

Derechos y garantías ~ Garantías constitucionales ~ Generalidades ~ PROVINCIAS ~ Poder constituyente

Autores: Gullco, Hernán V.; Bianchi, Enrique T.; Garay, Alberto F.

Título: ¿Las garantías individuales consagradas en la Constitución Nacional establecen un piso o un techo? Diálogo acerca de las garantías de la Constitución Nacional y de las constituciones provinciales, con particular referencia a la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados

Fecha: 1993

Publicado: JA 1993-III-803

SUMARIO: I. Introducción: 1. Aspecto central del caso resuelto; 2. Método a seguir.- II. Extensión de las garantías constitucionales provinciales: 1. Circunscripción del caso bajo análisis; 2. El mismo asunto en otras constituciones provinciales.- III. Breves referencias históricas.- IV. Sobre la inviolabilidad del domicilio: 1. Allanamientos por orden judicial y sin orden judicial; 2. El allanamiento como cuestión procesal local; 3. Reexamen crítico-analítico del mismo asunto: a) Introducción; b) Regulación del allanamiento; c) Vinculación del caso "Fiorentino"; d) Un nuevo contraargumento y su refutación; e) Reformulación del problema.- V. Un hipotético recurso extraordinario: 1. Introducción; 2. Problemática relativa a la fundamentación de la sentencia; 3. Deslinde entre fundamentos federales y fundamentos locales a los efectos del recurso extraordinario.- VI. Apéndice doctrinario y jurisprudencial comparado

I. INTRODUCCIÓN

1. Aspecto central del caso resuelto

El 20 de noviembre de 1991, la sala 2a. de la Sup. Corte de Mendoza, por el voto mayoritario de los Dres. Salvini y Nanclares, anuló una sentencia de un tribunal inferior por la que se había condenado a una persona como autor del delito de promoción de corrupción de menor agravada (1). Se basó en que el allanamiento y secuestro de las pruebas de cargo habían sido realizadas en virtud de procedimientos inválidos. Para arribar a esa conclusión la mayoría de la sala 2a. de la Corte de Mendoza utilizó, básicamente, dos argumentos:

a. En primer lugar, referenció las normas locales que regulan el allanamiento de domicilio. Dijo:

"1. Nuestra Constitución es más explícita que la Nacional en este punto... al autorizar el allanamiento, prescribiendo formalidades para su legitimidad y los casos en los cuales exclusivamente le corresponderá al juez ordenarlo (art. 14 [Ver Texto Const. Prov.](#))..."

Luego de transcribir el artículo de la Constitución Provincial que se refiere al tema, expresó:

"Del precepto transcrito surgen los siguientes requisitos que esta medida coercitiva de investigación debe `constitucionalmente' reunir:

"1) Debe ser practicado `en virtud de orden escrita de juez competente, o de autoridad sanitaria o municipal por razón de salubridad pública'. Esto significa que la resolución que ordene el allanamiento únicamente debe emanar del juez competente de la causa (o de la autoridad administrativa, en casos de salubridad o higiene).

"2) La orden deberá ser motivada y determinada. Es decir, debe exteriorizarse mediante 'decreto fundado' (ver art. 228 Ver Texto párr. 1 in fine, CPCr.), donde el juez exprese claramente los 'motivos suficientes que indican la necesidad de llevarlo a cabo; y donde indique específicamente la ubicación del domicilio sujeto al allanamiento', porque queda proscripta la denominada 'orden de allanamiento en blanco' (ver Ábalos, Raúl W., 'Código Procesal Penal de Mendoza', t. 1, ed. Morcos-Palet, Mendoza, 1982, p. 300; Cafferata Nores, José I., 'Medidas de coerción en el proceso penal', Lerner, Córdoba, 1983, p. 146; Clariá Olmedo, Jorge A., ob. cit., ps. 418/419).

"Ahora bien, el mentado precepto constitucional, establece en su párr. 2 que 'La ley determinará los casos y formas de practicarse el allanamiento'. De modo entonces que es en nuestra ley procesal penal donde debemos buscar los casos en que el allanamiento procede y los requisitos para su cumplimiento, cuidando de no destruir la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio y evitando incurrir en allanamiento ilegítimo o irregular".

A continuación desbrozó las exigencias para proceder a un allanamiento, contenidas en el código de rito mendocino (art. 228 Ver Texto , orden de juez por "decreto fundado"; art. 229 Ver Texto , en horas diurnas, cuando se ejecuta en lugar cerrado o habitado).

b. En segundo lugar, y en cuanto al consentimiento dado por el acusado a las fuerzas policiales -que no contaban con una orden judicial de allanamiento para ingresar a su domicilio- el ministro preopinante sostuvo que ello no se encontraba entre las excepciones que preveía el código de rito. Destacó que la jurisprudencia mendocina no registraba precedente alguno en cuanto a la posibilidad de que el titular de la garantía renunciara a ella (2). Consecuentemente referenció los precedentes que sobre dicho asunto registraba la Corte Sup. Nacional y la C. Federal de La Plata, sala 2a., y las opiniones de Miguel Ángel Ekmekdjian y Alejandro D. Carrió (3). Luego de ello y conforme a la interpretación que hiciera de "Fiorentino", el tribunal concluyó en que el procedimiento policial había configurado una "verdadera intrusión a la intimidad, excediendo los límites de lo que el titular de ese derecho de exclusión admitía que fuera conocido por el extraño" (4).

c. Sin embargo, el análisis no concluyó allí. El Dr. Salvini -ministro preopinante- agregó a renglón seguido lo siguiente:

"7) He incursionado en el tema de la autorización del particular por haber sido un carril mencionado por la Corte de la Nación, entiendo que el mismo es un caso de excepción al principio general. 'De cualquier manera el tema es discutible y opinable'. Por mi parte estoy convencido de que, 'conforme a nuestra Constitución y Código Procesal Penal no hay ninguna previsión que pueda suplantar la orden judicial de allanamiento'; además creo que no puede haber autorización válida a la policía para 'que busquen elementos incriminantes contra el morador que da la autorización'. Ello -me parece- atentaría contra los derechos individuales y el debido proceso legal" (Lo resaltado es nuestro).

2. Método a seguir

A continuación expondremos diversas reflexiones que nos ha suscitado el fallo comentado. A tal fin hemos preferido acudir a un diálogo imaginario entre dos afamados profesionales del foro porteño: Justo Boga y Virginia Torda. Siguiendo conocidas enseñanzas hemos echado mano a este recurso que reconoce un viejo pedigree en la literatura jurídica (5).

II. EXTENSIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PROVINCIALES

1. Circunscripción del caso bajo análisis

Justo Boga: Según la Corte de la Provincia de Mendoza, la Constitución y el Código de Procedimientos Penal locales otorgarían una protección individual más amplia -en materia de inviolabilidad de domicilio- que la prevista en la Constitución Nacional. Porque esta última, según como ha sido interpretada, parece permitir que el afectado consienta un allanamiento efectuado sin orden judicial y en ausencia de situaciones de emergencia (6). En tanto que en el ordenamiento provincial tal posibilidad no es admitida.

Virginia Torda: Mire, su lenguaje es muy persuasivo. Con ello no le digo que lo que Ud. ha afirmado, con pretensión descriptiva, está mal. Pero cuando Ud. habla de que la Constitución mendocina es más protectora de derechos individuales, es difícil resistirse a la tentación de buscar argumentos en favor de la posición provincial. Le propongo ver el asunto de un modo más aséptico. A mi modo de ver estamos ante un conflicto de leyes. Se trata de un caso en el que una Corte provincial ha dado preeminencia a la norma fundamental local por sobre la federal.

Justo Boga: ¡Epa! Espere un segundo..., le concedo que a veces puedo pecar de generalizador o de excesivo entusiasmo, pero, no sé... Hay algo en su formulación que mi intuición de abogado me dice que no está bien.

Virginia Torda: Me parece que su intuición de abogado es algo a tener en cuenta. Tiene razón. ¡Qué difícil es definir el caso y con qué liviandad solemos tomarnos estas cosas! Mi circunscripción del tema bajo análisis no es correcta. No se trata del caso en que una Corte provincial ha dado preeminencia a una norma local sobre otra nacional. Pues al hablar de preeminencia, estamos presuponiendo que ambas normas se superponen. Si ambas se superponen, hay que decidir cuál prevalece o tiene preeminencia sobre la otra. Y si esto es así, no habría mucho que analizar (7). Esta descripción es inadecuada, fundamentalmente, porque presupone tal preeminencia. Y ello es, precisamente, una de las cuestiones que tenemos que dilucidar.

Quizás sería más correcto comenzar por dar respuesta a los siguientes interrogantes: (a) cuál es el campo cubierto por la Constitución Nacional al respecto y (b) en qué medida y dentro del poder no delegado por la Provincia (arts. 104 [Ver Texto](#) , 105 [Ver Texto](#) y 108 [Ver Texto](#) CN.) ésta puede regular las mismas conductas o materias, tomando como punto de partida lo establecido en la Constitución Nacional. Es decir, en el caso, hasta dónde llega la Ley Fundamental y desde dónde reasumen las Provincias el poder no delegado. Luego, deberíamos dedicarnos a un último problema, a saber: si la Corte Sup. Federal podría revisar constitucionalmente el pronunciamiento provincial.

Justo Boga: Exacto. ¿Le recuerdo el texto del art. 14 [Ver Texto](#) de la Constitución de la Prov. de Mendoza?

Virginia Torda: No, no me lo recuerde. Dígame cuál es porque lo desconozco.

Justo Boga: Dice así:

"El domicilio es inviolable, y sólo podrá ser allanado en virtud de orden escrita de juez competente, o de autoridad sanitaria o municipal por razón de salubridad pública.

"La ley determinará los casos y forma de practicarse el allanamiento.

"La orden deberá ser motivada y determinada, haciéndose responsable en caso contrario, tanto al que la expida como al que la ejecute".

A la luz de este artículo y de como ha sido interpretado por la Corte Provincial, es válido interrogarse acerca de si pueden las constituciones provinciales reconocer más garantías o garantías más extensas que las previstas en la Constitución Nacional. Si se responde afirmativamente a esta postura, ella tendría por consecuencia que la Constitución Nacional establece un "piso" -por debajo del cual no se puede estar-, pero no un "techo" que resulte imposible sobrepasar por las constituciones locales.

