

## GARANTIA Y EFICACIA DE LOS DERECHOS.

### EL ROL NOMOGENÉTICO DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

(a propósito de la “acción de clase” en el derecho argentino)

por Néstor Pedro Sagüés (\*)

Sumario: 1. Introducción. Precedentes locales de activismo normológico en la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. 2. El caso “Halabi”, y las acciones de clase. 2. Casos posteriores. “Padec vs. Swiss Medical”. 3. Conclusiones. 4. Adenda: Función nomogenética con motivo del cumplimiento de compromisos internacionales.

#### **1. Introducción. Precedentes locales de activismo normológico en la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.**

Es ya un lugar común, y desde luego muy cierto, que cualquier derecho depende, en su dimensión real, de la existencia de procedimientos útiles y efectivos que lo custodien, si es vulnerado. El responsable primario de esa regulación es generalmente el Poder Legislativo. Si no lo hace, incurriendo en inconstitucionalidad por omisión, está dañando, aparte del derecho inerte, principios como los del debido proceso, tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

El tema del “derecho no tutelado” no preocupaba mayormente en el siglo XIX, cuando la Constitución era, básicamente y en materia de derechos, visualizada casi como *poesía constitucional*. El escenario ha variado, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando la cultura jurídica va asumiendo la tesis de la *motorización de la constitución*. Según la feliz expresión de Ronald Dworkin, que da título a un célebre libro suyo, se comienza a hablar de los “derechos en serio”, o sea, de derechos exigibles, llegado el caso ante los tribunales. Aparecen, en una etapa más avanzada, los “derechos con dientes” (según otra también lúcida expresión estadounidense): derechos imperiosos, que si

es necesario muerden no solamente al deudor de ellos, sino también a quienes se niegan a viabilizarlos tribunaliciamente.

En ese contexto, y de haber inercia legislativa, esos derechos adustos y dentados exigen a la magistratura constitucional su instrumentación efectiva, incluso *omissio legis*. Muchos tribunales –no todos, por supuesto- adoptan actitudes nomogenéticas, creando procesos (algunas veces con rango constitucional) destinados a hacerlos cumplir.

La actividad nomogenética de los tribunales constitucionales (inicialmente no planeados para tal quehacer, puesto que su función original fue más bien represiva, en el sentido de invalidar normas, o proyectos de normas), se despliega en dos vertientes: a) la de *inductores de normas* (a través, principalmente, de sentencias exhortativas que incitan, por lo común al Poder Legislativo, pero también, en su caso, al Ejecutivo y aun al constituyente) a adoptar ciertas reglas jurídicas, y b), la de *emisoras de normas*, cuando de modo más directo producen tales preceptos.

Argentina tiene cierta tradición tribunalicia legisferante. La muestra más relevante fue, hasta hoy día, la creación jurisprudencial (en el ámbito nacional) de la acción de amparo, que no estaba entonces expresamente mencionada en la Constitución, ni implementada por ley. (1) En el caso “Siri”, (1957) la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, no obstante esas lagunas normativas, habilitarla. Según el tribunal, bastaba la comprobación inmediata de una restricción a un derecho constitucional, para que la garantía invocada fuese reestablecida por los jueces en su integridad, sin que pudiese alegarse en contrario la inexistencia de una ley reglamentaria. Pocos meses después, en el caso “Kot SRL”, entendió que tal acción estaba de todos modos en la Constitución, en la cláusula de los derechos no enumerados, o implícitos (art. 33), que son los que no figuran de modo explícito en el texto de la ley suprema, pero que de todos modos tienen condición constitucional si emanan de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. La mayoría del tribunal reconoció que la acción de amparo no estaba históricamente prevista por los autores de la Constitución (sancionada en 1853), pero que una interpretación evolutiva de la misma, atendiendo las realidades presentes, conducía a admitirla, a pesar del silencio renuente del legislador en ese punto. (2)

