

**LOS CONTENIDOS MÍNIMOS DEL CONSTITUCIONALISMO  
CLÁSICO, UN RECORRIDO POR EL ARTICULO  
14 DE LA CONSTITUCION NACIONAL**

CARLOS D. LUQUE<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Universidad Nacional del Nordeste.

## 1 Introducción

Este trabajo buscará dar una mirada lo mas actual posible sobre el artículo 14 de la Constitución Nacional en cuanto a dos aspectos principales, el mas amplio que tiene que ver con el estado actual y operativo (o no) del catalogo de derechos civiles que allí se enumeran y uno más breve pero también interesante de desandar como es la cuestión de la reglamentación de los mencionados derechos.

Sabemos, que al igual que todas las inspiradas en el constitucionalismo clásico (el cual tuvo su origen a fines del siglo XVIII y floreció durante el XIX) nuestra Constitución está dividida en dos partes. La primera de ellas, denominada también parte dogmática, contiene una serie de preceptos de diversa naturaleza jurídica. Éstos, en su conjunto, tienden a colocar un dique de contención al poder, tratando de limitarlo, de confinarlo, para evitar que se desboque y desmesure, usurpando así el espacio de la libertad.<sup>2</sup>

Cuando hablamos de derechos civiles estamos diciendo que, en la más tradicional de las clasificaciones, la distinción hace pie en la naturaleza del derecho y con arreglo a ella un derecho es civil cuando se titulariza en el hombre por su sola calidad de tal. Por ejemplo los derechos a la libertad ambulatoria, propiedad, comerciar, navegar, transitar, asociarse.<sup>3</sup>

En contrapartida, completando la ejemplificación, los derechos políticos se reservan a quienes tienen la investidura de ciudadanos, es decir aquellos que pueden participar en la vida política de la nación. Por ejemplo, los derechos a elegir y ser electo, a votar en una consulta popular; a la iniciativa legislativa, la constitución de partidos políticos, a resistir la opresión de un gobierno de facto, etc.

Si bien el presente recorrido se hará según el hilo conductor que tiene el propio artículo 14 de la Constitución Nacional para no rebozar esta parte dogmática con explicaciones sobre abundantes de derechos que en muchos casos se han superado.

Pero habrá por lo menos un par a los que no les ocurrió este fenómeno y por ello serán tratados no digamos con preferencia, pero si con la puntilliosidad y quizá la jerarquía que ejercen y el primero de ellos es el derecho a la vida.

---

<sup>2</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, 3° Edición actualizada por Pablo Luis Manili, Abeledo Perrot, Bs.As., 2016, p. 69.

<sup>3</sup> MIDON, Mario. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*. 3° Edición, La Ley, 2013, p. 318.

## 2 Derecho a la vida

### a) comienzo de la vida

Nuestro ordenamiento jurídico es muy claro sobre el comienzo de la vida, esta comienza con la concepción en el seno materno.

Esta afirmación se apoya en las siguientes normas que tienen jerarquía constitucional:

- La Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional según lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (*art.4.1*);
- La Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional según lo dispuesto por la misma norma constitucional referida en el párrafo anterior y en estos términos: “La República Argentina declara que [...] debe interpretarse que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad” (La República Argentina formuló la siguiente reserva, que también goza de jerarquía constitucional, al art.1 de la citada Convención en el sentido de que se considera niño “a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”)<sup>4</sup> (3);
- Como si esto no fuese suficiente, la Constitución Nacional en el inciso 23 de su artículo 75 dispone que el Congreso deberá: “Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.”

### b) concepción en clave convencional

Como el diálogo entre “cortes” de nuestro país y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos no es, por llamarlo de algún modo, óptimo haremos algunos comentarios y citas, a modo de dejar sentado la importancia del tema del comienzo de la vida y el error de querer resolverlo

---

<sup>4</sup> ROSATTI, Horacio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, 2010, Bs.As., p. 210.

sin conocer por lo menos un orden de prelación básico aplicable en un país y en un momento determinado, veremos entonces como la Corte Interamericana de Derechos Humanos trato el término “concepción” en el fallo *Artavia Murillo vs. Costa Rica* del año 2012.<sup>5</sup>

En dicho caso, relacionado con la prohibición de una fecundación in vitro, la Corte IDH se puso una meta interesante como es interpretar el término “concepción”.

La primera resolución que adoptó la Corte IDH fue bastante razonable, coincidió con distintos tribunales nacionales e internacionales en que, y en cuanto a que no existe una definición consensuada aun hoy sobre el inicio de la vida, no obstante lo cual “para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados (in vitro) una vida humana plena”.<sup>6</sup>

La segunda resolución fue entender que el termino “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer dado que un embrión no implantado no tiene posibilidad alguna de sobrevivir.<sup>7</sup>

En cuanto a la frase o expresión “en general” del artículo 4 de la CADH infiere excepciones a la regla pero no precisa el alcance.<sup>8</sup>

Finalmente, y en este pequeño apartado referido a estas dos expresiones, la Corte IDH en *Artavia Murillo* estimo pertinente interpretar literalmente la expresión “en general”, afirmando que “la interpretación literal indica que dicha expresión se relaciona con la provisión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones”.<sup>9</sup>

Pero aun así las normas deben interpretarse como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función al sistema jurídico al cual pertenecen.

Esto ultimo nos lleva a concluir que aquí en la Argentina mientras el debate no sea jurídicamente mas serio el ordenamiento jurídico y con él el orden de prelación de las leyes es muy claro como para admitir modificaciones

<sup>5</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS; *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, Serie C, N°257.

<sup>6</sup> MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana de Derechos Humanos*. Ediciones Universidad Diego Portales, 2018, Santiago de Chile, p. 215.

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 216

<sup>9</sup> Ídem.

a través de humores sociales faccionados, si el norte es buscar modificar profundamente la legislación que protege el derecho a la vida los consensos deberán ser de una amplitud muy generosa.