Virginia Torda: Espere, no se apresure. Según como Ud. formula la cuestión pareciera que más que indagar acerca de si las Provincias pueden ir más allá de lo establecido en la Ley Fundamental, Ud. quisiera demostrar que ello es así. De lo contrario hubiera previsto la respuesta negatoria de esa posibilidad ¿no?

Justo Boga: Bueno..., sí, en realidad, yo prefiero esa solución.

Virginia Torda: Está bien. Le reconozco su honestidad intelectual, pero no parece ser el método más apropiado de interpretación de leyes o constituciones aquel que tome como punto de partida sus preferencias o las más. Ellas seguramente jugarán un papel, pero no lo transformemos, desde el inicio, en la matriz básica e inmodificable a partir de la cual discurrirá nuestro razonamiento. Le aclaro que, en principio, yo coincidí con su posición. Pero continuemos el desarrollo intentando desentrañar, a la luz de métodos más aceptables, cuál es la interpretación más razonable del tema. Quizás no haya una sino varias interpretaciones. Si ofrecemos una como la mejor, ésta debe superar aquella preferencia personal, a partir de un razonamiento que rescate la historia y los valores e ideales constitucionales en juego, de acuerdo a nuestra realidad contemporánea.

Justo Boga: ¡Cuánta razón tiene...! Mire, acabo de recordar unos párrafos de la Dra. Kemelmajer de Carlucci que vienen a cuento de lo que Ud. dijo y que cuando los leí me conmovieron. En un caso, la Corte Sup. de Mendoza tuvo que resolver el remanido tema de si tiene virtualidad interruptiva de la prescripción, el escrito presentado dentro del plazo de gracia que establecen los códigos procesales. Luego de reiterar su posición adversa a la mencionada eficacia interruptiva, decidí pese a ello fallar el caso conforme el criterio contrario, aceptado por la mayoría de la doctrina y por los fallos de la Corte Sup. Nacional (8).

Virginia Torda: Sí. Conozco el voto que Ud. menciona. Es muy importante, es fundamental que los jueces se aparten de sus propias ideas o teorías y que sientan que el ordenamiento jurídico vigente los constriñe. Pues si ellos no hacen eso, ¿por qué debería la gente creer en los jueces o en el derecho, o en el gobierno, del cual el Poder Judicial es uno de sus órganos? ¿Por qué deberían creer en la supremacía de la ley o en la Constitución, cuando ella es puesta en manos de gente que no está dispuesta a observar tan elementales pautas de honestidad intelectual y de imparcialidad? Y si ellos deben comportarse de tal modo, también nosotros, los que escribimos sobre temas jurídicos, tenemos nuestras cargas. No debemos escribir lo primero que nos viene a la cabeza. No debemos formarnos conclusiones de acuerdo a nuestras preferencias y luego diseñar un razonamiento ad hoc.

2. El mismo asunto en otras Constituciones Provinciales

Justo Boga: Está bien. Déjeme continuar con el tema que veníamos hablando, porque la cuestión no se encuentra circunscripta al derecho mendocino. Otras constituciones provinciales lo plantean de un modo aun más expreso (9). Así, por ejemplo, el art. 33 *Ver Texto* de la Constitución de Neuquén (1957) establece: "El domicilio es inviolable. Nadie podrá penetrar en él sin permiso de su morador, sin orden escrita de juez competente y nunca después de las diecinueve ni antes de las siete horas, salvo en caso de crimen o accidente. Sólo por orden escrita de juez competente con semiplena prueba del hecho podrán ser allanados los domicilios durante el día o intervenida la correspondencia, los teléfonos o papeles privados. La conformidad del afectado

no suplirá el requisito del mandato judicial".

Por su parte, la Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991), dispone en su art. 41 Ver Texto: "El domicilio es inviolable y sólo podrá ser allanado por orden del juez competente, en base a indicios vehementes del hecho punible que se invoque. No podrán ser intervenidos la correspondencia, los papeles privados, los sistemas de almacenamientos de datos, los teléfonos y cualquier otro medio de comunicación, sin iguales requisitos. La conformidad del afectado no suplirá la orden judicial".

Y, la Constitución de la Provincia de Córdoba (1987), cuyo art. 45 Ver Texto , en su parte pertinente, establece que la orden judicial "...no se sule por ningún otro medio...". El miembro informante en la Comisión respectiva en la Convención Constituyente dijo: "...Otra novedad importante radica en la imposibilidad de sustituir la orden (de allanamiento) por una autorización de registro, aun cuando sea suscripta por el titular del domicilio. Se quieren evitar abusos..." (10).

Virginia Torda: Perdóneme que lo interrumpa. Pero ¿Piensa hablar de todas esas constituciones? Ya con el planteo inicial tendremos mucho trabajo. Además: ¿Cree Ud. que lo que se diga respecto de la Constitución mendocina tiene automáticamente validez respecto de las otras constituciones que mencionó? Es decir, y no tome a mal lo que voy a decirle, que lo que dijo un convencional cordobés serviría, por ejemplo, para interpretar la Ley Fundamental neuquina.

Justo Boga: No estoy de acuerdo. Creo que el tema da para una cierta "generalización" del estilo de las que Ud. rechaza. Es útil precisar que la cuestión de que hablamos no está circunscripta a la situación de la provincia de Mendoza. La mención que acabo de hacer de otras Constituciones locales tenía por finalidad destacar que, si la Corte mendocina había hecho una interpretación más garantista que la Corte Nacional en el tema de inviolabilidad de domicilio, resulta altamente verosímil que otras Cortes provinciales -con textos constitucionales aun más explícitos (11)- hagan interpretaciones parecidas. Lo que digo es sólo un juicio de probabilidad, no una aserción dogmática.

Virginia Torda: Está bien. Admito que como hipótesis el mismo problema puede plantearse en otras Provincias. Pero coincidamos en que, sean más o menos explícitas las Constituciones provinciales sobre el punto, serán siempre las Cortes locales las intérpretes auténticas del alcance de aquéllas.

Bueno, retomando el hilo de nuestra conversación, cuénteme cómo piensa enfocar el asunto y circunscribámonos al caso de la inviolabilidad del domicilio en la Constitución Nacional y en la de Mendoza.

III. BREVES REFERENCIAS HISTÓRICAS

Justo Boga: Permítame diseñar previamente el cuadro general sobre el que se inserta el asunto. El art. 5 Ver Texto CN. dispone: "Cada Provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal garante a cada provincia el goce y el ejercicio de sus instituciones".

Conforme a esta disposición constitucional, todas las provincias han dictado sus constituciones, las que incluyen declaraciones, derechos y garantías. Si bien es cierto que en algunas constituciones antiguas el texto de los derechos y garantías era un mero calco del contenido en la Constitución Nacional (12), las reformas ocurridas con posterioridad han alterado dicho esquema de imitación y han ido más lejos (13), reconociendo derechos y garantías individuales mucho más extensos que los establecidos en la Constitución Nacional.

Esta diversidad provincial fue vista con aprobación por Joaquín V. González, quien decía: "La Constitución de una Provincia es el código en que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivas..." [Ver Texto \(14\)](#).

La Corte Sup. de Justicia de la Nación también ha reconocido esta fecunda consecuencia del federalismo, al decir: "...El art. 5 [Ver Texto](#) de la Constitución Nacional declara la unidad de los argentinos en torno del ideal republicano..., pero se trata de una unidad particular. Es la unidad en la diversidad. Diversidad proveniente, precisamente, del ideal federalista abrazado con parejo fervor que el republicano. El federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia; empero, dicha identidad no encuentra su campo de realización solamente dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al gobierno federal (art. 104 [Ver Texto](#) y concs. CN.), sino también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del art. 5 [Ver Texto](#) cit. Esto último, asimismo, configura una fuente de vitalidad para la República, en la medida en que posibilita la pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales. Por lo demás, si la Constitución Nacional, para la época de su dictado, fue establecida como causa ejemplar de las instituciones locales, los posteriores desarrollos del constitucionalismo provincial configuran una rica fuente para el desarrollo y progreso aun de las instituciones nacionales. No entraña la diversidad enunciada ninguna fuerza disgregadora, sino una fuente de fructífera dialéctica, enmarcada siempre por la ley cimera de la Nación..." (15).

Virgina Torda: En términos generales, coincido en todo. Sin embargo, corresponde señalar que esa laudable diversidad mencionada en el caso "Bruno" [Ver Texto](#) reconoce una limitación: las instituciones locales no pueden otorgar menos derechos a los habitantes de las provincias, que los reconocidos en la Constitución Nacional. Con relación a esto, en el caso "Hileret v. Prov. de Tucumán" [Ver Texto \(16\)](#), la Corte Sup. de la Nación, al declarar que un impuesto local violaba los derechos constitucionales de trabajar y de igualdad -arts. 14 [Ver Texto](#) y 16 [Ver Texto](#) CN.- expresó: "...no es cierto que, en el régimen constitucional que ha adoptado la Nación Argentina sea lícito a las provincias, a título de autonomía económica, o de gobierno propio, emanciparse de las restricciones y trabas que la misma Constitución Nacional ha impuesto al poder constitucional y legislativo de aquéllas, cuando por el art. 5 [Ver Texto](#) ha establecido (se transcribe la norma...)" (17).

Justo Boga: Ahora que me acuerdo, existe otro condicionamiento al poder constituyente local: éste debe respetar el orden de competencias entre las provincias y la Nación fijado por la Constitución federal (18).

Virginia Torda: Está bien. Pero vayamos al punto, por favor. En términos generales, coincido en todo. Lo único que quizás agregaría es que el fundamento normativo también debe ser apoyado sobre los arts. 104 [Ver Texto](#) , 105 [Ver Texto](#) y 106 [Ver Texto](#) de la Ley Fundamental (19). Pero, vayamos al punto, por favor.

IV. SOBRE LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO

1. Allanamientos por orden judicial y sin orden judicial

Justo Boga: Está bien. En primer lugar tenemos que determinar el alcance del art. 18 [Ver Texto](#) CN. en punto a la inviolabilidad del domicilio. Éste establece, en su parte pertinente: "...El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación..."

