



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN ARGENTINA

Supreme Court of Argentina Relevant Cases

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Fallos Relevantes

<i>The Commons</i>	Bienes colectivos
<i>Human Rights</i>	Derechos Humanos
<i>Dignified Housing</i>	Vivienda digna
<i>Secular Education</i>	Educación laica
<i>Actual Malice</i>	Real malicia
<i>Environment</i>	Medioambiente
<i>Future Generations</i>	Generaciones futuras

Supreme Court
of Argentina
Relevant Cases

Corte Suprema de Justicia
de la Nación Argentina
Fallos Relevantes



SUPREME COURT OF ARGENTINA

Chief Justice

Carlos Fernando Rosenkrantz

Deputy Chief Justice

Elena J. Highton de Nolasco

Justice

Juan Carlos Maqueda

Justice

Ricardo Luis Lorenzetti

Justice

Horacio Rosatti

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Supreme Court of Argentina : relevant cases = Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: fallos relevantes. - 1a edición bilingüe. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2018.

250p. ; 24 x 17 cm.

Edición bilingüe: español, inglés.

ISBN 978-987-1625-58-1

1. Jurisprudencia. I. Título.

CDD 347.077

Esta publicación es editada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Impreso en Argentina - *Printed in Argentina*

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
Secretaría de Jurisprudencia
Talcahuano 550, 4° piso, Oficina 4122
CPA C1013AAL - Buenos Aires - Argentina
+5411 4370-4831
jurisprudencia@csjn.gov.ar
www.csjn.gov.ar

(*) Traducción al cuidado de la Oficina de Referencia Extranjera,
Dirección General de Bibliotecas.

English version

9

Versión en español

123

*Religious Education in Public Schools
and Neutrality*

13

*Interprovincial River and
Collective Rights*

33

*Fundamental Rights, Dignified
Housing, Interest of the Child
and Disability*

49

*Drug Possession for Personal Use and
Right to Privacy*

57

*The Commons, Native Forest,
Deforestation, Environmental
Protection, Precautionary Principle,
and Future Generations*

69

*Individual and Collective Rights, Class
Action, and Constitutional Guarantees*

75

*Freedom of Speech, Right to Honor,
Privacy, and Actual Malice Standard*

83

Pension and Constitutional Rights

89

*Environmental Law, Biodiversity,
Damages Caused by River
Contamination, Prevention, Clean-up,
and Remediation*

97

*Crimes Against Humanity, Forced
Disappearance, Principle of non
Applicability of Statutory Limitations*

105

*Religious Education
in Public Schools
and Neutrality*

* The opinions of the Supreme Court of Argentina are published officially in a set of case books called “Fallos de la Corte Suprema de Justicia”, published since 1863 . At the beginning of 2018, the Supreme Court Reports consisted of 341 bound volumes.

Where to Obtain Opinions: the bound volumes of the Collection “Fallos” contain the most relevant Court’s decisions with the full text. On the other hand, in the website of the Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (www.csjn.gov.ar) it is possible to obtain not only the electronic versions of them but also all the final Court’s opinions with additional information.

*Religious Education in Public
Schools and Neutrality*

“Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta
— Ministerio de Educación de la Prov. de Salta”

December 12, 2017

Fallos: 340:1795*

Introductory Note

A group of mothers of public school students in the Province of Salta and the Civil Rights Association brought a collective *amparo* action against the Province of Salta (Ministry of Education) challenging the constitutionality of Article 27(ñ) of Provincial Law of Education No. 7546 (hereinafter, the “Law”).

This law provides that religious education is included in the school curriculum and is to be imparted during school hours, in accordance with parents’ and guardians’ religious beliefs; and that both the syllabus and the teaching license shall be approved by the concerned religious authority.

The plaintiffs also asked the court to declare the unconstitutionality of Article 49 of the Provincial Constitution and Article 8(m) of the Law, which both provide that parents or

guardians have a right to demand that their children or wards receive in public school religious education in accordance with their own convictions, in case these provisions were given an interpretation that conflicts with the rights alleged.

They considered that the teaching of Catholic doctrine as well as religious practices during school hours in public schools in Salta constitute a violation of constitutional rights, including freedom of worship, freedom of religion and conscience, the right to equality, the right to education free from discrimination, the respect for ethnic and religious minorities, and the right to privacy.

The Civil Rights Association together with two co-plaintiffs filed an extraordinary appeal for review of the decision of the provincial supreme court which upheld the earlier decision declaring the provisions at issue to be constitutional, appeal which was allowed.

In accordance with its Resolution 30/2007, the Court held an informative public hearing where the Supreme Court's *Amici Curiae* put forward their arguments, representatives of each of the parties were questioned about different aspects of the controversy, and finally those acting as third-party interveners who were allowed to participate in the proceedings were given the floor.

Decision

The Court began by recalling that it is from the Constitutional Convention debate that there emerges the idea that the privilege granted to the Catholic Church as the majority religion in the Constitution of 1853/60 does not imply that it has been declared to be the religion of the State, but rather that the term “support” must be understood as limited to “economic support” for the Catholic faith within the context of a neutral position of the State about religion regarding every other aspect.

It pointed out that it is inferred from the debate preceding the adoption of Article 75.19 of the National Constitution—which introduced significant amendments as compared to former Article 67.16—that the Constitutional Convention pursued a double aim, namely, to expressly establish certain basic principles already underlying Argentine public education—such as its free and secular nature—in order to attain the highest status in the hierarchy of norms, and to ensure, through new mechanisms, real equality of opportunities in access to education.

The Court stressed that the concept of secularism embraces not only the absence of any preference for any particular religious position—including that of non-believers—, but also another side showing tolerance towards all those who want to profess their faith at school.

It considered that in order to determine whether the challenged provision infringes the right to equality and non-discrimination, it is necessary to apply stricter standards of judicial review than those usually applied with a traditional approach to this guarantee. Apart from examining the mere reasonableness of the provision, in cases where legal differences in treatment are based on “specifically prohibited” or “suspicious” categories, courts must apply a more rigorous test which starts from a presumption of invalidity and reverses the burden of proof.

The Court thus stated that the challenged provision—which prescribes that religious education is to be imparted during school hours, included in the school curriculum and approved by the concerned religious authority—literally appears to be neutral, since no preference for any faith over others arises from its wording, but nevertheless it is unquestionable that the particular social context where it is applied is characterized by a preponderance of Catholic population.

It added that the case records show that students in many public schools in Salta have been indoctrinated

with Catholic beliefs, and that it has been duly proven that religious practices and traditions have not taken place exclusively within the curriculum space allocated to religious education. It can be inferred from all this that there exist systematic patterns of unequal treatment towards minority religious groups and non-believers.

The Court concluded that the wording of Article 27(ñ) of the Law does not amount to direct discrimination, but, while maintaining an appearance of neutrality, it has decisive discriminatory effects. Thus, it infringes the principle of equality and non-discrimination, which must inspire and direct policies towards achieving an inclusive education system which gives priority to full equality of opportunity, infringement that leads to the unconstitutionality of the provision.

The Court also dealt with the plaintiffs' complaint concerning the obligation imposed on parents to complete a form declaring if they want their children to receive religious education, and, if such is the case, which religion they desire to be taught to them. It considered that the obligation to complete and return such form—which is to be kept in the student's personal file—clearly constitutes an interference with the right of any person not to reveal an aspect of his or her own personal sphere insofar as it requires revealing an aspect of the individual's spiritual personality, a dimension which belongs to each person's inner self.

It was recalled that public school students' right to be taught history and philosophy of religions during school hours as a subject included in the school curriculum, offered from an objective and neutral point of view, remains in full force.

The Supreme Court allowed the appeal and partially reversed the challenged decision, declaring the unconstitutionality of Article 27(ñ) of the Law as well as of Regulation No. 45/09 adopted by the Department of Primary and Pre-

school Education of the Province of Salta, thus declaring the unconstitutionality of the religious practices followed in public schools in this province.

Justice Rosatti, in dissenting opinion, enumerated the legal provisions on religious education existing in international treaties as well as in foreign law. He then browsed through the various provincial legislation patterns found in our country concerning the right to religious education and who must guarantee the exercise of this right.

He considered that freedom of religion neither must nor can be interpreted in the sense that it should exclude every religious element from the school teaching environment, while at the same time it cannot either make religious education compulsory—whichever religion is imparted—. He thus thinks that the conflict cannot be solved either by “compulsion” or by “prohibition”, but by maximizing the enjoyment of the constitutional rights at issue.

To this end, he considered that the subject contents—reflected on the syllabus—should aim at spreading knowledge about the core of values and beliefs as well as the most relevant historical facts of the religions officially recognized, in accordance with parents’ convictions, through a neutral and objective teaching method which respects plurality.

He concluded that religious education in public schools in Salta, in being imparted during school hours and included in the school curriculum, does not violate the constitutional rights to the freedom of religion and conscience, to equality and to privacy, as long as it is not made compulsory for students not wanting to receive it.

He accepted the constitutionality of the law under scrutiny, though observing that in practice, by the way in which the province has carried out its implementation, it has operated as a means of differentiation and coercion among students rather than contributing to the ends of pluralism and integral education.

He thus thinks that the solution cannot and should not be found by declaring such legislation null and void, but by rendering the practices distorting it invalid as well as by setting the necessary requirements in order for it to achieve its full effect.

Standards

(1) As the Supreme Court has consistently held in its various decisions, no religion has official status.

(2) It is worth concluding that it is from the Constitutional Convention debate that there emerges the idea that the privilege granted to the Catholic Church as the majority religion in the Constitution of 1853/60 does not imply that it has been declared to be the religion of the State, but rather that the term “support” must be understood as limited to “economic support” for the Catholic faith within the context of a neutral position of the State about religion regarding every other aspect.

(3) It is from the 1994 National Constitutional Convention debate that the free and secular nature of public education unequivocally appears, emerging as a key principle to guarantee the promotion of democratic values and equality of opportunities and possibilities without discrimination of any kind.

(4) Secularism principle as applied to public education embraces the possibility for individuals to both freely profess their faith or not profess their faith within educational institutions (Article 14 of the National Constitution), i.e., it embraces not only the absence of any preference for any particular religious position—including that of non-believers—, but also another side showing tolerance towards all those who want to profess their faith at school.

(5) Article 49 of the Provincial Constitution, which provides that “(...) parents or guardians have a right to demand

that their children or wards receive in public school religious education in accordance with their own convictions”, almost exactly repeats the text of the relevant international human rights law provisions on this issue, and—it being understood as regulating all the educational institutions having been granted official recognition by the authorities in Salta—it does not modify in any way federal constitutional provisions, including norms of international treaties which have been granted constitutional hierarchy. For this reason, the Court asserts that the article in question respects both the principle of State neutrality on religious matters, and the principle of equality and non-discrimination as interpreted in Article 75.19 of the National Constitution.

(6) Declaring a law null and void is always a last resort of interpretation, a measure only to be resorted to when it is by no means possible to keep the law in force within the legal system, since courts must always show a disposition to favour the validity of laws (*Fallos*: 14:425, 147:286, and 335:2333, among other decisions).

(7) Article 27(ñ) of the Law (which lists as “objectives of Primary Education in Salta: (...) to impart religious education, which shall be included in the school curriculum and imparted during school hours, in accordance with parents’ and guardians’ religious beliefs, who are to decide whether to allow their children or wards to receive that instruction”), in providing that religious education is to be imparted during school hours, included in the school curriculum and approved by the concerned religious authority, not only encourages discriminatory conducts towards those children who do not belong to the predominant religious group, but also constitutes an interference with an individual’s personal sphere, protected by Article 19 of the National Constitution.

(8) The principle of equality as stated in Article 16 of the National Constitution—which has been generally construed as a principle of non-discrimination, in the sense that all persons in the same circumstances shall be equally treated—

should also be considered in the light of Article 75.23 of the National Constitution as well as several international treaty provisions that introduce, on the one hand, legal mechanisms to promote positive action measures aimed at helping certain sectors, and, on the other, create suspicious categories of groups who suffer discrimination in order to guarantee real equality of treatment for all persons.

(9) Within the framework established by the Constitution of 1994, equality must be understood not only in the light of the principle of non-discrimination, but also from a structural perspective that considers an individual as part of a group, taking into account the social context in which legal provisions, public policies and the practices that follow from them are introduced, and how these have an impact, if any, on disadvantaged groups. This requires courts to apply stricter standards of judicial review than those generally applied when considering cases from a traditional approach to equality.

(10) In order to decide whether a difference in treatment has no legitimate aim, courts merely determine whether it has a reasonable basis, i.e., whether the distinction has a legitimate aim and is suitable to achieve the purpose sought. However, when differences in treatment emerging from the regulations in force are based on certain categories which are “explicitly prohibited” or “suspicious”, courts should apply a more rigorous test which requires starting the analysis from a presumption of invalidity. In these cases, the burden of proof is shifted to the respondent, who will have to prove that the alleged difference in treatment is reasonably justified as it constitutes the less restrictive means of achieving a substantial aim (*Fallos*: 327:3677, 332:433, whereas clause 6 with further references).

(11) The purpose behind the suspect category approach is to reverse the disadvantageous situation of certain groups who cannot fully exercise all the rights recognized by the legal order on grounds of very different circumstances such as social, ethnic, cultural or religious reasons, among others.

(12) A law which does not, strictly speaking, draw a distinction that might make those included in a certain group fall into a suspicious category, but which literally appears to be neutral as it does not distinguish between groups with the aim of granting or denying rights may, nevertheless, if applied to a particular social context, *prima facie* exert a disproportionate impact on a specific sector. In this case, as this might entail a risk of discrimination against that sector, it is necessary for the court, in order to examine the constitutionality of the legislation in question, to assess how it has been implemented, which thus justifies the court examining the effects of its implementation in real life.

(13) Although Article 27(ñ) of the Law “appears to be” neutral, since no preference for any faith over others arises from its wording, it is unquestionable that it has exerted a disproportionate effect on minority religious groups, allowing the existence—under different forms—of systematic patterns of unequal treatment towards minority religious groups and non-believers within the public education system in Salta.

(14) The wording of Article 27(ñ) of the Law does not amount to direct discrimination, but, while maintaining an appearance of neutrality, it has decisive discriminatory effects. Thus, it infringes the principle of equality and non-discrimination, which must inspire and direct policies towards achieving an inclusive education system which gives priority to full equality of opportunity.

(15) The factual imbalance in education that arises from the wording of Article 27(ñ) of the Law affects its constitutionality, leading to an increasingly more disadvantageous situation for minority religious groups and non-believers.

(16) Not only laws that deliberately exclude certain sectors but also those—such as Article 27(ñ) of the Law—which have discriminatory effects or impacts that have been proved in court constitute a violation of the principle of equality.

(17) Accordingly, this Court should declare Article 27(ñ) of the Law as well as those religious practices followed by virtue of this provision unconstitutional, since they—under a form of concealed discrimination—have proven discriminatory effects or impacts.

(18) It is not for this Court to declare a law unconstitutional just because of its objectionable, unlawful enforcement (cf. *Fallos*: 317:44, and 328:2966).

(19) Article 19 of the National Constitution protects a sphere of personal autonomy, in recognizing a dimension in which the individual is sovereign to freely make his or her own decisions on the lifestyle he or she wishes to lead without the State being able to interfere. This article, in conjunction with that relative to freedom of worship and freedom of conscience, casts no doubt on the fact that the framers of the Constitution were very careful to respect diversity of thought and not to impose on citizens any kind of uniformity which does not square with the liberal principles underlying the Basic Law.

(20) The obligation imposed by the provincial government on parents to complete a form declaring if they want their children to receive ‘religious education’, and, if such is the case, which religion they desire to be taught to them, as well as the fact that this statement is to be kept in the student’s personal file as part of the institutional student information record, constitutes a violation of the right to privacy, since it involves an interference with an individual’s personal sphere insofar as it requires revealing an aspect of the individual’s spiritual personality, a dimension which belongs to each person’s inner self.

(21) The study of religions as a socio-cultural phenomenon is a valid subject in the school curriculum so long as it is taught impartially and objectively, with due respect for freedom of opinion, conscience and expression. This means teaching classes where students should acquire some knowledge about

the major religions in an unbiased way. This specific area of education does not require students' personal adhesion to any faith, but it calls for respect for dissenting opinions entertained in every group of students.

(22) In order to ensure the effective teaching of history and philosophy of religions, it is essential to develop a specific syllabus that should be clear as to its neutrality, and which should focus on interreligious dialogue and on respect for lay people, as a way to achieve social peace, in search of unity in diversity.

(23) Article 27(ñ) of the Law, in providing that religious education "shall be included in the school curriculum and imparted during school hours, in accordance with parents' and guardians' religious beliefs, who are to decide whether to allow their children or wards to receive that instruction. Both the syllabus and the teaching license shall be approved by the concerned religious authority", not only encourages discriminatory conducts towards those children who do not belong to the predominant religious group, thus generating more inequality, but also constitutes an interference with an individual's personal sphere, protected by Article 19 of the National Constitution, since parents are compelled to declare if they want their children to receive "religious education", and, if such is the case, which religion they desire to be taught to them, besides the fact that this statement is to be kept in the student's personal file as part of the institutional student information record.

(24) To accept it as a principle that anyone can be compelled to reveal his or her religious beliefs, however insignificant this might appear to be in some cases, amounts to opening a breach in the fundamental rights protection system.

(25) A provision compelling parents to reveal an aspect of their spiritual personality, a dimension which belongs to each person's inner self, constitutes a violation of their right to privacy, and shall be declared unconstitutional.

(26) Accordingly, this Court should declare the unconstitutionality: (a) of Article 27(ñ) of the Law (which lists as “objectives of Primary Education in Salta: (...) to impart religious education, which shall be included in the school curriculum and imparted during school hours, in accordance with parents’ and guardians’ religious beliefs, who are to decide whether to allow their children or wards to receive that instruction”), since, among other aspects, while maintaining an appearance of neutrality, it has decisive discriminatory effects, and thus infringes the principle of equality and non-discrimination, which must inspire and direct policies towards achieving an inclusive education system which gives priority to full equality of opportunity; (b) of Regulation No. 45/09 adopted by the Department of Primary and Pre-school Education of the Province of Salta—as well as of the religious practices followed in public schools in this province—(which compels parents and guardians to declare if they want their children to receive “religious education”, and, if such is the case, which religion they desire to be taught to them, besides providing that this statement is to be kept in the student’s personal file as part of the institutional student information record), since it compels parents to reveal an aspect of their spiritual personality, a dimension which belongs to each person’s inner self; (c) therefore, of the religious practices followed in public schools in this province.

(27) Despite the constitutional provision alluding to a particular supported religion, the principle of State neutrality on religious matters emerges from the emphatic statement regarding freedom of worship and freedom of conscience laid down in the National Constitution (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(28) Since the constitutional reform of 1994, the recognition and protection of freedom of worship has been strengthened through the elimination of provisions which—in a diverse and plural society—restricted equality of opportunity based on adherence to a certain religion (e.g.

only members of the Roman Catholic Apostolic Church could be eligible for the post of President and Vice-President of the Republic). This new position on religious matters has been confirmed with the inclusion of human rights treaties in the Constitution, instruments which have thus been granted constitutional hierarchy (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(29) It is inferred from the wording of Article 75.19 of the National Constitution that the constitutional framers did not expressly establish that education should be secular. It seems evident from this that religious education, in order for it not to be considered unconstitutional, should: (a) be the result of a process which ensures the involvement of family members and society in the design and supervision of syllabuses; (b) guarantee students equality of opportunities and possibilities without discrimination of any kind; (c) promote—through syllabus content and teaching methods used—democratic values, among which there stand out the freedom of opinion and freedom to choose and act upon the choice of a certain way of living (autonomy), as well as respect for diversity (pluralism) (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(30) Freedom of religion, in its negative dimension, embraces the recognition of the existence of a personal sphere that is immune to coercion either from individuals and groups or from the government, and which thus absolutely excludes any interference—whether from state or non-state actors—aimed at forcing individuals to choose a certain religion, restricting their right not to reveal their religious beliefs (right to silence) or infringing their right not to choose any religion, in violation of the freedom to adhere to principles deemed to be rightful or true on our conscience. In its positive dimension, freedom of religion constitutes a sphere of personal or individual autonomy which enables individuals to freely act in any way they choose as regards their religious beliefs, so long as their actions do not gravely offend the common good, with no legitimate state interest in this regard being involved.

This autonomy extends to religious groups, for which it also entails the right to be governed by their own rules and not to be subject to any restrictions on the free election of their authorities or any prohibitions against their public profession of their faith (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(31) Freedom of religion within the school teaching environment neither must nor can be interpreted in the sense that it should exclude every religious element from this sphere, while at the same time it cannot either make religious education compulsory—whichever religion is imparted— (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(32) The two-sided nature of constitutional rights compels us to ensure that both the individual's power to exercise his or her rights, and his or her duty to abstain from acting against the right of another person can coexist and do not destroy each other. This reciprocal annulment would take place if one position thwarted or frustrated the other, which would occur if: (a) religious education is made compulsory for students not wanting to receive it because others do want to (compulsion); or (b) students wanting to receive it cannot do it because others refuse to (prohibition) (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(33) Religious education is one of the many subjects considered necessary for students to develop their own identity and to achieve an integral development of their personality, which would not happen if religious cognitive content in education were censored, thus biasing individual's understanding of the cultural reality surrounding him or her (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(34) In the light of constitutional and conventional law instruments, as a first conclusion, this Court should admit that none of the provincial provisions under scrutiny here, namely Article 49 of the Provincial Constitution and Article 8(m) of the Law—which both provide that “parents or guardians have a right to demand that their children or wards

receive in public school religious education in accordance with their own convictions”—, infringes either the freedom of worship or the freedom of religious conscience laid down in the National Constitution, since considering the wording used by the drafters of both the Provincial Constitution and the Law, they substantially repeat the text of the relevant international human rights law provisions on this issue, not imposing compulsory education in any religion, but rather showing respect for all religions (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(35) In a democratic society, in which several religions coexist within the same population, it might be necessary to restrict freedom of thought, conscience and religion, which arises from the need to reconcile the interests of various groups and to ensure respect for everyone’s beliefs (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(36) Accordingly, this Court should conclude that, in the light of the interpretation given by the drafters of the Provincial Constitution to the principle of “integral education”, religious education in public schools in Salta, in being imparted during school hours and included in the school curriculum, does not violate the constitutional rights to the freedom of religion and conscience, to equality and to privacy, so long as it is not made compulsory and/or discriminatory for students not wanting to receive it, and insofar as it is taught in accordance with the syllabus contents and with an appropriate teaching method (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(37) It is to be concluded that in the case there have existed certain religious practices which entailed coercion on children’s, parents’ and legal guardians’ choices about their beliefs, practices expressly prohibited under Article 14 of the National Constitution and other international instruments, it having been proven, *inter alia*, that almost exclusively Catholic education has been imparted; that some parents and legal guardians have allowed their children or wards to receive that instruction in order for them not to be singled

out and segregated, or for security reasons; that there is a lack of alternative educational options for those students whose parents have expressly opted against their children receiving religious education; that inherently Catholic practices at school have been extended beyond the curricular time allocated to religious education (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(38) An eventual collision with constitutional principles and guarantees should arise from the law itself and not from an unreasonable application of it in the case or from its consequences, since examining its constitutional validity on the basis of the effects arising from its implementation would imply an assessment of its constitutionality based on external factors which are anyway not a necessary consequence of these provisions (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(39) Having admitted that the challenged provisions do not violate constitutional rights and are in accordance with international treaties on this issue, while having also recognized that the factual context of its implementation is far from ensuring the full exercise of the rights in question by all the inhabitants of the province, the solution cannot and should not be found by declaring such legislation null and void, but by rendering the practices distorting it invalid as well as by setting the necessary requirements in order for it to achieve its full effect (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(40) This Court should declare Article 49 of the Provincial Constitution and Articles 8(m) and 27(ñ) of the Law constitutional insofar as they allow teaching about religion through teachers, programmes, teaching methods and recommended reading material that disseminate the different existing positions on religious matters and help students acquire the habit of showing respect and tolerance towards them (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(41) This Court should declare unconstitutional, for violation of the freedom of worship, the right to education, and the right to privacy (Articles 14 and 19 of the National Constitution), any practice that, through the implementation of religious education at public schools, entails the conceptual preeminence of a certain religion over others, discrimination against those who do not belong to any religion or who belong to a particular one, compulsory catechism classes or religious rites at school, or any sort of coercion exerted on students to expressly declare their own position on religious matters, whether directly or through their parents or guardians (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

(42) If a legal provision does not violate constitutional rights and is in accordance with international treaties on the issue, but the practices related to its implementation are far from ensuring the full exercise of the rights in question in the terms required by the provision, the solution cannot and should not be found by declaring such legislation null and void, but by rendering the practices distorting it invalid as well as by setting the necessary requirements in order for it to achieve its full effect (Justice Rosatti, partially dissenting opinion).