### **3 Derecho a trabajar y ejercer toda industria lícita**

El primero de los derechos que enuncia el art. 14 es el “de trabajar”. En este contexto tal derecho significa que el individuo tiene derecho a elegir la actividad que será su medio de vida, cualquiera que sea la naturaleza de aquella (industrial, comercial, profesional, laboral en sentido estricto, etc.) sin interferencias de terceros.

Enseña Ekmekdjian que el constitucionalismo clásico pensaba al derecho de trabajar como un derecho de cada individuo frente al Estado y frente a los demás habitantes. El Estado debía, como dijimos, garantizar a cada persona la libre elección de su actividad profesional. Con tal alcance lo reconocen la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (arts. 17 y 18) y las constituciones decimonónicas, entre ellas la nuestra, en su art. 14.<sup>10</sup>

Este contenido negativo del derecho de trabajar (derecho a elegir la actividad profesional sin la interferencia de terceros) fue producto de la lógica reacción contra los regímenes impuestos por las corporaciones medievales.<sup>11</sup>

El trabajo estaba protegido por el estado como “profesión” pero simplemente en ese sentido, no iba un centímetro más allá.

El art. 14 reconoce el derecho a realizar esta actividad, ejercer industria lícita, el cual – en cierto modo – es redundante porque está incluido en el más genérico concepto de “derecho de trabajar”. No obstante ello, lo analizaremos separadamente de aquél, tal como lo dispone el texto constitucional.<sup>12</sup>

El aspecto más vital y rico en lo tocante a la regulación de este derecho emerge con la definición de “licitud”. Para la Corte el temperamento constitucional que resuelve si una industria es lícita no puede ser el de la utilidad y conveniencia de sí misma, sino que ella no sea contraria al orden y la moral pública o perjudique a terceros.

En 1887, el guardián de la Constitución resolvió una interesante cuestión suscitada ante la clausura de que fueron objeto varios saladeros que

---

<sup>10</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A.; ob. cit., Tomo II, p. 8.

<sup>11</sup> Ídem.

<sup>12</sup> EKMEKDJIAN Miguel A.; ob. cit.; Tomo I, p.447.

funcionaban en Barracas. Como las condiciones en que desarrollaban sus actividades tales industrias resultaban nocivas para la salubridad de la población la Legislatura, a través de una ley, dispuso su clausura. Alegando el perjuicio que les irrogaba la medida los saladeristas acudieron a la Corte planteando la inconstitucionalidad de tal disposición.

“Los saladeristas – dijo el tribunal al desestimar la acción – no pueden invocar derechos adquiridos para comprometer la salud pública con el uso que hagan de su propiedad”. Asimismo, sostuvo que “... la autorización para el funcionamiento de un establecimiento industrial está fundada en la presunción de inocuidad del mismo, pero destruida esa presunción por los hechos el deber de proteger la salud pública recobra toda su fuerza y pueden imponerse al establecimiento nuevas condiciones y hasta retirar la autorización concedida”.<sup>13</sup>

“Ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad y especialmente con el uso que haga de una profesión o de una industria”.<sup>14</sup>

La reglamentación de las actividades industriales (poder de policía de la industria) es compartida por los tres niveles del gobierno. Así, hay normas de carácter nacional (v.gr., Código Alimentario Nacional), provincial (v. gr., Leys n°s 7229, 7982 y 7983 de la prov. de Buenos Aires) y municipales (v. gr., ordenanzas). La intervención del Estado en las actividades industriales no se limita a reglamentarlas (restringirlas) con miras a la salubridad, moralidad o el orden públicos, sino que también les brinda protección especial en ciertos casos, fomentando determinadas actividades industriales, ya sea mediante exenciones impositivas, créditos preferenciales, privilegios temporarios, etc. Tal es el carácter de las Leys n°s 20.545, 20.636, 21.014, 21.015, 19.831, 20.496, 19.098 y 21.608, entre otras.<sup>15</sup>

#### **4 Derecho de navegar y comerciar**

“Navegar” significa surcar el agua a bordo de un navío. El art. 14 CN que reconoce el derecho de navegar, se refiere a la navegación comercial, es decir a aquella que realiza una persona denominada armador o naviero, que es

<sup>13</sup> MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 405.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> EMEKDJIAN, Miguel A.; *Ibidem*, p. 448.

quien pone un buque equipado a disposición de otras personas o de sí mismo, para trasportar mercaderías o personas a través del mar, para pescar o bien para realizar en él cualquier otra actividad productiva.<sup>16</sup>

Explica Miguel A. Ekmekdjian que el derecho de navegar comprende:

- a) el de equipar un buque o artefacto naval y de explotarlo comercialmente;
- b) el de ejercer todas las actividades profesionales y comerciales auxiliares y vinculadas con la navegación comercial (v.gr., tripulantes de buques, agentes marítimos, seguros marítimos, sociedades de clasificación de buques, etc.).<sup>17</sup>

El derecho de navegar reconocido en este artículo se complementa con el del art. 26, que otorga la libre navegación de los ríos interiores, sujeta sólo a la reglamentación del Congreso, según lo dispone el art. 75, inc. 10 (ver sus comentarios). El derecho de navegar, al igual que casi todos los demás, está tan intensamente reglamentado por un haz tan complejo y sofisticado de normas de todo tipo, que podemos afirmar sin temor a equivocarnos que tales reglamentos lo han reducido sustancialmente.<sup>18</sup>

Así, existen leyes nacionales que reglamentan numerosos aspectos del derecho de navegar; v.gr., la Ley General de la Navegación (Ley n° 20.094); el Código Aduanero; la Ley n° 19.170, del Registro Nacional de Buques; la Ley n° 20.447, de la Marina Mercante; la Ley n° 18.250, de reserva de cargas marítimas; el Dec. Ley n° 19.492/1944, denominado Ley de Cabotaje; La Ley n° 24.093, de actividades portuarias; numerosas conferencias de fletes; aprobadas algunas por tratados internacionales, otras por acuerdos de navieros, numerosos reglamentos dictados por las autoridades marítimas (Prefectura Naval Argentina, Capitanía General de Puertos, etc.), que a veces llegan a un detallismo absurdo.<sup>19</sup>

Toda esta complejísima trama de normas ahoga y enerva, en la práctica, al derecho de navegar reconocido en este artículo.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 449.