En el caso "Fiorentino" [Ver Texto](#), la Corte Sup. Nacional ha precisado parcialmente el contenido de la garantía, con relación a quién es la autoridad de la que debe emanar la orden, al decir que "...aunque en rigor no resulta exigencia del art. 18 [Ver Texto](#) que la orden de allanamiento emane de los jueces, el principio es que sólo ellos pueden autorizar esa medida, sin perjuicio de algunos supuestos en que se reconoce a los funcionarios la posibilidad de obviar tal recaudo (conf. en el orden nacional los arts. 188 [Ver Texto](#) y 189 [Ver Texto](#) CPCr.)..." (20).

En dicha oportunidad, el Tribunal, al decidir que en el caso no había mediado "...consentimiento válido que permitiera la intromisión del personal policial en el domicilio del procesado..." (21), admitió implícitamente que el consentimiento del allanado convalidaba un requisita efectuada sin orden judicial. Inclusive, en un caso posterior, "Fernández", la Corte ratificó en un obiter esta doctrina diciendo: "...fuera de los supuestos de necesidad previstos por el art. 189 [Ver Texto](#) del CPCr. o de la existencia de consentimiento para el ingreso expresado sin vicio alguno de la voluntad, resulta necesaria la orden de allanamiento expedida por el juez competente para el acceso al domicilio o morada por parte de los funcionarios de la autoridad pública encargados de su visita y ulterior pesquisa" (22).

A esta altura resulta claro que el art. 18 [Ver Texto](#), según como lo ha interpretado la Corte Sup., establece en materia de allanamientos los siguientes requisitos:

Regla General:

- a. Debe existir una orden de autoridad competente.
- b. Esa autoridad competente es, en principio, un juez.

Excepciones:

- c. En los supuestos de necesidad (los del art. 189 [Ver Texto](#) del CPCr.) la autoridad policial puede prescindir de la orden de allanamiento.
- d. El consentimiento del afectado puede ser convalidante de un allanamiento en el cual se carezca de orden.

2. El allanamiento como cuestión procesal local

Ahora bien, como la materia procesal pertenece al ámbito de competencia provincial (conf. art. 67 [Ver Texto](#), inc. 11 in fine CN.), es razonable concluir -conforme una extendida tradición nacional lo certifica- que la regulación de lo referente al allanamiento de domicilio debe ser hecha por los ordenamientos provinciales (23). En consecuencia, cabe concluir que las Provincias pueden -una vez cumplidos los requisitos mínimos ya enunciados- establecer exigencias suplementarias a las autoridades públicas, para poder realizar allanamientos válidos en el ámbito provincial.

Desde esta perspectiva, el tema del consentimiento que convalida un allanamiento sin orden queda planteado en sus debidos términos. La Constitución Nacional -tal como la interpreta la Corte Sup. de Just. de la Nación- permite a las provincias considerar al citado consentimiento como convalidante. Pero no las obliga a ello. Revelador de ello es lo sostenido por el ministro Petracchi en el caso "Fiorentino" [Ver Texto](#): "...el legislador

nacional o provincial está autorizado, 'de lege ferenda', a dar efectos al consentimiento en esta materia siendo misión de la jurisprudencia constitucional establecer los requisitos y alcances que debe reunir a los fines de no sobrepasar los límites impuestos por el art. 18 [Ver Texto](#) " (24).

Adem...

3. Reexamen crítico-analítico del mismo asunto

a) Introducción

Virginia Torda: Discúlpeme que lo interrumpa, pero deténgase. ¡Basta! ¿Ud. es consciente de todas las consideraciones que ha soslayado? Mire, voy a hacer de abogado del diablo. Téngame paciencia. Tome mis interrupciones como un homenaje a la amistad que nos une. No me sentiría respetándola si no le dijera lo que pienso. Los dos podemos equivocarnos, pero intentemos producir una idea un poco más elaborada y pulida. Si yo me equivoco Ud. me corrige.

Admito provisionalmente su interpretación y el desarrollo referido al caso "Fiorentino". Su regla general y sus excepciones. Pero Ud. dijo que esa regla general y esas excepciones eran fruto de la interpretación del art. 18 [Ver Texto](#) CN. ¿Estoy en lo correcto?

Justo Boga: Sí.

Virginia Torda: Bueno; en cuanto a esto tengo enormes dudas. Porque "Fiorentino" [Ver Texto](#) es muy escueto y no se sabe si lo que dice lo dice a la luz del art. 18 [Ver Texto](#) CN., del CPP., de ambos o a la luz de una interpretación estructural o sistemática de la Constitución, en base a la cual las garantías fundamentales serían renunciables.

De cualquier modo, esta ambigüedad del caso "Fiorentino" [Ver Texto](#) no debería distraer nuestra atención ahora. Lo cierto es que la Corte mendocina parece haber interpretado que la Corte nacional en "Fiorentino" [Ver Texto](#) estableció pautas constitucionales en el tema de la inviolabilidad del domicilio. Y éste es el punto que debemos desarrollar.

b) Regulación del allanamiento

A mi modo de ver, la Corte ha debido llenar ciertos vacíos. La Constitución, obviamente, no se refiere de modo expreso al tema del allanamiento consentido. Dice que "una ley determinará en qué casos y con qué justificativos se procederá a su allanamiento y ocupación".

Como verá la Constitución habla de "una ley" a la que le impone la discriminación de los "casos" y de los "justificativos". Estas características no son menores. Ya están predefiniendo genéricamente lo que la ley debe llenar de modo específico. Esa ley única, sin embargo, nunca se dictó. Cada Provincia y el Congreso Nacional dictaron sus leyes procesales donde incorporaron el tema del allanamiento. Algo así ha sucedido en el terreno de la expropiación (art. 17 [Ver Texto](#) CN.), donde cada Provincia dicta sus leyes al respecto, si bien aquí no se habla de "una ley" sino de "ley" (25). Provisionalmente admitamos la validez constitucional del ejercicio de aquellas competencias legisferantes locales, a pesar del tenor literal del art. 18 [Ver Texto](#) . Un argumento en apoyo de tal

admisión sería que entre las atribuciones exclusivas y excluyentes del Congreso Nacional (art. 67 [Ver Texto](#)) -atribuciones que las Provincias delegaron en la Nación- no figura la de reglamentar el art. 18 [Ver Texto](#) (26). Así eliminamos, admito que un poco vertiginosamente, el primer escollo.

c) Vinculación del caso "Fiorentino" [Ver Texto](#)

Dado que en el ámbito porteño la ley a que hace alusión el art. 18 [Ver Texto](#) de la Constitución ya se dictó, vgr. el CPCr. para los tribunales federales y ordinarios de la Capital Federal, y dado que el caso "Fiorentino" [Ver Texto](#) llegaba a la Corte desde un tribunal nacional donde se aplicaba dicho ordenamiento, es ineludible averiguar si ese ordenamiento, al reglamentar el instituto, se refiere a esa conducta.

Este código -con carácter de excepción- contempla el caso del allanamiento sin orden en situaciones de necesidad (27), pero nada dice de la trascendencia del consentimiento cuando no hay orden ni situación de necesidad. Ante esta hipótesis -y sujeta a revisión en cada caso particular- la Corte presupuso una nueva excepción non scripta, a saber, la validez de un allanamiento sin orden y sin estar presentes circunstancias de necesidad, cuando ha existido consentimiento válido del morador (28).

Si tenemos presente el párrafo en que la Corte reconoció que la obligación de que la orden provenga, en principio, de un juez no tiene rango constitucional, parece válido afirmar que tampoco lo tiene lo referente al allanamiento, sin orden de autoridad judicial, pero consentido de modo válido. Dicho en otras palabras, el art. 18 [Ver Texto](#), según la Corte, no impide el allanamiento consentido, sin orden judicial. Pero como surge de los propios términos del fallo aludido y del razonamiento que he desarrollado, ese artículo no impone esa solución. Simplemente, insisto, no la prohíbe.

Pero, una cosa es que no merezca reproche constitucional (lo cual es debatible), otra muy distinta es que de allí se pretenda imponer dicha "excepción" a las Provincias.

d) Un Nuevo contraargumento y su refutación

Justo Boga: ¿Cree Ud. que habría forma de imponer ese criterio? Si la Corte Sup. Nacional estuviera dispuesta a imponer a las autoridades provinciales su criterio acerca del allanamiento, sin orden, consentido ¿de dónde emanaría su autoridad para ello?

Virginia Torda: Mire, vamos por partes. Dije antes que en "Fiorentino" la Corte había establecido ciertas pautas constitucionales, en base a las cuales dejó entrever que estaría dispuesta a convalidar un allanamiento sin orden pero consentido válidamente por su titular. Pero del hecho de que haya admitido que la Constitución no prohibiría el allanamiento consentido no se sigue que la Constitución exige esa excepción. Esto sería francamente disparatado. Sólo una gran confusión mental podría concluir de tal modo.

Además, en el caso particular de la Provincia de Mendoza, su constitución expresamente establece en el art. 14 [Ver Texto](#) que "el domicilio es inviolable y sólo podrá ser allanado en virtud de orden escrita de juez competente, o de autoridad sanitaria o municipal por razón de salubridad pública... La orden deberá ser motivada y determinada...". Y esto sin considerar todas las normas procesales locales que dictaron en su consecuencia.

La única forma que se me ocurre, a los efectos de invalidar esta disposición (y su secuela), sería sosteniendo y demostrando que la constitución mendocina está en conflicto con la nacional. Esto es, en el caso, que la Constitución Nacional exige que la orden no emane de juez competente (o de las demás autoridades que se

mencionan), o, en el supuesto resuelto por la Sup. Corte mendocina, que la Ley Fundamental exige el reconocimiento del allanamiento consentido. ¿A Ud. se le ocurre algún argumento serio que avale esa hipótesis?

Justo Boga: En realidad no. Pero espere, espere... Se me ocurrió otro argumento. Qué sucede si observamos el mismo fenómeno desde otro punto de vista. Podría argumentarse que cuando el art. 5 [Ver Texto](#) CN. dice que las Provincias deben sancionar sus constituciones "de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías", está presuponiendo que éstas constituyen un techo. Porque una constitución que prevé garantías más extensas no está "de acuerdo" con el texto supuestamente acordado.

Virginia Torda: Mi intuición me dice que esa interpretación sería equivocada. Déjeme pensar. Mire, la expresión "de acuerdo" no es unívoca. Uno de los sentidos que se le puede adjudicar es "no estar en contradicción". Y en tanto las constituciones provinciales no contradigan esos derechos, declaraciones y garantías, estarían de acuerdo con ellas, sin perjuicio de que, además, establezcan derechos o garantías más extensos.