Opinions

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, HORACIO ROSATTI (PARTIALLY DISSENTING OPINION).

*Interprovincial River
and Collective Rights*

*Interprovincial River and
Collective Rights*

“Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”
(Río Atuel)

December 1, 2017

Fallos: 340:1695

Introductory Note

The Province of La Pampa brought an action against the Province of Mendoza on the grounds that the latter had breached its obligation to negotiate and conclude in good faith an agreement to regulate the uses of the Atuel river, which runs through both provinces. It asked the Supreme Court to hold that such infringements had caused environmental damage and to order Mendoza government to cease its failure to comply with its obligations and to recompose the environment. It argued further that a minimum flow rate into the provincial territory should be established taking into account the human rights to water and to harmonic and balanced growth between provinces.

It also requested the Court to order the defendant Province to carry out the necessary works to optimize the water resource

use in its irrigation system and to pay compensation for the damages suffered as a result of the non-compliances.

The Court, which had previously found in a 2014 decision that it had original jurisdiction to hear this case, held that its hearing the case fell within Article 127 of the National Constitution, which provides that provincial claims must be submitted to the Supreme Court and settled by it. The complaint was served on the Province of Mendoza, and the State was summoned as a third party.

Subsequently, a public hearing was held, where *amici curiae*, the Governors and Provincial Attorneys of the parties, and an official of the Ministry of Energy and Mining representing the State participated and were heard.

Decision

The Court—with the majority opinion of justices Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, and Rosatti—handed down a decision of very important matters in an action related to collective-incidence rights.

With specific reference to the features of this kind of actions, the Court said that in a conflict between two provinces regarding collective-incidence rights such as the environment (a “macro interest”) and the use of water (a “micro interest”) any solution to be adopted must take into account the claims of the provincial states which are parties to the action and also the interests of the persons affected, who are many in number and cover a wide region.

As the environment is a collective interest, owned by the community, of common use and indivisible, it is necessary, to solve the conflict, to focus on the problem from the perspective of the multiple parties affected, instead of the claims raised by the provinces.

Precisely because of this, the Court says, the solution cannot be limited to resolving the past, but mainly to aim for

the future sustainability of any natural resources involved in the litigation's subject matter.

Within that approach, the solution for an environmental conflict (in this case, a litigation between two provinces caused by the use and exploitation of an interprovincial river) demands considering interests exceeding a merely bilateral framework to get a polycentric view. Beyond any personal interests, this view requires considering not only the amount of water that must be destined to the preservation of the interprovincial ecosystem to maintain its sustainability, but also the interest of future generations, whose right to enjoy the environment is protected under the law in force.

The view and legal regulation of water based on an anthropocentric and merely ownership-based model which only considers the private benefit that a person may obtain from it has substantially changed in recent years to an ecocentric or systemic model. This model considers private or governmental interests and also those of the system itself, as well established by the general environment law in our legal system.

The decision also contributes to significant issues on two pressing issues for humanity nowadays.

The first issue is the right of access to drinking water. Based on prior decisions, the Court describes the right of access to drinking water as a right directly affecting the life and health of people. This is why such right must be protected by courts as a collective-impact right, as the protection of water is of key importance for nature to work as a system and with regeneration and resilience capacity.

The second issue is the problem of desertification, as the evidence furnished in the case clearly established the drought and desertification characterizing the Pampean region in the Basin.

The Court points to the fact that fighting against desertification entails focusing on the water offer, and not

just the right to water as a demand. That situation creates an obligation for the Argentine Government to allocate resources to fight against severe drought, which should not be limited to certain territories.

In line with the polycentric approach of the conflict based on which the reasons of the Court in the case are structured, the solution of the case requires the adoption of measures for the basin in general, and not limited to territorial jurisdictions.

Given the nature of the issue at hand, the grounds of the case are also based on a systemic interpretation of federalism. The judgment highlights the constitutional significance of environmental protection and federalism in our country, which entails a “coordination” task which is not a “natural” task (that would mean “forcing” nature to follow the orders of man), but mainly a “cultural” task. It is necessary to combine environmental territoriality, which responds mainly to predominantly natural factors (in this case, a factor such as the demarcation of the basin of river) with federal territoriality, expressing a predominantly historical and cultural decision (one delimitating space jurisdictions of subjects participating in Argentine federalism). Faced with the existence of tension in interjurisdictional relations, it is appropriate to follow a conjunctive or cooperative perception, a feature of a concertation federalism.

Finally, the judgment considered that it had been proved that a certain volume of water was necessary to ensure the ecosystem’s subsistence and that a first stage of decision entailed choosing the highest deference to the margin of action of the provincial states involved, and the Court should assume a cooperation, control, and monitoring function, without assuming management powers.

Therefore, the court ordered both provinces to submit a working plan with the distribution of their costs, within the sphere of the Lower Atuel Interprovincial Committee, with the joint participation of the Argentine Government.

It also ordered the parties to agree on a suitable volume of water to remediate the ecosystem affected in the Northeast of the province of La Pampa within 30 days.

Justice Rosenkrantz, in a dissenting opinion, said that the provinces of Mendoza and La Pampa and the Argentine Government should have absolute freedom to develop joint, cooperative work where they consider it better and listed some guidelines to facilitate that task and with the purpose of making the parties aware regarding the way to guarantee that the plan is the most beneficial one.

Justice Rosenkrantz understands that the deciding jurisdiction of the Supreme Court cannot be understood as discretionary arbitration activity or equity judgment, as that activity involves conciliating tasks in which the Court has wide powers to determine the applicable law for the litigation. In principle, such law will be “national or comparative constitutional law and, if its application is possible, what the U.S. Court brands federal ‘common law’ and international public law.” According to him, the conflict between provinces is connected with the use of an interprovincial river (in this case, the provinces of La Pampa and Mendoza regarding Atuel river) and is environmental, polycentric, multicausal and eminently prospective in nature and requires, for its consideration, a perspective contemplating any kind of interests potentially affected by it, even if not formally represented in the litigation.

Justice Rosenkrantz understands that the decision to be adopted in an environmental case between provinces regarding the use of an interprovincial river has to be shaped more by the discussion of the existence of environmental damage and the need for remediation, rather than by the identification of the author and the resulting determination of the author’s liability.

Regarding the problem of serious drought or desertification, Justice Rosenkrantz states that it is appropriate to require the

Argentine Government to participate in the solution, given its larger technical and financial capacity to take any steps in connection with the environmental problem. And this should not be seen as encroachment on the powers reserved for the provinces under articles 121, 122, 124, and 125 of the Argentine Constitution, as this is not about the creation of a permanent administrative unit, but about its potential technical and financial contribution to the solution of the problem of this case, which necessarily involves more than one jurisdiction.

In addition to the wide discretion reserved by the two provinces and the Argentine Government to delineate the contents of the plan to be approved, it is worth mentioning the following relevant guidelines for the distribution of plan execution and preparation costs to be agreed upon: (i) the benefit obtained by each of the provinces directly in their assets or the assets of individuals based in their pertaining jurisdictions; (ii) the benefit to be obtained by each of the provinces and the rest of the country for economic and social benefit of their pertaining economies; (iii) any loss derived for each of the provinces; and (iv) the fact that a healthy environment is a right that must be guaranteed not only for the inhabitants of La Pampa and Mendoza, but also for all Argentines.

Standards

(1) In any dispute between two provinces over the use and exploitation of an interprovincial river—in this case, a controversy between the Provinces of La Pampa and Mendoza over the Atuel river—in which rights with a collective impact such as environment (macro good) and water (micro good) are involved, the decision to be made must not only address the claims of the provinces but also the interests of all those concerned, which are many and cover a large area.

(2) The solution to an environmental dispute—in this case, a controversy between two provinces over the use and exploitation of an interprovincial river—requires the consideration of interests that go beyond the bilateral context in order to establish a polycentric picture, since it involves conducts that transcend both individual and provincial interests. Furthermore, due consideration must be given, *inter alia*, not only to the minimum flow rate that must be used for the conservation of the interprovincial ecosystem so that it maintains its sustainability but also to future generations' right to environment which is guaranteed by current legal provisions.

(3) The legal approach to water and its regulation based on an anthropocentric model and on pure ownership criteria which only take into account the private benefit that a person can obtain from it has substantially changed over the last years. Under the new legal paradigm, water regulation is eco-central or systemic and does not only take into account private or provincial interests but also those of the system itself. This is well-established under general environmental law.

(4) Under the National Constitution, environment is not an object meant to be at the exclusive service of man and which can be appropriated according to man's needs and to available technology.

(5) Federalism is a cultural system of coexistence the components of which do not act in isolation but rather interact with a goal towards its existence and operation. Consequently, the exercise of constitutionally assigned powers must be considered as an articulated interaction.

(6) The functionality of the Argentine constitutional federal system is founded on the principle of federal faithfulness or federal good faith under which the harmonic and dual interaction of federal and provincial powers requires that both the federal and provincial governments do not abusively exercise their own and their shared and concurrent ones.

(7) The constitutional significance that environmental protection and federalism have in our country requires creating “compatibility” which is not a “natural” undertaking—since it would require to “force” nature to follow men’s mandates)—but a predominantly “cultural” one. To that end, it is necessary to combine environmental territoriality—which responds to predominantly natural factors (e.g., in this case, that which demarcates the extension of a river basin)—with federal territoriality—which is a sign of a predominantly historic and cultural decision (the one that delineates the space-based jurisdictions of those who play a role in Argentine federalism)—.

(8) Given the tensions in inter-jurisdictional relations, it is necessary to take a conjunctive or cooperative perspective typical of a federalism based on cooperation which overcomes disjunctive or separatist approaches. Unavoidable misunderstandings and even hostilities emerge between provinces regarding the exercise of their non-delegated powers that result from the recognition of their autonomy. Given these circumstances, in order to ensure the survival of federalism as an “indestructible union of indestructible states”, the National Constitution provides for a dispute settlement mechanism by assigning the Supreme Court the essential role to settle, resolve, remedy and/or mediate such controversies, drawing certain lines of action aimed at dispelling them. This is the “diriment jurisdiction” that arises from Article 127 of the Argentine National Constitution.

(9) Given the lack of understanding between two provinces (in this case, La Pampa and Mendoza) that has lasted for decades, an effective rational dispute channelling that prevents disagreement deepening must be found. This is especially necessary where the controversy is related to questions of the most constitutional significance as environmental conservation and its intergenerational sustainability (Article 41 of the National Constitution) in

which public interest is involved (doctrine under Article 32 of Law No. 25675).

(10) A dynamic reading of the Constitution requires to construe the conceptual content of the term “war” used in Article 127 of the National Constitution in such a way that it does not only refer to war *per se* but also to conflicts where the continuing existence and tension of the federative bond have not been overcome by the interaction of the respective local states.

(11) The diriment jurisdiction of the Supreme Court is different in nature from its jurisdictional one and it is first and foremost guided by the following standards: (a) it is a prudential function; (b) the Court must exercise all of its powers necessary to resolve the conflict. This requires to recognize that it has “full powers to determine the law applicable to the controversy” and to adjust the structure of the proceeding to the specific characteristics of the case; (c) the discretion typical of the prudential nature of diriment jurisdiction must not lead to arbitrariness; (d) the Court must exercise all necessary capacities to gradually resolve the controversy (in this case, concerning an environmental issue); (e) and the parties must satisfy the judgment “in good faith”. This standard is a relevant factor to determine the responsibilities that may arise for failure to comply with the Court’s decision.

(12) The right to access to drinking water (in this case, to the water flow necessary for the sustainability of the system) directly affects people’s life and health, therefore it must be protected by courts, particularly in the area of rights with a collective impact. Consequently, water protection is essential to preserve nature as a system and its regenerative and resilience capacities.

(13) The conflict arisen between two provinces—in this case, Mendoza and La Pampa—in which rights with a collective impact such as the right to environment and fight against desertification are involved requires the adoption of

specific measures concerning the basin as a general issue, not restricted to territorial jurisdictions. Therefore, the State must allocate resources to combat severe drought and desertification with a view that goes beyond the Atuel river issue and reaches all the basin and the region.

(14) Environmental conflicts do not coincide with political or jurisdictional divisions.

(15) River basin means the geographical area enclosed by the watersheds that flow towards a common mouth or reservoir. They are physical areas within which the various uses and effects of hydric and other natural resources are naturally interdependent and therefore must be integrally used and preserved.

(16) The great variety of environmental, social and economic factors that affect and are affected by water management supports the importance of establishing an integrated water management framework (as opposed to a sectioned and uncoordinated management). This requires a change of paradigm from the traditional model of development of supply to a necessary integrated management of this resource through which simultaneous action is taken on water supply and demand on the basis of technological advances and best practices.

(17) At the first stage of the decision-making process related to an environmental controversy where the need for a water flow to ensure environmental subsistence has been proven, it is appropriate to accord greater deference to the provinces concerned and their scope of action with a view to providing the necessary elements for achieving a solution to the conflict. To this effect, the parties must set an appropriate water flow for the concerned ecosystem restructuring and make operational the Interprovincial Commission of the Lower Course of the Atuel River (CIAI, for its acronym in Spanish) so that it acts as an intermediary between the Provinces of La Pampa and

Mendoza in order for them—together with the State—to outline a works execution programme which contemplates possible technical solutions to the Atuel conflict other than the ones previously considered, building costs of the respective projects and how they should be distributed, benefits, urgent needs of the surrounding populations, the defence of the right of access to drinking water, participation of the native communities settled in the region, as well as the sustainability of productive economic activities and the ecosystem.

(18) Notwithstanding its special features, diriment jurisdiction should not be understood either as a discretionary arbitral activity or as an equity judgment—it is an activity in which the exercise of conciliating powers is involved and where the Supreme Court is vested with broad powers to determine the law applicable to the dispute—. This applicable law will, in principle, be “national or comparative constitutional law and, eventually—assuming that analogical application is admissible—, the law which the United States Supreme Court calls federal “common law”, as well as public international law (Justice Rosenkrantz, dissenting opinion).

(19) After examination of the petition and the decision rendered in 1987, it must be concluded that on that occasion the Court resolved an eminently bipolar dispute, that is to say, focused on clearly individual interests that the litigants claimed over the Atuel river. In the aforementioned ruling, the environmental recomposition of the north-eastern region of the Province of La Pampa was not in any way an issue included in the *thema decidendum* (Justice Rosenkrantz, dissenting opinion).

(20) The interprovincial controversy as regards the use of an interprovincial river (in this case, between the Provinces of La Pampa and Mendoza over the Atuel river) is of an environmental, polycentric, multicausal and eminently prospective nature, and its examination requires adopting a perspective that considers all the interests potentially affected

even if they are not formally represented in the proceeding (Justice Rosenkrantz, dissenting opinion).

(21) The decision to be adopted in an environmental conflict between provinces arisen from the use of an interprovincial river (in this case, between the Provinces of La Pampa and Mendoza over the use of the Atuel river) must be tailored to the discussion related to the existence of environmental damage and to the need for its recomposition rather than to the identification of who has caused it and the consequent determination of liability (Justice Rosenkrantz, dissenting opinion).

(22) In the fight against severe drought or desertification, it is appropriate to request the State to participate in the solution since it has a greater technical and financial standing to give effect to implementation actions agreed upon as regards environmental problems. This cannot be considered as an encroachment on the reserved powers of the provinces under Articles 121, 122, 124 and 125 of the National Constitution, since this is not about an intended establishment of a bureaucratic entity of a permanent nature but about its eventual technical and financial contribution to the solution of the subject matter of the proceeding in which more than one jurisdiction is necessarily involved (Justice Rosenkrantz, dissenting opinion).

(23) Beyond the framework of broad discretion that both provinces and the State enjoy to tailor the content of the plan that they in due course conclude, it is appropriate to mention the relevant guidelines for the distribution of the drafting and implementation costs of the plan in due course agreed upon. They include but are not limited to: (i) the benefit directly obtained by each province for its assets or the assets of individuals living in their respective jurisdictions; (ii) the benefit that each province and the rest of the country can obtain from the economic and social development of their respective economies; (iii) any damage or harm that might result for each one of the

provinces; (iv) the fact that a healthy environment is a right that must be guaranteed not only to the inhabitants of La Pampa and Mendoza but to all Argentinians as well (Justice Rosenkrantz, dissenting opinion).

Opinions

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO,
JUAN CARLOS MAQUEDA, HORACIO ROSATTI, CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ (DISSENTING OPINION).

*Fundamental Rights,
Dignified Housing,
Interest of the Child and
Disability*

*Fundamental Rights, Dignified
Housing, Interest of the Child
and Disability*

“Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”

April 24, 2012

Fallos: 335:452

Introductory Note

A woman, acting on her own behalf and representing her minor child—who suffers a chronic, non-evolutive cerebropathy—filed an *amparo* action against the Government of the City of Buenos Aires seeking that the defendant ceased its illegitimate conduct. Such conduct was the denial of inclusion in the existing governmental housing programs and the failure to provide them with alternatives to find a way out of their homelessness. She considered that all of this violated her basic rights to health, dignity, and housing, recognized by the local Constitution, by the Argentine National Constitution, and by several international treaties incorporated into its article 75(22).

Based on this, the petitioner asked for a solution which could enable them to access a housing facility in decent habitability conditions, preserving their family integrity.

Division II of the Court of Appeals on Administrative Litigation and Tax Issues for the City of Buenos Aires upheld the judgment entered by the trial court and decided that, as it had been established that the petitioner and her family group were in a vulnerable situation, the defendant was required to pay a benefit to pay in full decent accommodation for them, until new circumstances would be proven indicating that her necessity had ceased.

The judgment was reversed by the local Supreme Court. Against that decision, the plaintiff filed an extraordinary appeal which was denied and therefore resulted in a petition for review of a denied appeal.

Decision

The Court decided to order the Government of the City of Buenos Aires to: (1) Get involved with social assistance and health teams to ensure that the child gets the care and treatment required by his disability and to provide the plaintiff with any guidance and assistance needed to find a solution to her housing problems, as mandated under Resolution No. 1554/08 of the Ministry of Social Development of the City of Buenos Aires. (2) Secure for the plaintiff, even if not in a final manner, accommodation with building conditions which are adequate to the illness suffered by the child, without prejudice to considering his inclusion in an existing or future housing program for the final solution of the exceptional necessity situation in which they are. This, until the defendant complies with what has been ordered by the Court.

Standards

(1) The Argentine Constitution is a legal rule and it recognizes rights so that rights are effective and not virtual, especially when a basic human right is at play.

(2) The system of sources applicable to the case, made up by the Argentine Constitution, the international treaties mentioned, the Constitution of the City of Buenos Aires, and any local legislation enacted as a result thereof, shows the recognition of the right to access decent housing and the duty to protect especially vulnerable sectors, such as the disabled and abandoned children.

(3) The first feature of these rights and duties is that they are not mere statements, but effective, applicable legal rules. As such, this Court has repeatedly held that the Argentine Constitution as a legal rule recognizes human rights so that such human rights be effective and not virtual, because the calling to rule them cannot operate with a purpose other than giving them all the content assigned by the Constitution.

(4) Such degree of applicability means that, in principle, their implementation requires a law by Congress or a decision by the Executive leading to their implementation. The rules under analysis do not provide for direct effectiveness, i.e. those rules do not entail that any citizen may ask a court to provide him or her with housing.

(5) Basic rights establishing affirmative obligations upon the Government with derived effectiveness are subject to reasonableness review by the Judiciary.

(6) Reasonableness means that, without prejudice to any discretionary political decisions, the branches of Government must secure the minimum essential guarantees for a person to be considered as such in extreme vulnerability situations. This interpretation combines the separation of powers, the political discretion of the Executive and Congress with the minimum needs of the most disadvantaged sectors when they ask the courts for help.

(7) The case at hand is not a mere case of violation of the right to decent housing, because it entails a disabled child who not only requires permanent care, but also lives with his mother in the street. There are aspects relative to the social

situation of children with disabilities and the best interests of the child under the Convention on the Rights of the Child which all public officers are required to especially consider in connection with matters under their authority, and it cannot be admitted that the defendant notoriously ignores this.

(8) Minors, especially when their health and normal development are compromised, in addition to the special attention required from those who are directly obliged to take care of them, require attention from courts and the society in general, especially taking into account that the Convention on the Rights of the Child imposes on national authorities the duty to take the interests of children into special account.

(9) The Government must get involved with social assistance in a comprehensive manner, which could even require a monetary effort which is less than the effort made based on the precautionary measure ordered. Defendant's failure to implement a coordinate and adequate plan forces it to pay prices for a basic hotel room in the neighborhood of Floresta which exceed the prices in the real estate market to rent a two-room apartment in the same neighborhood.

(10) The circumstances of the case require the urgent involvement of the local Government's social assistance teams, securing any attention and care required by the child as a result of his condition, preserving his health and physical integrity, without a need for hospitalization or any other measure interrupting the relationship and the contact between mother and child. The plaintiff, as any mother who has the burden of taking care of a severely disabled child and who so far, against all odds, has maintained and confirmed the affective bond and assumed that hefty task, has the basic right to work free from any worries regarding her child during her working hours. This would not entail any extraordinary investment by the Government, but the proper use of their specialized assistance services.

(11) This should be supplemented with a job that would enable her to provide for herself and her child, excluding

any social assistance benefits, because this is always a precarious situation which must cease at some point in time. Governmental intervention must therefore aim to reach this solution and facilitate the path to overcome the state of emergency. For that purpose, in this case, the Government must provide the plaintiff, as mandated by the law, with any necessary assistance and guidance. This does not require unproportioned governmental investment, as the Government of the City of Buenos Aires has social assistance teams with the capacity to provide this service, stating who to resort to and even offering the services of the plaintiff to any individuals who may need them.

(12) Basic rights establishing affirmative obligations upon the Government with derived effectiveness are subject to reasonableness review by the Judiciary. This means that, without prejudice to any discretionary political decisions, the branches of power must secure the minimum essential guarantees for a person to be considered as such in extreme vulnerability situations.

(13) Access to decent housing is intimately connected with other basic human rights, as an individual who has nowhere to go to spend his or her days and nights and is forced to wander the streets not only lacks a house, but is also affected in his dignity, integrity, and health, so much so that such person cannot create and develop a life project, as the rest of inhabitants do (Justice Petracchi, separate opinion).

(14) The recognition of the right to decent housing entails the specific and immediate duty of the Government to regulate and implement such right to guarantee its effectiveness, which must observe both the purpose and the limits imposed by higher rules. The Government must do its best efforts to attain, in a progressive manner and within its actual capacities and financial restrictions, the full effectiveness of such right for all its inhabitants (Justice Petracchi, separate opinion).

(15) Faced with the petition for decent housing, the defendant should have treated petitioners in a different manner as established in the general regime, given the serious affections suffered by the minor. By connecting the housing issue with the services paid with public money, the defendant cannot ignore the special situation of the disabled, so it was unreasonable to include them in the same group covered by other people with no disabilities for the purposes to apply to all of them the same budgetary restrictions (Justice Argibay, separate opinion).

(16) It is unreasonable to include Mrs. S. Y. Q. C. and the child in the same group as other people with no disabilities for the purpose of applying to all of them the same budgetary restrictions (Justice Argibay, separate opinion).

Opinions

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, CARLOS S. FAYT, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI, ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SEPARATE OPINION), CARMEN M. ARGIBAY (SEPARATE OPINION).

*Drug Possession for
Personal Use and
Right to Privacy*

*Drug Possession for Personal Use
and Right to Privacy*

“Arriola, Sebastián y otros”

August 25, 2009

Fallos: 332:1963

Introductory Note

The persons convicted for the crime of possession of drugs for personal use lodged an appeal on the basis of the rejection of the unconstitutionality case of the regulation defining the crime (article 14, second paragraph, Law No. 23737).