<sup>17</sup> Ibidem, 450

<sup>18</sup> Ídem.

<sup>19</sup> Ídem.

<sup>20</sup> Idem.

## 5 Derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino

Los derechos que el art. 14 enuncia en este apartado, suelen ser estudiados en forma conjunta, bajo el rótulo común de “derecho de locomoción”<sup>21</sup>, aquí serán vistos de manera separada analizaremos porque tienen distinta extensión y efectos.

El primer atisbo normativo de “derecho de locomoción” en lo que podemos significar como derecho patrio lo podemos ver en el Decreto de Seguridad Individual de 1813, en su artículo 7°.<sup>22</sup>

Este derecho, claro está, no es absoluto y ya desde 1853 momento de su creación con rango constitucional existe como un derecho consustancial al ejercicio de la libertad.

La libertad de locomoción por otra parte está sujeta a reglamentación y al control de las autoridades competentes, como decía Joaquín V. González:

- A la documentación identificatoria personal exigible;
- A la documentación identificatoria vehicular exigible y al cumplimiento de los requisitos de seguridad de los vehículos utilizados para ingresar, trasladarse, egresar;
- A las diferentes modalidades de ingreso o egreso;
- A razones fundadas de seguridad y salubridad públicas;
- Eventualmente, en el caso de los extranjeros, al cumplimiento de los plazos o finalidades de sus radicación.<sup>23</sup>

### Entrar al país

Dice Ekmekdjian que el derecho de entrar en el territorio argentino debe ser analizado más detalladamente que el de transitar o de salir, por las implicancias que tiene sobre la autodefensa de la comunidad política, frente a extranjeros que pudieran perturbar el orden público, competir con los nacionales en el mercado de trabajo, afectar – en suma – el modo de vida del país.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> GONZALEZ, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Estrada, Bs. As., 1983, p. 135.

<sup>22</sup> Artículo 7° del Decreto de Seguridad Individual de 23 de noviembre de 1811, firmado por Chiclana, Sarratea, Paso y Rivadavia: “*Todo hombre tiene libertad para permanecer en el territorio del Estado, o abandonar cuando guste su residencia*”.

<sup>23</sup> ROSATTI, Horacio; *Ibidem*, p. 327.

<sup>24</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A.; *Ibidem*, p. 457.

A su vez la Constitución Nacional ha sido muy clara, pacífica y unificadora al expresar el ideal alberdiano en sus artículos 20 y 25:

Artículo 20: – Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Artículo 25: El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

El derecho de un nacional no puede ser restringido de modo alguno. Las normas que hoy reglamentan la cuestión de modo bastante restrictivo refieren al ingreso de los extranjeros.

Fieles a la inspiración de Alberdi, los padres fundadores quisieron abrir las puertas del país a la inmigración. En tal sentido, el art. 25 establece que el gobierno fomentará la inmigración europea y no podrá restringir, limitar o gravar la entrada de los extranjeros que quieran trabajar en el país.<sup>25</sup>

A partir de la vigencia de la Constitución fueron sancionadas diversas normas (leyes, decretos y resoluciones) que regulan lo relativo al ingreso en el país, tanto de inmigrantes como de extranjeros transitorios, etc., incluidos los residentes clandestinos.<sup>26</sup>

Actualmente el tema de las migraciones está regido por la Ley n° 25.871, que sustituyó a la Ley n° (de facto) 22.439, la cual, a su vez, había sustituido a la anterior Ley n° 817, de inmigración, y sus normas complementarias (Dec. 1434/1987, que aprueba el Reglamento de Migraciones y sus modificaciones).<sup>27</sup>

La autoridad de aplicación es la Dirección Nacional de Migraciones, que otorga los permisos de ingreso, y de residencia, los cambios de categorías, etc. (art. 107, Ley n° 25.871), pudiendo aplicar sanciones en caso de violación a sus disposiciones.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup> Idem.

## Permanecer en el país

Es complementario del anterior. De este derecho gozan tanto los argentinos como los extranjeros entrados legalmente en el país. Durante su permanencia, ya sea residente o transitorio, el extranjero está sujeto a la jurisdicción y a las leyes del Estado argentino, con las excepciones que prevé el derecho internacional (público y privado).<sup>29</sup>

El derecho de permanecer en el territorio argentino no se limita a una simple presencia física en él, sino que está íntimamente relacionado con el derecho de trabajar y de contratar, mientras la persona se halle en él. Por supuesto, el argentino no tiene ningún tipo de restricción en este sentido, ni puede ser expulsado (deportado) de su país, ya que la pena de deportación o exilio forzoso, común en otras épocas, no existe hoy en los códigos penales de los países civilizados.<sup>30</sup>

Con respecto a los extranjeros, en cambio, esos derechos que dan contenido concreto al de permanecer, sufren diversas limitaciones según la categoría con que el extranjero haya ingresado en el país.<sup>31</sup>

La Ley n° 25.871 clasifica a los extranjeros en residentes “permanentes”, “temporarios” y “transitorios” (art. 20), a los cuales se agregan los “precarios” (art. 20), los “asilados políticos” (art. 23, inc. k) y los “ilegales” (arts. 61 y ss.). Los residentes permanentes gozan de todos los derechos civiles en el país, con la misma amplitud que los argentinos (arts. 4° a 17 de la ley ya referida).<sup>32</sup>

Los residentes temporarios gozan de los derechos civiles, pero están limitados en su derecho de trabajar al período de la autorización que les otorgue la Dirección Nacional de Migraciones (v.gr., los trabajadores de temporada, provenientes de países vecinos, los que se utilizan en tareas agrícolas, tales como la recolección de cosechas, etc.). Los residentes transitorios gozan de los derechos civiles, excepto del derecho de trabajar, que les está prohibido, salvo autorización especial. Igual limitación rige para los residentes precarios.<sup>33</sup>