Pero, mejor es acudir a un ejemplo concreto. Volvamos al caso de la Constitución de Mendoza. Ella dice que "el domicilio es inviolable". Hasta aquí está de acuerdo con la Constitución Nacional. No sólo no se contradice con el texto del art. 18 [Ver Texto](#) sino que lo toma en sus mismas palabras. Para sostener que el art. 5 [Ver Texto](#) ha querido impedir que se establezcan derechos o garantías más extensas, es necesario mucho más. Sería necesario demostrar, por ejemplo y dado que no lo dice expresamente, que los constituyentes se propusieron establecer esos derechos exclusiva y excluyentemente. Esto es, en definitiva, lo que se intentaría "hallar" en la Constitución. Esta tesis fallaría a poco de querer defenderla. Contra ella se alzaría, inexorablemente, el art. 33 [Ver Texto](#) de la misma Ley Fundamental (29). Pues la Constitución Nacional no sólo establece los derechos que enuncia sino que presupone otros no enumerados pero que residen en la soberanía del pueblo. No digo que esto sea concluyente, pero verá que a poco que uno se pone a interpretar la Ley Fundamental de modo sistemático y serio, todos los caminos parecen conducir a la admisión del poder provincial y no a su negación.

Justo Boga: Coincido. Le digo más. ¿Recuerda lo que dijo Sarmiento respecto de los arts. 18 [Ver Texto](#) y 33 [Ver Texto](#) ? Rufino de Elizalde pretendía precisar más el texto de esa norma. Le preocupaba que no figuraran ciertos derechos como el hábeas corpus. A esto, Sarmiento le replicó: "Por eso es que se ha añadido a las garantías un artículo que dice que quedan en vigencia todos (sic: a) aquellas garantías que no estuviesen enumeradas. Las garantías no enumeradas, son, como se comprenderá muy bien, las que no lo estuvieren, y como todas las garantías prescriptas, quedan en vigencia por este artículo; quedan comprendidas todas las que supone el Sr. Diputado que no lo están, y algunas más. Por ese artículo quedan establecidas todas las garantías reconocidas en el mundo. Por ejemplo: `el domicilio es inviolable, la correspondencia es inviolable, y todo lo que hai dentro de la casa. Ninguna Constitución tiene escritas esas palabras, sino que dice simplemente que la correspondencia y el domicilio no estarán sujetos a pesquisas irracionales; es decir; no hará Ud. pesquisas sin motivo, sin razón'. Así es que no queda ninguna garantía por fijar: `basta poner que el asilo es inviolable para que no se pueda violar el asilo ni nada de lo que hai adentro, porque no se pueden enumerar todas las cosas inviolables que hay dentro de una casa, y no por eso deja de prevalecer el principio" (El destacado nos pertenece) (30).

También es importante, a título de antecedente constitucional, lo que sostuvo Buenos Aires en el Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal. En ese Informe se propuso la supresión del art. 5 [Ver Texto](#) de la Constitución de 1853, en la parte que ordenaba que las Constituciones provinciales debían ser revisadas y aprobadas por el Congreso Federal. Le leo los párrafos pertinentes: "en una federación constituida sobre las bases de la Constitución Arjentina, cada Provincia debe tener el derecho de usar de su soberanía en el límite que le es propio, dándose aquellas leyes que juzgue más conveniente para su felicidad; y que si esas leyes pueden en algún caso estar en contradicción con la Constitución jeneral, sólo cuando llegase ese caso, caen bajo el veto del único poder que tiene autoridad para anularlas, que es la corte federal; poder establecido para definir los límites de las dos soberanías. Mientras la ley provincial no se pone en pugna con la ley nacional, aquélla no sale del círculo de la soberanía provincial que le dio vida" (31).

Estos párrafos no hacen sino confirmar la interpretación que Ud. realizó antes. Hablan de poner en pugna o de estar en contradicción con la Constitución. De allí que su razonamiento relativo a la expresión estar "de acuerdo", a que alude el art. 5 [Ver Texto](#) , calza a la perfección (32).

Virginia Torda: Tiene razón. Le digo más. Todo lo que he leído me lleva a la convicción de tales ideas. Nuestros derechos y garantías individuales, a diferencia de lo ocurrido en Estados Unidos, no se plasman en la Constitución como fruto de la evolución gradual de la vida de nuestro pueblo y que el colonizador español intentó alterar o restringir. Fueron impuestos, digamos, desde arriba. Pese a los primeros intentos de comienzos del siglo XIX, ninguna Provincia -con su funesta historia de caudillismos- se había caracterizado por respetarlos y defenderlos. Se los incluyó en la Ley Fundamental, justamente, para frenar todos los abusos y atropellos de que daba cuenta la historia reciente. De aquí que sea difícil encontrar párrafos como los que Ud. ha seleccionado. Creo que la generación constituyente no imaginaba a las Provincias siendo más garantistas que la Constitución. Si lee a Alberdi, cuando critica la Constitución del Estado de Buenos Aires, verá que todo lo que él selecciona son casos donde ese instrumento parece ser menos protector que la Constitución Nacional (33).

e) Reformulación del problema

Justo Boga: Pero esto nos ha desviado un poco del tema que veníamos discutiendo. El referido a hasta dónde llegan los derechos y garantías individuales y a partir de dónde pueden regular las provincias. Redondeando lo que dijo, en su opinión, ¿a las Provincias les está permitido establecer derechos y garantías individuales más extensos que los consagrados en la Constitución Federal o no?

Virginia Torda: Mire..., voy a intentar ser breve. Además ya se nos ha hecho tardísimo. El problema creo que, prima facie, no es muy complejo, sin perjuicio de dificultades que podrían ofrecer algunos casos particulares. Personalmente coincido con las opiniones doctrinarias y con todos los antecedentes constitucionales que Ud. ha citado.

A mi modo de ver, su pregunta debería ser reformulada en sentido contrario. Lo que debe demostrarse es que la Constitución Nacional prohíbe a las Provincias establecer derechos y garantías individuales abarcadores de, pero más extensos que, los detallados en la Ley Fundamental. Y no si las Provincias pueden hacerlo. Se trata de invertir la carga de la prueba en contra de quien se encuentra en una posición más desfavorable, a la luz del texto constitucional y de la historia de la organización nacional.

Prima facie, las Provincias no han delegado el poder de establecer derechos y garantías individuales más extensas que las consagradas en la Constitución Nacional. Y si se fija en el art. 108 [Ver Texto](#) de la Ley Fundamental advertirá que el ejercicio de tal competencia tampoco les está vedado (34). Esta última observación es importante. Fíjese que entre todas las prohibiciones que trae hay una más fuerte que las otras, vgr., la de no dictar los códigos una vez que el Congreso lo hubiese hecho. Sin embargo, no se les impide establecer derechos o garantías más amplios que los de la Constitución Nacional.

Por último, como le recordé antes, no olvide el art. 33 [Ver Texto](#)

En síntesis, si la Constitución Nacional, según como el tribunal provincial interpretó "Fiorentino", no prohíbe que existan allanamientos consentidos ni exige que la orden emane de un juez, con más razón tolera que la ley exija que la orden emane de un juez o que no se permita el allanamiento consentido. Estas últimas variantes, a mi modo de ver, parecen estar más en línea con un sentido estricto de la inviolabilidad del domicilio, de la existencia de derechos no enumerados y los poderes no delegados por las Provincias.

Justo Boga: ¿Pero si al hacerlo tronchan alguna atribución federal o alguna garantía o derecho individual?

Virginia Torda: ¿Y qué derecho o garantía individual podrían verse afectados por este desarrollo de una jurisprudencia más garantista, como la mendocina de este caso?

Justo Boga: Le recuerdo lo que dijo la Corte Sup. de la Nación en el caso "Otto Wald" Ver Texto, "...todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en el art. 18 Ver Texto CN., sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la Constitución. No se observa, en efecto, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho -así fuere el de obtener la imposición de una pena- y el de quien se opone a tal pretensión, puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate..." (35).

Virginia Torda: ¿Y...?

Justo Boga: Bueno..., a partir de este precedente se podría argumentar -aunque, le aclaro, el argumento no me parece muy fuerte- que la jurisprudencia provincial examinada ha tenido la consecuencia de afectar el derecho -fundado en el art. 18 Ver Texto de la Constitución- del acusador a obtener una condena en el proceso.

Virginia Torda: Tiene Ud. razón, el argumento parece bastante débil. Es cierto que una jurisprudencia más garantista que la federal -como la sentada por la corte mendocina- puede llegar a reducir la posibilidad del acusador a conseguir la imposición de una pena. Pero esa sola circunstancia no demuestra para nada que haya existido una violación a su derecho a la defensa en juicio: de la misma manera que el acusado no tiene un "derecho constitucional a ser absuelto", tampoco posee el acusador un "derecho a la condena". En realidad, lo único que la Corte dijo en "Otto Wald" Ver Texto fue que el querellante particular tenía el derecho a interponer el recurso extraordinario. Nada más. De esa doctrina, es imposible concluir que una decisión como la de la Corte mendocina pueda afectar derecho constitucional federal alguno. Para ello, Ud. tendría que señalar cuál garantía constitucional concreta del titular de la acción penal se ha visto afectada. ¿Encuentra alguna en el presente caso?

Justo Boga: No.

V. UN HIPOTÉTICO RECURSO EXTRAORDINARIO

1. Introducción

Justo Boga: Estoy conforme. Si bien sus cabildeos a veces me crisan un poco los nervios, he podido observar que su guía ha sido fructífera. Pero la cosa no termina allí. ¿Qué ocurriría si en un caso como éste se hubiera deducido recurso extraordinario?

Virginia Torda: Ud. es inagotable... Creo que ya lo vimos.

Justo Boga: No, espere. No lo vimos con detenimiento, como le gusta a Ud. ver las cosas (sonríe burlón ...). Imaginemos que en un caso como el mendocino, el Fiscal apela la sentencia de la Corte Provincial y sostiene que se hizo una interpretación equivocada de "Fiorentino" [Ver Texto](#) y "Fernández". Agrega que la sentencia debe ser revocada porque a la luz de esos precedentes se prestó un consentimiento válido.