The defense alleged that the judgment appealed against violated the reservation principle enshrined in article 19, Argentine Constitution, as the behavior of the defendants had taken place within the privacy framework protected by the Constitution.

They alleged that the scarce amount of drug found was not enough to infer that the substance was enough to create physical or psychological dependence in the consumer, even less to affect the so-called public health. So they concluded that the interference of criminal law in the sphere of personal freedom clearly violated constitutional rights.

They alleged that in the case it had not been established that the behavior of the defendants had violated any legally-protected interest by the rule—i.e. public health. Based on the principle that forbids punishment for an action which causes no result or at least an specially foreseen risk, the punishment was improper because it referred to an action which was not criminalized.

Decision

The Court recalled “Bazterrica” case (*Fallos*: 308:1392) and referred to it, especially to Justice Petracchi’s opinion. Without ignoring the existence of a subsequent judgment in case “Montalvo” (*Fallos*: 313:1333), which considered that it was legitimate to criminalize the possession of drugs for personal use, the Court decided to depart from the doctrine of that precedent.

It held that the pragmatic or utilitarian reasons on which “Montalvo” was based had failed as the criminal activity far from having decreased had notoriously increased.

The Court also discussed the relevance of the incorporation of international treaties into the Argentine Constitution since the 1994 reform and held that such historic event had deeply modified the constitutional landscape in many aspects, including the aspects relative to the Government’s criminal policy, imposing certain limits and also requiring certain positive actions to be consistent with the international standard.

The Court found article 14, second paragraph, Law No. 23737 to be unconstitutional and vacated the judgment appealed against to the extent of the error of law which had been alleged as basis for the appeal.

Standards

(1) Article 14, second paragraph, Law No. 23737 is unconstitutional, as it criminalizes the possession of drugs for personal use when such use does not entail a specific danger or harm to rights or interests of others. Under such circumstances, that statutory provision violates article 19 of the Argentine Constitution, to the extent that it invades the sphere of personal freedom excluded from the authority of governmental bodies (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(2) Article 19, Argentine Constitution, directly connected with individual freedom, legally protects a sphere of individual autonomy including feelings, practices and customs, family relations, financial situation, religious beliefs, mental and physical health, and, in sum, any actions, events, or information which, considering the lifestyles accepted by the community, are reserved for the individual (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda and opinion of Justice Petracchi).

(3) The provision of article 19, Argentine Constitution, is the very foundation of modern freedom, i.e. the freedom of conscience and personal will, the conviction that it is an essential tenet of ethics that acts worthy of merit be made by virtue of the individual's free will in connection with the values that person holds (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda and opinion of Justice Petracchi).

(4) If criminal law could restrict any conduct affecting individual morals, the Government would be imposing a given set of morals, which would be almost totalitarian, as the Government could surveil without any limits the activity of all inhabitants, whether public or private in nature (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda and opinion of Justice Petracchi).

(5) If it were accepted that the sphere removed from positive legislation by article 19, first part, of the Argentine

Constitution, is conscience, provided that it is not reflected in private actions, with effects in the community, the constitutional provision would only enshrine some kind of inner freedom, but would deny any outer freedom. That definition of such provision could only find support in a fictional consideration whereby individuals can be divided by their inner conscience or their outer behavior, as if those elements were independent in their origin and development (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda and opinion of Justice Petracchi).

(6) While in principle the decision regarding the best way to prosecute the crime and which are the legally-protected interests which require further protection are criminal-policy issues pertaining to the other branches of Government, as this case is about the challenge of a normative system (article 14, second paragraph, of Law No. 23737) which criminalizes conducts which have been made under circumstances which do not entail any harm to others and which are protected under article 19 of the Argentine Constitution, it is appropriate for this Court to find that the Congress has exceeded the powers recognized under the Constitution (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(7) International treaties recognize several rights and guarantees established in the 1853 Argentine Constitution, including the right to privacy protecting persons from being subject to arbitrary or abusive interference in their private lives (article 11.2, American Convention on Human Rights; article 5, American Declaration of the Rights and Duties of Man; article 12, Universal Declaration of Human Rights, and article 17.1, International Pact on Civil and Political Rights). In connection with such right and its relation with the principle of “personal autonomy,” at the Inter-American level it has been stated that “the development of the human being is not subject to the initiatives and care of public power. Under a general perspective, that principle includes the ability to lead their life, decide on the best way to do it, to resort to

means and instruments for that purpose, selected and used with autonomy which is a sign of maturity and a condition for freedom and even to legitimately resist or reject improper interference and any aggressions (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(8) The principle of dignity, consecrating man as an end in himself, is opposed to the utilitarian treatment of persons. That principle seems to be inconsistent with the grounds for Law No. 23737 and case “Montalvo,” regarding the advantage, as an investigation technique, to criminalize the drug user to catch the real criminals involved in drug-trafficking (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(9) There is no doubt that in many cases drug users, especially when they become drug addicts, are the most visible victims, together with their families, of the scourge of drug-trafficking criminal gangs. It would not seem unreasonable to hold that a punitive response by the Government against the drug user translates into revictimization (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(10) The arguments supporting the criminalization of the drug user based on the possibility that the drug user may become perpetrators or aider and abettors of an undetermined gamut of crimes seem to contradict the international standard which prevents the justification of the punitive power of the Government only based on danger (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(11) There is no doubt that the “pro homine” principle is more consistent with the Court’s stance in “Bazterrica” than in “Montalvo,” as “Bazterrica” extends the area for individual freedom, while “Montalvo” goes for a restrictive interpretation (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(12) The decision taken today by this Court does not mean, under any circumstance, “legalizing drugs.” It is not redundant to clarify this expressly, as this decision will certainly have social impact. Therefore, this decision must convey its

message in a democratic language, which can be understood by inhabitants and especially by young people, who in many cases are the main players in problems connected with drugs (opinion of Justices Highton de Nolasco and Maqueda).

(13) Article 19, Argentine Constitution, is the frontier protecting personal freedom from any external interference, including governmental interference. This is not only about the respect for any actions done in private, but the recognition of a sphere where every adult individual is sovereign to take free decisions about the lifestyle that individual wishes. This powerful recognition of personal freedom reverts the argumentative burden, so that any restrictions in this field must be based on the Constitution. It is not appropriate to criminalize any conducts made in private which do not cause any danger or damage for others. Arguments based on mere abstract danger, convenience, or public morality do not pass the constitutionality test. A conduct performed in private is lawful, except when it entails specific danger or harms any legally-protected interests or rights of others. As explained, it is appropriate to apply the standard this Court developed in “Bazterrica” case (*Fallos*: 308:1392). It is relevant to exhort institutions to implement effective measures for the preventive combat of drug addiction (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(14) Any adult is sovereign to take free decisions on the lifestyle that adult wishes (article 19, Argentine Constitution) (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(15) The constitutional provision protecting privacy does not authorize punitive intervention by the Government exclusively based on the mere possibility that the drug user may become a perpetrator or aider and abettor of an innumerate gamut of crimes. Criminal law does not allow irrebuttable presumptions which, by their very definition, are useful to prove what is false, i.e. to consider that there is an offense when there is no such an offense. Regarding the danger of danger, this concept would refer to situations of criminalization without harm. Therefore, the analysis of crimes in the current

legal order and by constitutional mandate should be based on the premiss that there only are crimes of harm and crimes of danger, and that in crimes of danger there must have been a risk of harm in the real world which must be determined in each specific situation, and in the event that is not the case, objective criminalization cannot be admitted (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(16) In “Montalvo” case (*Fallos*: 313:1333—conclusion of law No. 26) it had been held that the criminalization of the possessor would allow to fight against activities connected with drug trafficking and reach promising results, which has not been the case, as this criminal activity is far from having decreased; on the contrary it has been notoriously increasing, and all of this at the expense of a restrictive interpretation of individual rights (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(17) The use of drugs resulting in the harm to a legally-protected interest or the right of others or any specific danger against them, together with drug trafficking, must be fought against. As the Court has been holding for many years, a consistent and effective public policy is necessary and does not exist yet. Not only the problem has not decreased, but it has increased (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(18) As the conduct under analysis—possession of drugs—entails a clear component of personal autonomy, to the extent that the conduct is not ostensible, it deserves another type of consideration when examining the reasonableness of a law in light of the higher or lesser real usefulness that the punishment may bring about. This weighing gives priority to the discretion of the person, provided that there is no determined danger against others, without disregarding the delicate and complex situation of the person who uses drugs, especially the person who abuses drugs (Justice Fayt, separate opinion).

(19) Article 19, Argentine Constitution, has structured human coexistence based on giving the individual a dominion sphere subject to their will. This power to act free from any

obstacles entails reacting against or opposing any violation of its limits. In this vital context, it may be stated that any horizontal society of vertical men in which dignity is a value understood for every individual given such individual's nature, any measure affecting such prerogative is forbidden (article 19, Argentine Constitution) (Justice Fayt, separate opinion).

(20) Considering that the punitive power resulting from article 14, second paragraph, Law No. 23737 (possession of drugs), is not only the imposition of punishment, but also the way in which such punishment is executed and the existence of proper jail conditions, a person who is an addict and is sent to jail for that will search for another object to replace the addiction. This worsens the addiction because the convict attains that object, or a replacement thereof, with the anomalies inherent in accessing to them in a situation of confinement. In the end, instead of being mitigated, the addictive process aggravates (Justice Fayt, separate opinion).

(21) Addiction is a health problem, and addicts should not be incarcerated. The personal use of drugs should find a solution in the healthcare environment and through new comprehensive approaches. That would protect human dignity without ignoring the true and broader approach required by this issue, especially in connection with the dependence on these substances (Justice Fayt, separate opinion).

(22) In a clear application of the reservation principle and the guarantee of the moral autonomy of the person, enshrined in article 19, Argentine Constitution, no punishment may be imposed on an individual based on what the person is, only based on what the person has done. Only a harmful conduct may be punished, not personality, as the contrary would permit to assume that crimes charged in criminal cases are only the result of the lifestyle or the personality of persons (Justice Fayt, separate opinion).

(23) While the purpose of judicial review is not to decide on criminal policy, that should be so when the inconsistency

between the stated purpose of the rule and the favoring of its effect is precisely the opposite, as it violates the republican rationality imposed under article 1 of the Constitution, as any act of government. In this case, it is not necessary to resort to such valuation, but it is not redundant to verify that the judicial review by this Court of the rule under consideration strongly reaffirms it, considering that the decision not only does not cause any harm, but it is necessary to work towards the operation of the criminal policy aimed at criminalizing the traffic and distribution of prohibited narcotics, seriously obstructed in several ways by the rule under consideration (Justice Zaffaroni, separate opinion).

(24) Both police and court activities detract any efforts which, with a good criminal policy, should go to fighting against drug trafficking, especially any such drugs which are more harmful to health, as the ones being distributed nowadays among the most impoverished and young sectors of our society, with very short-term deadly results and with high chances of neurological consequences in kids and teenagers who can recover (Justice Zaffaroni, separate opinion).

(25) Prosecuting drug users hinders the criminal prosecution of trafficking or at least retail sale, as the user has the benefits given by the nature of the defense act to the accused's formal statement at the initial appearance and, therefore, may legally oppose to make a statement to reveal the source of the drug, which could not be done if that person were to be interrogated as a witness, under penalty of being considered a false or reluctant witness (Justice Zaffaroni, separate opinion).

(26) Given that the scarce amount of drug seized in the case was intended for personal use and the finding was not the result of any other act with drugs exceeding reserved possession, far from the knowledge of others, and that the defendants maintained this until being searched by the police, in such conditions the possession of drug is for personal use. In itself, drug does not offer any evidence

to state that the accused did anything beyond a private action, i.e. that they violated public morals or rights of others (Justice Zaffaroni, separate opinion).

(27) The lack of accuracy regarding the reasons leading to the conclusion that the conduct of the defendant was not protected under article 19, Argentine Constitution, in case “Montalvo” (*Fallos*: 313:1333) prevents the creation of a standard which is applicable to other cases, so that decision, as well as its appropriateness, is limited to the case in which the decision was issued (Justice Argibay, separate opinion).

(28) While private actions are not only those which take place in a given area, this piece of information is an element to be considered as a practical analysis shows that conducts in public places are generally, but not always, more suitable to impact public health, and therefore are outside constitutional protection (Justice Argibay, separate opinion).

(29) If the scarce amount of drug seized was intended for personal use and the finding was not the result of any other act with the drug exceeding reserved possession, hidden from the knowledge of others, and which the accused maintained in that situation until being searched by the police, in these conditions possession of drug for personal use is not in itself a judgment element to assert that the accused did anything else beyond a private action, i.e. that they affected public morals or the rights of others (Justice Argibay, separate opinion).

Opinions

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, RICARDO LUIS LORENZETTI (SEPARATE OPINION), CARLOS S. FAYT (SEPARATE OPINION), ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SEPARATE OPINION), E. RAÚL ZAFFARONI (SEPARATE OPINION), CARMEN M. ARGIBAY (SEPARATE OPINION).

*The Commons, Native
Forest, Deforestation,
Environmental Protection,
Precautionary Principle,
and Future Generations*

*The Commons, Native Forest,
Deforestation, Environmental
Protection, Precautionary
Principle, and Future Generations*

“Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado
Nacional”

March 26, 2009

Fallos: 332:663

Introductory Note

Plaintiffs filed an *amparo* action against the Province of Salta and the Argentine Government seeking an order for the immediate and final cease of indiscriminate clearing of native forests in the departments of San Martín, Orán, Rivadavia, and Santa Victoria of such provincial state, to declare the unconstitutionality and the absolute and incurable nullity of any authorizations given to that end, and to restrict them in the future, to order defendants to remediate and reestablish the environment to the status prior to the damage caused, and, in the event it were technically feasible, to order an alternate compensation against indigenous communities and

creole groups in the area, without prejudice to what may correspond to any other affected parties and the Environmental Compensation Fund created under Law No. 25675.

The plaintiffs also sought a precautionary measure ordering and securing the provisional cease of the native forest clearing and tree cut down in that area.

Decision

Considering the reasonable prospects of success on the merits and particularly the possibility of imminent or irreparable damage, the Court ordered a precautionary measure provisionally restraining the clearing and cut down of native forests and trees in the departments of San Martín, Orán, Rivadavia, and Santa Victoria, authorized by the Province.¹

The provincial Government sought that the precautionary measure be lifted, but the Court rejected such request based on the fact that it had been clearly established that authorizations had been given to cut down trees and clear forests considering the environmental impact of each of those authorizations, but no study about the cumulative effect of all authorizations had been made; and on the other hand, the trees cut down and forests cleared would have an effect which is impossible to ignore.

Afterwards, considering the regulations passed by the provincial Government and other circumstances, as the conditions for which the precautionary measure had been ordered no longer existed, the Court lifted the precautionary measures.² The Court also considered that the purposes sought with the involvement in the lawsuit had already been reached and, therefore, considered that the Court lacked jurisdiction over the case, to the extent that such involvement was not framed within its original jurisdiction as mandated under article 117, Argentine Constitution.

¹ Judgment of December 29, 2008, published in *Fallos*: 331:2925.

² Judgment of December 13, 2011, published in *Fallos*: 334:1745.

In its decision, the Court stated that respect for provincial autonomies requires that local courts should be the ones to hear and decide any cases which in substance refer to issues of their public law. That is what determines the lack of jurisdiction of this Court to take part in the action provided for under article 117, Argentine Constitution, in the understanding that any federal matters which may also be covered by this action could be discussed in an extraordinary appeal, as established under article 14, Law No. 48.

Standards

(1) The interim relief issued by the Court ordering the provisional suspension of any native tree clearing and cut down is based on the precautionary principle under the General Environmental Act, Law No. 25675 (article 4) which reads: “When there is danger of serious or irreversible damage, the lack of information or scientific certainty shall not be used as grounds to delay the adoption of effective measures, based on costs, to prevent the degradation of the environment.”

(2) The precautionary measure ordered is appropriate, as there is a clear dangerous situation of serious damage which could substantially change the entire environment in the region, affecting not only existing inhabitants, but also future generations. In the event this damage takes place, the harm would be irreversible, as there would be no possibility to revert things to their prior state. There is, therefore, a clear danger of irreversible damage and lack of information about such harm.

(3) The precautionary principle produces a precaution obligation with extended and anticipatory effects for public officers. Therefore, the law is not observed if authorizations are given without knowing the effects, with the purpose of acting once the damage is evident. On the contrary, the administrator facing two options based on risk must act preventively, and must obtain sufficient information to adopt any decision based on an adequate balance of risks and benefits.

(4) The application of the precautionary principle entails harmonization between the protection of the environment and development, through reasonable weighing judgment. This is why courts should not seek opposition, but complementarity, as the protection of the environment does not entail stopping progress, but, conversely, making it last longer in time so that future generations may enjoy it.

(5) The application of the precautionary principle in this case entails the suspension of any clearing and cut down authorizations and execution in the four departments mentioned until a cumulative impact study of such procedures is conducted. For that purpose, it is necessary to calculate the cumulative environmental impact of clearing and cut down on the climate, the landscape, and the environment in general, as well as on the living conditions of inhabitants. There shall also be a proposal for a solution harmonizing the protection of environmental assets with the development based on costs and benefits involved. It will be necessary to identify margins of probability for any trends mentioned, to value the benefits relative to the parties involved and future generations.

(6) The adoption of these measures is not an undue interference with the other branches of Government. The Court, as custodian of constitutional rights, has the purpose of protecting rights of the type claimed here, or to make up for any omissions to the extent such rights may be violated.

Opinions

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, CARLOS S. FAYT, ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI.

*Individual and
Collective Rights,
Class Action,
and Constitutional
Guarantees*

*Individual and Collective Rights,
Class Action, and Constitutional
Guarantees*

“Halabi, Ernesto c/ P.E.N.”

February 24, 2009

Fallos: 332:111

Introductory Note

A lawyer filed an *amparo* action for the unconstitutionality of Law No. 25873 and its regulatory decree, as the lawyer consider that those legal provisions violated the guarantees established under articles 18 and 19 of the Argentine Constitution, as they authorize the tapping of telephone and Internet communications without a law establishing which cases and on with which grounds.

Division II of the Federal Court of Appeals on Administrative Litigation in the City of Buenos Aires upheld the trial judgment which had found in favor of the plaintiff and held that the law was unconstitutional, also stating that the plaintiff's standing to sue did not exclude collective impact in light of article 43(2) of the Argentine Constitution, so the judgment entered in such conditions should “benefit all users who had not been involved in the action.”

The Argentine Government lodged an extraordinary appeal against that decision based on the effect against third parties that the court of appeals gave to their judgment.

Decision

A majority opinion by the Supreme Court upheld the judgment finding in favor of the *amparo* action filed. The Court considered that the action filed can be taken as an exercise of collective-impact rights relative to homogeneous individual interests and that the provisions of Law No. 25873 and its regulatory decree violate the rights established under articles 18 and 19 of the Argentine Constitution to the extent that they authorize the tapping of telephone and Internet communications without determining in which situations and with which grounds that may be effective.

It also gave the decision effects with respect to everyone based on the very nature of the collective action, in light of the significance of the rights involved in the case.

Justices Petracchi, Argibay, and Fayt, in turn, issued dissenting opinions against the legal basis of the extraordinary appeal.

Standards

(1) In connection with the standing to sue, there are three categories of rights: individual rights, collective-impact rights with collective interests as subject matter, and collective-impact rights relative to homogeneous individual interests. In every situation it is essential to corroborate that there is a “case” (article 116, Argentine Constitution) as an action aimed at merely controlling the legality of a provision cannot be admitted.

(2) The general rule in connection with the standing to sue is that rights over individual legally-protected interests are

exercised by the holder of the interest. This category of rights is covered by the first paragraph of article 43 of the Argentine Constitution, on which the traditional *amparo* action is based, created by this Court in well-known precedents “Siri” and “Kot” (*Fallos*: 239:459 and 241:291, respectively) and later enshrined in the legislation. This action is aimed at protecting divisible, non-homogeneous rights and is featured by the search for remediation of an essentially individual damage for each of the affected parties.

(3) In turn, collective-impact rights refer to collective interests (article 43, Argentine Constitution) which are exercised by the Argentine Ombudsman, any associations representing the collective interest, and the petitioner.

There are two distinguishing elements which are prevailing. First, the petition must be aimed at the protection of a collective interest, which happens when the interest corresponds to the entire community, it is indivisible and cannot admit any exclusion whatsoever. This is why only an extraordinary standing to sue is recognized to strengthen its protection, but under no circumstance is there a right to individual appropriation of the interest, as what is at stake is not an individual right. This is not only about the existence of multiple individuals, but of a right which, as the environment, is of a collective nature. It is necessary to specify that these rights are not held by an indeterminate number of persons, as that would entail that if the individual is determined in the process that individual would be the holder of the right, which cannot be admitted. There is also no community in the technical sense, as that would entail the possibility of seeking the termination of the joint-holder regime. These rights are not individual in nature, but social and cannot be divided in any way.

Second, the claim must be focused on the collective-impact of the right. This is so because the harm to these types of rights may have an impact on individual assets, as in the case of environmental damage, but this action pertains to the holder of the right and is concurrent with the first one.

In this kind of cases, the evidence of the case or dispute has to do with the harm on rights on the collective interest and not the assets of the petitioner or any parties represented by the petitioner. It could be alleged, therefore, that the protection of collective-impact rights over collective interests pertains to the Ombudsman, associations, and the affected persons, and that such protection must be differentiated from the protection of individual rights, whether monetary in nature or not, for which there is a sphere of availability around the holder of the right.

(4) The Argentine Constitution includes a third category under the second paragraph of article 43, which is the category made up by collective-impact rights relative to individual homogeneous interests. That would be the case of personal or monetary rights resulting from harms to the environment and competition, consumer rights, and rights of discriminated people.

In these cases there is no collective interest, as the rights affected are individual rights which are absolutely divisible. However, there is a single, continued event causing the harm in all of them, and therefore an homogeneous factual cause is identifiable. That piece of information has legal relevance because in those cases the proof of the requirements of the claim is common to all those interests, except for the damage individually suffered. There is factual and normative homogeneity which leads to the consideration that a single action with expansive effects of the decision with *res judicata* effects is reasonable, except for the evidence of the harm.

(5) Given the lack of legal regulation, it is appropriate to state that the constitutional provision is clearly operative and the courts are obliged to make it effective when clear evidence is furnished regarding the violation of a basic right and its holder's access to justice. As this Court has held, where there is a right there is a legal remedy to enforce it whenever such right is violated. This principle has resulted from the *amparo* action,

as constitutional guarantees exist and protect individuals for their mere presence in the Constitution and regardless of any regulatory rules, whose limitations cannot be an obstacle for the effective validity of such guarantees.

(6) The success of these actions requires that there be a common factual basis, a procedural claim focused on the collective aspect of the effects of this event and the verification that the individual exercise is not fully justified. Notwithstanding the foregoing, these actions will also be successful when, even if individual rights are involved, there is a strong governmental interest to protect such rights, whether due to their social relevance or because of the specific characteristics of the sectors affected.

(7) A collective action cannot be restricted because there is no rule ranking lower than the Constitution providing for a suitable procedural way to make it effective. It is undeniable that a dynamic interpretation of the Constitution, going further than the strict reading of its provisions, entails the possibility of finding suitable remedies for each of the circumstances the Constitution foresees. The Constitution, which is the law of all laws and is the basis of the entire positive legal order, is versatile enough to govern any legal relationships which were created in social circumstances other than those existing when the Constitution was enacted. This progress of constitutional principles, based on natural development and not opposition, is the genuine work of interpreters, especially judges, who must enshrine the interpretation which best secures the great aims for which the Constitution was enacted.

(8) The extraordinary appeal lodged against the judgment finding in favor of the *amparo* action filed by a lawyer (alleging that the provisions of Law No. 25873 and its regulatory decree No. 1563/04 violate the rights enshrined under articles 18 and 19 of the Argentine Constitution) has no legal basis. This is because, as there are no arguments as to how the effects of the judgment could be restricted

to the specific case without violating the protection of the alleged privacy, there is no direct and immediate relationship between what has been decided in this case and the restrictive interpretation of the scope of article 43 of the Argentine Constitution proposed by the appellant (partially dissenting opinion of Justices Petracchi and Argibay, and partially dissenting opinion of Justice Fayt).