Los asilados políticos tienen limitados ciertos derechos civiles: el de transitar, el de expresar sus ideas, etc., conforme al régimen especial que se establezca (art. 25). Los residentes ilegales gozan de los derechos civiles,

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 458.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> *Idem*.

excepto el derecho de trabajar, de realizar contratos civiles o comerciales, aunque los que lleguen a realizar son válidos. La Dirección Nacional de Migraciones puede cambiar de categorías a los extranjeros, e incluso cancelar la autorización y ordenar la expulsión de los extranjeros bajo determinadas condiciones, pudiendo a tal efecto ordenar su detención. Al igual que lo expresado más arriba, es casi innecesario aclarar que tales restricciones no rigen para los argentinos.<sup>34</sup>

Creemos que la reglamentación mencionada, sino es vista en su mejor luz o por el contrario si fuese objeto de un riguroso escrutinio acerca de su constitucionalidad no podemos estar seguros de que no viole el artículo 20 de la Constitución Nacional aquí transcrito.

Transcribimos a continuación la parte que consideramos más importante del régimen reglamentario mencionado para el ingreso y permanencia del país por parte de los extranjeros que se encuentra en la mencionada Ley n° 25.871:

TITULO II  
DE LA ADMISION DE EXTRANJEROS A LA REPUBLICA ARGENTINA Y SUS  
EXCEPCIONES  
CAPITULO I  
DE LAS CATEGORÍAS, REQUISITOS Y PLAZOS DE ADMISIÓN

(Denominación del Capítulo sustituido por art. 1° del Decreto n° 70/2017 B.O. 30/01/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial)

ARTICULO 20. – Los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en las categorías de “residentes permanentes”, “residentes temporarios”, o “residentes transitorios”.

Hasta tanto se formalice el trámite correspondiente, la Autoridad de Aplicación podrá conceder una autorización de “residencia precaria”, que será revocable por la misma, cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento. Su validez será de hasta NOVENTA (90) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución de la admisión solicitada, y habilitará a sus titulares para permanecer, salir y reingresar al territorio nacional, trabajar y estudiar durante su período de vigencia.

La extensión y renovación de la residencia precaria no genera derecho a una resolución favorable respecto de la admisión solicitada, ni resulta residencia

<sup>34</sup> Ibidem, p. 459.

válida a los efectos del arraigo, necesario para la obtención de la residencia permanente, o para la adquisición de la nacionalidad por naturalización.

Podrá otorgarse a pedido del interesado, autorización de residencia precaria, a los extranjeros sobre los cuales, por disposición judicial, recayera un impedimento de hacer abandono del país, o a aquéllos sobre quienes dicha autoridad hubiera manifestado su interés en su permanencia en la República.

(Artículo sustituido por art. 2º del Decreto nº 70/2017 B.O. 30/01/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial)

ARTÍCULO 20 bis. – En caso de interposición de recursos administrativos o judiciales contra medidas de declaración de irregularidad, la autoridad de aplicación podrá otorgar un “permiso de permanencia transitoria”, que será revocable por la misma cuando se desnaturalicen los motivos que se tuvieron en cuenta para su otorgamiento.

Su validez será de hasta NOVENTA (90) días corridos, pudiendo ser renovables hasta la resolución de los recursos interpuestos, y habilitará a su titular para permanecer en el territorio nacional, estudiar y trabajar en los plazos y términos que la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES establezca durante su período de vigencia.

El “permiso de permanencia transitoria” en ningún caso habilitará el reingreso de su titular a la REPÚBLICA ARGENTINA.

(Artículo incorporado por art. 3º del Decreto nº 70/2017 B.O. 30/01/2017. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial)

ARTICULO 21. – Las solicitudes de ingreso al país que se peticionen en el territorio nacional o en el extranjero, deberán formalizarse en las condiciones de la presente ley.

ARTICULO 22. – Se considerará “residente permanente” a todo extranjero que, con el propósito de establecerse definitivamente en el país, obtenga de la Dirección Nacional de Migraciones una admisión en tal carácter. Asimismo, se considerarán residentes permanentes los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres.

A los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en el extranjero se les reconoce la condición de residentes permanentes. Las autoridades permitirán su libre ingreso y permanencia en el territorio.

ARTICULO 23. – Se considerarán “residentes temporarios” todos aquellos extranjeros que, bajo las condiciones que establezca la reglamentación, ingresen al país en las siguientes subcategorías:

a) Trabajador migrante: quien ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer en el país por un máximo de tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia;

b) Rentista: quien solvente su estadía en el país con recursos propios traídos desde el exterior, de las rentas que éstos produzcan o de cualquier otro ingreso lícito proveniente de fuentes externas. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

c) Pensionado: quien perciba de un gobierno o de organismos internacionales o de empresas particulares por servicios prestados en el exterior, una pensión cuyo monto le permita un ingreso pecuniario regular y permanente en el país. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

d) Inversionista: quien aporte sus propios bienes para realizar actividades de interés para el país. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

e) Científicos y personal especializado: quienes se dediquen a actividades científicas, de investigación, técnicas, o de asesoría, contratados por entidades públicas o privadas para efectuar trabajos de su especialidad. De igual forma, directivos, técnicos y personal administrativo de entidades públicas o privadas extranjeras de carácter comercial o industrial, trasladados desde el exterior para cubrir cargos específicos en sus empresas y que devenguen honorarios o salarios en la República Argentina. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

f) Deportistas y artistas: contratados en razón de su especialidad por personas físicas o jurídicas que desarrollan actividades en el país. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

g) Religiosos de cultos reconocidos oficialmente, con personería jurídica expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, que ingresen al país para desarrollar en forma exclusiva actividades propias de su culto. Podrá concederse un término de residencia de hasta tres (3) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples;

h) Pacientes bajo tratamientos médicos: para atender problemas de salud en establecimientos sanitarios públicos o privados, con autorización para permanecer en el país por un año, prorrogable, con entradas y salidas múltiples. En caso de personas menores de edad, discapacitados o enfermos que por la importancia de su patología debieran permanecer con acompañantes, esta autorización se hará extensiva a los familiares directos, representante legal o curador;