Virginia Borda: ¡Ajá! ... Se está metiendo en camisa de once varas. Sólo le plantearé una primera objeción. Si la Corte dijo que aquello del allanamiento consentido, sin orden judicial, no era una exigencia del texto constitucional, ¿Por qué sería formalmente procedente este recurso? ¿En qué inciso del art. 14 [Ver Texto](#) de la ley 48 subsumiría esta situación?

Justo Boga: Y mire, en principio le dirían que la situación es subsumible en el inc. 3 porque se trataría de un caso en que se ha puesto en cuestión la inteligencia del art. 18 [Ver Texto](#) . Lo que sucede es que aquí hay que considerar otras cuestiones relativas a la fundamentación de la sentencia provincial.

2. Problemática relativa a la fundamentación de la sentencia

Justo Boga: Está claro, según se desprende del relato inicial, que la sentencia de la Corte mendocina posee dos fundamentos: uno federal y otro local. En el primero, se acepta que el consentimiento del titular de la morada suple la ausencia de la orden judicial de allanamiento, por más que se estima que en el caso concreto tal consentimiento no ha existido. Conforme al segundo, el fundamento de orden local, se declara que, de acuerdo a la Constitución Provincial y al Código Procesal Penal de Mendoza, el consentimiento del afectado no puede convalidar un allanamiento nulo por falta de orden judicial. Esto quiere decir que...

Virginia Torda: Espere, espere. No se apresure. ¿Ud. está seguro de que el que denomina fundamento de orden federal es tal? ¿Qué quiere decir Ud. con fundamento? Además, una lectura íntegra del voto del ministro preopinante alerta acerca de la existencia de más de uno o dos fundamentos.

Justo Boga: Mire, con la palabra fundamento quiero significar la razón o argumento que se expresa en una sentencia en soporte de una conclusión.

Virginia Borda: Está bien, en principio estoy de acuerdo con el alcance que de modo muy genérico le adjudica a ese vocablo. Pero del hecho de que coincida inicialmente con Ud. en dicha definición no se sigue que, en el caso concreto, comparta el uso que Ud. ha hecho de esa expresión. Vuelva a leer el párrafo del ministro Salvini. Él destaca que el tema es opinable y afirma que, a la luz del derecho provincial (constitucional y procesal) no existe previsión posible que pueda suplantar la orden expedida por autoridad judicial. A partir de allí, todo el desarrollo se basa en derecho procesal y constitucional local. Lea la parte dispositiva de la sentencia y advertirá que todas las normas citadas son de jerarquía provincial. En ningún momento se cita la Constitución Nacional ni los precedentes de la Corte Nacional. A pesar de esto ¿insistiría Ud. en que existe ese mentado fundamento de orden federal?

Justo Boga: Mire, creo que está omitiendo algo importante. El ministro Salvini, a continuación de la tajante expresión a que Ud. hizo referencia, también sostuvo "...considero oportuno resolver el caso traído a conocimiento de este Tribunal también a la luz de la doctrina sentada por el Superior Tribunal a fin de contribuir con la tranquilidad pública, la paz de las instituciones..." (36).

Virginia Torda: Tiene razón. Ese párrafo se me había pasado... Déjeme pensar... Déjeme pensar porque no entiendo qué es eso de la tranquilidad pública y la paz de las instituciones... Pero, ¿para qué dijo esto si después,

en lo esencial, se basa en disposiciones locales que guardan gruesas diferencias con las federales? No sé, ahora estoy confundida... Dentro del contexto en que dicho análisis se efectuó, parece ser más apropiado considerarlo como ejemplo de la diferencia protectora que existiría entre la Constitución mendocina y su ordenamiento procesal y la federal, según como dichos textos son interpretados por el tribunal local y el nacional. Sin embargo, le reconozco que algunos podrían pensar como Ud. ha sugerido. Podría sostenerse, contra mi opinión, que el fallo se apoya sobre ambos fundamentos (37). En realidad, ese párrafo que Ud. citó... Bueno, ¿y entonces? ¡Ah ...! Ya veo a dónde va... Tiene razón....

3. Deslinde entre fundamentos federales y fundamentos locales a los efectos del recurso extraordinario

Justo Boga: Primero debemos recordar algunas cosas elementales. Una vieja jurisprudencia de la Corte Sup. tiene establecido que no corresponde la revisión constitucional de una sentencia provincial si ella cuenta con fundamentos de orden local "suficientes" e "independientes" de los de orden federal (38). Ello es así aun cuando los fundamentos federales sean erróneos. Como contracara de ello, también se ha sostenido que si las citas de derecho local son meramente accesorias y, en realidad, la decisión se funda exclusivamente en precedentes de la Corte Sup., el recurso es procedente (39).

La razón de ser de este criterio es que aun cuando la Corte se pronunciara sobre los aspectos federales, su pronunciamiento sería baladí o meramente teórico. Pues la sentencia estaría basada, además, en razones suficientes e independientes de orden local (40).

Virginia Torda: Lo felicito. Su síntesis ha sido muy precisa. Además, ha hecho bien en recordar el fundamento o la razón de ser de este deslinde, porque es muy pertinente a la situación que estamos analizando. Pero, lo interrumpí.

Justo Boga: Establecido ello, debemos determinar si los fundamentos de orden local ofrecidos por el ministro preopinante son independientes y escindibles de los de orden federal. Como no he encontrado precedentes argentinos que traten directamente esta cuestión, me ha parecido útil remitirme al fallo de la Corte Sup. estadounidense en el caso "Michigan v. Long" (41).

Me explico: la Corte Sup. argentina ha abordado lo del "fundamento local autónomo y escindible" para negar su jurisdicción; en cambio, no ha dicho expresamente cuáles son los requisitos que deben reunir las referencias al derecho local para constituir un fundamento autónomo. De allí que resulte importante "Michigan v. Long". En esa oportunidad, la Corte Sup. del Estado de Michigan había declarado la ilegitimidad de la detención de un acusado, basada en disposiciones de la constitución federal estadounidense, conforme habían sido interpretadas por la Corte Sup. Federal. Además, para reforzar su argumentación, hizo una vaga referencia a la constitución estadual.

Llegado el caso a la Corte Sup. Federal, ésta consideró que la decisión local carecía de fundamentos suficientes de derecho local. En consecuencia, se consideró autorizada a revisar aquél, concluyendo que el tribunal estadual había efectuado una aplicación errónea de los precedentes federales.

Virginia Torda: ¿y qué aplicación tiene esta doctrina norteamericana a nuestro caso?

Justo Boga: Me parece que, conforme a las pautas de "Michigan v. Long", es claro que el fallo mendocino posee fundamentos de derecho local que son claramente independientes de los argumentos federales. Recuerde el análisis detallado -transcripto en la introducción de nuestro diálogo- que la mayoría del tribunal provincial hizo

de su derecho constitucional y procesal. A diferencia de "Michigan v. Long", los fundamentos locales no fueron usados como "relleno" de las argumentaciones basadas en normas federales. Esto significa que si el caso mendocino hubiese sido recurrido ante la Corte Sup. de la Nación ésta debería haber declarado inadmisibles el recurso extraordinario.

Virginia Torda: En principio, estoy de acuerdo con su razonamiento. Sin embargo, me asalta una duda. Si, como Ud. dice, los argumentos de la Corte mendocina eran autosuficientes, ¿con qué objeto se remitieron a los fundamentos federales?

Justo Boga: Quizás ello se debió a una excesiva deferencia hacia la jurisprudencia de la Corte federal y al hecho de que en la conciencia jurídica argentina aún no está muy desarrollada la idea de que las constituciones provinciales son fuentes autónomas e independientes de derechos individuales. Recuerde que el tribunal provincial se fundó en la jurisprudencia de "Fiorentino" [Ver Texto](#) con el objeto de "contribuir a una jurisprudencia armónica". En realidad, de lo que hemos discutido, surge claramente que no existe ningún mandato en la Constitución Nacional que obligue a las supremas cortes locales -siempre y cuando respeten ciertos requisitos mínimos fijados en la Carta Magna federal- a mantener una jurisprudencia "armónica" con la dictada por la Corte Federal en el tema de garantías constitucionales.

Quizás la Corte mendocina debió haberse "animado" un poco más y haber declarado que se basaba exclusivamente en el derecho local al resolver que aquél otorgaba una protección mayor al acusado que la que surgía del art. 18 [Ver Texto](#) de la Constitución Nacional, tal como había sido interpretado en "Fiorentino".

Virginia Torda: ¿Se da cuenta de las importantes consecuencias que tendría la generalización de esta forma de razonar por parte de las supremas cortes provinciales?: Ellas podrían desarrollar una jurisprudencia mucho más garantista que la federal en materia de protección de derechos individuales y la Corte Sup. de la Nación tendría que conformarse con esa decisión.

Justo Boga: ¡Claro que me doy cuenta! ¿Y qué tiene eso de malo? Espero que Ud. no crea que ese desarrollo de la jurisprudencia local signifique alguna forma de hostilidad al papel irremplazable que tiene la Corte Sup. de la Nación en la defensa de los derechos humanos.

Virginia Torda: Por el contrario. Ello significa tan sólo -como se ha dicho en la doctrina estadounidense- que "...La integridad intelectual del derecho constitucional local parece requerir que los tribunales estatales razonen independientemente de las decisiones federales y desarrollen un cuerpo separado y completo de derecho constitucional para la protección de los derechos" (42).

VI. APÉNDICE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL COMPARADO

1. Introducción. En Estados Unidos, si bien con matices diferentes que seguidamente veremos, el problema que nos ocupa también ha tenido manifestación. Originariamente, la Constitución de los Estados Unidos (1787) no contenía una enunciación de derechos individuales tan completa como la de la Argentina (1853). Ella apareció con posterioridad, en 1792, y se plasmó en las primeras ocho enmiendas (43). La idea primigenia -diferente a la concepción de nuestros constituyentes- fue que esas libertades eran establecidas solamente frente al poder del gobierno federal, pero no frente al de los estatales. Las constituciones locales preexistentes ya contenían declaraciones de derechos individuales (Bill of Rights), con anterioridad a la sanción de la Constitución Federal. La razón de ser del establecimiento de los derechos y garantías individuales que se consagraron en esta última obedeció, básicamente, al temor de que si no se aseguraban esos derechos frente a la autoridad federal, ésta hubiera podido conculcarlos (44). Fue así que durante el primer siglo de vida constitucional, "el Bill of Rights federal constituyó una protección solamente frente a las autoridades federales; las constituciones estatales

protegían al pueblo de los abusos de las autoridades estatales" (45). Una excepción en cuanto al sujeto obligado a respetar esos derechos fueron las enmiendas XIII (1865, abolición de la esclavitud), XIV (1868, debido proceso, igualdad y ciudadanía) y XV (1870, derecho de voto), que extendieron su alcance a la acción estatal. A partir del primer tercio de este siglo comenzó el proceso llamado de "incorporación selectiva". A través de un proceso interpretativo gradual y lento, caso por caso, comenzó a extenderse el alcance de muchas libertades y principios de justicia considerados fundamentales -contenidos en las primeras ocho enmiendas- frente a los gobiernos estatales, vía la enmienda XIV (46).