Opinions

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI; ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI AND CARMEN M. ARGIBAY (PARTIALLY DISSENTING OPINION); CARLOS S. FAYT (PARTIALLY DISSENTING OPINION).

*Freedom of Speech,
Right to Honor,
Privacy, and Actual
Malice Standard*

*Freedom of Speech, Right to
Honor, Privacy, and Actual
Malice Standard*

“Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros”

June 24, 2008

Fallos: 331:1530

Introductory Note

Some members of the Medical Examiner Team of the Argentine Judiciary in the City of Buenos Aires filed a complaint against a newspaper and a journalist seeking that they be ordered to pay damages for the alleged harm caused by their publications.

They understood that some pieces of news and an editorial questioned their professional performance, especially in connection with criminal cases due to the death of a patient.

Plaintiffs considered that their constitutional rights to honor and privacy had been violated, that the publications had been inaccurate and that they were being victims of a persecution and defamation campaign and that the newspaper and the journalists, instead of informing, had taken an open

stance about the issue, with the purpose of raising suspicion about their professional practice.

The Court of Appeals on Civil Matters in and for the City of Buenos Aires, in upholding the trial judgment found in favor of the plaintiffs as against the newspaper and dismissed it as against the journalist.

Against that decision the newspaper filed an extraordinary appeal before the Supreme Court.

Decision

The Court pointed out that the rights in conflict in the case were, on the one hand, the right to freedom of speech, information, and press, and, on the other hand, the right to honor and reputation.

The Court considered that the text of the newspaper's editorial could not create liability for the newspaper sued and, therefore, that the decision appealed against amounted to an undue restriction to freedom of speech.

The Court reversed the decision and rejected the complaint.

Standards

(1) While it is true that among the freedoms enshrined in the Argentine Constitution the freedom of press is one of the most important freedoms, to the point that without its appropriate protection there would only be a deteriorated or merely nominal democracy, under certain circumstances, the right to freedom of speech does not protect those who commit torts against the reputation of others.

(2) When the information is about public officers, public figures, or private individuals who have been involved in public affairs and if the news contain false or inaccurate expressions, the persons who consider themselves affected

must demonstrate that the person who made the expression or charge was aware of the false nature of the news and that such person acted knowing the falseness of the news or with reckless disregard for the truth thereof.

(3) The principle of actual malice, as opposed to the truth test, does not operate based on the objective truth or falseness of statements, as it is operative when it is already accepted that the truth of the statements was not possible to be established, is mistaken or even false. For actual malice to apply, it is important to take into account for discussion and evidence purposes the knowledge that the journalist or outlet had (or should have had) about that falseness or possible falseness.

(4) The specific content of the subjective factor included in the concept of actual malice—awareness of the falseness or reckless disregard for possible falseness—cannot be considered proven by a mere presumption; instead, it must be established with evidence by the one who files suit against the journalist or media.

(5) There cannot be any liability for criticism or dissidence, even if expressed fervently, as any plural and diverse society needs democratic debate, which is built upon opinions with the aim of social peace.

(6) As the editorial of the newspaper sued aimed at discussing a public-interest issue, the difference between facts and opinions is legally relevant to establish what type of rule should be applied to adjudicate civil liability. In the first case the doctrine of actual malice will be applied, but in the case of critical opinions—which are not true or false—the weighing standard is applied based on the imperative public-interest standard (Justice Highton de Nolasco, separate opinion).

(7) Opinions, ideas, value judgments, hypothetical judgments or speculations, as opposed to facts, given their abstract nature, are not subject to true-or-false statements. It is not appropriate to apply a liability standard which takes them for granted, and only an imperative public interest may justify

the imposition of sanctions for the author of such judgment value when the affected person is a public officer or figure (Justice Highton de Nolasco, separate opinion).

(8) Regarding aggressive opinions, ideas, or value judgments with respect to the reputation and honor of others it is only possible to take as an object of legal sanction the use of improper words, i.e. the form of expression and not its content, as content in itself, to the extent that it amounts to opinion, is absolutely free, and it is not enough to search for the literal meanings of the terms used. Terms must be interpreted in light of ordinary terminology in the context in which such terms were expressed, and the weighing standard must be the absence of strictly and undoubtedly derogatory statements which lack any connection with the ideas or opinions being expressed (Justice Petracchi, separate opinion).

(9) The defamatory nature of the terms of the editorial under analysis does not exceed the tolerance level to be expected from a public officer working at the Medical Examiner Team when criticized in their sphere of public activity, especially when the events were broadly covered in other national media, so the decision holding the newspaper liable is an improper restriction of freedom of speech discouraging the public debate of general-interest issues and must be reversed (Justice Maqueda, separate opinion).

Opinions

RICARDO LUIS LORENZETTI, CARLOS S. FAYT, E. RAÚL ZAFFARONI, CARMEN M. ARGIBAY, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (SEPARATE OPINION), ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SEPARATE OPINION), JUAN CARLOS MAQUEDA (SEPARATE OPINION).

*Pension and
Constitutional Rights*

Pension and Constitutional Rights

“Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS”

“Badaro” (I)

August 8, 2006

Fallos: 329:3089

Introductory Note

A pensioner lodged an appeal for the mobility of his pensions as recognized by the court of appeals, alleging that such mobility was ineffective because the pension could not reach an adequate level. The plaintiff maintained that his pension had been confiscated and sought a more advantageous interest rate.

Decision

The Court recognized that it could not be ignored that the changes in conditions since 2002 resulted in significant variations in all the indicators which may be used to analyze the maintenance or decrease in the level of life of this pensioner,

and that a process for the recovery of salaries had been taking place which was not reflected in pensions.

The Court held that none of the measures applied to the pension collected by the plaintiff, so there was a lack of correction to compensate for the damage suffered.

The Court reversed the judgment appealed against and ordered that the content of its judgment be communicated to the Argentine Executive and the Congress so that, within a reasonable term, they may adopt any measures established therein.

Standards

(1) Article 14 *bis* of the Argentine Constitution guarantees the mobility of pensions, leaving the calculation method at the discretion of legislators, but the regulation must be reasonable and cannot ignore the right of beneficiaries to decent subsistence, consistent with the level of life they enjoyed during their working life.

(2) Budget laws (Nos. 24447, 24624, 24764, 24938, 25064, 25237, 25401, 25565, 25725, 25827, and 25967) do not contain any provision to update pension amounts and have not pointed to the existence of serious general-interest reasons which prevent any such updating, aspects which could be questioned by the plaintiff to the extent such increase is necessary to maintain a proper level of his benefit.

(3) The decrees which considered the serious economic and social crisis and with the intended purpose of serving first the most urgent needs, securing for its addressees the essential resources for their subsistence, can never lead to the validation of an indefinite delay for the people who earn the lowest pensions, or to the admission of the degradation of their pension, as the array of powers recognized to organize the system has to be understood conditional upon the exercise within reasonable limits, i.e. so that social security rights are not affected in a substantial manner.

(4) The policy of approving increases for the lowest pensions results in the flattening of the pension scale and in that those who contributed in proportion to their higher income increasingly go closer to the minimum benefit. This puts in an equal situation those who have made differentiated contributions and deprives them from collecting in accordance with their contributory effort.

(5) The constitutional mandate of mobility is mainly aimed at the lawmaker, who is the one to set the limits in consistency with the reality, through regulations with clear limits. The lawmaker cannot alter the mandate (article 28), but has to give it the scope and meaning given in the text that has stated the mandate and provides for its effectiveness. Any changes in the circumstances may result in that the legal solution, correct from the beginning, becomes unreasonable. When that happens, the performance of the guarantee at play also relates to the remaining branches of power, which shall give priority to the protecting spirit underlying such provision, within the scope of their jurisdiction and the framework of the different forms of justice.

(6) The lawmaker is not only entitled but required to establish the specific content of the pension mobility constitutional guarantee, considering the special protection given by the Constitution for social rights, as its article 75(19) and (23) requires the Congress to do everything needed for human development and economic progress with social justice. For that end, the Congress must legislate and promote affirmative action measures guaranteeing the full enjoyment of recognized rights, especially for the elderly. This rule forbids any practice resulting in the impact on such rights.

Opinions

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, CARLOS S. FAYT, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI, RICARDO LUIS LORENZETTI, CARMEN M. ARGIBAY.

“Badaro” (II)¹

November 26, 2007

Fallos: 330:4866

Introductory Note

After the other judgment by the Court in the case ordering to postpone the decision on the validity of the mobility system for a term that would be sufficient to enact the remaining provisions and the communication of the decision to the Executive and the Legislature, the pensioner made new claims.

He questioned the constitutionality of Budget Law No. 26198, alleging that such law was inconsistent with the guidelines set by the Court in connection with the coverage and scope of the mobility guarantee.

Decision

The Court considered that the mandate to establish the specific content of the pension mobility guarantee was not observed by the Congress as required under article 14 *bis* of the Argentine Constitution.

Considering that the only increase in the pension of the pensioner which had been ordered was insufficient to repair the degradation of such income, the Court found that the applicable mobility scheme was unconstitutional and ordered the adjustment of such benefit.

Standards

(1) The Argentine Constitution has recognized the right to mobility not as an empty statement that can be filled by

¹ See p. 91.

the lawmaker in any way, but it must be fully effective, i.e. it must ensure for beneficiaries the maintenance of a level of life consistent with the position they had during their years of work.

(2) As the only increase in the pension of the plaintiff during the period analyzed is insufficient to compensate for its degradation, it is appropriate to hold that the applicable mobility scheme is unconstitutional, that it must be replaced, and that any pertaining differences must be paid.

(3) As pensions have a connection with the average of salaries earned during a lifetime, they must be adjusted to adequately satisfy their substitutive nature, which entails deciding this issue by using the general salary index prepared by the Argentine Institute of Statistics and Census.

(4) The enactment of a law establishing permanent application guidelines ensuring the constitutional purpose would contribute to securing more legal certainty. This is so because a prudent regulation of the mobility guarantee, in addition to facilitating the annual debate on the allocation of resources and avoiding the use of discretionary powers, would allow to reduce litigation in this matter, which has affected the rights of petitioners and the proper operation of the Judiciary.

Opinions

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, CARLOS S. FAYT, ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI.

*Environmental
Law, Biodiversity,
Damages Caused by
River Contamination,
Prevention, Clean-up,
and Remediation*

*Environmental Law, Biodiversity,
Damages Caused by River
Contamination, Prevention,
Clean-up, and Remediation*

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional
y otros”

June 20, 2006

Fallos: 329:2316

Introductory Note

A group of seventeen people, exercising their own rights and some of them rights in representation of their minor children, filed a complaint before the Supreme Court of Justice in its original level of jurisdiction against the Argentine Government, the Province of Buenos Aires, the Government of the City of Buenos Aires, and forty-four companies with industrial activities in the adjacencies of the Matanza-Riachuelo Basin for the damage they alleged had caused the environmental contamination of the Matanza-Riachuelo River.

The case involved complex matters. On the one hand, the sources of contamination were many. On the other hand, there was the political division of the territory. In addition, at play was the protection of a collective interest, representing different levels: the absolute prevention of future damage, as this was about continuing acts which were causing contamination; the remediation of environmental pollution, and, in the case of irreparable damage, the compensation thereof.

Decision

On June 20, 2006 a majority opinion issued by the Court declared that the Court had competent jurisdiction to hear in its original instance the claim relative to the collective-impact interest, i.e. the environment, but also found that individual claims were alien to that instance.

The Court decided to apply the case-management powers recognized under article 32, Law No. 25675 (General Environment Act) and therefore to require the companies sued to inform within 30 days any waste disposed of at the Riachuelo and their waste treatment systems. The Court also required the Government, including all levels, to submit a plan for the environmental structuring of the territory, and the plaintiff was required to submit further information supporting her claim.

On July 8, 2008¹ the Court issued a judgment finding that the Argentine Government, the Province of Buenos Aires, and the City of Buenos Aires were responsible to implement any appropriate remediation actions and works, and the term to execute such tasks under the environmental remediation program for the basin, paving the way for imposing sanctions in the event of breach.

The judgment forced the Basin Authority (ACUMAR) to comply with a program aimed at improving the quality

¹ Published in *Fallos*: 331:1622.

of life of inhabitants at the basin; the remediation of the environment (water, air, and soil), and the prevention of damage with sufficient degree of foreseeability.

Citizen participation was also authorized to control the plan and program established, and the National Ombudsman was charged with the coordination of such participation.

Standards

(1) The section incorporated by the 1994 reform in article 41 of the Argentine Constitution, located in a new chapter of the dogmatic part called “New Rights and Guarantees” establishes that “All inhabitants have the right to a healthy, balanced environment which is apt for human development and for productive activities to satisfy the needs of future generations, and they have the duty to preserve such environment. Environmental damage will mainly result in the obligation to remediate, as established under the law.”

(2) The recognition of constitutional status to the right to enjoy a healthy environment, as well as the express and typical provision regarding the obligation to remediate any environmental damage are not mere wishes and proposals for future generations, subject to a discretionary decision by public powers, whether federal or provincial, but the specific and positive decision by the drafters of the 1994 Constitution to list and give the highest ranking to a preexisting right, which faced with the supremacy under article 31 of the Argentine Constitution and the powers ruled under article 116 of this Constitution for the federal jurisdiction, maintain the intervention of this exceptional jurisdiction in any matters in which the impact is beyond one of the federate states and to pursue the protection sought by the Constitution.

(3) Article 7 of Law No. 25675 establishes the federal jurisdiction when the subject matter is the degradation or contamination of interjurisdictional environmental

resources, which is verified in this case to the extent that, on the one hand, more than one governmental jurisdiction is involved. On the other hand, two of the claims filed consider such factor to assign jurisdiction: the degradation or contamination of environmental resources in pursuing the reparation and remediation of the collective-impact damage, which is the only one regulated and reached by this special status.

(4) To protect the collective interest, the prevention of future damage is of utmost importance, as these are continuing acts which will continue to cause contamination. The second aim is to pursue the remediation of the environment already caused under the mechanisms established by the law and, in the event of irreversible damage, compensation must be discussed.

(5) The protection of the environment entails compliance with the duties citizens have regarding the care of rivers, diversity in flora and fauna, adjoining soils, and the atmosphere. These duties correspond to the rights citizens have to enjoy a healthy environment, for themselves and future generations, because the damage caused by an individual to the collective interest is being inflicted on himself.

(6) The improvement or degradation of the environment benefits or affects the entire population—as a collective-impact interest—, because it belongs to the society and goes beyond the individual. This is why the courts must be aggressive in enforcing constitutional rights relative to this subject matter—under article 41 of the Argentine Constitution.

(7) According to the principle that the reparation and prevention of damage against the environment require the issue of urgent, final, and effective decisions, the judgment of the Supreme Court of Justice decides in a final manner these aspects of the claim, orienting the decision to the future and setting general standards to effectively comply with the purpose stated, but respecting the way in which

that is made effective, which corresponds to the discretion sphere of the Government.²

(8) The order given by the Supreme Court of Justice is a compulsory mandate for defendants, with the precisions arising from the pertaining grounds in the decision and whose content is decided by the Court using the powers under the Constitution and the General Environment Act.³

Opinions

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, RICARDO LUIS LORENZETTI, CARMEN M. ARGIBAY, CARLOS S. FAYT (SEPARATE OPINION).

² Judgment of July 8, 2008 published in *Fallos*: 331:1622.

³ *Idem*.

*Crimes Against
Humanity, Forced
Disappearance,
Principle of non
Applicability of
Statutory Limitations*

*Crimes Against Humanity,
Forced Disappearance,
Principle of non Applicability
of Statutory Limitations*

“Simón, Julio Héctor y otros”

June 14, 2005

Fallos: 328:2056

Introductory Note

A member of the Argentine Federal Police and member of a task group reporting to the Argentine Army First Squad who was part of the clandestine repression system (1976–1983) was charged with crimes against humanity, particularly kidnapping, torture, and false imprisonment, aggravated by having been committed against targets of political persecution.

Against that, the accused asked for the application of the benefit under the laws of Clean Slate (Law No. 23492) and Due Obedience (Law No. 23521). The accused alleged that a criminal-law rule (the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons) was applied retroactively

with the result of eliminating the benefits of the statute of limitations against the action and the punishment. He also added that the guarantees in the Argentine Constitution cannot be altered for the sake of general principles recognized by the international community.

Decision

The Court, in different opinions, held that the laws of Due Obedience and Clean Slate were unconstitutional and at the same time upheld the validity of Law No. 25779 considering that such laws are absolutely null and void.

The Court also held that laws Nos. 23492 and 23521 have no effects, and found the same regarding any acts based on them which may be against any procedures filed against or the prosecution and possible conviction of perpetrator, or hindering in any way investigations made through the proper means and within the scope of their pertaining jurisdiction, for crimes against humanity committed in the territory of the Argentine nation.

Justice Fayt issued a dissenting opinion.

Standards

(1) The progressive evolution of international law of human rights—with the ranking established by article 75(22) of the Argentine Constitution—no longer authorizes the Government to take decisions based on considerations of this nature, the consequence of which is the withdrawal of the criminal prosecution of crimes against humanity, in favor of a pacific social coexistence supported by the forgiveness of events of that nature (Justice Petracchi, separate opinion).

(2) The laws of Due Obedience and Clean Slate which were intended to leave behind the confrontation between “civilians and the military,” as any other amnesty, aim at

“forgetting” serious human rights violations, are inconsistent with the provisions of the American Convention on Human Rights and the International Pact on Civil and Political Rights, and therefore cannot be constitutionally tolerated (article 75(22), Argentine Constitution) (Justice Petracchi, separate opinion).

(3) When the nation ratifies a treaty signed with another state, the nation undertakes to have its administrative, judicial, and legislative bodies apply the treaty to any situations foreseen by the treaty, provided that it contains sufficiently specific descriptions of factual assumptions enabling its immediate application, a duty which is particularly significant in cases such as this one where public-action crimes are at stake, in which the Government has the legal, non-delegable, and inalienable obligation to investigate (Justice Petracchi, separate opinion).

(4) The progressive development of international law of human rights imposes, in the current stage of the accelerated awakening of the legal awareness of states, to investigate any events resulting in violations of those rights, to identify the perpetrators, punish them and adopt any domestic law provisions which are necessary to secure the performance of this obligation, so as to avoid impunity and guarantee the free and full exercise of the rights of the people subject to their jurisdiction (Justice Petracchi, separate opinion).

(5) Cases decided by the Inter-American Court of Justice, as well as the guidelines of the Inter-American Commission, are an essential guide to interpret the duties and obligations established in the American Convention on Human Rights, so the provisions of amnesty and statute of limitations cannot be admitted as they are key matters in their judgments, whose purposes cannot be ignored.

Therefore, neither the prohibition against the retroactive application of the most serious criminal law or *res judicata*, as established by the Inter-American Court of Justice, may

become obstacles to nullify laws of clean slate and due obedience or to reopen any cases which terminated based on them, or any other case which should have been opened and has never been opened (Justice Petracchi, separate opinion).

(6) The circumstance that laws such as the law of Clean Slate and the law of Due Obedience may be qualified as “amnesties” has lost any relevance as regards legitimacy because, to the extent such rules hinder the clarification and effective punishment of any acts against rights recognized in the treaties signed by Argentina, they prevent the observance of the guarantee duty undertaken by the Argentine state *ius cogens*, and cannot be admitted (Justice Petracchi, separate opinion).

(7) In order to observe any human rights international treaties, the nullification of the laws of Clean Slate and Due Obedience cannot be delayed anymore and must be done in a way that no normative obstacle may be derived from them for the prosecution of events such as the ones subject to this case.

This means that the persons who were benefitted by such laws cannot invoke the prohibition against the retroactive application of the most serious criminal law or *res judicata*. As established by the Inter-American Court, such principles cannot become an obstacle to annul such laws or to prosecute any cases which were closed by virtue of their provisions, or any other case to be opened or which had never been opened (Justice Petracchi, separate opinion).

(8) The original intention of Law No. 25779—declaring the incurable nullity of the laws of Due Obedience and Clean Slate—was to try to observe human rights international treaties by eliminating anything that could be considered an obstacle for the Argentine courts to duly investigate any events covered by the void laws, and thus compensate for the violation of international law that they continue to represent (Justice Petracchi, separate opinion).

(9) The principle of the non-application of the statute of limitations, enshrined in the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, as part of the constitutional structure of the nation is part of the public-law principles of the Constitution (Justice Boggiano, separate opinion).

(10) Crimes against international law, humanity, and public international law which, due to their seriousness, violate international order, may be even tried beyond the country where the crimes were committed, provided that such crimes against international law may be the basis of the universal jurisdiction of any state according to international custom for the violation of an *ius cogens* rule and consistently violate international law (Justice Boggiano, separate opinion).

(11) The forced disappearance of persons is not only a violation of the right to life, but also a crime against humanity. Such conducts are based on that they are against the person or its dignity, where the individual is no longer relevant, only to the extent that such victim is a member of a collective victim target of the crime.

It is precisely because of this that the international community has undertaken to eradicate crimes of this type, as they deserve such reprobation in universal awareness in violating basic human rights that no convention, pact, or any other positive rule may repeal, exhaust or dissimulate with any kind of distraction. The Argentine nation has clearly stated its will to inalienably observe these rights and has recognized the most basic principle according to which these events kill the spirit of our Constitution and are inconsistent with *ius cogens*, as imperative international law (Justice Boggiano, separate opinion).

(12) The qualification of crimes against humanity is subject to the principles of *ius cogens* of international law and no statute of limitations applies to such crimes (*Fallos*: 318:2148). This is a principle deriving both from international law custom

and conventions, the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, and the Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons. To sum up, statutory limitations have never applied to crimes against humanity in international or Argentine law (Justice Boggiano, separate opinion).

(13) The laws of Clean Slate (No. 23492) and Due Obedience (23521) in connection with crimes other than crimes against humanity do not apply to this case and, on the contrary, such laws are irremediably unconstitutional to the extent they may put an end to the prosecution of crimes against humanity (Justice Boggiano, separate opinion).

(14) The principle of the non-applicability of statutory limitations of criminal law has been relative. This principle is effective when the new law is stricter, but not when it is more benign. Thus, the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity recognizes a logical connection between non-applicability of statutory limitations and retroactivity. In the event of conflict between the principle of irretroactivity favoring the perpetrator of the crime against *ius gentium* and the principle of apparent retroactivity of conventions on non-applicability of statutory limitations, the latter must prevail, as it is inherent in any imperative *ius cogens* rules, i.e. justice rules which are so evident that could have never darkened the legal conscience of humanity (Justice Boggiano, separate opinion).

(15) The rule of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity specifically establishing its retroactive application in saying that “no statutory limitation shall apply to the following crimes, irrespective of the date of their commission” now has constitutional value and ranking, and given its specificity regarding the crimes considered it has a different and particular material sphere regarding the general rule of statutory limitation on other crimes.

Both rules have the same constitutional ranking and, therefore, special non-applicability of statutory limitations only apply to crimes considered in the Convention cited, which does not rank below the Constitution, but at the same level.

The principle of the non-application of the statute of limitations enshrined in that Convention, in having constitutional ranking, is part of the set of public-law principles of the Constitution (Justice Boggiano, separate opinion).

(16) The irrebuttable presumption established in the due obedience law entailed encroachment by the Legislature on the functions that pertain to the Judiciary (article 116, Argentine Constitution). Its enactment left certain legally-protected interests of some inhabitants unprotected, such as life and freedom, as opposed to the rest of the legally-protected interests of the population. This way, murder and other crimes against thousands of individuals went unpunished for a certain period of time (1976 to 1983), which gave rise to a special category of persons who had no right to the protection of the most sacred interest—human life.

The Clean Slate Law must be considered an undercover amnesty law, not only because of the intended purpose disclosed by the Executive to enact it which was the “consolidation of social peace and national reconciliation,” but also because the scope of application of the rule covered events from the past.

Both laws denied any involvement to victims and their families to resort to the courts with the purpose of seeking the clarification and criminal punishment of any perpetrators. This forced victims and their families to go for alternative paths, such as seeking the recognition of the “right to the truth,” the rights to identify corpses, to receive compensations, but they were denied any standing to sue in court for punishment against the perpetrators, even if they were the directly affected parties.