i) Académicos: para quienes ingresen al país en virtud de acuerdos académicos celebrados entre instituciones de educación superior en áreas especializadas, bajo la responsabilidad del centro superior contratante. Su vigencia será por el término de hasta un (1) año, prorrogable por idéntico período cada uno, con autorización de entradas y salidas múltiples;

j) Estudiantes: quienes ingresen al país para cursar estudios secundarios, terciarios, universitarios o especializados reconocidos, como alumnos regulares en establecimientos educativos públicos o privados reconocidos oficialmente, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples. El interesado deberá demostrar la inscripción en la institución educativa en la que cursará sus estudios y, para las sucesivas renovaciones, certificación de su condición de estudiante regular;

k) Asilados y refugiados: Aquellos que fueren reconocidos como refugiados o asilados se les concederá autorización para residir en el país por el término de dos (2) años, prorrogables cuantas veces la autoridad de aplicación en materia de asilo y refugio lo estime necesario, atendiendo a las circunstancias que determine la legislación vigente en la materia;

l) Nacionalidad: Ciudadanos nativos de Estados Parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables con entradas y salidas múltiples; (Nota Infoleg: Por art. 1° de la Disposición N° 29.929/2004 de la Dirección Nacional de Migraciones B.O. 21/9/2004 se considera que el detalle de países incluidos en el presente inciso es meramente enunciativo, debiendo considerarse incluidos a todos los Estados Parte y Asociados del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR).).

m) Razones Humanitarias: Extranjeros que invoquen razones humanitarias que justifiquen a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones un tratamiento especial;

n) Especiales: Quienes ingresen al país por razones no contempladas en los incisos anteriores y que sean consideradas de interés por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

ARTICULO 24. – Los extranjeros que ingresen al país como “residentes transitorios” podrán ser admitidos en algunas de las siguientes subcategorías:

a) Turistas;

b) Pasajeros en tránsito;

c) Tránsito vecinal fronterizo;

d) Tripulantes del transporte internacional;

e) Trabajadores migrantes estacionales;

f) Académicos;

g) Tratamiento Médico;

h) Especiales: Extranjeros que invoquen razones que justifiquen a juicio de la Dirección Nacional de Migraciones un tratamiento especial.

ARTICULO 25. – Los extranjeros admitidos en el país como “residentes temporarios” o “residentes transitorios” podrán permanecer en el territorio nacional durante el plazo de permanencia autorizado, con sus debidas prórrogas, debiendo abandonar el mismo al expirar dicho plazo.

ARTICULO 26. – El procedimiento, requisitos y condiciones para ingresar al país, según las categorías y subcategorías mencionadas, serán fijados en el Reglamento de Migraciones.

Si por responsabilidad del organismo interviniente, los trámites demoraran más de lo estipulado, la Dirección Nacional de Migraciones deberá tomar todos los recaudos pertinentes a fin de evitar que los extranjeros, a la espera de la regularización de su residencia en el país, tengan inconvenientes derivados de tal demora.

ARTICULO 27. – Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, a condición de reciprocidad, los extranjeros que fueren:

a) Agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en la República, así como los demás miembros de las Misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a la obtención de una categoría migratoria de admisión;

b) Representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos Intergubernamentales con sede en la República o en Conferencias Internacionales que se celebren en ella;

c) Funcionarios destinados en Organizaciones Internacionales o Intergubernamentales con sede en la República, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que la República sea parte eximan de la obligación de visación consular;

d) Titulares de visas argentinas diplomáticas, oficiales o de cortesía.

De no mediar Convenio o Tratado celebrado por la República, la admisión, ingreso, permanencia y egreso de los extranjeros contemplados en el presente artículo se regirán por las disposiciones que al efecto establezca el Poder Ejecutivo nacional.

En los casos previstos en el presente artículo la Dirección Nacional de Migraciones se limitará al contralor de la documentación en el momento del ingreso o del egreso, dejando constancia en la misma del carácter del ingreso; de la fecha del egreso y del plazo de permanencia en la República.

ARTICULO 28. – Los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona migrante. El principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR.

En nuestro país la Ley n° 26.165 rige todo lo respectivo a los denominados “refugiados” que son aquellos seres humanos que son protegidos por los Estados o por algunos Estados en situaciones de carácter humanitario.

### **Transitar y salir del país**

Transitar consiste en la facultad de trasladarse de un lugar a otro del territorio argentino. Es el más amplio de los derechos que generalmente se agrupan bajo el rótulo común de “locomoción”.<sup>35</sup>

Existen pocas restricciones legales a este derecho. Así, por ejemplo, podemos mencionar: los asilados políticos cuando se les hubiera limitado, los confinados durante el estado de sitio (ver comentario del art. 23), los arrestados, los condenados a pena privativa de libertad, los dementes confinados por orden judicial y, en menor grado, las personas que están afectadas de enfermedades infecto-contagiosas.<sup>36</sup>

Las restricciones en estos casos rigen tanto para los argentinos como para los extranjeros. A ello se agregan, por supuesto, los distintos reglamentos de tránsito nacionales y provinciales, los reglamentos de la navegación fluvial y de cabotaje, etcétera.<sup>37</sup>

En cuanto al derecho a “salir” del país es el derecho de dejar el país y dirigirse al extranjero, en forma transitoria o permanente. Este derecho no se limita a la mera posibilidad física de cruzar la frontera, sino que debe incluir lo necesario para que el viaje y la estadía sean posibles. Así, por ejemplo, las tasas elevadas a la obtención de pasaportes, las disposiciones cambiarias que limitan excesivamente o enervan la posibilidad de viajar al exterior, prohibiendo la adquisición de divisas, son inconstitucionales.<sup>38</sup>

De igual manera, todo impuesto, depósito, recargo o traba de cualquier índole, que tengan por efecto impedir o dificultar el viaje, también es violatorio del derecho aquí descripto. No se nos escapa que tales restricciones pretenden, generalmente, desalentar el turismo argentino en el exterior, y con ello obtener un ahorro de divisas importante para el país. Pero no se puede pretender tal objetivo al costo de convertir al país en una gigantesca cárcel.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 461.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 462.