Por su parte, y debido al sistema federal adoptado, las constituciones de los diferentes estados también contienen declaraciones de derechos individuales. Algunas de estas disposiciones respondieron textualmente al texto federal, pero otras no (47).

Como era previsible, el problema de hasta dónde llegan los derechos y garantías consagrados en la Constitución federal y desde dónde los estados recobran su soberanía no delegada, también se ha presentado en este país. Pero la cuestión ha adquirido mayor virulencia con el correr de los últimos veinte años debido a los cambios operados en la integración de la Corte Sup. y en su jurisprudencia. Quienes defienden una visión más restrictiva de ciertos derechos y garantías, intentan minimizar el rol soberano de los estados en la definición y alcance de aquéllos, de modo de permitir que la Corte Sup. revea decisiones de tribunales locales que interpretan de modo más amplio cláusulas constitucionales locales análogas a las contenidas en la Constitución federal. Por su parte, diversos autores y tribunales superiores locales comenzaron a apartarse de la jurisprudencia de la Corte Sup. -volviéndose sobre interpretaciones basadas exclusivamente en el derecho local-, a medida que aquélla comenzaba a restringir el alcance de las garantías individuales (48). Fue probablemente el Estado de California el pionero en desarrollar un cuerpo de garantías individuales independientes, basadas en su derecho constitucional local (49).

2. Deslinde entre fundamentos federales y fundamentos locales. Presunción. "La cuestión acerca de cuándo una sentencia de un tribunal estatal es sometida a revisión por la Corte Sup., y la fuente de tal autoridad, no es respondida con facilidad, a menos que sepamos que como cuestión de policy una sentencia estatal no será revisada si descansa sobre un fundamento no federal que es independiente de la cuestión federal involucrada y que es adecuada para resolver el caso" (50).

"La razón de ser de esta contención estriba en que la decisión de la Corte Sup. de la cuestión federal configuraría una mera opinión consultiva (advisory)" (51).

"Hasta `Michigan v. Long' (463 U.S. 1032 [1983], sin embargo, se podía presumir con seguridad que cualquier ausencia de claridad en cuanto al fundamento de una sentencia estatal sería resuelto en favor de ésta, en tanto árbitro final del litigio y en contra de su revisión posterior. `Michigan v. Long', por cierto, invirtió esta presunción histórica. Como resultado de ello, más decisiones estatales que extienden los derechos de sus ciudadanos, por el momento, serán sometidas a examen por la Corte Sup." (52).

Como dijo la ministro O'Connor: "Creemos que tal método suministrará a los jueces estatales una oportunidad más clara de desarrollar su jurisprudencia local, sin interferencias federales, y al mismo tiempo preservará la integridad del derecho federal" (53).

3. Las garantías constitucionales locales y federales. "¿La ausencia de diferencias en los textos de disposiciones comparables (de una constitución local y la federal) impide un análisis independiente y basado en principios a la luz de la Constitución estatal?"

"La propia historia responde esta pregunta. Después de todo, la misma Constitución federal fue tomada de modelos estatales. Disposiciones de nuestra Constitución estatal fueron tomadas del documento federal, y

muchos de quienes tomaron parte en su redacción también participaron en la estadual. Objetivos comunes, redactores comunes y modelos comunes engendran, naturalmente, textos comunes. Sin embargo, es llamativo que, como acto político, se adoptaron dos constituciones separadas, sin que ninguna expresamente suplemente a la otra, y ambas han perdurado. Por ello, como acto jurídico, el análisis constitucional de los tribunales estaduales no puede detenerse ante una comparación mecánica de los textos; de lo contrario, disposiciones importantes de una constitución estadual son relegadas a meras redundancias" (54).

"¿Cuando el texto de una disposición constitucional local y la historia posterior apuntan hacia la uniformidad de su interpretación con su equivalente federal... qué otros factores han motivado, a pesar de ello, la conclusión de que debería reconocerse una mayor protección bajo el derecho local?

"Una respuesta a esa pregunta reside en el hecho que el rol de la Corte Sup. es solamente el de establecer niveles mínimos, el denominador común de derechos individuales aplicables a nivel nacional más bajo, mientras que el de los tribunales estaduales, al ejercer su responsabilidad adicional de sostener las constituciones locales, consiste en resguardar y suplementar esos derechos cuando sea necesario" (55).

"Si bien diferencias de lenguaje entre las dos constituciones puede determinar que haya necesidad de análisis independiente, cuando lo que está en cuestión es nuestra Constitución, el hecho de que no exista diferencia de lenguaje no determina el fin de la revisión judicial estadual. Invita al estudio de cuestiones de historia, tradición, propósitos y otras preocupaciones estaduales especiales" (56).

4. Diferentes métodos y estilos. "Las Cortes Supremas de Vermont y Washington, por ejemplo, ajustan sus decisiones a las constituciones federal y estadual. Un problema de este método consiste en que al poseer ese doble fundamento crean un cuerpo de interpretaciones de la Constitución federal irrevisable. Sin embargo, tal dificultad no es tan seria como a primera vista parecería. Diversas declaraciones de derecho federal realizadas por los tribunales estaduales necesariamente deben ajustarse a las interpretaciones que de ese derecho realiza la Corte Sup. de los Estados Unidos".

"Los otros dos métodos consisten en el de la primacía y el intersticial o suplementario. Bajo el método de la primacía, en casos referidos a materias tales como derechos fundamentales, un tribunal mira primero a su Constitución estadual. Solamente si el ataque alegado es permisible según los estándares de interpretación de la Constitución local, el tribunal consultará la Constitución federal. Este modelo evita enredos con el derecho federal y también evita revisión por parte de la Corte Sup. de los Estados Unidos con sustento en que la sentencia no presenta un fundamento de derecho local adecuado e independiente".

"El modelo de la primacía es fiel a la época cuando una Constitución estadual era anterior a la Constitución federal. También es consecuente con la proposición de que las Constituciones estaduales son las cartas básicas de las libertades individuales. Debido a que evita innecesarias apelaciones a la Corte Sup. federal, el método de la primacía es consecuente con un manejo judicial eficiente".

"Bajo el método suplementario, si un tribunal tiene que determinar la validez de cierta conducta estatal, primero mira a la Constitución federal. Si la conducta estadual no puede ser convalidada a la luz de la Constitución federal, es invalidada y allí culmina el análisis. Sin embargo, si el status de los derechos alegado por el litigante es cuestionable a la luz de la Constitución federal o si la alegada violación de esos derechos es considerada válida a la luz de ese documento, el tribunal consultará la Constitución estadual. Una vez que el Tribunal acude al derecho estadual, debe resolver qué resultado exige esa carta".

"La Corte Sup. de New Jersey ha preferido el método suplementario. Otras Cortes, como la de Oregon, New Hampshire y Maine, han indicado su preferencia por el método de la primacía" (57).

NOTAS:

(1) Autos: "Pierro, Rubén G." [Ver Texto](#) , JA 1992-I-443.

(2) Consid. 3.

(3) JA, ps. 446-447.

(4) JA, p. 449, consid. 6 in fine.

(5) Ver, por ejemplo, Hart y Wechsler, "The Federal Courts and The Federal System"; Nueva York, 1988, 3a. edición, ps. 393/423; Fuller, Lon, "El Caso de los Exploradores de Cavernas", Buenos Aires, Reimpresión, 1987, y Nino, Carlos, "Introducción al análisis del derecho", Bs. As., 1987, 3a. reimpresión, ps. 18/27.

(6) Ver, al respecto, el fallo de la Corte recaído el 11/12/1990, en la causa "Fiscal v. Fernández" [Ver Texto](#) , LL 1991-B-189.

(7) En efecto, problemas de ese tipo suelen ser resueltos, en principio, por vía de los arts. 31 [Ver Texto](#) y 67 [Ver Texto](#) CN.

(8) La Dra. Kemelmajer manifestó lo siguiente:

"He releído, una y otra vez, los argumentos que esgrimí hace más de 15 años; debo confesar (a la manera que Cueto Rúa desea que lo hagan los jueces en sus sentencias), que las razones expuestas por la doctrina y jurisprudencia contraria y por el litigante quejoso, no han logrado convencerme de la posición contraria... Sin embargo... 1. Tengo dicho, en reiterados pronunciamientos, que la jurisprudencia de la Corte Federal es, al menos, moralmente obligatoria para los tribunales de grado (LS 191-237). De otro modo, se obliga al justiciable del interior del país a encontrar la solución que le favorece en la Capital Federal, con la consecuente lentitud de los procedimientos, costo de la justicia, etc.; he aplicado estos principios aun en contra de mis ideas jurídicas... 2....Es cierto que la Corte Federal ha variado su integración desde su último fallo sobre el tema (1984), pero el tribunal tiene una identidad institucional, no pudiendo presumirse el cambio de su jurisprudencia constante, sin perjuicio del eventual derecho del litigante a intentarlo..." ("Pellegrina, Gabriel v. Boff, Ricardo y otros" [Ver Texto](#) , Sup. Corte de Just. de Mendoza, sala 1a., 15/5/1992, JA 1992-IV-651. Los dos restantes ministros de la sala adhirieron al voto de la Dra. de Carlucci). El voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, contiene, sin duda, muchas apreciaciones importantes que merecerían una consideración y análisis pormenorizados. Esta breve cita persigue solamente rescatar la actitud de una jueza que decide resolver un caso en contra de sus convicciones, pues implícitamente, estaría admitiendo que ellas no representan el derecho vigente.

(9) Ver Lozada, Ezequiel, "La Protección de los Derechos y Garantías de la Constitución Provincial según la jurisprudencia del Superior Tribunal de Río Negro", JA 1993-I-943.