The enactment and validity of such laws, to the extent they restricted any investigations required to identify perpetrators

and aiders and abettors of serious crimes committed during the *de facto* administration (1976–1983) and the application to them of any relevant criminal sanctions, clearly violated the American Convention on Human Rights and the International Pact on Civil and Political Rights (Justice Maqueda, separate opinion).

(17) The qualification of crimes against humanity is connected with the non-applicability of statutory limitations on these types of crimes, as established in the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, adopted by the United Nations Assembly, Resolution 2391 (XXIII) of November 26, 1968 passed by Law No. 24584.

Such non-applicability of statutory limitations is connected with the obligation of national Governments to adopt measures to prosecute these crimes with the resulting duty not to impose any legislative restrictions to the punishment of the perpetrators of such events, and the principles used domestically to justify that concept do not apply to crimes against humanity, as the non-applicability of statutory limitations of these egregious crimes works, in a way, as a security proviso, to avoid that the rest of the mechanisms adopted by international law and domestic law be ignored by the mere passing of time (Justice Maqueda, separate opinion).

(18) The international system for the protection of human rights is intended to exclude certain criminal acts from the legitimate exercise of governmental functions and is essentially based on the required protection for the very dignity of man.

The denial to prosecute criminal actions for crimes against humanity evidently entails a departure from those principles and entails going outside the normative framework chosen by civilized nations since the creation of the United Nations. The incorporation of these rights to universal positive law since the Universal Declaration of Human Rights and any subsequent conventions for the protection of human rights have entailed

the recognition of this essential nature of protection of human dignity (Justice Maqueda, separate opinion).

(19) Discretionary decisions by any of the branches of Government diluting the effective remedies citizens can resort to for the punishment of such type of crimes are not acceptable (Justice Maqueda, separate opinion).

(20) Law No. 25778 gave constitutional ranking to the Convention of Non-Applicability of Statutory Limitations on War Crimes and Crimes Against Humanity and, therefore, added to the duty to impose punishment pertaining to the courts the presence of a positive, international law rule restricting the possibility of considering that a criminal action may be deemed finished by non-applicability of statutory limitations regarding crimes against humanity (Justice Maqueda, separate opinion).

(21) The enactment and validity of the due obedience and clean slate laws clearly violate the American Convention on Human Rights and the International Pact on Civil and Political Rights as they restrict any investigations necessary to identify the perpetrators and aiders and abettors of serious crimes perpetrated during the last *de facto* administration and to punish them with any pertaining criminal sanctions (Justice Maqueda, separate opinion).

(22) It is appropriate not only to find that the due obedience and clean slate laws are unconstitutional, but also that they are unenforceable and by virtue of the provisions of Law No. 25779 any direct effect resulting therefrom must be cancelled, which is an obstacle to prosecute crimes against humanity committed in the territory of the Argentine nation (Justice Zaffaroni, separate opinion).

(23) The enactment of Law No. 25779—the effects of which are imposed by international mandate—entailed the elimination of all questions with respect to the effects of due obedience and clean slate and permitted criterion consistency in the entire territory and in all jurisdictions, solving any

problems which could arise as a result of the difference of opinions in the diffuse judicial review method applicable in the country (Justice Zaffaroni, separate opinion and Justice Lorenzetti, separate opinion).

(24) Notwithstanding this, it is appropriate to ratify that laws found to be null are unconstitutional and to hold that any direct effects deriving from them or the acts based on them are cancelled which are an obstacle for the prosecution of crimes against humanity committed in the territory of the Argentine nation, so that there are no doubts about the possibility that any country may invoke the universal principle and claim the prosecution of these crimes in a foreign jurisdiction. This way, the country is reassuming its full sovereignty and, therefore, the exercise of jurisdiction as a feature of sovereignty (Justice Zaffaroni, separate opinion).

(25) The Argentine Congress had no authorization to enact due obedience or clean slate laws. In having done so, the Congress has not only violated constitutional principles, but also international human rights treaties, which resulted in a system of impunity in connection with crimes considered as crimes against humanity. That system of impunity entails a certain and specific possibility of holding the Argentine Government liable at the international level.

Both laws also violate the principle of equality before the law, as they entail an exceptional procedural treatment for subjects covered and simultaneously deprive victims or their families from the possibility of resorting to the courts to seek the prosecution and punishment of the perpetrators of the crimes against them (Justice Highton de Nolasco, separate opinion).

(26) The irrebuttable accusation presumption under article 1 of the law of Due Obedience entails a blatant violation of the separation of powers, as the Legislature has encroached on powers which pertain to the Judiciary in imposing a given interpretation of the events they had to decide on. The

Legislature has prevented courts from exercising their own and exclusive powers to try the circumstances of the cases and determine in each specific case if the situations mentioned by the law were present, without admitting evidence to the contrary (Justice Highton de Nolasco, separate opinion).

(27) Law No. 25779 declaring that Laws Nos. 23521 and 23492 are “incurably null” is constitutional as legislators have mainly intended to cure such defect and duly discharge any obligations assumed under international human rights treaties, removing anything which could be a normative obstacle to make progress in the investigation and punishment of crimes against humanity (Justice Highton de Nolasco, separate opinion).

(28) Due obedience and clean slate laws violated any and all rights recognized under the American Convention on Human Rights and the Pact on Civil and Political Rights, which entails that not only international obligations undertaken in the American regional sphere have been ignored, but also international obligations. Therefore, it is appropriate to deprive such laws from any effects with regard to any obstacles they may impose for the investigation and regular scope of actions for crimes against humanity committed in the Argentine nation (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(29) Crimes against humanity should not be pardoned. These crimes *cannot* and *should not* be forgotten. This statement is part of our Argentine Constitution (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(30) The clean slate law has a clear purpose which, considering its effects, may be framed within the concept of amnesty.

Amnesty laws have a moral limit, and such limit is the impossibility of pardoning crimes against humanity. If the intention is to force to “forget” and forgive the offenses against the deep meaning of what it understood as human, if atrocious crimes go unpunished, society has no promising future, as its moral bases would be contaminated.

The due obedience law enshrines defenses against criminal liability for those who have acted following orders clearly recognizable as unlawful, which is against principles deeply rooted in a long legal tradition which nowadays has constitutional ranking.

However, the Constitution includes an ethical-behavior rule which is a frontier that must be observed by those who receive this kind of orders and by the lawmaker intending to legitimize such orders.

None of the two declarations of unconstitutionality amount to violation of the principle that an action cannot be punished unless there is a prior law criminalizing the conduct, as crimes against humanity have always been part of the legal order and were recognizable by an honest person acting based on the principles of the rule of law (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(31) Law No. 25779 clearly shows an effort made by the Argentine nation to observe international rules which the country had undertaken. The purpose of the Argentine Congress is undoubtedly praiseworthy in this respect, and so is the argumentative effort of lawmakers in the grounds for the law, in an overwhelming coincidence of opinions. It has been stated that nothing prevents the Congress from revising its own acts and the need to observe international standards has been alleged. Those international standards arise from the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations on War Crimes and Crimes Against Humanity passed by Congress, with the purpose of exerting general and preventive control with regard to the unconstitutionality of rules, with a clear understanding that the Judiciary is the body which has to decide on the unconstitutionality in a specific case. All in all, the Government's duty to introduce any necessary modifications to secure the discharge of any obligations assumed has been observed (Justice Lorenzetti, separate opinion).

(32) In criminal actions for crimes against humanity, the defendants cannot oppose the investigation of the truth and the prosecution of perpetrators through peremptory defenses, except when it is impossible to conduct a trial (death of the accused) or when the accused has already been acquitted or convicted (*res judicata*).

Therefore, if courts, at the initial stage of the proceedings, had qualified the events as crimes against humanity and immediately thereafter had declared that the action was extinguished due to the application of the statute of limitations or amnesty, they would have been evidently inconsistent with the very foundation of their judgment and, therefore, would have notoriously violated international criminal law (Justice Argibay, separate opinion).

(33) The amendment of legal rules on the statute of limitations does not violate the principle of criminal liability, as it does not entail any change in the unlawfulness framework that the perpetrator could have considered when performing the conducts under investigation. In other words, there cannot be a conviction based on actions which were lawful when they were committed, and higher punishments will not be imposed (Justice Argibay, separate opinion).

(34) The statute of limitations on criminal action is not an expectation that the perpetrator of the crime may consider at the moment of the events, especially not as a constitutional guarantee. The exhaustion of public interest in criminal prosecution, which is the basis to terminate the right to bring a criminal action, depends on the application of the sentence deserved by the perpetrator under law. It is absurd to assert that the perpetrator of a crime may acquire, at the moment of commission, an expectation guaranteed in the Constitution to that loss of interest in the application of punishment (Justice Argibay, separate opinion).

(35) In crimes against humanity, the Argentine Government has disclaimed exclusivity of the interest in criminal prosecution

to be the representative of the international community's interest, which cannot be barred by the statute of limitations (Justice Argibay, separate opinion).

(36) Clean slate and due obedience laws can only be repealed with effects for the future, and there cannot be a modification or impact on any situations which existed before the entry into force of the repealing act (Law No. 25779).

Actually, the normal effectiveness of repealing rules is only with respect to situations created after such rules are enacted and cannot have retroactive effects because they do not regulate the conducts of individuals accordingly, they only have effects for the future, as those rules are rules for the application of other rules. The general principle of non-retroactive effects of repeal is for authorities, as its purpose is to avoid any abuse which may be caused by the nullification of any acts validly created beforehand. This is why repealing a regulation, in addition to preventing the application of the regulation for the future, preserves its connection with the legal system without affecting any situations already created.

The only way to deprive a law from retroactive effects is that a court finds it unconstitutional, which can only be done by a court of law and for a specific case (Justice Fayt separate, dissenting opinion).

(37) The argument to legitimate Law No. 25779 by invoking Law No. 23040 is not valid. Law No. 23040 declared the incurable nullity of Law No. 22924 known as "National Pacification Act" enacted by the *de facto* administration itself during the National Reorganization Process. In that case, the invalidation was because of the existence of evident abuse of power in consideration of the essential guarantees and rights of individuals or an evidently excessive use of the powers exercised by public powers acting in lieu of legitimate authorities (Justice Fayt separate, dissenting opinion).

(38) The retroactive application of the “Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations” (articles I and IV) and the “Inter-American Convention of the Forced Disappearance of Persons” (under article 15, second paragraph, of the International Pact on Civil and Political Rights) are applicable in Argentine law, under article 27 of the Argentine Constitution. In that respect, it is appropriate to recall that this provision establishes that treaties must observe and be consistent with public-law principles set forth in the Constitution (Justice Fayt separate, dissenting opinion).

Opinions

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SEPARATE OPINION), ANTONIO BOGGIANO (SEPARATE OPINION), JUAN CARLOS MAQUEDA (SEPARATE OPINION), E. RAÚL ZAFFARONI (SEPARATE OPINION), ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (SEPARATE OPINION), RICARDO LUIS LORENZETTI (SEPARATE OPINION), CARMEN M. ARGIBAY (SEPARATE OPINION), CARLOS S. FAYT (DISSENTING OPINION).



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA NACIÓN ARGENTINA

Presidente

Carlos Fernando Rosenkrantz

Vicepresidenta

Elena J. Highton de Nolasco

Ministro

Juan Carlos Maqueda

Ministro

Ricardo Luis Lorenzetti

Ministro

Horacio Rosatti

*Educación religiosa en escuelas públicas y
principio de neutralidad del Estado*

127

*Río interprovincial y derechos de
incidencia colectiva*

147

*Derechos fundamentales, vivienda digna,
interés del niño y discapacidad*

163

*Tenencia de estupefacientes para
consumo personal, acciones privadas
y derecho a la privacidad*

173

*Bienes colectivos, tala de bosques nativos,
protección del medio ambiente, principio
precautorio y generaciones futuras*

187

*Derechos de incidencia colectiva, proceso
colectivo y garantías constitucionales*

195

*Libertad de expresión, derecho al honor, a la
intimidad y estándar de la real malicia*

203

*Derechos sociales y garantía constitucional
de la movilidad de los haberes jubilatorios*

211

*Derecho ambiental, biodiversidad, daños
causados por contaminación de un río,
prevención, limpieza y recomposición*

219

*Delitos de lesa humanidad, desaparición
forzada de personas, principio de
imprescriptibilidad*

227

*Educación religiosa
en escuelas públicas y
principio de neutralidad
del Estado*

* Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son publicadas oficialmente, desde 1863, en una colección denominada “Fallos de la Corte Suprema de Justicia”. A comienzos de 2018 la colección cuenta con un total de 341 tomos.

Consulta de las sentencias; en el website de la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (www.csjn.gov.ar) se puede consultar (y descargar) no solo la totalidad de los tomos de la colección “Fallos”, sino también, la totalidad de las sentencias del Tribunal a texto completo y con información adicional.

*Educación religiosa en escuelas
públicas y principio de neutralidad
del Estado*

“Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta –
Ministerio de Educación de la Prov. de Salta”

12 de diciembre de 2017

Fallos: 340:1795*

Nota introductoria

Un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra la Provincia de Salta (Ministerio de Educación) planteando la inconstitucionalidad del art. 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546.

Dicha norma dispone que la instrucción religiosa integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores y que los contenidos y, la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa.

Solicitaron además, que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 49 de la Constitución Provincial y 8°, inc. m, de

la ley mencionada, que establecen que los padres o tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones, para el caso de que se les otorgare una interpretación que no tuviere compatibilidad con los derechos invocados por ellas.

Consideraron que la enseñanza de la religión católica en dichas escuelas y las prácticas religiosas dentro del horario escolar resultaban violatorias de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre de discriminación y respeto a las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad.

Contra el pronunciamiento del superior tribunal provincial que confirmó la declaración de constitucionalidad de las normas cuestionadas, la Asociación de Derechos Civiles y dos coactoras interpusieron recurso extraordinario, que fue concedido.

Con arreglo a lo previsto en la acordada 30/2007 la Corte fijó una audiencia pública informativa donde efectuaron sus exposiciones los Amigos del Tribunal, los representantes de cada una de las partes fueron interrogados sobre distintos aspectos de la controversia y finalmente se dio intervención a los designados en calidad de terceros voluntarios admitidos en el proceso.

Sentencia

La Corte comenzó por recordar que del debate de la Convención Constituyente surge que el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/60 como religión mayoritaria no importa que aquella sea establecida como religión de Estado, sino que el término “sostenimiento” debe entenderse limitado al “sostenimiento económico” del culto católico, en el contexto de una posición neutral del Estado en todo otro aspecto frente a las religiones.

Señaló que del debate que precedió la aprobación del inc. 19 del art. 75 –que introdujo modificaciones significativas respecto al anterior art. 67, inc. 16–, surge que el constituyente persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina –como su carácter neutral y gratuito– y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.

Destacó el Tribunal que la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso la de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.

Consideró que para determinar si la norma cuestionada lesiona los derechos a la igualdad y a la no discriminación correspondía la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquellos utilizados en un enfoque tradicional de aquella garantía. Y que, más allá de analizar la mera razonabilidad, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” corresponde aplicar un examen más riguroso, donde se parte de una presunción de invalidez y se invierte la carga de la prueba.

Afirmó entonces el Tribunal que la norma atacada –que incluye la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la respectiva autoridad religiosa– es en apariencia neutral, en tanto de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro, pero que sin embargo resulta incuestionable que el contexto social en el que se aplica la norma se caracteriza por una preponderancia de la población que profesa la religión católica.

Agregó que las constancias de la causa demuestran que en numerosas escuelas públicas salteñas se ha adoctrinado a los alumnos en el catolicismo y que también se halla debidamente

probado que las prácticas y usos propios del catolicismo no se efectuaron exclusivamente en el espacio curricular destinado a la educación religiosa. De todo ello surge que existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes.

Concluyó la Corte que el texto del inc. “ñ” del art. 27 de la ley de educación provincial no contiene un supuesto de discriminación directa sino que, bajo la apariencia de neutralidad, tiene decisivos efectos discriminatorios y, de ese modo, viola el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades, lo que lleva a declarar su inconstitucionalidad.

También trató el Tribunal el agravio referido a la obligación impuesta a los padres de manifestar, a través de unos formularios, si querían que sus hijos reciban educación religiosa y, en caso afirmativo, en qué creencia. Consideró que la obligación de completar y entregar dicho formulario –que queda agregado al legajo escolar del alumno– resulta claramente violatorio del derecho que tiene toda persona de no revelar un aspecto de su esfera personal en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo.

Se recordó como plenamente vigente el derecho que tienen los alumnos de las escuelas públicas a recibir contenidos de historia y filosofía de las religiones dentro del plan de estudios y en horario escolar, expuestos de manera objetiva y neutral.

La Corte declaró procedente el recurso extraordinario y revocó parcialmente la sentencia apelada, declarando la inconstitucionalidad del inc. “ñ” del art. 27 de la ley 7546 y de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta y, en consecuencia, de las prácticas religiosas tal como se venían desarrollando en las escuelas públicas de dicha provincia.

El juez Rosatti, en disidencia parcial enumeró la normativa sobre educación religiosa en los tratados internacionales y también en la legislación extranjera. Luego hizo una recorrida por los diversos modelos provinciales en nuestro país en cuanto a la asunción de la titularidad obligacional en materia de educación religiosa.

Consideró que la libertad religiosa no debe ni puede ser entendida en el sentido de excluir todo lo religioso del espacio de la enseñanza escolar y, a su vez, tampoco puede implicar la coerción en la formación religiosa, cualquiera fuera ella. Así, cree que el conflicto no puede resolverse ni con la “imposición” ni con el “veto” sino maximizando el goce de los derechos constitucionales en juego.

A estos fines, consideró que el contenido de la asignatura – materializado en los planes de estudio– debe avocarse a otorgar conocimientos sobre el núcleo de las creencias y valores junto a los hechos históricos más relevantes de los cultos reconocidos oficialmente que respondan a las convicciones de los padres con una pedagogía neutral y objetiva que valide la pluralidad.

Concluyó el juez Rosatti que la educación religiosa en las escuelas públicas salteñas, impartida dentro del horario de clase y como parte del plan de estudios no lesiona los derechos constitucionales a la libertad religiosa y de conciencia, a la igualdad y a la intimidad, a condición de no ser obligatoria o coercitiva para quienes no quieran recibirla.

Aceptó la constitucionalidad de la normativa cuestionada pero advirtió que en la práctica, por el modo en que el estado provincial llevó a cabo su implementación, en lugar de contribuir a los fines del pluralismo y de la educación integral, operó como un elemento de diferenciación y coerción entre los alumnos.

Entendió entonces que la solución no puede ni debe pasar por suprimir tales normas sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que las desvirtúan y por establecer las condiciones necesarias para que alcancen plena vigencia.

Estándares

1) Como lo ha sostenido la Corte Suprema en diversos precedentes, ningún culto reviste el carácter de religión oficial del Estado argentino.

2) Cabe concluir que del debate de la Convención Constituyente surge que el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 como religión mayoritaria de los habitantes del país no importa que aquella sea establecida como religión de Estado, sino que el término “sostenimiento” debe entenderse limitado al “sostenimiento económico” del culto católico, ello en el contexto de una posición en todo otro aspecto neutral del Estado frente a las religiones.

3) Del debate de la Convención Nacional Constituyente de 1994 surge inequívoco el carácter laico y gratuito de la educación pública como un principio clave para asegurar la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

4) El principio de neutralidad en materia de educación pública también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 de la Constitución Nacional), es decir, comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular –incluso la de los no creyentes–, sino también una faz de tolerancia hacia todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar.

5) El texto del art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta que establece que “(...) los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, replica casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos sobre la materia, y –entendida como comprensiva de todos los establecimientos educativos reconocidos por las

autoridades salteñas— en nada modifica las normas del bloque de constitucionalidad federal, razón por la cual cabe afirmar que respeta los principios de neutralidad del Estado en el ámbito religioso y de igualdad y no discriminación tal como fue receptado en el art. 75, inciso 19 de la Constitución Nacional.

6) La invalidez de una norma es siempre la *última ratio* de la interpretación, a la que solo debe acudir cuando no exista alternativa de mantenerla dentro del sistema normativo pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147:286 y 335:2333, entre otros).

7) El inciso ñ del art. 27 de la ley 7546 de la Provincia de Salta (que dispone que “son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”) al incluir la educación religiosa en horario escolar, dentro del plan de estudios y con el aval de la autoridad religiosa, no solo favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante, sino que viola la esfera de la individualidad personal contemplada en el art. 19 de la Constitución Nacional.

8) El principio de igualdad que surge del art. 16 de la Constitución Nacional —y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias— debe también ser considerado a la luz del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional que incorporan, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delimitan categorías sospechosas de discriminación, con el fin de garantizar la igualdad real de los habitantes.

9) En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo, considerando el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen. Todo lo cual conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad.

10) Para decidir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su mera razonabilidad; esto es, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines. Sin embargo, cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez. En estos casos, se invierte la carga de la prueba y es el demandado quien tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial (doctrina de Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6° y sus citas).

11) El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras.

12) Una norma que no contiene una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparece como neutra porque no distingue entre grupos para dar o quitar derechos, puede, sin embargo, *prima facie* –aplicada en un contexto social– producir un impacto desproporcionado en un grupo determinado, en cuyo caso resulta necesario para analizar

su constitucionalidad –ante el riesgo de una discriminación a ese grupo– comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado justificando, en consecuencia, que el tribunal analice los efectos que su aplicación genera en la realidad.

13) La norma del inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546 de la Provincia de Salta si bien es en “apariciencia” neutral porque de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro, resulta incuestionable que ha causado un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios posibilitando que, a través de diversas manifestaciones, dentro del sistema educativo público de la Provincia de Salta, existan patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes.

14) El texto del inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546 de educación de la Provincia de Salta no contiene un supuesto de discriminación directa sino que, bajo la apariencia de neutralidad, tiene decisivos efectos discriminatorios y viola, por ello, el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades.

15) Los desequilibrios fácticos que derivan del texto del inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546 de educación de la Provincia de Salta afectan la constitucionalidad de la norma, aumentando la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes.

16) No solo son violatorias del principio de igualdad las normas que deliberadamente excluyen a determinado grupo, sino también aquellas que –como sucede con el inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546 de educación de la Provincia de Salta– tienen comprobados efectos o impactos discriminatorios.

17) Corresponde declarar la inconstitucionalidad del inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546 de educación de la Provincia de Salta y de las prácticas que de dicha norma se derivan, toda vez que –bajo una discriminación encubierta– tienen comprobados efectos o impactos discriminatorios.

18) No resulta procedente declarar la inconstitucionalidad de una norma debido a la objetable aplicación ilegal que de ella se efectúa (conf. doctrina de Fallos: 317:44 y “Asociación de Testigos de Jehová”, Fallos: 328:2966).

19) La Constitución Nacional en el art. 19 protege la esfera de la individualidad personal pues reconoce un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea en el que el Estado no puede intervenir. La combinación de este artículo con el vinculado a la libertad de culto y a la libertad de conciencia no permiten dudar respecto del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la diversidad de pensamiento y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no se condice con la filosofía liberal que orienta a la Norma Fundamental.

20) La obligación impuesta por la Provincia de Salta de exigir –a través de formularios– que los padres y tutores manifiesten si quieren que sus hijos reciban “educación religiosa” y, en caso afirmativo, en qué creencia desean que sean instruidos; previéndose, asimismo, que dicha manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional resulta violatoria del derecho a la intimidad toda vez que viola la esfera personal en tanto obliga a divulgar una faceta de la personalidad espiritual destinada a la dimensión propia de cada individuo.

21) El estudio de las religiones como fenómeno socio-cultural constituye un contenido válido de los planes educativos siempre que se imparta de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión. Esto es, dictar clases donde se brinden conocimientos sobre las principales religiones y de una forma no sesgada. Este campo específico de formación no requiere la adhesión personal de la fe del alumno, sino que exige el respeto a la masa crítica que pueda verificarse en cada grupo de alumnos.