<sup>39</sup> *Idem*.

## 6 Derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa

La libertad de expresión enseña Gelli, constituye uno de los derechos sustantivos, naturales e inalienables de la persona. Es una manifestación anterior al Estado e integra por ello, o es una parte, de la denominada primera generación de derechos, aquella característica natural es la que hace que se considere una facultad humana anterior a la existencia del Estado y por ello deberá ser reconocido y respetado por el mismo.<sup>40</sup>

Una segunda justificación es de tipo social en el sentido, según J. S. Mill, de que no es lo mismo creer que una idea es verdadera porque no ha podido ser refutada cada vez que fue puesta a prueba y por ello suponer que como es verdadera no debe permitirse la posibilidad de su refutación.<sup>41</sup>

La libertad de expresión en la democracia se sustenta en la necesidad de facilitar el debate acerca de las cuestiones de interés público para que el ciudadano se forme su propio juicio, critique, enmiende, discuta y perfeccione el sistema a través de su participación.<sup>42</sup>

### Censura previa

En su más pura acepción el vocablo refiere al examen y aprobación o tacha que anticipadamente hace alguien (generalmente la autoridad gubernamental) de ciertos materiales antes de darse a publicidad.<sup>43</sup>

La metodología que pone el acento en la existencia de un censor es práctica que por sus groseras implicancias, aunque no desaparecida, ha sido sustituida por modalidades más sofisticadas entre las que se computan el acaparamiento de los stocks de papel por parte del Estado (cuando él detenta el monopolio de las ventas); las trabas y discriminaciones para importación y abastecimiento de maquinarias, repuestos o refacciones y materias primas destinadas a los servicios de prensa; la distribución discriminatoria de avisos oficiales; el secuestro de una edición o el impedimento de una emisión radial o televisiva para que dicha noticia no llegue a sus lectores, escuchas o televidentes; la clausura de un medio de difusión; el monopolio de los medios de difusión por parte de los organismos gubernamentales; las persecuciones a

---

<sup>40</sup> GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, Tomo I, 4° Edición ampliada, Bs.As., 2008, p. 127.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>43</sup> MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 333.

periodistas, el corte de suministro eléctrico cuando responde a motivaciones arbitrarias, etc.<sup>44</sup>

Con miras a proteger esos abusos, el Pacto de San José de Costa Rica prescribe que no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódico, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (art. 13, apartado 3°).<sup>45</sup>

### Caso “Verbistky”

Este caso se suscitó en razón de que un grupo de ciudadanos, a través de una solicitada, intentó expresar su reconocimiento y solidaridad a Jorge Rafael Videla, “quien como presidente de la República y comandante en Jefe del Ejército, junto a la totalidad de las Fuerzas Armadas, de seguridad y policiales, defendieron a la nación en la guerra desatada por la agresión subversiva y derrotaron a las organizaciones terroristas que pretendieron imponernos un régimen marxista” (sic).

En conocimiento de tal propósito y ante la denuncia realizada por el ciudadano Horacio Verbistky, el juez ante el cual se radicó la denuncia prohibió la difusión de dicha solicitada entendiendo que el documento, en el caso de publicarse, hubiera comportado para sus promotores la comisión del delito de apología del crimen, toda vez que la persona a quien se le reconocían tales servicios había sido condenada por la justicia, precisamente por su intervención en la llamada guerra contra la subversión.<sup>46</sup>

La Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, ante la cual fuera apelada la determinación del inferior revocó la resolución argumentando que:

“...la prohibición constitucional de censura previa configura un aspecto de la libertad de expresión en que esta adquiere el carácter de derecho absoluto, no susceptible de reglamentación por ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pueden generar los abusos producidos por su ejercicio...”.

“...el carácter absoluto que posee en principio este derecho, si por tal ha de entenderse la prohibición de vedar una publicación, a pesar de que con ella se va perpetrar un delito, encuentra razón de ser en el valor político de

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 334.

<sup>46</sup> Idem.

esa libertad, posibilitadora de la vigencia de los valores que la Constitución consagra...”.

El razonamiento del tribunal se basó en que:

1) La garantía de la libertad de prensa supone la prohibición de toda forma de restricción o de censura sobre el material a publicarse, por parte de cualquiera de los poderes del Estado.

2) Solo es posible actuar ex post sobre la responsabilidad emergente de la publicación.

3) Excepcionalmente podrá prohibirse una publicación y aun así, deberá actuarse con criterio restringido.<sup>47</sup>

Atendiendo al hecho de que la Cámara dejó a salvo que en caso de publicarse la solicitada sus firmantes podrían estar incurso en el delito de apología del crimen, los autores de la misma se sintieron agraviados por tal considerando y recurrieron la decisión ante la Corte, quien desestimó la pretensión por considerar que la determinación de la Cámara no causaba gravamen pues les permitía la publicación prohibida por el juez de primera instancia.<sup>48</sup>

### **La responsabilidad civil de los medios. “Campillay”**

Nadie puede ignorar que somos parte de una sociedad que ha potenciado la existencia de una exigente opinión pública. Todo lo que dicen los diarios, cuanto se emite por las radios, televisión o a través de cualquier medio de difusión puede afectar seriamente la reputación, honra y dignidad de una persona.<sup>49</sup>

El caso de Julio Campillay tuvo sus orígenes en una información difundida por los diarios “La Razón” y “Diario Popular”, quienes reprodujeron una gacetilla policial de la que se desprendía que la citada persona se hallaba involucrada en la comisión de diversos hechos delictivos entre los que se computaban asociación ilícita y tráfico de estupefacientes.

Campillay, luego de ser sobreseído por esos hechos en sede penal, reclamó a los medios que habían difundido tal información un resarcimiento en concepto de daño moral.

<sup>47</sup> JA, 1988-III-606.