Otra invención pretoriana importante fue el recurso extraordinario federal por arbitrariedad. El art. 14 de la ley 48 diagramó dicho medio impugnativo, que es la escalera procesal tradicional para llevar casos relativos al derecho federal y de modo particular al constitucional, ante la Corte Suprema. Pero no era un recurso destinado a atacar sentencias “arbitrarias”, salvo que trataran temas de derecho federal. La Corte Suprema, a través de una elaboración lenta pero sostenida, entendió que una sentencia “arbitraria” (aquella que “no derivaba razonablemente” del derecho vigente aplicable en una causa), violaba la regla del debido proceso enunciada en el art. 18 de la Constitución federal, afectando también el principio constitucional de “afianzar la justicia”, incluido en el Preámbulo de la ley suprema. Con ese toque de magia jurídica, “federalizó” la arbitrariedad y creó una nueva causal para tratar en el aludido recurso extraordinario, apta para discutir interpretaciones normativas erróneas, formalistas, injustas, inequitativas, desnaturalizadoras, absurdas, o fallos imprevisores, normativamente infundados, dictados con defectos en la integración del tribunal o que incurrieren en evidente apreciación errónea de la prueba, etc. etc., aunque el expediente no versara, en el fondo, sobre temas de derecho federal. El asunto deambuló hasta convertir al recurso extraordinario en una suerte de amplio recurso de justicia y equidad, y concluyó en una preocupante hiperinflación de varios miles de causas para la Corte Suprema, circunstancia que justificó la sanción de una ley, la 23.774, que permite a ella desechar, discrecionalmente, recursos extraordinarios carentes, por ejemplo, de trascendencia (a esto se lo llamó el *writ of certiorari negativo*).

Resumiendo, en el caso “Kot SRL”, la Corte Suprema infirió o dedujo de la cláusula constitucional de los derechos no enumerados (una *norma-principio*, decididamente abierta para el operador judicial), al amparo nacional. Y mandó a los jueces diligenciarlo. Respecto de la doctrina de la arbitrariedad, creó pausada y progresivamente esa figura, aunque invocando que tenía cuna constitucional en varios principios jurídicos ubicados en el preámbulo y en el texto de la constitución. En ambos supuestos puede constatarse que invocando principios constitucionales, la Corte Suprema “descubrió” y hasta erigió normas, fenómeno que después pregonarían varios sectores del neoconstitucionalismo. (4)

Una tercera muestra de acción legisferante, de tipo mixta, fue el caso “Verbistky”, donde por un lado la Corte Suprema actuó como *inductora de normas*, al lanzar una

sentencia exhortativa reclamando ciertos cambios en la legislación procesal penal vigente en la provincia de Buenos Aires, para adaptarla a los parámetros provenientes del derecho internacional de los derechos humanos en materia de régimen carcelario y libertad provisional (ello, sin declararla formalmente inconstitucional, aunque sí considerando que *parecía alejarse* del esquema constitucional y convencional vigente para Argentina); y por otro, *generó normas*, al habilitar al “hábeas corpus colectivo”, que no estaba previsto ni por el art. 43 de la constitución nacional, ni por la legislación reglamentaria nacional (ley 23.098), ni por la provincial de Buenos Aires (ver *infra*, parágrafo 3, y cita 11).

En esta comunicación nos detendremos en otra habilitación legislativa mucho más reciente, producto de un parto jurisprudencial, como es la “acción de clase”, entrevista como herramienta para tutelar ciertos derechos que guardan parentesco, algunas veces lejano, con los llamados difusos o colectivos.

## **2. El caso “Halabi”, y las acciones de clase.**

En “Halabi”, (2009) la Corte Suprema de Justicia entendió que la “acción de clase” proveniente del derecho anglosajón (la *class action*), estaba en la constitución nacional, encapsulada en su art. 43, segundo párrafo, relativo al amparo colectivo. Y juzgó, además, que había mora (inconstitucional) por parte del Congreso, al no reglamentar a ese instituto. (5)

Para ello, la Corte Suprema tuvo que realizar una *interpretación mutativa por adición* de la norma de referencia. El tribunal comenzó distinguiendo el “amparo individual” que está en el primer párrafo del citado art. 43, y que viene a perfilar al amparo clásico, o tradicional. En tal supuesto, se tutelan derechos divisibles, no homogéneos y se busca la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada afectado (considerando 10 del voto mayoritario de “Halabi”).

