

Revista Electrónica

Año VIII – N° 13 - 2014



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Instituto de Investigaciones Jurídicas y
Sociales "Ambrosio L. Gioja"

Año VIII – N° 13 - 2014

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB) – 1er. Piso
Horario de Atención: Lunes a Viernes de 9 a 20 horas.
Teléfono: 054 -1-4-809-5629/32
URL: www.derecho.uba.ar/revistagioja
e-Mail: revistagioja@derecho.uba.ar



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

EDITOR RESPONSABLE

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
(Av. Figueroa Alcorta 2263, primer piso, C1425CKB, Buenos Aires, Argentina)

DIRECTOR Y EDITOR RESPONSABLE

Carlos María Cárcova

COMISIÓN DE REDACCIÓN

Martin Aldao
Lucas Arrimada
Mauro Benente
Federico De Fazio
Clara Minaverry
Liliana Ronconi
Luciana B. Scotti
Leticia Vita

COMITÉ CIENTÍFICO

David Baigún
Oscar Casas
Sara L. Feldstein de Cárdenas
Cecilia P. Grosman
Hortensia D. T. Gutiérrez Posse
Abelardo Levaggi
Julio Maier
Guillermo R Moncayo
Tulio E. Ortiz

ÁRBITROS ESTABLES

Ignacio Gabriel Anítua
Luis F. Castillo Argañarás
Nancy Cardinaux
María Laura Clérico
Aníbal D´Auria
Juan Carlos Frontera
Mónica S. Rodríguez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Federico José Lago

Sumario

EDITORIAL

- CARLOS MARÍA CÁRCOVA Pag.
5

INVESTIGACION

- Martín Aldao y Laura Clérico - *LA IGUALDAD "DES-ENMARCADA": A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994* Pag.
6
- Ana María Bestard - *REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994. EL ARTÍCULO 75 INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, Y LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN* 31
- Pedro A. Caminos - *EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?* 51
- Raúl Gustavo Ferreyra - *MANIFIESTO SOBRE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS. A PROPÓSITO DE LOS 20 AÑOS DE LA "CONSTITUCIÓN REFORMADA"* 75
- Leopoldo M. A. Godio - *EL CONGRESO NACIONAL Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LAS PROVINCIAS. REFLEXIONES A 20 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL* 95
- Alicia Enriqueta Ruiz - *UNA APROXIMACIÓN DECONSTRUCTIVA AL TEXTO CONSTITUCIONAL* 111

CONVOCATORIA

- INVITACIÓN A PRESENTAR ARTÍCULOS Pag.
119

EDITORIAL

Al borde del 2015, pero aun en el 2014, publicamos el N° 13 de nuestra Revista Electrónica. Lo hacemos por dos razones: para cumplir con nuestro compromiso de divulgar en dos oportunidades en el año los trabajos, reflexiones y puntos de vista de nuestros investigadores y de nuestros lectores cuando ellos nos acercan materiales publicables y porque deseábamos dedicar un ejemplar a la cuestión constitucional, en el año en que se cumple el décimo aniversario de su reforma, acontecida en 1994.

Seis ensayos de investigadores y profesores de la casa, especialistas destacados algunos de ellos, jueces de tribunales concernidos por la materia, especialistas en diversas áreas de la dogmática y jóvenes que se inician con dedicación e interés en la ardua tarea de la docencia universitaria, son los autores que hemos convocados.

La Reforma de 1994 actualizó en muy diversos aspectos el texto de 1853 con sus posteriores modificaciones. Al hacerlo consagró principios que ampliaban la participación ciudadana tanto como los denominados nuevos derechos, demandados por sociedades más abiertas y plurales. Con más reconocimientos recíprocos, con más derechos y con nuevas formas de la subjetividad, también reconocidas en el marco de interacciones humanas crecientemente complejas.

Los trabajos que en este marco se incluyen responden coherentemente al principio de la diversidad y de la pluralidad. Los enfoques son variados y heterogéneos. Y esa es una de sus más virtuosas características.

