en el sector constitucional de las políticas", en punto a si, "efectivamente la Ciudad ya está en condiciones de cumplir todas esas metas" (83). Al mismo tiempo, para esa época, se

podría haber concebido a la prohibición de cercenamiento como superabundante, cuando en rigor aplica en la Ciudad la regla de razonable reglamentación del art. 28, CN, cuyo estándar de razonabilidad se derrama sobre toda la actividad de los poderes constituidos. Sin embargo, la CCABA fue más allá, y consagró dos subcláusulas —de operatividad y de no-cercenamiento— que poseen, de acuerdo con lo aquí expuesto, y más allá de algún extremo disonante detectado y allanado, vastos y saludables horizontes, en especial si se nutre de la experiencia constitucional germana, de larga data y sólida arquitectura.

La objeción, relativa a los costos implícitos en esa sana operatividad, mencionada al comienzo de este trabajo, bien vale líneas de mayor estudio, en especial ante la tendencia creciente en la consagración de derechos. En cuanto al no-cercenamiento de éstos, el respectivo control —en épocas de hábil intervención estatal en las relaciones públicas y privadas— clama por un escrutinio severo para verificar la razonabilidad que se haya invocado para motivar la medida reglamentaria. ♦

Public Law: A View from Latin America", separata de Venizelos, Evangelos - Pantélis, Antoine (eds.): Civilisations and Public Law, European Public Law Series, vol. LXXIX, Esperia, Londres, 2005, N° 80.

(82) GELLI, "Constitución", cit., p. 77.

(83) SAGÜES, Pedro N., su "Introducción" a *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, As-trea, Buenos Aires, 1996, ps. 23/76, esp. ps. 46/47.