En segundo término, está el amparo típicamente colectivo, donde el bien tutelado es precisamente (y valga la redundancia), colectivo, o sea plural, ya que pertenece a toda la comunidad, es indivisible y no admite exclusión alguna. El tribunal menciona como caso emblemático de este tipo al ambiente. El bien colectivo, agrega, no se puede apropiarse individualmente (considerando 11 del voto mayoritario). Y tienen legitimación para actuar,

respecto de tales bienes, el Defensor del Pueblo, el afectado, y las asociaciones dedicadas a los mismos bienes.

Y en tercer lugar, la Corte involucró en el referido art. 43 a los “intereses individuales homogéneos”, relativos al ambiente, a la competencia, los usuarios y consumidores y sujetos discriminados. En este supuesto, explica el tribunal, “no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles”. Pero sí existe un acto lesivo único o continuado, que provoca una lesión a todos los afectados, y que perfila así una “causa fáctica homogénea”. Esta última “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” (considerando 12).

Completando su razonamiento, la Corte puntualiza: a) que hay mora legislativa en no haber regulado la tutela de estos derechos; b) que los aludidos intereses individuales homogéneos importan “derechos de incidencia colectiva”, en el marco del art. 43 de la constitución; c) que esta norma es directamente operativa, y que “es obligación de los jueces darle eficacia”, porque donde hay un derecho debe haber un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido.

Para el ejercicio judicial de las acciones tutoras de los derechos individuales homogéneos, la Corte puntualizó que era necesario: a) la existencia de una causa fáctica común; b) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; c) la constatación de que el ejercicio individual de la acción no aparece justificado, aunque ello no es necesario 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” (considerando 13).

Finalmente, en cuanto la acción en sí, instrumentable en una demanda judicial concreta, la Corte indicó que los tribunales debían verificar: a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; b) la idoneidad de quien pretende asumir su representación; c) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; d) la instrumentación, por el juez, de un adecuado régimen de notificación de todas las personas

que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, para que ellas puedan optar por quedar fuera o dentro del pleito; e) la implementación de medidas de publicidad que eviten la multiplicación o superposición de procesos colectivos con el mismo objeto, a fin de avenar el peligro de sentencias disímiles o contradictorias (considerando 20).

Hemos sostenido, al respecto, (6) que la Corte asumió aquí roles audaces, en alguna medida cuasi (o sin cuasi) legisferantes, ya que más allá de la conveniencia de regular por el Congreso a las “acciones de clase” (en verdad, hay fuertes argumentos para propiciar tal reglamentación), lo cierto es que la constitución no imponía *necesariamente* tal modalidad procesal (desde luego, no la prohibía). De los debates de la convención constituyente de 1994 no emerge que la convención haya establecido tal alternativa singular como un imperativo para jueces o legisladores. Por ende, era muy difícil afirmar que existía mora inconstitucional ante tal silencio congresional, y exigir que los jueces, con o sin ley, la instrumentasen.

El argumento más fuerte de la Corte Suprema, para actuar activamente como lo hizo, es que si no se admite la acción de clase, se está lesionando el derecho de acceso a la justicia (y, añadimos, el de tutela judicial efectiva), encapsulado hoy, por un positivo desenvolvimiento pretoriano y doctrinario, en el art. 18 de la constitución nacional, como ingrediente del debido proceso, perjuicio que se consumaría al obligar al lesionado en su derecho a litigar (en ciertos casos) con un elevado costo económico por un bien que, individualmente considerado, puede ser muy poco significativo (supóngase el incremento de un boleto de ómnibus, de una cuota escolar o de una comisión bancaria por renovación de chequera, etc.).

El tema es delicado, ya que, en términos más amplios, con esa tesis cada vez que aparezca en el escenario contemporáneo un nuevo instituto procesal que se repute conveniente para la comunidad, la Corte podría verse tentada a recepcionarlo e imponerlo a todos los demás jueces, so pretexto de que así se satisfacen los principios constitucionales y convencionales del debido proceso, del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva. Conjeturalmente, ello podría ocurrir, v. gr., con el proceso monitorio, las tutelas urgentes, las denominadas medidas autosatisfactivas, y otros dispositivos novedosos cada vez más frecuentes en el derecho procesal.