Esperamos que nuestros lectores fieles y también los infieles, recojan con satisfacción estos aportes y los sometan a despiadadas críticas que nos comprometemos a publicar en su caso. También esperamos que reciban el nuevo año con la mayor felicidad y que éste, nos depare paz, sosiego y tolerancia, que son mercaderías escasas en estos últimos tiempos. Muy cordialmente,

Carlos M. Cárcova

Director

LA IGUALDAD “DES-ENMARCADA”: A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994

Por Martín Aldao y Laura Clérico

RESUMEN

El presente trabajo se propone analizar los cambios en el “marco” de interpretación del texto constitucional a lo largo de sus veinte años de vigencia, con el fin de dar cuenta de los procesos de ampliación jurisdiccional del principio de igualdad. Se analizan además las diferentes formulaciones del principio de igualdad utilizadas durante ese proceso.

PALABRAS CLAVE

Reforma Constitucional – Igualdad – Derechos Sociales – Grupos Desaventajados

REFRAMING EQUALITY: 20 YEARS OF THE REFORMED CONSTITUTION

By **Martín Aldao** and **Laura Clérico**

ABSTRACT

In this paper we aim to show the relations between the constitutional principles and the “frames” that shape the constitutional interpretation process, in order to understand the expansion of the equality principle in Argentina since the 1994 Constitutional Reform. We also trace the different formulations of said principle.

KEY WORDS

Constitutional Reform – Equality – Social Rights – Disenfranchised Groups

LA IGUALDAD “DES-ENMARCADA”: A VEINTE AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994*

Por Martín Aldao* y Laura Clérico**

I. Introducción y planteo del problema

Han transcurrido veinte años de la reforma constitucional del año 1994. Pocos años, tal vez, para hacer historia sobre la reforma. Muchos años, probablemente, para seguir esperando el cumplimiento de las aspiraciones pendientes de la reforma. En un libro reciente sobre la crisis en Europa del año 2008, los coordinadores se preguntaban como objeto del trabajo en qué medida las constituciones podían dar respuesta o no a esa situación, planteaban la sugestiva pregunta: *what happend to you?* Es decir, ¿qué te paso a “vos” en la crisis, qué esperabas o no como respuesta desde el marco constitucional? (CONTIADES y ALKMENE 2013)¹ A veinte años de la reforma constitucional argentina, el interrogante es sugestivo por la apelación a pensar en el otro y a escribir desde el lugar de lo que a ese otro relata le pasó a él. ¿Pero quién ese ese otro? ¿Quién es ese “vos”?

Esto cobra aún mayor relevancia cuando hablamos de igualdad. Todas las fórmulas de igualdad encierran en más o menos algún tipo de comparación entre dos personas, grupos de personas, situaciones. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

- (a) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien
- (b) alguien que es tratado igual que otro considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado.

Para examinar si el reclamo debe prosperar se requiere explorar cuáles razones hablan a favor o en contra del planteo igualitario. Justamente la evaluación de estas razones (o sinrazones) es el centro del examen de igualdad y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que esté mejor justificada. Y las razones dependen a su vez de las personas que las introduzcan. Por ello la interrogación al otro es fundamental.

* Agradecemos a Federico de Fazio, Leticia Vita y Liliana Ronconi la lectura crítica y comentarios sobre el texto.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado (UBA). Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones “Gioja”, Facultad de Derecho (UBA).

** Doctora en Derecho por la Universidad de Kiel. Profesora de Derecho Constitucional (UBA), Investigadora del CONICET/UBA. Profesora DAAD en la Universidad de Erlangen/Nurnberg.

¹ CONTIADES, Xenophon; ALKMENE, Fotiadou (2013): How Constitutions Reacted to the Financial Crisis, in: Contiades, Xenophon (Hrsg.): *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*. Farnham, cap. Introductorio y pp. 9 – 57.