<sup>48</sup> MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 335.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 341.

Lo verdaderamente significativo de éste leading case es que a través de él la Corte determina cuáles son los presupuestos con arreglo a los cuales un medio escrito ejerce el derecho de crónica para evitar ulteriores responsabilidades.

“Un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas – admitida aún la imposibilidad práctica de verificar su exactitud – impone propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito”.<sup>50</sup>

En consecuencia, para nuestra Corte cuando un medio difunde informaciones que pueden afectar la honorabilidad de una persona deben satisfacerse, al menos, estos requisitos, a saber:

- a) individualizar la fuente informativa;
- b) usar el verbo en forma potencial; o
- c) no identificar a los supuestos implicados.

Ninguno de estos recaudos había sido llenado por los medios, quienes, si bien afirmaron que habían difundido un comunicado emanado de la autoridad policial, lo tomaron como propio, sin individualizar de donde provenía esa información.

“El hecho de que las publicaciones que motivaron la condena se hayan limitado a transcribir prácticamente el comunicado policial respectivo – continúa diciendo la Corte – al margen de la responsabilidad de dicha autoridad extraña al marco del proceso no excusa la atribuible a los editores involucrados, toda vez que éstos hicieron ‘suyas’ las afirmaciones contenidas en aquél, dándolas por inexcusablemente ciertas, pese a que un prudente examen de tal memorándum evidenciaba que la versión respectiva daba cuenta de que el actor no había sido oído, ni juzgado por la autoridad judicial interviniente, la que concluyó a la postre con un sobreseimiento definitivo a su respecto”.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Fallos 308:789.

<sup>51</sup> Fallos 321:2848.

### La doctrina de la “real malicia”

En estrecha conexión con el tema de la responsabilidad de los medios de difusión, viene al caso – por sus implicancias en nuestro derecho – tratar ahora la creación de la doctrina de la “real malicia”, emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, a partir del fallo recaído en el caso “New York Time Co. vs. Sullivan”.<sup>52</sup>

En virtud de ella se amparan los dichos vertidos por la prensa, aún cuando sean inexactos o falsos, a menos que se pruebe de modo fehaciente que al momento de emitirla su autor lo hizo con pleno conocimiento de su falsedad o extrema imprudencia. De allí lo de “actual malicia”, con que también se la denomina.

El enunciado de la propuesta pasa por invertir la carga de la prueba en los procesos civiles y penales, cuando el afectado por la noticia es un funcionario público o una persona pública. En esos casos – para responsabilizar al autor o editor por los daños causados por la noticia – es el lesionado por la publicación quien debe demostrar en la causa que aquél que difundió la información actuó con dolo, mala fe o culpa grave.<sup>53</sup>

El objeto de la doctrina ha sido el de preservar el derecho que tienen los medios para criticar el accionar de los funcionarios de un gobierno o de personas que por su gravitación en la sociedad son reputadas como públicas.<sup>54</sup>

El caso fallado por la Corte Norteamericana tuvo como escenario temporal y político las luchas por la segregación racial registradas en la nación del norte, cuando en 1960 los integrantes de un Comité de Defensa de Martín Luther King publicó una solicitada en el diario “The New York Times”. Sintiendo agravado por los contenidos de aquella solicitada el comisario Sullivan demandó por daños y perjuicios a los firmantes de la misma y al diario que la había dado la publicidad<sup>55</sup>. Al llegar los autos a la Corte, el tribunal sentenció que un funcionario público no puede pretender indemnizaciones alegando injuria a su honor por informaciones falsas referidas a cuestiones relacionadas con su función – y por ello de interés público – salvo que el damnificado probara que: a) fueron publicadas a sabiendas de su falsedad, o, b) con culpa grave acerca de si las mismas eran falsas.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> 276 U.S.C. 255.

<sup>53</sup> MIDON, Mario; *Ibidem*, p. 343.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>56</sup> GELLI, María A. *Dimensiones de la “Real Malicia” y Afectación del Honor en el Caso “Gesualdi”*, Ley n° 1997-B, p. 749.

## **Internet y secreto de la fuente informacón periodística**

Final y brevemente decimos con la jurisprudencia<sup>57</sup> que los discursos emitidos por internet tienen la protección que depara la libertad de expresión y por otra parte a partir de 1994 nuestra Constitución Nacional enumera en su artículo 43 tercer párrafo algo que ya existía, pero ahora también está plasmado en la letra constitucional como es la protección del secreto de las fuentes de información periodística.

## **7 Libertad de cultos. Libertad de conciencia. Enseñar y aprender**

### **Libertad de cultos y de conciencia**

El artículo 14 de la Constitución Nacional reconoce el derecho a todas las personas a profesar libremente su culto.

En su aspecto positivo es el derecho a realizar todos los actos externos de reverencia, homenaje y participación en la liturgia religiosa, y en su aspecto negativo es el derecho a no ser obligado a compartir ceremonias religiosas de cualquier credo y a que la no pertenencia religiosa no genere algún efecto jurídico discriminatorio.<sup>58</sup>

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura la mas amplia libertad de conciencia y religión y distingue y protege la libertad de profesar – practicar en publico o privado los ritos de cada creencia – , de la libertad de divulgar la religión, relacionando esto ultimo con la enseñanza y el proselitismo religioso, todo sujeto a las limitaciones legales que tengan por objeto proteger la seguridad, el orden, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de los demás.<sup>59</sup>

La libertad de culto se complementa y amplia constitucionalmente con la libertad de conciencia amparada por el derecho a la privacidad que contiene el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Esta norma protege de cualquier interferencia en la zona de reserva de la libertad personal y reconoce el derecho a la intimidad que impide al Estado y a

<sup>57</sup> Conf. "Vita, Leonardo G. y otro" CNFed. Crim. y Correc., sala I, 2002.