De este modo, surge el riesgo de que la judicatura podría saltar olímpicamente al legislador, y comenzar ella misma a legislar, *omissio medio*, al menos como legislador suplente y precario (hasta que lo haga el Poder Legislativo). En definitiva, crear pretorianamente a un instituto procesal, como fue el amparo en el orden federal argentino en “Siri” y “Kot SRL”, debe ser una decisión profundamente reflexiva y consecuencia de una definición constitucional indiscutible, sentada por el constituyente histórico o producto de una evolución asumida sólidamente en la actual “constitución viviente”, que sí o sí, exija tal alternativa. No se trata aquí, en efecto, de ser juez-legislador por mera conveniencia o utilidad procesal, sino por inferencia obligada de un nítido imperativo constitucional. (7)

Ahora bien: si la acción de clase se desprendería (continuando con la tesis de la Corte) de las pautas constitucionales del acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y debido proceso, para supuestos específicos en que litigar individualmente resultaría (en particular, en términos económicos) absurdo, no se advierte porqué la Corte Suprema exceptúa de tal condición los casos en que lo debatido interese a toda la comunidad, o afecte derechos de grupos vulnerables. En efecto, si los actores individuales pudiesen sustentar razonablemente sus costos en las respectivas postulaciones personales, tratándose de bienes individuales homogéneos, y no colectivos, no habría allí, necesariamente, negación de acceso a la justicia. Todo ello sin perjuicio de que el legislador, previa meritación del acierto de un proyecto sobre el tema, habilite la acción de clase en términos más amplios, como el que aludimos. Pero ello importaría algo reservado a la discreción legislativa.

### **3. Casos posteriores. Padec c. Swiss Medical.**

En “Cavallieri” (8) y en “Thomas”, (9) por ejemplo, la Corte Suprema ratifica “Halabi”. También lo hace, y de modo terminante, en “Padec (Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor) c. Swiss Medical”, (10) precisando aun mas su discurso jurídico.

En concreto, el alto tribunal destaca que en el caso de los intereses individuales homogéneos, se trata de derechos individuales enteramente divisibles, donde el interesado debe acreditar que hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar

razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada (considerando 9º). De acuerdo con las peculiaridades del caso, prosigue la Corte, sosteniendo y explicitando la tesis de “Halabi”, debe también probarse que el ejercicio individual de un proceso no aparece plenamente justificado, exigencia que se disminuye si existe un fuerte interés estatal en la protección del derecho en juego, entendido como el de la sociedad en su conjunto, sea por su trascendencia social (ambiente, consumo, salud, v. gr.), o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, que a título de muestra, pueden ser sujetos tradicionalmente postergados (consid. 10). El acto lesivo, precisa el tribunal, debe afectar a una “pluralidad relevante” de derechos individuales.

En el proceso bajo examen se discutía el incremento en las cuotas de un servicio de medicina prepaga, dispuesta por la empresa (privada) del caso. La demanda promovida por una Asociación tutora de los consumidores, por ende, podía beneficiar a todos los afiliados a ese sistema privado. La Corte destaca que “no aparece justificado”, que cada asociado promueva su propia demanda, por la escasa significación de las sumas involucradas, frente al costo procesal de su reclamo aislado.

En “Padec c. Swiss Medical”, se produce un interesante emancipación de la acción de clase del amparo. A esos efectos, la Corte recuerda aquí (considerando 14), la sentencia dictada en “Verbitsky”, (11) donde se admitió al hábeas corpus colectivo (en verdad, era una acción donde se involucraban derechos homogéneos múltiples), argumentando que los bienes tutelados por el hábeas corpus eran de un valor jurídico prioritario, con relación al amparo colectivo, que sí estaba programado por el art. 43 segundo párrafo de la constitución nacional para tutelar la no discriminación, el ambiente, la competencia, los usuarios y los consumidores. Y aplicó el argumento *a fortiori*: si había en la constitución amparo colectivo, con mayor razón debía admitirse por los tribunales el hábeas corpus colectivo, por la mayor cotización de los valores que este proceso constitucional protege. Esto implica una sugestiva interpretación mutativa por adición al texto constitucional en juego.