22) A los fines de garantizar el efectivo cumplimiento de la enseñanza de historia y filosofía de las religiones resulta

imprescindible la elaboración de un contenido curricular específico y claro respecto de la neutralidad, que se enfoque en el encuentro interreligioso y en el respeto de los laicos como una manera de lograr la paz social, en la búsqueda de una unidad en la diversidad.

23) El art. 27, inc. ñ, de la ley provincial de educación 7546 (en cuanto dispone que la instrucción religiosa “integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”) no solo favorece conductas discriminatorias hacia los niños y niñas que no integran el grupo religioso predominante generando, de este modo, mayor desigualdad, sino que también viola la esfera de la individualidad personal contemplada en el art. 19 de la Constitución Nacional, dado que los padres se ven obligados a manifestar si quieren que sus hijos reciban “educación religiosa” y, en caso afirmativo, en qué creencia desean que sean instruidos; previéndose también que esta manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional.

24) Aceptar como principio que alguien pueda ser obligado a revelar sus creencias religiosas, por más insignificante que pudiera parecer en algunos supuestos, es abrir una grieta en el sistema de derechos fundamentales.

25) La disposición que obliga a los padres a divulgar un aspecto de la personalidad espiritual destinada a la esfera propia de cada individuo viola su derecho a la intimidad y debe ser declarada inconstitucional.

26) Corresponde declarar la inconstitucionalidad: a) del inciso “ñ” del art. 27 de la ley 7546 de la Provincia de Salta (que dispone que “son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios

de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”) pues, entre otros aspectos, bajo la apariencia de neutralidad, tiene decisivos efectos discriminatorios y viola el principio de igualdad y no discriminación que debe orientar e inspirar las políticas con miras a alcanzar una educación inclusiva que priorice la igualdad plena de oportunidades; b) de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de dicha provincia y de las prácticas religiosas tal como se han venido desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia (en cuanto impone a los padres y tutores el deber de manifestar si quieren que sus hijos reciban “educación religiosa” y, en caso afirmativo, en qué creencia desean que sean instruidos; previéndose, asimismo, que esta manifestación sea archivada en el legajo personal del alumno y forme parte de la documentación institucional) pues obliga a los padres a divulgar un aspecto de la personalidad espiritual destinada a la esfera propia de cada individuo; c) como consecuencia, de las prácticas religiosas tal como se han venido desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia.

27) No obstante la previsión constitucional de una religión especialmente sostenida, la neutralidad religiosa surge de la enfática declaración de la libertad de cultos y la libertad de conciencia consagrados en la Constitución Nacional (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

28) Con la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento y la protección de la libertad de cultos se ha visto reafirmada mediante la eliminación de disposiciones que, en el marco de una sociedad diversa y plural, restringían la igualdad de oportunidades derivada de la adscripción a un credo religioso (vgr. pertenencia al culto católico, apostólico y romano para poder acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la Nación); criterio que se ha visto igualmente ratificado con la incorporación, con jerarquía constitucional, de los tratados sobre derechos humanos a la Ley Suprema (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

29) Surge del texto de la norma del art. 75, inc. 19, de la Constitución Nacional que el constituyente no ha consagrado expresamente que la educación deba ser laica, siendo evidente que para no ingresar en zona de inconstitucionalidad la enseñanza religiosa debe: a) ser el resultado de un proceso que garantice la participación de la familia y la sociedad en el diseño y control de los programas de estudio; b) asegure la igualdad de oportunidades y posibilidades de los cursantes, sin discriminación alguna; c) promueva –mediante sus contenidos y los métodos pedagógicos utilizados– los valores democráticos, dentro de los cuales destaca el libre desarrollo de las ideas y la forma de vida (autonomía) y el respeto por la diversidad (pluralismo) (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

30) En su dimensión negativa, la libertad religiosa abarca el reconocimiento de la existencia de una esfera de inmunidad de coacción, tanto por parte de las personas particulares y los grupos cuanto de la autoridad pública, que excluye de un modo absoluto toda intromisión –estatal o no estatal– tendiente a lograr la elección forzada de una determinada creencia religiosa, a coartar el derecho a no expresar el culto elegido (derecho al silencio), o a impedir la no elección de culto alguno, restringiendo así la libre adhesión a los principios que en conciencia se consideran correctos o verdaderos. En su dimensión positiva, la libertad religiosa constituye un ámbito de autonomía personal o individual que permite a los hombres actuar libremente en lo que se refiere a su religión, sin que exista interés estatal legítimo al respecto, mientras dicha actuación no ofenda, de modo apreciable, el bien común. Dicha autonomía se extiende a las agrupaciones religiosas, para las cuales importa también el derecho a regirse por sus propias normas y a no sufrir restricciones en la elección de sus autoridades ni prohibiciones en la profesión pública de su fe (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

31) La libertad religiosa aplicada al ámbito de la enseñanza escolar no debe ni puede ser entendida en el sentido de excluir

todo lo religioso de ese espacio y, a su vez, tampoco puede implicar la coerción en la formación religiosa, cualquiera fuera ella (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

32) La naturaleza bifronte de los derechos constitucionales impone el deber de asegurarse que las dos situaciones (el reconocimiento de la potestad de ejercicio y de su abstención) se hagan posibles y no se anulen. La anulación se verificaría si una posición impide o frustra a la otra, extremo que se daría si: a) se torna obligatoria la enseñanza para quien no quiera recibirla porque otros sí lo quieren (imposición); o b) no pueda recibirla quien quiere hacerlo porque otros se niegan (veto) (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

33) La enseñanza de la religión configura uno de los tantos contenidos que se imponen como necesarios para que el alumno construya su propia identidad y logre un desarrollo integral de su personalidad, lo que no ocurriría si se silenciaran los contenidos cognitivos religiosos parcializándose la comprensión de la realidad cultural circundante en la que se desenvuelve el sujeto (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

34) A la luz del panorama normativo constitucional y convencional, corresponde admitir –como primera conclusión– que las normas provinciales de rango constitucional (art. 49) y legal (ley 7546, art. 8º, inc. m), por las que se establece que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, no se presentan como violatorias de la libertad de culto ni de la libertad de conciencia religiosa consagradas en la Constitución Nacional desde que, a estar a los términos utilizados por el constituyente y el legislador provinciales, reproducen –en sustancia– las disposiciones citadas al no imponer la enseñanza obligatoria en religión alguna sino, por el contrario, mostrarse respetuosas de todas ellas (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

35) En una sociedad democrática, donde muchas religiones coexisten al interior de una misma población, puede ser necesario que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión sufran limitaciones derivadas de la necesidad de conciliar los intereses de diversos grupos y de asegurar el respeto a las convicciones de todos (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

36) Corresponde concluir que la educación religiosa en las escuelas públicas salteñas, a la luz del contenido que el constituyente local otorgó al principio de “educación integral”, impartida dentro del horario de clase y como parte del plan de estudios, no lesiona los derechos constitucionales a la libertad de religión y de conciencia, a la igualdad y a la intimidad, a condición de no ser obligatoria, coercitiva y/o discriminatoria para quienes no quieran recibirla y en la medida en que responda a los contenidos curriculares y a la modalidad pedagógica correcta (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

37) Cabe concluir que han mediado prácticas que importan una coacción en la elección de los niños, niñas, padres y representantes legales sobre sus creencias, prohibidas expresamente por el art. 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales si en la causa se acreditó que, entre otras situaciones, se ha dictado casi exclusivamente educación en el catolicismo; que algunos padres y representantes legales autorizaron la permanencia de sus hijos o pupilos en la clase de religión a fin de que no sean individualizados y segregados o por cuestiones de seguridad; que median falencias en la previsión de propuestas alternativas que contribuyan a la formación de estudiantes cuyos padres manifestaron expresamente optar por no recibir educación religiosa; que las prácticas propias de la religión católica excedieron el espacio curricular destinado a la educación religiosa (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

38) La colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto

o de sus resultados pues, efectuar el análisis de la validez constitucional sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas que, por lo demás, no son su consecuencia necesaria (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

39) Admitido que las normas no lesionan derechos constitucionales y resultan acordes con los tratados internacionales en la materia, pero aceptado –también– que el panorama fáctico de su aplicación dista de garantizar el pleno goce de los derechos en juego para todos los habitantes de la provincia, la solución no puede –ni debe– pasar por suprimir tales normas sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que las desvirtúan y por establecer las condiciones necesarias para que alcancen plena vigencia (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

40) Corresponde declarar la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y de los arts. 8º, inc. m, y 27, inc. ñ, de la ley de educación provincial 7546, en cuanto admiten y permiten que la enseñanza de religión se lleve a cabo por medio de programas, docentes, pedagogía y bibliografía que difunda las distintas posiciones frente al hecho religioso y propicie en los educandos el hábito de respeto y tolerancia hacia aquellas (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

41) Cabe declarar la inconstitucionalidad, por violación a los derechos a ejercer libremente el culto, de aprender y de privacidad (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional), de toda práctica que, en la implementación de la enseñanza de religión en las escuelas públicas, implique la prevalencia conceptual de un culto por sobre los demás, la discriminación de quien no profese ningún culto o de quien profese alguno en particular, la imposición en las clases de catequesis o ritos religiosos, o el ejercicio de alguna forma de coerción para expresar la posición frente al fenómeno religioso de los educandos, sea de modo directo o por vía de sus padres o tutores (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

42) Si una norma no lesiona derechos constitucionales y resulta acorde con los tratados internacionales en la materia, pero las prácticas que hacen a su aplicación distan de garantizar el pleno goce de los derechos en juego en los términos exigidos por la disposición legal, la solución no puede –ni debe– pasar por suprimir dicha norma sino por declarar la antijuridicidad de las prácticas que la desvirtúan y por establecer las condiciones necesarias para que alcance plena vigencia (de la disidencia parcial del juez Rosatti).

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, HORACIO ROSATTI (EN DISIDENCIA PARCIAL).

*Río interprovincial
y derechos de
incidencia colectiva*

*Río interprovincial y derechos
de incidencia colectiva*

“Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”

1º de diciembre de 2017

Fallos: 340:1695

Nota introductoria

La Provincia de La Pampa demandó a la Provincia de Mendoza sosteniendo que esta última incumplía la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel –que atraviesa ambas provincias– y solicitó que se declare la presencia de daño ambiental, como consecuencia de los incumplimientos señalados y se ordene su cese y la recomposición del ambiente. Sostuvo, además, que debía fijarse un caudal de agua mínimo a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua y al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias.

Pidió asimismo que se le ordene a la provincia demandada la realización de las obras necesarias para optimizar la utilización del recurso agua en su sistema de riego y se la condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los incumplimientos.

La Corte, que había declarado en un pronunciamiento anterior del año 2014 su competencia originaria para entender en la causa, sostuvo que su intervención en el litigio se enmarcaba en el artículo 127 de la Constitución Nacional, según el cual las quejas de las provincias deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Corrió traslado de la demanda a la Provincia de Mendoza y citó al Estado Nacional como tercero.

Posteriormente se llevó a cabo una audiencia pública que contó con la participación y exposición de los “Amigos del Tribunal”, los gobernadores y fiscales de Estado de las partes y una funcionaria del Ministerio de Energía y Minería por el Estado Nacional.

Sentencia

El Tribunal –con el voto en mayoría de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti– se pronunció sobre cuestiones de suma trascendencia en un proceso vinculado a derechos de incidencia colectiva. En tal sentido, enfatizando sobre las características de este tipo de procesos, señaló que en un litigio entre dos provincias concerniente a derechos de incidencia colectiva tales como el ambiente –que es un macro bien– y al uso del agua –que es un micro bien– la solución a adoptar, en cualquier caso, debe atender no solo a las pretensiones de los estados provinciales que son parte en el pleito, sino a los intereses de los afectados que son múltiples y abarcan una amplia región.

En tal sentido, recuerda el fallo, toda vez que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, resulta necesario, para la solución del conflicto, enfocar el problema no solo desde las pretensiones articuladas por las provincias sino desde la perspectiva de los múltiples afectados involucrados.

Precisamente por esta razón —afirma la Corte— la solución no puede limitarse a resolver el pasado sino, y fundamentalmente, a proyectarse hacia una sustentabilidad futura de los recursos naturales involucrados en el objeto del litigio.

Con ese andamiaje, subraya la sentencia, la solución de un conflicto ambiental (en la especie un litigio entre dos provincias originado en sus inicios por el uso y aprovechamiento de un río interprovincial) exige la consideración de intereses que exceden un marco meramente bilateral para adquirir *una visión policéntrica* en tanto, más allá de los intereses personales, hay que tener en cuenta no solo la cantidad de agua que debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial para que mantenga su sustentabilidad, sino también el interés de las *generaciones futuras*, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

La visión y regulación jurídica del agua basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial que solo tiene en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella —afirma la Corte en su sentencia— ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma *ecocéntrico, o sistémico*, que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales sino los del mismo sistema, como bien lo establece, por otra parte, la Ley General del Ambiente vigente en nuestro sistema jurídico.

Por lo demás, el fallo también aporta trascendentes consideraciones sobre dos cuestiones acuciantes para la humanidad en su hora actual.

La primera de ellas se vincula con el derecho al acceso al agua potable al que la Corte caracteriza, con base en anteriores precedentes, como un derecho que incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, justificándose que deba ser tutelado por los jueces en el campo de los derechos de incidencia colectiva, dado que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia.

El otro tema considerado, se vincula con la relevante cuestión jurídica del problema de la desertificación en la medida que, según resultó de las evidencias acumuladas en la causa, surge claramente el estado de sequía y desertificación que caracteriza la región pampeana en la Cuenca.

Al respecto, la Corte señala en su fallo que la lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta del agua, y no solo en el derecho al agua como demanda. De allí la obligación –establece el Tribunal– del Estado Nacional de destinar recursos para combatir las sequías graves y no limitadas a las jurisdicciones territoriales.

En ese contexto y en consonancia con el enfoque policéntrico del conflicto sobre el que se estructura la argumentación del fallo, la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales.

Colateralmente, en virtud de la índole de la cuestión planteada en el caso, la argumentación del fallo también hace pie en una interpretación sistémica del federalismo. En tal sentido destaca la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país, lo cual exige emprender una tarea de “compatibilización” que no es una tarea “natural” (porque ello significaría, “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”. En tal orden –precisa la sentencia– es necesario conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (en la especie, como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). Y, frente a la existencia de tensiones en las relaciones inter-jurisdiccionales, cabe asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación.

Consideró, en fin, que la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema había quedado acreditada y que en un primer estadio de decisión correspondía optar por reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, asumiendo el Tribunal una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión.

En función de ello ordenó que las dos provincias presenten un plan de obras con la distribución de sus costos, dentro del ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, con la participación en forma conjunta del Estado Nacional.

Asimismo, ordenó a las partes fijar un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa en el plazo de 30 días.

Por su parte, el juez Rosenkrantz, en un voto en disidencia, consideró que las provincias de Mendoza y La Pampa y el Estado Nacional deben tener absoluta libertad para desarrollar el trabajo cooperativo conjunto en el ámbito en que lo consideren más propicio y enunció unas pautas orientativas que podrían facilitarle la tarea y que tienen como finalidad concientizar a las partes acerca de un modo de garantizar que el plan sea el más beneficioso.

En su voto, el magistrado entiende que no obstante las particularidades de la competencia dirimente, no debe entenderse como una actividad arbitral discrecional ni como un juicio de equidad pues ella es una actividad que comprende atribuciones de carácter conciliatorio en la cual la Corte cuenta con amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio, el que, en principio, será “el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina ‘common law’ federal y el derecho internacional público”.

Según el magistrado, el conflicto entre provincias originado en el uso de un río interprovincial (en la especie las provincias de La Pampa y Mendoza por el río Atuel)

es de carácter ambiental, policéntrico, multicausal, y eminentemente prospectivo y requiere, para su consideración, de una perspectiva que contemple todo el conjunto de intereses potencialmente afectados por ella, aunque ellos no estén representados formalmente en el proceso.

En razón de ello, entiende el juez Rosenkrantz, la decisión a adoptarse en un conflicto ambiental entre provincias originado en el uso de un río interprovincial tiene que ser modelada más bien por la discusión sobre la existencia del daño ambiental y su necesidad de recomposición, antes que por la identificación de su causante y la determinación consiguiente de su responsabilidad.

En torno al problema de la sequía grave o desertificación, afirma en su voto que corresponde requerir al Estado Nacional su participación en la solución, en virtud de su mayor capacidad técnica y financiera para hacer efectivas las acciones que se acuerden llevar a cabo en relación con la problemática ambiental, sin que ello pueda verse como un avasallamiento de las facultades reservadas por las provincias de acuerdo con los artículos 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional, puesto que no se trata de la creación de una unidad burocrática de carácter permanente sino de su eventual aporte técnico y financiero a la solución del problema objeto del litigio que involucra necesariamente a más de una jurisdicción.

Por último, y más allá del marco de la amplia discrecionalidad que conservan las dos provincias y el Estado Nacional para delinear los contenidos del plan que oportunamente acuerden a modo meramente enunciativo –afirma el Dr. Rosenkrantz en su voto– cabe mencionar las siguientes pautas relevantes para la distribución de los costos de preparación y ejecución del plan que oportunamente se acuerde: i. el beneficio que obtiene cada una de las provincias directamente en sus bienes o en los bienes de particulares localizados en sus respectivas jurisdicciones; ii. el beneficio que puede obtener cada una de las provincias y el resto del país por el desarrollo económico y social de

sus respectivas economías; iii. los perjuicios que pudieran derivarse para cada una de las provincias; y iv. el hecho de que el medioambiente sano es un derecho que debe ser garantizado no solo a los habitantes de La Pampa y Mendoza sino también a todos los argentinos.

Estándares

1) En un litigio entre dos provincias por el uso y aprovechamiento de un río interprovincial (en la especie las Provincias de La Pampa y Mendoza por el río Atuel) que involucra derechos de incidencia colectiva tales como el ambiente –macro bien– y el agua –micro bien–, la solución a adoptar debe atender no solo a las pretensiones de los estados provinciales, sino a los intereses de los afectados que son múltiples y abarcan una amplia región.

2) La solución de un conflicto ambiental –en la especie un litigio entre dos provincias por el uso y aprovechamiento de un río interprovincial– exige una consideración de intereses que exceden el marco bilateral para tener una visión policéntrica pues requiere de conductas que trascienden tanto los intereses personales, como los provinciales, en tanto, entre otros, hay que tener en cuenta no solo la cantidad de agua que debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial para que mantenga su sustentabilidad, sino también el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

3) La visión y regulación jurídica del agua basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial que solo tiene en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella, ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma jurídico ecocéntrico o sistémico, que no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.

4) El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible.

5) Siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada.

6) La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; e implica asumir una conducta federal leal que tome en consideración los intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal ‘in totum’.

7) La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría, “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”. En tal orden, es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (en la especie, como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino).

8) Frente a la existencia de tensiones en las relaciones interjurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o

separatistas; por ello, ante el inevitable surgimiento de desentendimientos e, incluso, hostilidades entre las provincias en el ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía, a fin de garantizar la supervivencia del sistema federal en cuanto “unión indestructible de Estados indestructibles”, la Constitución ha previsto un mecanismo de solución de conflictos, asignando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la trascendente misión de dirimir, resolver, solucionar y/o componer tales controversias, estableciendo líneas de acción que permitan disiparlas. Se trata de la “competencia dirimente”, que surge del artículo 127 de la Norma Fundamental argentina.

9) Frente al desentendimiento entre dos provincias (en la especie las de La Pampa y Mendoza) que se ha mantenido durante décadas, se hace necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias; con mayor razón aun cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675).

10) Una lectura dinámica del texto constitucional exige interpretar que el contenido conceptual que corresponde atribuir al término “guerra” de la fórmula utilizada por el artículo 127 de la Norma Fundamental debe ser interpretado no solo limitado a situaciones bélicas propiamente dichas, sino a conflictos en los que la persistencia temporal y tensión del vínculo federativo no ha sido superada por la interacción de los respectivos estados locales.

11) La competencia dirimente de la Corte Suprema reviste diversa naturaleza de la jurisdiccional y se orienta, prioritariamente, por las siguientes pautas: a) se trata de una función de naturaleza prudencial; b) debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, lo que implica reconocer al órgano “amplias

facultades para determinar el derecho aplicable al litigio” y modular la estructura procesal de su ejercicio, de acuerdo a las particulares características de la situación concernida; c) la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente no debe conducir a la arbitrariedad; d) el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual (en la especie una cuestión ambiental) y e) las decisiones de la Corte deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de “buena fe”, siendo, este estándar un factor relevante al momento de ponderar las responsabilidades que puedan emerger en caso de incumplimiento.

12) El derecho de acceso al agua potable (en la especie a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema) incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y –en particular– en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia.

13) El conflicto entre dos provincias –en la especie las de Mendoza y La Pampa– que involucra derechos de incidencia colectiva tales como el ambiente y la lucha contra la desertificación, requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, de lo que se deriva la obligación del Estado Nacional de destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito del río Atuel, para comprender toda la cuenca y la región.

14) Los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales.

15) Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común. Son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos

hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada.

16) La gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado). Ello requiere un cambio de paradigma, pasando del tradicional modelo de desarrollo de la oferta hacia la necesaria gestión integrada del recurso mediante la cual se actúa simultáneamente sobre la oferta y la demanda de agua, apoyándose en los avances tecnológicos y las buenas prácticas.

17) En el primer estadio de decisión sobre un conflicto ambiental en el que quedó acreditada la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema, corresponde reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, a fin de aportar elementos que permitan arribar a una solución dirimente del conflicto. A esos efectos las partes deberán fijar un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado como asimismo, poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), a fin de que, por su intermedio, las provincias de La Pampa y de Mendoza, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución, sus beneficios, las urgencias de las poblaciones circundantes, la defensa del acceso al agua potable, la participación de las comunidades originarias radicadas en la región, como asimismo la sostenibilidad de la actividad económica productiva, y la sostenibilidad del ecosistema.

18) No obstante las particularidades de la competencia dirimente, no debe entendérsela como una actividad arbitral discrecional ni como un juicio de equidad pues

ella es una actividad que comprende atribuciones de carácter conciliatorio en la cual la Corte cuenta con amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio, el que, en principio, será “el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina ‘common law’ federal y el derecho internacional público” (de la disidencia del juez Rosenkrantz).

19) A partir del análisis de lo peticionado y decidido en el año 1987 debe concluirse que en esa oportunidad el Tribunal resolvió una controversia eminentemente bipolar, esto es, centrada en los intereses claramente individualizados que las dos partes litigantes alegaban tener sobre el río Atuel y, en dicho pronunciamiento, la recomposición ambiental del noroeste de la Provincia de La Pampa no fue, en modo alguno, objeto del *thema decidendum* (de la disidencia del juez Rosenkrantz).

20) El conflicto entre provincias originado en el uso de un río interprovincial (en la especie las Provincias de La Pampa y Mendoza por el río Atuel) es de carácter ambiental, policéntrico, multicausal, y eminentemente prospectivo y requiere, para su consideración, de una perspectiva que contemple todo el conjunto de intereses potencialmente afectados por ella, aunque ellos no estén representados formalmente en el proceso (de la disidencia del juez Rosenkrantz).

21) La decisión a adoptarse en un conflicto ambiental entre provincias originado en el uso de un río interprovincial (en la especie las provincias de La Pampa y Mendoza por el río Atuel) tiene que ser modelada mas bien por la discusión sobre la existencia del daño ambiental y su necesidad de recomposición, antes que por la identificación de su causante y la determinación consiguiente de su responsabilidad (de la disidencia del juez Rosenkrantz).

22) En el combate contra la sequía grave o desertificación, corresponde requerir al Estado Nacional su participación

en la solución, en virtud de su mayor capacidad técnica y financiera para hacer efectivas las acciones que se acuerden llevar a cabo en relación con la problemática ambiental sin que ello pueda verse como un avasallamiento de las facultades reservadas por las provincias de acuerdo con los artículos 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional, puesto que no se trata de la creación de una unidad burocrática de carácter permanente sino de su eventual aporte técnico y financiero a la solución del problema objeto del litigio que involucra necesariamente a más de una jurisdicción (de la disidencia del juez Rosenkrantz).