(10) Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente, año 1987, tomo II, p. 1602.

(11) A diferencia de las constituciones que se acaban de reseñar, la de Mendoza omite señalar que el consentimiento no suplirá la orden judicial.

(12) La Constitución de la Provincia de Mendoza, cuyo proyecto redactara Juan Bautista Alberdi, sancionada el 14/12/1854, establecía en su art. 62 [Ver Texto](#) : "La Provincia de Mendoza confirma y ratifica, para su territorio, todas las garantías individuales contenidas en la primera parte de la Constitución General del 25 de mayo, que se agregan como apéndice a la Constitución presente como parte del derecho público de Mendoza". Conf. Alberdi, Juan Bautista, "Organización de la Confederación Argentina", Bs. As., 1913, Ed. El Ateneo, Tomo I, p. 466. Hernández, Antonio María, en "Derecho Público Provincial", Depalma, 1985, p. 142 ("En consecuencia, las provincias, en ejercicio de sus poderes constituyentes han sancionado sus respectivas constituciones, que en sus partes dogmáticas incluyen declaraciones, derechos y garantías; muchas veces, por aquella subordinación [la del art. 5 [Ver Texto](#) de la CN.], se repiten las enunciaciones de la Constitución Federal... En otros casos, sobre todo en el derecho constitucional de las nuevas Provincias se advierte un notable desarrollo de los derechos y garantías, lo que muestra una vez más el acierto de Alberdi al señalar la riqueza de nuestro derecho público provincial").

(13) Así, por ejemplo, antes de que la Corte Sup. de la Nación reconociera el derecho de reunión como incluido implícitamente en el art. 14 [Ver Texto](#) CN. ("Francioni v. Policía de la Municipalidad de Santa Fe" [Ver Texto](#) , Fallos 110:391 [año 1907], ese derecho ya se encontraba consagrado explícitamente en las constituciones provinciales de Buenos Aires [1889], Catamarca [1895], Entre Ríos [1903], San Juan [1878] y Santa Fe [1900]) (Ver, "Constituciones de las Provincias de la Nación Argentina", Bs. As., 1925, ps. 6/7, 52, 199, 429 y 512, respectivamente).

La acción de amparo había sido consagrada en las constituciones de Santa Fe (1921), Entre Ríos (1933) y Santiago del Estero (1939) (Ver, Lazzarini, José Luis, "El Juicio de Amparo", Bs. As., 1987, ed. La Ley, ps. 33/35), antes de que la Corte Sup. Nac. le reconociera rango constitucional implícito, en el leading case "Siri" [Ver Texto](#) (Fallos 239:459, año 1957). Para un examen del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte en esta materia, ver Carrió, Genaro R., "Recurso de amparo y técnica judicial", 2a. ed. 1987, ps. 33/45). "Manual de la Constitución Argentina", Bs. As., 1959, ed. Estrada, p. 148/149, citado por la Corte Sup. de Just. de la Nación in re: "Bruno", Fallos 311:460 [Ver Texto](#) , consid. 19 (año 1988). Frías, Pedro J., "El Federalismo argentino. Introducción al derecho público provincial", Depalma, 1980, p. 28 ("Cierta originalidad en las declaraciones de derechos... que se nota en las Constituciones provinciales se adscriben a la autonomía").

(15) Causa "Bruno" [Ver Texto](#) , loc. cit. supra nota 14.

(16) Fallos 98:20 [Ver Texto](#) (1903).

(17) Ídem, consid. 9.

(18) Así, parece de dudosa constitucionalidad -por lo menos, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Sup. de la Nación- lo establecido en el art. 58 [Ver Texto](#) , párr. 1 de la reciente Constitución de Córdoba (1987) que dispone que la vivienda única es inembargable, en las condiciones que fije la ley, con base en el cual se dictó la ley reglamentaria provincial 8067. Según ésta, "Considérase automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta ley, a los fines previstos en el art. 58 [Ver Texto](#) Const. Prov., la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la ley nacional 14394 [Ver Texto](#) y en la ley provincial 6074 [Ver Texto](#) (citadas en el artículo "La protección a la vivienda única en la Constitución cordobesa de 1987 afecta al orden constitucional de la Nación", por Juan María Olcese y Guillermo Barrera Buteler, en JA 1992-IV-923. La invalidez del sistema cordobés provendría de que según reiteradamente lo ha dicho la Corte Sup. de Just. de la Nación, "...la regulación de las relaciones entre deudor y acreedor es materia de la exclusiva incumbencia del Poder Legislativo de la Nación, lo que obviamente alcanza también a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor..." (caso "Tumelasci" [Ver Texto](#), Fallos 271:140). Precisamente, en el

Proyecto de 1993 de Reformas al Código Civil, redactado por una Comisión designada por el Poder Ejecutivo de la Nación e integrada, entre otros, por los Dres. Belluscio, Zannoni, Kemelmajer de Carlucci, Videla Escalada y Rivera, la cuestión regulada por la ley cordobesa está tratada en el art. 506 in fine.

(19) El art. 104 [Ver Texto](#) establece: "Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

El art. 105 [Ver Texto](#) dispone: "Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno Federal".

Dice el art. 106 [Ver Texto](#) : "Cada Provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el art. 5 [Ver Texto](#) ".

(20) "Fiorentino" [Ver Texto](#) , Fallos 306:1752, consid. 5 (año 1986). Existen normas legales que expresamente autorizan al Poder Ejecutivo, sin orden judicial, a realizar allanamientos y secuestros, como es el caso del art. 12 [Ver Texto](#) , incs. "b" y "c" de la Ley de Abastecimiento 20680.

(21) Ídem, consid. 6.

(22) Caso "Fiscal v. Fernández" [Ver Texto](#) , cit. supra nota 6, p. 196.

(23) Ver González, "Manual de la Constitución Argentina", Bs. As., s/f, p. 209, n. 194; Bielsa, Rafael, "Derecho Constitucional", Bs. As., 1959, 3a. ed., p. 420 y Quiroga Lavié, "Derecho Constitucional", Bs. As., 1978, p. 191.

(24) "Fiorentino", consid. 8, voto del ministro Petracchi.

(25) Dice el art. 17 [Ver Texto](#) CN., en la parte pertinente: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley".

(26) No trataremos aquí si la Nación podría válidamente sancionar una ley federal única sobre el tema.

(27) Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por ley 23984 con posterioridad al caso "Fiorentino" [Ver Texto](#) , establece lo siguiente en su art. 227 [Ver Texto](#) , respecto de los allanamientos sin orden: "...No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, la policía podrá proceder al allanamiento de morada sin previa orden judicial cuando: 1. Por incendio, explosión, inundación u otro estrago se hallare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad. 2. Se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito. 3. Se introduzcan en una casa o local algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión. 4. Voces provenientes de una casa o local anunciaren que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro".

(28) No nos introduciremos aquí en las opciones interpretativas que debió haber enfrentado la Corte, a la luz de la Constitución y de los arts. 188 [Ver Texto](#) y 189 [Ver Texto](#) del CPCr. Al respecto ver la opinión de Carrió,

Alejandro D., "Justicia Criminal", ps. 58 y 61.

(29) Dice el art. 33 [Ver Texto](#) : "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

(30) Ravnani, Emilio, "Asambleas Constituyentes Argentinas", Talleres S.A. Casa Jacobo Peuser Ltda., 1937, t. IV, p. 838.

(31) Ídem, p. 773 in fine/774. Alberdi veía en esta reforma la división de la "soberanía nacional argentina en tantas soberanías independientes como provincias". Si hoy despertara, vería un panorama bien diferente. Su observación sería contradicha por la realidad de un poder central incontenible.

(32) Alberdi posiblemente coincidiría con este enfoque. En una oportunidad sostuvo: "Si como se dice a menudo, si como vemos en el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica, el poder municipal es el alma del progreso interior del país, con cuánta mayor razón no se dirá eso del poder provincial, cuya esfera es tan rica y dilatada! La instrucción primaria, la inmigración ... la construcción de puentes y caminos públicos y vecinales, las seguridades dadas a la persona, a la propiedad, a la libertad de conciencia y de opiniones, la hospitalidad legislativa dada al extranjero, son otros tantos medios maravillosos de progreso y de gobierno que quedan reservados a los gobiernos de provincia" ("Derecho público provincial argentino", en Obras Selectas, nueva edición, Librería La Facultad, 1920, t. XI, p. 30).

(33) [Ver op. cit. supra nota 32](#), ps. 434/438. Como ejemplo de ello repite Alberdi: "No pueden ser inviolables las propiedades por la ley federal, y estar expuestas a la confiscación por la ley de provincia; no pueden ser libres la prensa, el tránsito, la industria por las leyes nacionales, y estar sujetos por la ley de provincia a restricciones anulatorias; no pueden ser igualados en derechos los extranjeros a los naturales por la ley civil nacional, y estar sometidos a diferencias y privilegios por la ley civil de provincia.

Muy lejos hoy de que el derecho provincial tenga el poder de desconocer, alterar o restringir las garantías y derechos naturales del hombre consagrados por la Constitución general de la República, debe considerarse incompleta y deficiente toda Constitución de provincia que no contenga una ratificación especial de todos y cada uno de esos derechos y garantías" (Ídem, p. 97).

Sin embargo, el párrafo que acabamos de transcribir está precedido del siguiente: "A este respecto el Derecho de provincia y el Derecho general deben ser uno mismo: los dos deben servirse de mutua ratificación y de mutua garantía" (Ídem, p. 96). Si aislamos esta expresión del párrafo siguiente, es evidente que podría sostenerse que para Alberdi las garantías constitucionales constituyen un techo y no un piso. Sin embargo creemos que los ejemplos que a continuación proporciona el ilustre tucumano, unido a lo que él también sostuviera páginas antes ([ver supra nota 32](#)) sirven para demostrar qué era lo que tenía en mente, vgr., constituciones provinciales que estuvieran en contradicción con los derechos y garantías individuales contenidos en la Constitución Nacional.

(34) Dice el art. 108 [Ver Texto](#) :

"Las Provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político, ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultad de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de

invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando cuenta al Gobierno Federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros; ni admitir nuevas órdenes religiosas".

(35) Fallos 268:266 Ver Texto, consid. 2 (año 1967).