En “Padec c. Swiss Medical” se trataba de intereses homogéneos pluriindividuales relativos a los usuarios, de tal modo que el amparo colectivo del referido art. 43 de la Constitución (destinado, puntualmente, a tutelar –entre otros- a consumidores y usuarios),



era muy atractivo para proyectarlo a la cobertura de derechos no estrictamente colectivos, como los homogéneos múltiples, sin necesidad de ir a la doctrina del bien jurídico prioritario expuesta en “Verbitsky”. Pero mediaba un problema: “Padec c. Swiss Medical” no era un amparo, sino un juicio ordinario, distinto del amparo constitucional de aquel mentado art. 43. La Corte concluye que, de todos modos, las pautas de legitimación y cobertura del amparo constitucional colectivo son proyectables a los procesos ordinarios.

Si eso lo dispusiera el legislador, por una suerte de decisión legislativa de irradiar reglas constitucionales beneficiosas para la población, establecidas por la constitución para el proceso constitucional del amparo, a ámbitos procesales no contemplados por el constituyente, como los juicios ordinarios, el asunto podría tener andamiaje, pasado el filtro parlamentario de oportunidad y conveniencia para así hacerlo. Que lo haga el máximo tribunal constitucional del país, *per se*, importa, nos parece, acercarse a los bordes judiciales de actuación para ingresar en los terrenos de la llamada sobreinterpretación. (12)

Se consumirían así dos interpretaciones mutativas por adición: la primera, cuando el Tribunal reputó derechos de incidencia colectiva a derechos no colectivos, sino individuales divisibles (en el caso de los homogéneos múltiples, o pluriindividuales). La segunda, cuando entendió que las reglas constitucionales del amparo colectivo eran, sin más, proyectables a los juicios ordinarios, aunque no hubiera pronunciamiento legislativo sobre el punto.

El destino de estas interpretaciones mutativas por adición puede ser variable: depende de su legitimidad intrínseca y de la voluntad de seguimiento de ellas, por parte de quien las formula y de los operadores jurídicos en general. Logran por ende su mayor éxito cuando se consolidan como derecho consuetudinario. (13) Al respecto, la intención que anima el despegue de la acción de clase del trámite del amparo no es, desde luego, nociva, sino, más bien, generosa; y los miembros de la comunidad forense, en particular los letrados, seguramente adherirán a la mutación, ya que importa crear nuevos horizontes profesionales. Por ende, en el plano sociológico, cabe profetizar que se mantendrá.

Por último, en el caso “Padec c. Swiss Medical” el problema procesal es algo teórico, porque al fin de cuentas la Corte subraya que la Ley de Defensa del Consumidor,

reformada en 2008, “admite la posibilidad de que por vía de una acción colectiva puedan introducirse planteos como el que en autos se formula”, y se remite al art. 54 de la referida ley, ordenando al tribunal *a quo* que se conforme al trámite allí establecido (considerandos 15 y 16). En definitiva, tiene entonces razón la jueza Argibay, en su voto particular, cuando destaca que el legislador creó, en el tema bajo examen en dicho expediente, una acción que no es estrictamente la de amparo (considerando 5º). Con esta observación, por cierto atractiva y convincente, se resuelve puntual y abreviadamente el tema, sin necesidad de entrar en el debate de las *class actions* no reguladas por el legislador, y si ellas deben o no instrumentarse por los jueces ante el silencio parlamentario, ya que aquél sí habría aquí resuelto explícita y normativamente el tema, mediante una prescripción no impugnada como inconstitucional, hecho que obviaría entrar en una polémica innecesaria para resolver la litis.

#### 4. Conclusiones.

Más allá de las reflexiones críticas que hemos formulado, cabe constatar que para el voto mayoritario de la Corte Suprema las acciones de clase para la tutela de los derechos homogéneos pluriindividuales o múltiples, dentro de varios condicionamientos que enumera el Tribunal, deben diligenciarse por los jueces aunque no se articulen por vía del amparo (v. gr., por juicio ordinario, hábeas corpus, acción declarativa, etc.). Ello importa emancipar a estas acciones de ciertos requisitos, generalmente severos y desde luego muy importantes, propios del amparo constitucional (en especial, su rol subsidiario y la necesidad de acreditar arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en el acto lesivo, en los marcos del art. 43 de la constitución nacional). Actualmente, por ende, el amparo-acción de clase es solamente una variable de las acciones de clase argentinas.