23) Más allá del marco de la amplia discrecionalidad que conservan las dos provincias y el Estado Nacional para delinear los contenidos del plan que oportunamente acuerden a modo meramente enunciativo, cabe mencionar las siguientes pautas relevantes para la distribución de los costos de preparación y ejecución del plan que oportunamente se acuerde: i. el beneficio que obtiene cada una de las provincias directamente en sus bienes o en los bienes de particulares localizados en sus respectivas jurisdicciones; ii. el beneficio que puede obtener cada una de las provincias y el resto del país por el desarrollo económico y social de sus respectivas economías; iii. los perjuicios que pudieran derivarse para cada una de las provincias; y iv. el hecho que el medioambiente sano es un derecho que debe ser garantizado no solo a los habitantes de La Pampa y Mendoza sino también a todos los argentinos (de la disidencia del juez Rosenkrantz).

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, HORACIO ROSATTI, CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ (EN DISIDENCIA).

*Derechos fundamentales,
vivienda digna, interés
del niño y discapacidad*

*Derechos fundamentales, vivienda
digna, interés del niño y discapacidad*

“Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”

24 de abril de 2012

Fallos: 335:452

Nota introductoria

Una mujer por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad –quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva–, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitando que la demandada cesara en su conducta ilegítima que, al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda reconocidos no solo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales incorporados a su art. 75, inc. 22.

A partir de lo expuesto, la peticionaria solicitó una solución que les permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose su integridad familiar.

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confirmó lo decidido en primera instancia y resolvió que frente a la acreditada situación de vulnerabilidad en la que se encontraban la amparista y su grupo familiar, la demandada debía proveer un subsidio que les permitiera abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad haya cesado.

La sentencia fue revocada por el superior tribunal de justicia local. Contra este fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja.

Sentencia

La Corte resolvió ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: 1) intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2) garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Asimismo, y hasta tanto la demandada cumpliera con lo ordenado dispuso mantener la medida cautelar.

Estándares

1) La Constitución Nacional asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental.

2) Del sistema de fuentes aplicable al caso, conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia, se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo.

3) La primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. En tal sentido esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne.

4) El referido grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Las normas en consideración no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

5) Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

6) La razonabilidad significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces.

7) El caso en examen no es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no solo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle. Entran aquí en juego aspectos relativos a la situación en la sociedad de los discapacitados y la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad pública en los asuntos concernientes a ellos, que no es admisible que pueda resultar notoriamente dejado de lado por la demandada.

8) Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos.

9) El Estado debe intervenir con asistencia social en forma integral, lo que incluso podría requerir un esfuerzo patrimonial menor que el realizado en función de la medida cautelar dispuesta. Debe advertirse que la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada hace que en la actualidad deba erogar, por una básica habitación en un hotel en el barrio de Floresta, valores que exceden a los requeridos en el mercado inmobiliario por el alquiler de un departamento de dos ambientes en el mismo barrio.

10) Las circunstancias del caso requieren la intervención urgente de equipos de asistencia social de los que dispone el Estado local, que aseguren al niño la atención y el cuidado que su condición precisa, preservando su salud y su integridad física, sin que importe una internación u otra medida que interrumpa la relación y el contacto materno-filial. La actora, como toda madre que carga con la responsabilidad de un niño severamente discapacitado y que hasta el momento, pese a toda la adversidad, ha sostenido y puesto de manifiesto el vínculo afectivo y asumido la pesada tarea, tiene el elemental derecho de trabajar libre de preocupaciones respecto del niño durante su desempeño laboral, lo que no importaría para el Estado ninguna inversión extraordinaria, sino el uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados.

11) Lo anterior debe complementarse con un trabajo que le permita su subsistencia y la del niño, fuera del marco asistencial, puesto que esta es siempre una situación precaria que en algún momento debe cesar. La intervención estatal, pues, debe tener por objeto alcanzar esta solución y facilitar la superación de la emergencia. Para ello, en el caso concreto, el Estado debe proveer a la actora, tal como la normativa se lo impone, el asesoramiento y orientación necesarios. Tampoco esto requiere una inversión estatal desproporcionada, pues el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dispone de equipos de asistencia social que tienen capacidad para proveer este servicio, indicando a quienes recurrir e incluso ofreciendo los servicios de la actora a los privados que puedan demandarlos.

12) Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

13) El acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales, dado que un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no solo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes (del voto del juez Petracchi).

14) El reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad, reglamentación que debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, debiendo el Estado realizar el mayor esfuerzo posible para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad de tal derecho a todos sus habitantes (del voto del juez Petracchi).

15) Frente al pedido de una vivienda digna, la demandada debió haber tratado a los accionantes de un modo distinto al establecido en el régimen general, en atención a las graves patologías que el menor padece, ya que involucrando el tema habitacional a las prestaciones financiadas con dinero público, la accionada no podía prescindir al delinear sus políticas de la condición especial que revisten las personas con discapacidad, por lo que resultaba irrazonable incluirlos en el mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias (del voto de la jueza Argibay).

16) Resulta irrazonable incluir a la señora S. Y. Q. C. y al niño dentro del mismo grupo en el que se encuentran otras personas sin discapacidad a los efectos de aplicar a todas idénticas restricciones presupuestarias (del voto de la jueza Argibay).

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO,
CARLOS S. FAYT, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI,
ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SU VOTO), CARMEN M.
ARGIBAY (SU VOTO).

*Tenencia de
estupefacientes para
consumo personal,
acciones privadas y
derecho a la privacidad*

*Tenencia de estupefacientes para
consumo personal, acciones privadas
y derecho a la privacidad*

“Arriola, Sebastián y otros”

25 de agosto de 2009

Fallos: 332:1963

Nota introductoria

Los condenados por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal se agraviaron ante el rechazo del planteo de inconstitucionalidad de la norma que tipificaba el delito (art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737).

La defensa sostuvo que la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado.

Alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida

salud pública. En este sentido sostuvo que la injerencia del poder sancionador en el ámbito de la libertad personal era abiertamente violatorio de las garantías constitucionales.

Sostuvo que en el caso no se había acreditado que la conducta de los imputados hubiese afectado de alguna forma el bien jurídico protegido por la norma –salud pública–, de modo que con fundamento en el principio de lesividad que proscibía el castigo de una acción que no provocara un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto, era inadmisibles la sanción pretendida por tratarse de una acción atípica.

Sentencia

La Corte recordó el precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392) y consideró oportuno remitirse a él, especialmente al voto del juez Petracchi. Sin desconocer la existencia del posterior pronunciamiento en la causa “Montalvo” (Fallos: 313:1333), que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal, el Tribunal, decidió apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente.

Sostuvo que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montalvo” habían fracasado en tanto la actividad criminal lejos de haber disminuido se había acrecentado notablemente.

También analizó la trascendencia de la incorporación de los tratados internacionales a la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994 y sostuvo que este acontecimiento histórico había modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impedía sobrepasar determinados límites y además lo obligaba a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

La Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y dejó sin efecto la sentencia apelada en lo que había sido motivo de agravio.

Estándares

1) Es inconstitucional el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues en tales condiciones, conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

2) El art. 19 de la Constitución Nacional en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

3) La prescripción del art. 19 de la Constitución Nacional expresa la base misma de la libertad moderna o sea la autonomía de la conciencia y de la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen en virtud de la libre creencia del sujeto en los valores que los determinan (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

4) Si la ley penal pudiese prohibir cualquier conducta que afecta a la moral individual, el Estado estaría imponiendo una moral determinada, lo que lo colocaría en los bordes del totalitarismo, ya que podría supervisar sin límites la actividad de todos los habitantes, sea esta pública o privada (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

5) Si se aceptara que el ámbito sustraído a la legislación positiva por el art. 19, primera parte, de la Constitución Nacional, es solo el del fuero íntimo, en cuanto no se refleje en acciones privadas, de proyecciones comunitarias, la disposición constitucional solo consagraría una especie de libertad interior, pero negaría toda libertad exterior, definición de aquella cláusula solo sustentable en la ficción de que pueda dividirse a los individuos según su interioridad o su comportamiento externo, como si fueran elementos independientes en su origen y desarrollo (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda y del voto del juez Petracchi).

6) Si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, tratándose de la impugnación de un sistema normativo –art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737– que criminaliza conductas que realizadas bajo determinadas circunstancias no afectan a un tercero y están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

7) Los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquel

posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía, que es prenda de madurez y condición de libertad, e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen” (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

8) El principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y del precedente “Montalvo”, respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

9) No hay dudas de que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

10) Las consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado solo en base a la peligrosidad (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

11) No hay dudas de que el principio *pro homine* resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”, pues aquel amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

12) La decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica “legalizar la droga”. No está de más aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las drogas (del voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

13) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata solo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros. De conformidad con lo expuesto, corresponde aplicar el criterio que esta Corte desarrollara en el precedente “Bazterrica” (Fallos: 308:1392). Corresponde exhortar a las instituciones para que implementen medidas efectivas para el combate preventivo de la drogadicción (del voto del juez Lorenzetti).

14) Toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional) (del voto del juez Lorenzetti).

15) La norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama

innominada de delitos. En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que solo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva (del voto del juez Lorenzetti).

16) En el precedente “Montalvo” (Fallos: 313:1333 - considerando 26) se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios, lo que no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales (del voto del juez Lorenzetti).

17) El consumo que traiga aparejado una lesión a un bien jurídico o derecho de terceros o los ponga en concreto peligro, y la distribución de estupefacientes deben ser combatidos, y tal como desde hace años la Corte ha señalado, es necesario y no se ha advertido una política pública consistente y efectiva, con lo cual el problema no solo no ha disminuido, sino que ha aumentado (del voto del juez Lorenzetti).

18) En tanto la conducta bajo examen –tenencia de estupefacientes– involucra un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar, valoración que otorga carácter preeminente al señorío de la persona –siempre que se descarte un peligro cierto para

terceros–, sin desentender la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes –especialmente quien abusa en su utilización– (del voto del juez Fayt).

19) El artículo 19 de la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquella. En este contexto vital, puede afirmarse que en una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (artículo 19 de la Constitución Nacional) (del voto del juez Fayt).

20) Teniendo en cuenta que el poder punitivo emanado del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes), no se manifiesta solo mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que es ejecutada y la existencia de condiciones carcelarias adecuadas, cabe advertir que quien padece una adicción e ingresa por tal motivo a una unidad penitenciaria buscará el reemplazo del objeto adictivo de cualquier modo, situación que produce un empeoramiento en la adicción porque el condenado consigue dicho objeto –o su reemplazo– con las anomalías propias que implica acceder a ellos en un lugar de encierro, por lo que antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava (del voto del juez Fayt).

21) La adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados, sino que es primariamente en el ámbito sanitario –y mediante nuevos modelos de abordaje integral– que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue, conjugándose así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias (del voto del juez Fayt).

22) Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho, y solo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad, pues lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son solo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas (del voto del juez Fayt).

23) Si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1° de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno. En el presente caso no es necesario acudir a esta valoración, pero no sale sobrando verificar que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma cuestionada por parte de esta Corte la reafirma fuertemente, teniendo en cuenta que la decisión no solo no lesiona, sino que habrá de operar a favor de la política criminal encaminada a la represión del tráfico y difusión de tóxicos prohibidos, seriamente obstaculizada en varios sentidos por la norma en cuestión (del voto del juez Zaffaroni).

24) Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse (del voto del juez Zaffaroni).

25) El procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza

de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso (del voto del juez Zaffaroni).

26) Dado que la escasa cantidad de droga incautada en la causa estaba destinada al consumo personal y el hallazgo no fue producto de la realización de cualquier otro acto con la droga que excediese una tenencia reservada, vedada al conocimiento de terceros, y que los imputados mantuvieron así hasta ser requisados por el personal policial, en tales condiciones la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros (del voto del juez Zaffaroni).

27) La falta de precisión sobre las razones que llevaron a la conclusión de que la conducta del imputado no estaba protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional en el precedente “Montalvo” (Fallos: 313:1333), impide la formación de un estándar aplicable a otros casos, por lo que aquella decisión, así como su mayor o menor acierto, está confinada a la causa en que fue dictada (del voto de la jueza Argibay).

28) Si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración ya que, efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional (del voto de la jueza Argibay).

29) Si la escasa cantidad de droga incautada estaba destinada al consumo personal y el hallazgo no fue producto

de la realización de cualquier otro acto con la droga que excediese una tenencia reservada, vedada al conocimiento de terceros, y que los imputados mantuvieron así hasta ser requisados por el personal policial, en estas condiciones, la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros (del voto de la jueza Argibay).

Votos

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, RICARDO LUIS LORENZETTI (SU VOTO), CARLOS S. FAYT (SU VOTO), ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SU VOTO), E. RAÚL ZAFFARONI (SU VOTO), CARMEN M. ARGIBAY (SU VOTO).

*Bienes colectivos, tala de
bosques nativos, protección
del medio ambiente,
principio precautorio y
generaciones futuras*

*Bienes colectivos, tala de bosques
nativos, protección del medio
ambiente, principio precautorio y
generaciones futuras*

“Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de
y Estado Nacional”

26 de marzo de 2009

Fallos: 332:663

Nota introductoria

Los actores promovieron acción de amparo contra la Provincia de Salta y el Estado Nacional, a fin de que se disponga el cese inmediato y definitivo de los desmontes y talas indiscriminadas de los bosques nativos situados en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria de dicho Estado provincial, se declare la inconstitucionalidad y nulidad absoluta e insanable de las autorizaciones otorgadas a esos efectos y se prohíba otorgarlas en el futuro, se imponga a las demandadas el deber de recomponer y restablecer el ambiente al estado anterior a la producción del daño y, en caso de no resultar

ello técnicamente factible, se fije una indemnización sustitutiva a favor de las comunidades indígenas y agrupaciones criollas de la zona, sin perjuicio de lo que corresponda a otros afectados y al Fondo de Compensación Ambiental creado por la ley 25.675.

Solicitaron asimismo el dictado de una medida cautelar que ordenara y garantizara el cese provisional del desmonte y la tala de bosques nativos en la zona referida.

Sentencia

En virtud de la suficiente verosimilitud en el derecho y en particular la posibilidad de perjuicios inminentes o irreparables, la Corte dispuso una medida cautelar ordenando de manera provisional, el cese de los desmontes y talas de bosques nativos en los departamentos de San Martín, Orán, Rivadavia y Santa Victoria, autorizados por la provincia¹.

Ante el pedido del Estado provincial para el levantamiento de la medida cautelar, la Corte lo rechazó sobre la base de que se había demostrado claramente que se habían otorgado autorizaciones para la tala y desmonte tomando en consideración el impacto ambiental de cada una de ellas, pero no se había efectuado ningún estudio relativo al efecto acumulativo de todas las autorizaciones; y por el otro, que la tala y desmonte de aproximadamente un millón de hectáreas tendría un efecto sobre el ambiente que no se puede ignorar.

Con posterioridad, dada la actividad normativa desplegada por el Estado provincial y otras circunstancias, al no subsistir las condiciones que determinaron el dictado de la medida cautelar, se dispuso su levantamiento². Por otra parte, la Corte consideró que se habían alcanzado los propósitos perseguidos con la intervención asumida en el pleito y, consecuentemente,

¹ Sentencia del 29 de diciembre de 2008, publicada en Fallos: 331:2925.

² Sentencia del 13 de diciembre de 2011, publicada en Fallos: 334:1754.

se desprendió del conocimiento en la causa, en la medida en que no correspondía a su competencia originaria prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional.

En su decisión, el Tribunal señaló que el respeto a las autonomías provinciales exige que se reserve a los jueces locales el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versen sobre aspectos propios de su derecho público, y ello es lo que determina la incompetencia de esta Corte para intervenir en el proceso por la vía prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, sin perjuicio, claro está, de que las cuestiones federales que también pueda comprender este litigio sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48.

Estándares

1) La medida cautelar adoptada por la Corte que dispuso de manera provisional el cese de los desmontes y talas de bosques nativos, se funda en el principio precautorio contemplado en la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 4) que establece que: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

2) Resulta procedente la medida cautelar dispuesta en tanto se configura una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el régimen de todo el clima en la región, afectando no solo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio.

3) El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios.

4) La aplicación del principio precautorio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras.

5) La aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. A tal fin, deberá contemplar el impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras.

6) Con la adopción de estas medidas, no debe verse una intromisión indebida en las atribuciones de otros poderes del Estado, sino que, como custodio de las garantías constitucionales, se tiende a tutelar derechos de la índole de los invocados, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO,
CARLOS S. FAYT, ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, JUAN CARLOS
MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI.

*Derechos de incidencia
colectiva, proceso
colectivo y garantías
constitucionales*

*Derechos de incidencia colectiva,
proceso colectivo y garantías
constitucionales*

“Halabi, Ernesto c/ P.E.N.”

24 de febrero de 2009

Fallos: 332:111

Nota introductoria

Un abogado promovió una acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneran las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine en qué casos y con qué justificativos.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el pronunciamiento de primera instancia que había hecho lugar a la demanda y declaró la inconstitucionalidad de la ley sosteniendo, además, que la legitimación del actor no excluía la incidencia colectiva de la afectación a la luz del 2º párrafo

del art. 43 de la Constitución Nacional por lo que la sentencia dictada en tales condiciones debía "...aprovechar a todos los usuarios que no han participado en el juicio".

Contra dicha decisión, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario agraviándose del efecto *erga omnes* que la cámara le atribuyó a su pronunciamiento.

Sentencia

La Corte Suprema, por mayoría, confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo interpuesta. Consideró, que la acción promovida puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos y que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar en qué casos y con qué justificativos esa intromisión puede llevarse a cabo.

Asimismo, le atribuyó carácter *erga omnes* a la decisión con base en la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos involucrados en el caso.

Por su parte, los jueces Petracchi, Argibay y Fayt, votaron en disidencia declarando improcedente el recurso extraordinario.

Estándares

1) En materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En todos los supuestos es imprescindible comprobar la existencia

de un “caso” (art. 116 de la Constitución Nacional) ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.

2) La regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes “Siri” y “Kot” (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

3) Por su parte, los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado.

En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar

la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes este representa. Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

4) La Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a

considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

5) Frente a la falta de regulación legal, cabe señalar que la disposición constitucional (art. 43) es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular pues, como ha dicho esta Corte, donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías.

6) La procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

7) No obsta a la procedencia de la acción colectiva que no encuentre en el plano normativo infraconstitucional, un carril procesal apto para hacerla efectiva. Es innegable, que una inteligencia dinámica del texto constitucional, superadora de una concepción pétrea de sus directivas, conlleva la posibilidad de encontrar en él los remedios adecuados para cada una de las circunstancias que está llamado a regir. La Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempo de su sanción. Este avance de los principios constitucionales,

que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución.

8) El recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo iniciada por un abogado –en virtud de considerar que las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04 vulneran los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional– es improcedente, dado que frente a la ausencia de argumentos relativos a cómo podrían ser restringidos los efectos de la sentencia al caso particular sin vulnerar la protección de la privacidad pretendida, no se advierte relación directa e inmediata entre lo resuelto en estos actuados y la interpretación restrictiva de los alcances del art. 43 de la Constitución Nacional propuesta por la recurrente (de las disidencias parciales de los jueces Petracchi y Argibay y del juez Fayt).

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI; ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y CARMEN M. ARGIBAY (DISIDENCIA PARCIAL CONJUNTA); CARLOS S. FAYT (DISIDENCIA PARCIAL).

*Libertad de expresión,
derecho al honor, a la
intimidad y estándar de
la real malicia*

*Libertad de expresión, derecho al
honor, a la intimidad y estándar de
la real malicia*

“Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros”

24 de junio de 2008

Fallos: 331:1530

Nota introductoria

Algunos integrantes del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación promovieron una demanda contra un periódico y un periodista con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado sus publicaciones.

Entendían que a través de algunas noticias y un editorial se había cuestionado su desempeño profesional, sobre todo en relación a unas causas penales motivadas a raíz del fallecimiento de una paciente.

Los actores consideraron que se habían afectado sus derechos constitucionales a la intimidad y al honor, que las publicaciones habían sido inexactas y formaban parte de una campaña persecutoria y difamatoria contra ellos y, en lugar

de informar, habían tomado una abierta posición sobre el tema, con la intención de despertar en el público sospechas sobre su actuación profesional.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al confirmar la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la demanda promovida contra el diario y la rechazó en cuanto fue dirigida contra el periodista.

Contra este pronunciamiento, el periódico condenado interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema.

Sentencia

La Corte señaló que los derechos que se encontraban en conflicto en el caso eran, por un lado, el derecho a la libertad de expresión, información y prensa y, por el otro, el derecho a la honra y la reputación.

Consideró que el texto del editorial del periódico no era apto para generar su responsabilidad y que, en consecuencia, la decisión apelada que había responsabilizado al referido diario constituía una restricción indebida a la libertad de expresión.

La Corte revocó el pronunciamiento y rechazó la demanda.

Estándares

1) Si bien entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal, bajo ciertas circunstancias, el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros.

2) Tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran

intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad.

3) El principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas, y lo que es materia de discusión y prueba para la aplicación de la real malicia es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad.

4) El específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia –conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad– no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico.

5) No puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social.

6) Dado que el editorial del diario demandado tuvo por finalidad expresarse acerca de un tema de interés público la distinción entre hechos y opiniones es jurídicamente relevante para establecer qué tipo de regla debe aplicarse para juzgar la responsabilidad civil, pues en el primer supuesto se utilizará la doctrina de la real malicia pero, en cambio, en el caso de opiniones críticas –en tanto no es posible predicar de ellas verdad o falsedad– se aplica un criterio de ponderación con fundamento en el estándar del interés público imperativo (del voto de la jueza Highton de Nolasco).

7) Las opiniones, las ideas, los juicios de valor, los juicios hipotéticos o conjeturas, a diferencia de los hechos, dada su condición abstracta, no permiten predicar verdad o falsedad, no siendo adecuado aplicar un estándar de responsabilidad que las considera presupuesto, y solo un interés público imperativo puede justificar la imposición de sanciones para el autor de ese juicio de valor cuando el afectado es un funcionario o una personalidad pública (del voto de la jueza Highton de Nolasco).

8) Con relación a las opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros solo corresponde tomar como objeto de posible reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido pues éste, considerado en sí, en cuanto de opinión se trate, es absolutamente libre, siendo insuficiente indagar los significados literales de los términos usados, considerando la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidos, y el criterio de ponderación deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan (del voto del juez Petracchi).

9) El carácter difamatorio de los términos del editorial cuestionado no superan el nivel de tolerancia que es dable esperar de un funcionario público que se desempeña en el Cuerpo Médico Forense cuando se lo critica en su esfera de actuación pública, máxime cuando los hechos tuvieron una amplia cobertura periodística en otros medios nacionales, por lo que la decisión que responsabilizó al diario constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general y debe ser revocada (del voto del juez Maqueda).

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, CARLOS S. FAYT, E. RAÚL ZAFFARONI, CARMEN M. ARGIBAY, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (SU VOTO), ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SU VOTO), JUAN CARLOS MAQUEDA (SU VOTO).

*Derechos sociales y
garantía constitucional
de la movilidad de los
haberres jubilatorios*

*Derechos sociales y garantía
constitucional de la movilidad de
los haberes jubilatorios*

“Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS”

“Badaro” (I).

8 de agosto de 2006

Fallos: 329:3089

Nota introductoria

Un jubilado se agravió de la movilidad de su haber jubilatorio reconocida en el pronunciamiento de cámara, afirmando que resultaba ineficaz pues no permitía que su prestación alcance un nivel adecuado. Señaló que se había producido una confiscación de sus haberes previsionales y requirió una tasa de interés que le resultara más ventajosa.

Sentencia

La Corte reconoció que no podía obviarse que los cambios en las condiciones de hecho producidos desde el año 2002 trajeron aparejadas variaciones importantes en cualquiera de los indicadores que pueden ser utilizados para analizar el mantenimiento o disminución en el nivel de vida del jubilado, y que se fue consolidando un proceso de recuperación de las variables salariales, que no se reflejó en un contemporáneo reconocimiento para la totalidad de las prestaciones jubilatorias.