<sup>58</sup> GELLI, María A. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. Tomo I, 4° Edición ampliada, Bs.As., 2008, p. 174.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 175.

terceros de tomar conocimiento de las creencias religiosas de que las personas prefieran no manifestar.<sup>60</sup>

Es doctrina de la Corte Suprema que la religión de las personas o sus creencias religiosas no deben ser tomadas en cuenta para restringir el ejercicio de otros derechos, por ejemplo en “Carrizo Coito” la manifestación de pertenecer a los Testigos de Jehova (religión prohibida en al Republica Argentina al momento de dictarse esta resolución) consignada en un formulario requerido por la administración no debe ser tenido en cuenta para denegar radicación o expulsar del país al extranjero pues sigue siendo una acción privada la pertenencia a un culto.<sup>61</sup>

### **Libertad religiosa en espacios públicos**

La libertad religiosa implica el derecho a profesar el propio culto, a manifestarlo de innumerables maneras tanto en el ámbito público como privado.<sup>62</sup>

En el derecho comparado se dio el caso en que una ley estatal (provincial), nos referimos al Estado de Baviera en Alemania, obligaba a las escuelas estatales publicas a colgar un crucifijo en sus aulas; esta ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional Alemán en la denominada “Decisión de los crucifijos” por encontrarla contraria a la libertad de creencia y de conciencia.<sup>63</sup>

Según el tribunal alemán, afirma Gelli, el conflicto que surge entre el ejercicio de la libertad negativa de creencia de unos y la libertad positiva de creencia de otros no puede ser resuelto según el principio de la mayoría, pues el derecho fundamental a la libertad de creencias persigue, en forma especial, el respeto a las minorías. Esto que puede entenderse restrictivo del derecho de las mayorías debe entenderse en el contexto alemán donde estas tienen acceso a la clase de religión y a las oraciones voluntarias en los ámbitos escolares.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Idem.

<sup>61</sup> Fallos 304:1524.

<sup>62</sup> GELLI, Maria A.; *Ibidem*, p. 177.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>64</sup> Idem.

## El fallo “Castillo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre Educación religiosa en las escuelas públicas<sup>65</sup>

### ANTECEDENTES DEL CASO.

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.

La 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 mecanismo, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.

---

<sup>65</sup> CSJN, Secretaría de Jurisprudencia, Fallo “Castillo” (*Educación Religiosa en la Escuela Pública*), 12 de diciembre de 2017.

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 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 regiones 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 nº 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 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 educación integral, operó como un elemento de diferenciación y coerción entre los alumnos.

Cree 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.

### **Derecho a enseñar y aprender**

En principio el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional, en armonía con la obligación para las provincias que emana de la letra del artículo 5 de la Constitución Nacional, atribuye al Congreso Nacional la legislación organizativa y base de la educación respetando, repetimos, las competencias mencionadas en el mencionado artículo 5 CN.

Desde 1994 se debe respetar los principios de gratuidad y equidad, sin distinguir niveles de enseñanza, que marca el nuevo inciso 19 del artículo 75 y que no están presentes en el clásico artículo 5 de la Constitución Nacional.

Dada la multiplicidad social admitimos adecuada la facultad de una educación intercultural a todos los habitantes, artículo 75, inciso 19 CN, y no únicamente a los pueblos indígenas según manda el artículo 75, inciso 17 CN, respetando de una vez y como quizá nunca antes las particularidades de los estados provinciales y locales.

En cuanto a la objeción de conciencia, en el caso “Barros” la Corte decidió y armonizó la objeción de conciencia de dos niños Testigos de Jehová que no hacían reverencia a los símbolos patrios lo cual les estaría valiendo la expulsión del establecimiento educativo, con la obligación estatal de brindar educación primaria.<sup>66</sup>

En “Barros” la Corte estableció valiosa las obligaciones de respeto impuesta por el establecimiento educativo hacia los símbolos patrios, pero también actuó de la misma manera con el modo y actitud de los niños (pasiva y respetuosa ante los símbolos patrios) y finalmente privilegio el derecho constitucional de los menores de recibir educación primaria.<sup>67</sup>

Finalmente en cuanto a la aptitud o aptitudes personales de un aspirante/s la Corte, esta vez en el caso “Almiron”, decidió que la exigencia de la visión de los dos ojos no guarda relación alguna y mucho menos de proporción con el objeto de estudiar el profesorado de geografía<sup>68</sup>, un llamado de atención aquí hacia los otros poderes del Estado y sus autoridades que generalmente no actúan con la razonabilidad y hasta la idoneidad exigida para establecer requisitos para el ejercicio de enseñar y aprender.

## 8 Reglamentación de los derechos

La ley reglamentaria a la que se refiere el artículo 14 de la Constitución Nacional es la ley formal emanada del Congreso Nacional, luego el presidente por facultad atribuida por el artículo 99, inciso 2 CN puede a su vez reglamentar los pormenores de las leyes dictadas por el congreso en ocasión de la reglamentación de los artículos constitucionales.

En el marco de sus competencias también las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también reglamentan derechos constitucionales.

---

<sup>66</sup> Fallos 301:151.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> Fallos 305:1489.

De esto se derivan dos principios: a) no hay derecho absoluto en su ejercicio y b) solo la ley puede reglamentarlos.<sup>69</sup>

El primero de los principios significa que los derechos son relativos, presupone que todos los derechos pueden tener limitaciones porque para el goce de estos derechos las normas imponen a su turno obligaciones a terceros.<sup>70</sup>

El segundo principio es el de legalidad y tiene desarrollo general en el artículo 19 de la CN con aplicaciones específicas en materia penal, tributaria. El principio quedan a cargo del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, este último a través del dictado de sus sentencias en casos concretos, pero siempre aquellas estarán limitadas por la ley y la Constitución Nacional.<sup>71</sup>

Finalmente, los límites al poder reglamentario del Estado: el principio de privacidad del artículo 19 CN, que resguarda un núcleo de decisión propio y ajeno a la intromisión del Estado, y el principio de razonabilidad del artículo 28 CN que impide alterar los derechos en ejercicio de la función reglamentaria, aun en tiempo de crisis y emergencia.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> GELLI, Maria A.; *Ibidem*, p. 88.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 89.