Para el planteo de una acción de clase, la Corte. Suprema subraya, en “Padec vs. Swiss Medical”, debe haber una “pluralidad relevante” de sujetos implicados en la clase o grupo. No ha aclarado en términos cuantitativos cuál es el cupo mínimo de tal pluralidad significativa, circunstancia que puede provocar disputas judiciales sobre el tema. Se trata, al parecer, de una cuestión de no poca monta.

Otra pauta fijada y repetida por la Corte es que si hay ley puntual sobre alguna de las acciones de clase, naturalmente tendrá que seguirse su trámite. Pero que si no hay regulación específica, deben diligenciarse lo mismo, según los lineamientos procesales que el mismo tribunal consigna.

Las puntualizaciones de referencia, señaladas por la Corte, concluyen obligatorias para todo el país, dado que se infieren, según ella predica, del art. 43 de la constitución nacional.

Todo ello aconseja una pronta implementación legislativa nacional del instituto de la acción de clase, tarea que no es del todo sencilla, atento lo debatido de esa instrumentación procesal, como lo registra el derecho comparado. En su defecto, podrá ocurrir que unos jueces sigan un rumbo y otros uno distinto, con la consiguiente secuela de incoherencias y ambigüedades.

En síntesis, la asunción de papeles nomogénicos por un tribunal constitucional sigue motivando disputas. La aprobación o rechazo de tal actitud depende, naturalmente, de la posición ideológica del observador. Sin perjuicio de ello, el panorama ha cambiado con los tiempos: un tribunal supremo parapetado a ultranza en el viejo principio de “mediación de la ley” (si no hay ley reglamentaria del derecho, el derecho queda en el *frizzer* constitucional), hoy es difícilmente imaginable. De ahí, a autorizar que ese mismo tribunal pueda crear a troche y moche procesos omitiendo al legislador, so pretexto de que el principio de tutela judicial efectiva así lo aconsejaría, media una gran brecha.

Por cierto que el tribunal supremo puede actuar como *inductor de normas*, por ejemplo a través de sentencias exhortativas que encomienden al legislador dictar una norma ausente, pero requerida por la Constitución. Y en situaciones donde entren en juego –sin dudas- derechos esenciales, de fuente nacional o internacional, habilitar pretorianamente el remedio procesal faltante debido al ocio legislativo (causante en este caso de inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión), pero siempre con mesura, lógica, habilidad y fórmulas mínimas tan útiles como intrínsecamente justas, sin ingresar en minucias reglamentaristas que le son ajenas. Una cosa es inferir –*omissio legislatoris*- de la Constitución o del derecho internacional de los derechos humanos, ciertos procesos

indispensables para asegurar derechos emergentes de tales fuentes, y otra convertirse en imprudente legislador *amateur*, conducta que incluso puede generar adicción. La distinción entre una y otra postura es vital en este cenagoso terreno.

### **5. Adenda: función nomogenética con motivo del cumplimiento de compromisos internacionales.**

En ciertos casos, la magistratura constitucional puede asumir papeles legisferantes en materia de derechos y garantías procesales de los mismos, a raíz de exigencias derivadas de tratados sobre derechos humanos, o por decisiones de órganos jurisdiccionales creados por dichos convenios.

Un ejemplo de ello es el derecho de rectificación o respuesta, también llamado “réplica”, que según la Convención americana sobre derechos humanos (usualmente aludida como “Pacto de San José de Costa Rica”, debe ejercitarse “en las condiciones que establezca la ley” (art. 14).

Sin ley, por ende, aparentemente no podría instrumentarse. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva 7/86, determinó con acierto que la rectificación o respuesta era un derecho de las personas, que los Estados se encontraban obligados a instrumentar, y que si no lo hacían mediante una ley formal, debían canalizarlo por otro conducto. Como aplicación de esta tesis, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el caso “Ekmekdjian vs. Sofovich”, ante la inexistencia de ley reglamentaria sobre el tema en el ámbito nacional, efectivizó una petición de réplica mediante una sentencia judicial, y definió distintos aspectos del instituto, en materia, por ejemplo, de legitimación activa para requerirlo y el espacio donde debía exponerse la rectificación o respuesta. (14)

El deber de cumplir con un tratado y darle “efecto útil” (esto último, requerido por el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica), justifica entonces que en ciertas situaciones especiales como las indicadas, la judicatura asuma ciertas funciones de tipo nomogenético, además de las indicadas en los párrafos precedentes.