(36) JA p. 449.

(37) Ésta parece ser la posición de Julio Chiappini en su comentario al fallo. "Un Nuevo caso del Fruto del Árbol...", JA 1992-I-455 ("El voto mayoritario admite que el allanamiento ilegal pueda ser purgado por el consentimiento del interesado o de su representante. De todos modos, el parecer de los Dres. Salvini y Nanclares, tras sentar esa doctrina, descrea que el morador haya prestado ese consentimiento, declinando así su derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio, hartado por el derecho anglosajón y que nuestra Constitución Nacional [art. 18 Ver Texto] tanto como todas las locales -que sepamos- se ha encargado de estatuir en la parte dogmática de sus textos").

(38) Ver, para una reseña de esta jurisprudencia, Lugones, Narciso J., "Recurso Extraordinario", Bs. As., 1992, p. 141.

(39) Ídem, ps. 180 y ss.

(40) Imaz, Esteban; Rey, Ricardo, "El Recurso Extraordinario", Nerva, 1962, ps. 180/190.

(41) 463 U.S. 1032 (1982).

(42) "Developments in the Law. The interpretation of state constitutional rights", en "Harvard Law Review", vol. 95, año 1982, 1324, 1495.

(43) Los derechos individuales explícitamente consagrados como tales en la Constitución norteamericana de 1787 y que dieron motivo a la mayor cantidad de pleitos durante los primeros años fueron el hábeas corpus, y el de la inviolabilidad de las obligaciones contractuales (Art. I, secc. 9 y 10). Algunas otras disposiciones también repercutían directa o indirectamente sobre derechos individuales (Art. I, 10 -bills of attainder y ex post facto laws- y IV, 4 -privilegios e inmunidades inherentes a la ciudadanía-).

(44) Kaye, Judith, "Dual Constitutionalism in Practice and Principle", 61 St. John Law Review 399, 400 (1987).

(45) Kaye, Judith, op. cit. supra nota b, p. 401. Hart, Henry, "The Power of Congress to Limit the Jurisdiction of Federal Courts: An Exercise in Dialectics, 66 Harvard Law Review 1362, 1401 (1953) ("En el esquema de la Constitución, [los tribunales estatales] son los garantes primarios de los derechos constitucionales, y en muchos casos pueden ser los últimos"). Mosk, "State Constitutionalism: Both Liberal and Conservative", 63 Texas Law Review 1081, 1081-1082 (1985), citado por Pollock ("los redactores de la Constitución federal `derivaron mucha de su inspiración a garantías provistas por las colonias que luego se transformaron en los primeros estados"). Ver también "Barron v. Mayor of Baltimore", 32 U.S. 243, 250-251 (1833) (La enmienda V -derecho de propiedad- "fue establecida solamente como una limitación al ejercicio del poder del Gobierno de

los Estados Unidos, y no es aplicable a las leyes de los estados").

(46) Sobre el desarrollo de este proceso ver Gunther, Gerald, "Constitutional Law", 12a. ed. 1992, p. 411; Hill, Alfred, "The Bill of Rights and the Supervisory Powers", 69 Columbia Law Review 181, 187-193 (1969); Pollock, Stewart G., "Adequate and independent State Grounds as a Means of Balancing the Relationship Between State and Federal Grounds", 63 Texas Law Review 977, 979 nota 12, (1985) ("A la fecha la mayoría de las garantías más importantes reconocidas en el Bill of Rights han sido consideradas aplicables a los Estados").

(47) Kaye, Judith, op. cit. supra nota b, 410-411. (La autora, actual Presidenta del superior tribunal de New York, expresa con referencia a la constitución de ese estado y la federal: "De particular interés son las disposiciones que son paralelas o idénticas en ambas constituciones, incluyendo, por ejemplo, protecciones importantes del Bill of Rights tales como el derecho a la libre expresión, el derecho a ser asistido por un abogado, el debido proceso y la igualdad ante la ley". Destacando las disposiciones que no tienen contrapartida en la Constitución federal, agrega más adelante: "Nuestra Constitución Estadual establece, por ejemplo, el derecho a una educación libre y declara que son preocupación pública la ayuda, cuidado y atención del necesitado. Dispone que se provea a la protección y promoción de la salud pública, y reconoce que la legislatura discrecionalmente puede establecer locaciones de bajo canon y guarderías para personas de bajos ingresos. Especifica que la conservación del ambiente es un propósito de este Estado, y ordena que se establezcan disposiciones adecuadas para la eliminación de la polución y los ruidos... garantiza el derecho de los trabajadores ...a organizarse y celebrar convenios colectivos").

(48) Ver, entre quienes se oponen a la actitud independiente de los tribunales locales, Gardner, James A., "The Failed Discourse of State Constitutionalism", 90 Michigan Law Review 761 (1992); Maltz, Earl M., "The Dark Side of State Court Activism", 63 Texas Law Review 995 (1985).

Según Ronald K. L. Collins, "Foreward: The Once New Judicial Feralism" & "its Critics", 64 Washington Law Review 5, 6 (1989), el reproche central de quienes critican la actitud de los tribunales superiores estaduales puede ser sintetizado como sigue: "(1) la referencia al derecho local es en gran medida empleada para alcanzar un resultado determinado, usurpando los poderes de las otras ramas del gobierno estadual; (2) tal referencia es ilegítima en tanto aísla ciertas decisiones constitucionales de la revisión federal a cargo de la Corte Sup.; (3) la mayoría de las decisiones que afirman la existencia de ciertos derechos, simplemente, no pueden ser encuadradas dentro de una interpretación que considere la intención perseguida por los constituyentes; (4) en ausencia de un claro respaldo histórico o literal, las decisiones referidas al derecho local que se desvían de estándares federales o son ilegítimas per se o ilegítimas en el sentido que no son el resultado de un "criterio neutral" que se base de modo preponderante en consideraciones históricas y literales; (5) la existencia de variaciones en las decisiones estaduales en materia constitucional mina la necesidad de uniformidad del proceso decisorio; (6) el "nuevo federalismo" no persigue los fines del federalismo; y (7) las interpretaciones estaduales constitucionales frustran el proceso político.

(49) Galie, Peter J., "The Other Supreme Courts: Activism Among State Supreme Courts", 33 Syracuse Law Review 731, 779 (1982) ("Probablemente California es el Estado que lideró el desarrollo de garantías constitucionales de derechos individuales basados de modo independiente en la constitución estadual").

(50) Kaye, op. cit. supra nota 44, ps. 406-407. En "Murdock v. City of Memphis" 87 U.S. 590, 635-636 (1875), la Corte estableció siete reglas o principios para rever decisiones estaduales. Estos principios son los siguientes:

"1. A los efectos de la jurisdicción de esta Corte sobre una sentencia de un tribunal estadual, es esencial que una de las cuestiones mencionadas en la ley (de jurisdicción y competencia) haya sido presentada y fundamentada ante el tribunal estadual.

2. Que ella haya sido decidida por el tribunal local, o que su decisión hubiera sido necesaria, en el caso, a los efectos de pronunciar la sentencia.

3. Que la decisión haya sido contraria al derecho reclamado o esgrimido por el recurrente, con sustento en la Constitución, los tratados, leyes o autoridad de los Estados Unidos.

4. Siendo las cosas así, esta Corte posee jurisdicción y debe examinar la sentencia hasta donde sea posible a fin de decidir si este reclamo ha sido resuelto correctamente por el tribunal estadual.

5. Si concluye en que fue correctamente decidido, la sentencia debe ser confirmada.

6. Si fue decidida erróneamente contra el recurrente, esta Corte debe investigar si no existe otra cuestión o hecho resuelto por el tribunal estadual, que sea suficientemente amplio como para sostener la sentencia de ese tribunal, a pesar del error cometido al decidir la cuestión federal que contiene el recurso. Si éste es el caso, la sentencia debe ser confirmada sin inquirir acerca del acierto de la decisión en esa otra cuestión o hecho.

7. Pero, si se descubre que el punto traído por la cuestión de derecho federal tiene un carácter tan dirimente que su correcta decisión es necesaria para cualquier sentencia definitiva que se dicte en el caso o, en su defecto, que no ha habido decisión de ninguna otra cuestión o hecho que sea suficiente para sostener la sentencia de ese tribunal sin perjuicio de la cuestión federal, entonces esta Corte revocará la sentencia del tribunal estadual y podrá dictarla como lo hubiera hecho el tribunal local, o devolverá el caso a ese tribunal, según lo requieran las circunstancias..." (ver Hart y Wechsler, op. cit. supra nota 5, p. 528-529). (Ver también Espil, Felipe, "La Suprema Corte Federal y su Jurisdicción Extraordinaria", Buenos Aires, 1915, p. 149-150; García Mérou, Enrique, "El Recurso Extraordinario ante la Corte Sup. de Just. de la Nación", Bs. As., 1915, ps. 81-82).

(51) Pollock, op. cit. supra nota 46, ps. 977, 980 (1985), con cita del caso *Herb v. Pitcairn*, 324 U.S. 117, 125-126 (1945).

(52) Kaye, op. cit. supra nota 44, p. 407. Hart y Wechsler, op. cit. supra nota 5, ps. 539, 554. ("Nótese que la mayoría de los casos donde se ha usado la presunción establecida en 'Long', trataban situaciones donde la Corte deseaba corregir decisiones judiciales estaduales que interpretaban restricciones constitucionales federales de un modo amplio con relación al derecho criminal: área en la cual la Corte se ha mostrado muy activa en cambiar las reglas substanciales subyacentes ... De tal modo, 'Michigan v. Long' es ilustrativo de un principio general: las reglas jurisdiccionales tienden a moverse en dirección a permitir una supervisión más intensa en áreas donde la Corte Sup. está en proceso de cambiar las reglas sustantivas relevantes y quiere asegurarse de que los tribunales estaduales cumplan con los nuevos criterios.

A todo evento, la significancia práctica de 'Michigan v. Long' no debiera ser exagerada: lo más posible es que el caso no hará más que crear una modesta expansión en la discreción de la Corte Sup. al tratar decisiones estaduales ambiguas e indeterminadas").

(53) *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032, 1041.

(54) Kaye, op. cit. supra nota 44, p. 412.

(55) Ídem, ps. 417-418.

(56) Ídem, p. 420.

(57) Pollock, op. cit. supra nota 46, ps. 983-984.