Consideró que ninguna de las mejoras realizadas se aplicaba a la prestación que cobraba el actor por lo que existía una falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido.

El Tribunal revocó el pronunciamiento apelado y dispuso comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de su sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas a las que se aludía en ella.

Estándares

1) El art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método, sin embargo, la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral.

2) Las leyes de presupuesto (24.447, 24.624, 24.764, 24.938, 25.064, 25.237, 25.401, 25.565, 25.725, 25.827 y 25.967) no contienen previsión alguna de incremento de las prestaciones ni han señalado la existencia de graves razones de interés general que impidieran concederlos, aspectos que pueden ser cuestionados por el demandante en la medida que

ese aumento resulte necesario para mantener un adecuado nivel de su beneficio.

3) Los decretos que tomaron en consideración la grave crisis económica y social y tienen el declarado propósito de atender en primer lugar las necesidades más urgentes, asegurando a sus destinatarios los recursos indispensables para su subsistencia en modo alguno podrían llevar a convalidar una postergación indefinida de aquellos que no se encuentran en el extremo inferior de la escala de haberes, ni a admitir graves deterioros de su jubilación ya que la amplitud de facultades que se han reconocido para organizar el sistema debe entenderse condicionada a que se ejerciten dentro de los límites razonables, o sea, de modo que no se hieran de manera sustancial los derechos emergentes de la seguridad social.

4) La política de otorgar incrementos solo a los haberes más bajos trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que quienes contribuyeron al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficio mínimo, poniendo en igualdad de condiciones a los que han efectuado aportes diferentes y quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo.

5) El precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla, y los cambios en las circunstancias pueden hacer que la solución legal, correcta en su comienzo, se torne irrazonable, y cuando ello sucede el cumplimiento de la garantía en juego atañe también a los restantes poderes públicos que deberán, dentro de la órbita de su competencia, hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia.

6) No solo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional de la movilidad jubilatoria, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos.

Votos

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, CARLOS S. FAYT, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI, RICARDO LUIS LORENZETTI, CARMEN M. ARGIBAY.

“Badaro” (II).

26 de noviembre de 2007

Fallos: 330:4866

Nota introductoria

Luego del anterior pronunciamiento de la Corte¹ en la causa donde se dispuso diferir la decisión sobre la validez del sistema de movilidad por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones faltantes y se comunicó el contenido del fallo al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo, el jubilado realizó nuevos planteos.

¹ Ver página 213.

Cuestionó la constitucionalidad de las disposiciones de la ley 26.198 (de presupuesto) pues sostuvo que no cumplían con las pautas fijadas por la Corte en lo relacionado con la comprensión y alcance de la garantía de la movilidad.

Sentencia

El Tribunal consideró que el mandato de fijar el contenido concreto de la garantía de movilidad jubilatoria no fue cumplido por el Congreso en las oportunidades y con el alcance exigido por la Constitución Nacional (art. 14 bis).

Teniendo en cuenta que el único aumento en el beneficio jubilatorio del actor que se había dispuesto era insuficiente para reparar su deterioro, la Corte declaró la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable y dispuso el reajuste de dicho beneficio.

Estándares

1) La Constitución Nacional ha reconocido el derecho a la movilidad no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo.

2) Dado que el único aumento en el beneficio jubilatorio del actor que se ha dispuesto durante el período examinado es insuficiente para reparar su deterioro, corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable y ordenar su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes.

3) Los beneficios jubilatorios, que desde su determinación inicial se han vinculado con un promedio de salarios devengados, deben ajustarse de modo de dar adecuada

satisfacción a su carácter sustitutivo, lo que lleva a resolver la cuestión planteada mediante la utilización del nivel general del índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

4) Contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional, pues una reglamentación prudente de la garantía de la movilidad, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial.

Votos

RICARDO LUIS LORENZETTI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, CARLOS S. FAYT, ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, JUAN CARLOS MAQUEDA, E. RAÚL ZAFFARONI.

*Derecho ambiental,
biodiversidad,
daños causados por
contaminación de un río,
prevención, limpieza y
recomposición*

*Derecho ambiental, biodiversidad,
daños causados por contaminación
de un río, prevención, limpieza y
recomposición*

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y
otros”

20 de junio de 2006

Fallos: 329:2316

Nota introductoria

Un grupo de diecisiete personas, ejerciendo derechos propios y algunos también en representación de sus hijos menores presentaron una demanda –ante la Corte Suprema en instancia originaria– contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cuarenta y cuatro empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Matanza-Riachuelo por los daños y perjuicios que, según sostenían, les había ocasionado la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo.

La causa involucraba cuestiones complejas. Por un lado las fuentes de contaminación eran numerosas. Por el otro, la división política del territorio. Además de ello, se hallaba en juego la tutela de un bien colectivo, que presentaba distintos planos de actuación: la prioridad absoluta de la prevención del daño futuro, ya que se trataba de actos continuados que seguían produciendo contaminación; la recomposición de la polución ambiental y, para el supuesto de daños irreversibles, su resarcimiento.

Sentencia

El 20 de junio de 2006 la Corte por mayoría se declaró competente para conocer en su instancia originaria la pretensión relativa al bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente, pero declaró ajenos a dicha instancia los reclamos individuales.

Se decidió hacer uso de las facultades ordenatorias otorgadas por el art. 32 de la Ley 25.675 –Ley General del Ambiente– y en consecuencia requerir a las empresas demandadas que informen en un plazo de 30 días lo que arrojan al Riachuelo y sus sistemas de tratamiento de los residuos; al Estado, incluyendo los distintos niveles de gobierno, que presente un plan para el ordenamiento ambiental del territorio y a la actora que amplíe la información en que funda su demanda.

El 8 de julio de 2008¹ la Corte dictó un fallo que determinó que los Estados Nacional, de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires eran responsables de llevar adelante las acciones y las obras de saneamiento; y el plazo en que debían ser ejecutadas conforme al programa para la recomposición ambiental de la cuenca, dejando abierta la posibilidad de imponer multas para el caso de incumplimiento.

En el fallo se obligó a la Autoridad de la Cuenca, ACUMAR, a cumplir con el programa cuyos objetivos son

¹ Publicado en Fallos: 331:1622.

la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, la recomposición del ambiente en todos sus componentes (agua, aire y suelo), y la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

Asimismo, se habilitó la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan y programa fijados y se encomendó al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación.

Estándares

1) La cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución Nacional, situado en un nuevo capítulo de la parte dogmática llamado “Nuevos Derechos y Garantías” establece: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley”.

2) El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el art. 31 de la Constitución Nacional y las competencias regladas en el art. 116 de la Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostiene la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda

más allá de uno de los estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna.

3) El art. 7° de la Ley General del Ambiente prevé la competencia federal cuando se trata de la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica en el sub lite en la medida en que, por un lado, están involucradas más de una jurisdicción estatal; y en que, por el otro, dos de las pretensiones promovidas tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia – la degradación o contaminación de recursos ambientales– al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial.

4) A los fines de la tutela del bien colectivo, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación, en segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé y, para el supuesto de daños irreversibles, corresponde tratar el resarcimiento.

5) La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo.

6) La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población –bien de incidencia colectiva–, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual; de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos los mandatos constitucionales relativos a la materia –art. 41 de la Constitución Nacional–.

7) Conforme al principio según el cual la recomposición y prevención de daños al ambiente obligan al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces, la sentencia de la Corte resuelve de modo definitivo estos aspectos de la pretensión, orientando su objeto decisorio hacia el futuro y fijando los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración².

8) La condena dictada por la Corte consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados, con las precisiones que surgen de sus considerandos y cuyo contenido es determinado por el Tribunal en uso de las atribuciones que le corresponden por la Constitución y por la Ley General del Ambiente³.

Votos

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI, ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO, JUAN CARLOS MAQUEDA, RICARDO LUIS LORENZETTI, CARMEN M. ARGIBAY, CARLOS S. FAYT (SU VOTO).

² Sentencia del 8 de julio de 2008 publicada en Fallos: 331:1622.

³ Ídem.

*Delitos de lesa
humanidad,
desaparición forzada de
personas, principio de
imprescriptibilidad*

*Delitos de lesa humanidad,
desaparición forzada de personas,
principio de imprescriptibilidad*

“Simón, Julio Héctor y otros”

14 de junio de 2005

Fallos: 328:2056

Nota introductoria

Un miembro de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo del Ejército Argentino que formaba parte del sistema clandestino de represión (1976-1983), es acusado por crímenes contra la humanidad consistentes en secuestro, tortura y privación ilegal de la libertad, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos.

Ante esto, el acusado solicitó que se le aplique el beneficio que le concedían las leyes de Punto Final –23.492– y Obediencia Debida –23.521–. Sostuvo que se aplicó retroactivamente una norma de naturaleza penal, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas con la consecuencia de que eliminó los beneficios de la prescripción de la acción y de la pena. Agregó que no se puede restar significación

a la validez inalterable de las garantías consagradas en la Constitución Nacional, en aras de los principios generales reconocidos por la comunidad internacional.

Sentencia

La Corte, en distintos votos, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y, al mismo tiempo, sostuvo la validez de la ley 25.779 que considera insanablemente nulas las leyes antes mencionadas.

Declaró, además, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pudiera oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.

El juez Fayt votó en disidencia.

Estándares

1) La progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos –con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza (del voto del juez Petracchi).

2) Las leyes de Obediencia Debida y Punto Final que intentaron dejar atrás los enfrentamientos entre “civiles y militares”, se orientan, como toda amnistía, al “olvido” de graves violaciones a los derechos humanos, se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles

y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) (del voto del juez Petracchi).

3) Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata, deber que adquiere particular relevancia en casos como el presente en el que se hallan en juego delitos de acción pública, en los que el Estado tiene la obligación legal, indelegable e irrenunciable, de investigar (del voto del juez Petracchi).

4) El desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, impone en la etapa actual del acelerado despertar de la conciencia jurídica de los Estados de investigar los hechos que generaron las violaciones a aquéllos, identificar a sus responsables, sancionarlos y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, a fin de evitar la impunidad y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción (del voto del juez Petracchi).

5) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por lo que no cabe admitir las disposiciones de amnistía y prescripción en tanto son cuestiones centrales en sus sentencias, cuyos alcances no pueden ser soslayados.

Por lo tanto, ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada, de acuerdo a lo establecido por la Corte mencionada anteriormente, pueden convertirse en el impedimento para la anulación de leyes de Punto Final

ni Obediencia Debida ni para la prosecución de todas las causas que fenecieron en razón de ellas, ni de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca (del voto del juez Petracchi).

6) La circunstancia de que leyes como la de Punto Final y Obediencia Debida puedan ser calificadas como “amnistías” ha perdido toda relevancia en cuanto a su legitimidad pues, en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados firmados por Argentina, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles (del voto del juez Petracchi).

7) A fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa.

Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca (del voto del juez Petracchi).

8) El sentido principal de la ley 25.779 –ley por la cual se declaran insanablemente nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final– fue intentar dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por las leyes nulas y, de

este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando (del voto del juez Petracchi).

9) El principio de imprescriptibilidad, consagrado en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución (del voto del juez Boggiano).

10) Los delitos contra el derecho internacional, contra la humanidad y el derecho de gentes que, por su gravedad, lesionan el orden internacional, podrían ser juzgados aun fuera del país en el que se hubiesen cometido, toda vez que los delitos contra el derecho internacional pueden fundar la jurisdicción universal de cualquier Estado según la costumbre internacional por violar una norma de *ius cogens* y en modo sistemático lesionan el derecho internacional (del voto del juez Boggiano).

11) La desaparición forzada de personas constituye, no solo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito.

Es justamente por esta circunstancia que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens*, como derecho internacional imperativo (del voto del juez Boggiano).

12) La calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta a los principios del *ius cogens* del derecho internacional y no hay prescripción para los delitos de esa laya (Fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino (del voto del juez Boggiano).

13) Las leyes de Punto Final –23.492– y Obediencia Debida –23.521– en tanto y en cuanto no comprendan delitos de lesa humanidad son inaplicables al caso y, por el contrario, son insanablemente inconstitucionales en tanto y en cuanto pudiesen extinguir delitos de lesa humanidad (del voto del juez Boggiano).

14) El principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (del voto del juez Boggiano).

15) La regla de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad que establece específicamente su aplicación retroactiva al expresar que tales crímenes “...son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido” es ahora de valor y jerarquía constitucionales y por su especificidad respecto de

los delitos que contempla tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos.

Ambas reglas tienen la misma jerarquía constitucional y por consiguiente las normas especiales de imprescriptibilidad solo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está por debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura.

El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución (del voto del juez Boggiano).

16) Las presunciones *iure et de iure* establecidas en la ley de Obediencia Debida implicaron una invasión por parte del Poder Legislativo de funciones propias del Poder Judicial (art. 116 de la Constitución Nacional). Su sanción implicó dejar sin protección bienes jurídicos elementales de determinados habitantes, como la vida y la libertad, a diferencia de los bienes jurídicos del resto de la población, quedando sin castigo la muerte y otros delitos contra miles de individuos en un período de tiempo cierto –desde 1976 a 1983– construyendo así una especial categoría de personas que no tenían derecho a la protección del más sagrado de los bienes como la vida humana.

La ley de Punto Final debe ser considerada una ley de amnistía encubierta, no solo porque el fin invocado por el Poder Ejecutivo Nacional para sancionarla fue la “consolidación de la paz social y reconciliación nacional”, sino porque el ámbito de aplicación de la norma se refirió a hechos del pasado.

Ambas leyes desconocieron todo rol a las víctimas y a sus familiares de acudir a los tribunales a solicitar el esclarecimiento y sanción penal de los responsables. Eso los obligó a conformarse con caminos alternativos, como buscar el reconocimiento del derecho “a la verdad”, a la identificación de cadáveres, indemnizaciones, pero se les desconoció toda

legitimidad para reclamar judicialmente sanciones penales a los responsables, pese a ser los afectados directos.

Su sanción y vigencia, en tanto impedían llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar a los autores y partícipes de graves delitos perpetrados durante el gobierno de facto (1976-1983) y aplicarles las sanciones penales correspondientes, resultaban claramente violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (del voto del juez Maqueda).

17) La calificación de delitos de lesa humanidad queda unida con la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes según resulta de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 aprobada por la ley 24.584.

Dicha imprescriptibilidad se vincula con la obligación de los Estados nacionales de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos con el consiguiente deber de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables de tales hechos, sin que los principios utilizados en el ámbito nacional para justificar el instituto de la prescripción resulten aplicables a los delitos de lesa humanidad, pues la imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo (del voto del juez Maqueda).

18) El sistema internacional de protección de los derechos humanos procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre.

La negativa a la prosecución de las acciones penales contra los crímenes de lesa humanidad importa, de modo evidente, un apartamiento a esos principios e implica salir del marco normativo en el que se han insertado las naciones civilizadas especialmente desde la creación de la Organización de las Naciones Unidas. La incorporación de estos derechos al derecho positivo universal desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las subsecuentes convenciones de protección de diversos derechos humanos han supuesto el reconocimiento de este carácter esencial de protección de la dignidad humana (del voto del juez Maqueda).

19) Las decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que deben disponer los ciudadanos para obtener el castigo de tal tipo de delitos no resultan aceptables (del voto del juez Maqueda).

20) La ley 25.778 otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y en consecuencia, sumó al deber de punición que corresponde a los tribunales, la presencia de una norma positiva de derecho internacional que consagra la imposibilidad de considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto de los delitos de lesa humanidad (del voto del juez Maqueda).

21) Resultan claramente violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la sanción y vigencia de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final en tanto impiden llevar adelante las investigaciones necesarias para identificar los autores y partícipes de graves delitos perpetrados durante el último gobierno de facto, y aplicarles las sanciones penales correspondientes (del voto del juez Maqueda).

22) Es menester declarar no solo la inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, sino también considerarlas inexecutable y en virtud de lo dispuesto por la ley 25.779 debe cancelarse cualquier efecto directo de ellas

o de los actos en ellas fundados, que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina (del voto del juez Zaffaroni).

23) La sanción de la ley 25.779 –cuyos efectos se imponen por mandato internacional– importó eliminar toda duda respecto de los efectos de Obediencia Debida y Punto Final y permitió la unidad de criterio en todo el territorio y en todas las competencias, resolviendo dificultades que podrían generar las diferencias de opiniones en el sistema de control difuso de constitucionalidad que nos rige (del voto del juez Zaffaroni y del voto del juez Lorenzetti).

24) Sin perjuicio de ello corresponde ratificar que las leyes declaradas nulas son inconstitucionales y declarar que se cancela cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina, a fin de que no queden dudas acerca de que cesa la posibilidad de que cualquier país pueda invocar el principio universal y reclamar el juzgamiento de estos crímenes en extraña jurisdicción, reasumiendo la Nación la plenitud de su soberanía y, por ende, del ejercicio de la jurisdicción como atributo de ésta (del voto del juez Zaffaroni).

25) El Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictar las normas de Obediencia Debida y Punto Final y al hacerlo ha vulnerado no solo principios constitucionales sino también los tratados internacionales de derechos humanos, generando un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de lesa humanidad, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino.

Ambas leyes, además, son violatorias del principio de igualdad ante la ley, ya que aparejan un tratamiento procesal de excepción para los sujetos amparados y, de manera simultánea, privan a las víctimas de los hechos, o

a sus deudos, de la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el enjuiciamiento y punición de los autores de los actos ilícitos que los damnifican (del voto de la jueza Highton de Nolasco).

26) La presunción *iure et de iure* de inculpabilidad que se establece en el art. 1° de la ley de Obediencia Debida implica una lisa y llana violación a la división de poderes, por cuanto el Poder Legislativo se ha arrogado facultades propias del Poder Judicial al imponer a los jueces una interpretación determinada de los hechos que les competía juzgar, impidiéndoles que, en ejercicio de atribuciones propias y excluyentes, los magistrados judiciales examinaran las circunstancias del caso y determinaran en cada supuesto concreto si efectivamente en él se daban las situaciones que aquella ley preanunciaba dándolas por sentado, sin admitir prueba en contrario (del voto de la jueza Highton de Nolasco).

27) Es constitucional la ley 25.779 que declara “insanablemente nulas” las leyes de Obediencia Debida y Punto Final toda vez que los legisladores han tenido principalmente en mira subsanar aquella infracción, y cumplir de manera debida las obligaciones asumidas a través de los tratados internacionales de derechos humanos, eliminando todo aquello que pudiera constituir un impedimento normativo para avanzar en la investigación y punición de crímenes de lesa humanidad (del voto de la jueza Highton de Nolasco).

28) Las leyes de Obediencia Debida y Punto Final violaron los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no solo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y alcance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la Nación Argentina (del voto del juez Lorenzetti).

29) Los delitos de lesa humanidad no deberían ser amnistiados. No “pueden” olvidarse ni tampoco “deben” olvidarse. Esa afirmación integra el *corpus* de nuestra Constitución Nacional (del voto del juez Lorenzetti).

30) La ley de Punto Final tiene una finalidad clara que, por sus efectos puede ser encuadrada dentro de la noción de amnistía.

Las leyes de amnistía tienen un límite moral, y está dado por la imposibilidad de amnistiarse delitos de lesa humanidad, porque si se pretende forzar a “olvidar” y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas.

La ley de Obediencia Debida consagra un eximente respecto de quienes han obrado en cumplimiento de órdenes claramente reconocibles como ilícitas, lo que es contrario a principios de una larga tradición jurídica que hoy tiene rango constitucional.

Sin embargo, existe una regla de comportamiento ético constitucionalizada que es una frontera que debe ser respetada tanto por quienes reciben este tipo de órdenes como por el legislador que pretenda legitimarlas.

Ambas declaraciones de inconstitucionalidad no constituyen violación del principio *nulla poena sine lege*, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme los principios del estado de derecho (del voto del juez Lorenzetti).

31) La ley 25.779 es una clara demostración de los esfuerzos de la Nación Argentina para cumplir con las normas internacionales a las que se había obligado. Es sin duda loable el propósito del Congreso de la Nación en este aspecto, así como lo es también el esfuerzo argumentativo realizado por los legisladores en la fundamentación de la ley en una

abrumadora coincidencia de opiniones. En este sentido, se dijo que nada hay que impida al Congreso revisar sus propios actos y se invocó la necesidad de cumplir los criterios internacionales en la materia que surgen de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad aprobada por el Congreso, con la finalidad de ejercer un control general y preventivo respecto de la inconstitucionalidad de las normas, existiendo una clara coincidencia en que es competencia del Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad en un caso concreto. En definitiva, se ha cumplido con la obligación que tiene el Estado de introducir en el derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas (del voto del juez Lorenzetti).

32) Cuando se trata de procesos penales por delitos de lesa humanidad, las personas imputadas no pueden oponerse a la investigación de la verdad y al juzgamiento de los responsables a través de excepciones perentorias, salvo cuando el juicio sea de imposible realización (muerte del acusado), o ya se haya dictado una sentencia de absolución o condena (cosa juzgada).

Por lo tanto, si los jueces, en la etapa inicial en que se encuentra el proceso, hubiesen calificado los hechos como crímenes contra la humanidad y acto seguido declarado extinguida la acción por prescripción o amnistía, hubiesen incurrido en una contradicción manifiesta con las propias bases de su pronunciamiento y, consiguientemente, en una palmaria violación del derecho penal internacional (del voto de la jueza Argibay).

33) La modificación de las normas legales sobre prescripción no viola el principio de culpabilidad, puesto que no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves (del voto de la jueza Argibay).

34) La prescripción de la acción penal no es una expectativa con la que, al momento del hecho, el autor de un delito pueda contar, mucho menos con el carácter de una garantía constitucional. El agotamiento del interés público en la persecución penal, que sirve de fundamento a la extinción de la acción por prescripción, depende de la pérdida de toda utilidad en la aplicación de la pena que el autor del delito merece por ley. Es absurdo afirmar que el autor de un delito pueda adquirir, al momento de cometerlo, una expectativa garantizada constitucionalmente a esa pérdida de interés en la aplicación de la pena (del voto de la jueza Argibay).

35) En los crímenes contra la humanidad, el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, el cual esta misma ha declarado inextinguible (del voto de la jueza Argibay).

36) La derogación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida solo puede operar para el futuro y no puede afectar o modificar situaciones previamente existentes a la entrada en vigor de la norma derogatoria –25.779–.

En efecto, la eficacia normal de las normas derogatorias es únicamente respecto a las situaciones que nacen con posterioridad a su entrada en vigor y no pueden operar retroactivamente pues no regulan las conductas de los particulares en consecuencia, solamente operan para el futuro puesto que son reglas de aplicación de otras normas. El principio general de no retroactividad de los efectos de la derogación se dirige a las autoridades, pues su fin es evitar los abusos que se pudieran producir por la anulación de actos creados válidamente con anterioridad. Es por ello que la derogación además de impedir la aplicación subsiguiente de la norma, preserva su pertenencia al sistema jurídico sin afectar situaciones creadas.

La única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de manera exclusiva, la declaración de su

inconstitucionalidad que solo puede hacerse en un caso concreto por parte de un tribunal de justicia (de la disidencia del juez Fayt).

37) No es válido el argumento que pretende legitimar la ley 25.779 con invocación del antecedente de la ley 23.040, por la que se declaraba insanablemente nula la ley 22.924 conocida como de “pacificación nacional” dictada por el propio gobierno de facto durante el Proceso de Reorganización Nacional, puesto que esta última configuró un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas (de la disidencia del juez Fayt).

38) Tanto la aplicación retroactiva de la “Convención sobre Imprescriptibilidad” (arts. I y IV) como la de la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas” (en virtud del art. 15, ap. segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), resultan inaplicables en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional. Al respecto cabe recordar que en el sistema constitucional argentino esta previsión determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (de la disidencia del juez Fayt).

Votos

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (SU VOTO), ANTONIO BOGGIANO (SU VOTO), JUAN CARLOS MAQUEDA (SU VOTO), E. RAÚL ZAFFARONI (SU VOTO), ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO (SU VOTO), RICARDO LUIS LORENZETTI (SU VOTO), CARMEN M. ARGIBAY (SU VOTO), CARLOS S. FAYT (EN DISIDENCIA).