## Notas

(\*) El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

(1) La reforma constitucional de 1994 introdujo el amparo de modo expreso en el art. 43 del documento constitucional (ver *infra*, cita 5).

(2) Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), *Fallos*, 239:459 (caso “Siri”). Sobre “Kot SRL”, cfr. CSJN, *Fallos*, 241:291. Derivamos al lector a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo*, 5ª ed., 3ª reimpresión, Buenos Aires, 2015, Astrea, t. 3 pág. 8 y sigts. Cfr. igualmente Tagle Carlos, “El amparo judicial de los derechos individuales”, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires 1958-IV-216; Linares Quintana, Segundo V., “La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión”, en “La Ley”, Buenos Aires 92-626..

(3) Sobre la larga gestación jurisprudencial de la doctrina de la arbitrariedad, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª ed. 2ª reimpresión, Buenos Aires, 2016. Astrea, t. 2 pág. 105 y sigts.

(4) Para una descripción compendiada de este movimiento, cfr. Carbonell Miguel, *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*, <http://clasicos/constitucionalismo.blogspot.com/2007/05qu-es-el-neoconstitucionalismo>, versión del 31/12/08. Ver también Carbonell Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, (Madrid 2007), ed. Trotta, *passim*.

(5) CSJN, 24/2/09, *Fallos* 332:111, Jurisprudencia Argentina 2009-II-627. El art. 43 de la constitución nacional, en sus dos primeros párrafos (el tercero se refiere al hábeas data y el cuarto al hábeas corpus), dice:

*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado*

*o un ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva.*

*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforma a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

- (6) Sagüés Néstor Pedro, *La creación judicial del “amparo-acción de clase” como proceso constitucional*, Jurisprudencia Argentina, 2009-II-627; Sagués Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*, ob. cit., t. 3, *Adenda*, pág. 1 y sigts. Cfr. asimismo: Maurino Gustavo y Sigal, Martín, “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, en “Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2009-II-641: Sprovien Luis E-. “Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo Halabi”, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 2009-II-655-
- (7) Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, Porrúa, 2013, pág. 196.
- (8) CSJN, *Fallos*, 335:1080.
- (9) CSJN, *Fallos*, 333:1023.
- (10) CSJN, 21/8/13, *Jurisprudencia Argentina*, 2013-III-413.
- (11) CSJN, *Fallos*, 328:1146. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 4ª ed., Buenos Aires 2008, Astrea, t. 4 pág. 243 y sigts. Sobre “Verbistky”, ver Bertolino Pedro, “*El hábeas corpus colectivo como acción de clase*”, en “La Ley”, Buenos Aires, 2005-D-542.; Puccinelli Oscar R., “Acerca de los procesos constitucionales colectivos. A propósito de un recurso de hábeas corpus colectivo a favor de la totalidad de los detenidos alojados en establecimientos policiales en la Provincia de Buenos Aires”, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 2005-IV-645, Basterra Marcela, “Procesos colectivos. La consagración jurisprudencial del hábeas

corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en “La Ley”, Buenos Aires, 2005-D-530..

- (12) En cuanto sobreinterpretación, como interpretación extensiva de la constitución, de la que incluso se deducen principios implícitos, cfr. Comanducci Pablo, *Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis metateórico*, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª. ed. Madrid 2005, Trotta, pág. 81.
- (13) Sobre la interpretación constitucional mutativa derivamos al lector a Bidart Campos, Germán J., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1964, Ediar, T. I pp. 138 y siguientes; Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, ob. cit., pág. 55 y sigts.
- (14) CSJN, *Fallos*, 315:1492. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, “Art. 14. Derecho de Rectificación o Respuesta”, en Steiner Christian y Uribe Patricia (Editores.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, La Paz, Bolivia, 2014, Fundación Konrad Adenauer, pp. 347/8.