A su vez se puede pensar o teorizar sobre una reforma constitucional desde un enfoque de arriba hacia abajo (*top-down*) o desde abajo hacia arriba (*down-top*). La primera perspectiva se plantea en lo que una elite política o académica pensó para regular una comunidad más o menos imaginada y desde ahí analiza el impacto de la reforma. Por el contrario la perspectiva desde abajo hacia arriba plantea los abordajes de la reforma desde el lugar de las voces que quedan al margen, de las invisibilizadas, de las silenciadas, de las ninguneadas, de las relativizadas, de las despreciadas. Así la construcción de los relatos sobre el constitucionalismo desde abajo se pregunta por las voces que esos arreglos institucionales invisibilizan, silencian, pero que, paradójicamente, las constituciones con derechos sociales potencian a pesar de no tener arreglos institucionales acordes con esos derechos.

Estos dos enfoques son combinables y son los que alientan este trabajo sobre la igualdad en la reforma del año 1994, a veinte años de su vigencia. El abordaje no pretende ser exhaustivo. El objetivo es más modesto, trabajamos con pinceladas por medio de ejemplos.

Se suele utilizar el término "constitucionalismo aspiracional"² (GARCÍA VILLEGAS 2013) para referirse a la reforma de 1994, no obstante creemos que es más apropiado el término *constitucionalismo interpelable*. A diferencia del primero, que desde una perspectiva *top-down* pone el foco en el constituyente, el segundo nos permite dar cuenta de un proceso de ida y vuelta, en el cual las interpelaciones al texto constitucional -los procesos *down-top*- resultan esenciales para comprender el alcance efectivo de las reformas introducidas por el convencional. Para comprender mejor esto retomamos el concepto de marco (*framing*) desarrollado por FRASER (2008) en su último libro *Escalas de Justicia*³ con el fin de dar cuenta de la dimensión político-interpretativa propia de todo proceso constitucional. La función de este dispositivo conceptual es poner sobre la mesa no tanto el sentido sustantivo del principio de igualdad, sino los marcos desde los cuales es interpretado y re interpretado. En esta línea, la tesis de este trabajo afirma que fueron las movilizaciones populares de fines de la década de los noventa y comienzos de la siguiente los que permitieron un "re-enmarcamiento" del texto constitucional reformado, es decir, desde el marco neoliberal esencialmente restrictivo de derechos, hacia un marco democrático emancipatorio que ha permitido desplegar, asimismo, a través del activismo judicial⁴ (DELAMATA 2013) y la jurisprudencia el potencial igualitario contenido en la reforma.⁵ Ese potencial puede ser leído en forma transversal en casos sobre acceso a la vivienda para personas en situación de emergencia habitacional, casos traccionados desde la defensa pública de la

² GARCÍA VILLEGAS, *Constitucionalismo aspiracional*, en GARCÍA JARAMILLO, L. (Coord.) Colombia: Desafíos y posibilidades de una nación en construcción *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 2013 no. 29 p. 77-97. según el autor, este tipo de constitucionalismo "articula las nociones de constitución y progreso; prospera sobre todo en situaciones en las cuales existe una gran inconformidad con el presente y una fuerte creencia en las posibilidades de un futuro mejor."

³ Fraser, N. *Escalas de Justicia*, Herder, Madrid, 2008.

⁴ DELAMATA, G. "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", en *Sociologías* vol.15 no.32 Porto Alegre Jan./Apr. 2013.

⁵ Entendemos que este enfoque resulta especialmente rico para analizar los procesos constitucionales de los '90 (Argentina, y Colombia también) en la medida en que, a diferencia de los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, los cambios transformadores en el reconocimiento de derechos no ha provenido de cambios en el texto constitucional, sino, justamente, en los marcos desde los cuales éste es interpretado. De ahí la apuesta por la interpretación de los derechos desde las miradas de la igualdad multidimensional (apartado III.3).

Ciudad de Buenos Aires (CARDINAUX y otros 2013);⁶ sobre vacantes para el nivel inicial en el ámbito de la Ciudad cuya insuficiencia afecta en especial a aquellos sectores de la población en situación de pobreza, caso motorizado por una organización no gubernamental (RONCONI 2013);⁷ sobre acceso de mujeres para ejercer la profesión de conductoras de transportes públicos concesionados en un contexto de discriminación indirecta ya que hasta entonces solo los varones eran (y son) choferes, caso planteado por una mujer y una organización que trabaja con temas de género,⁸ entre otros. Esta línea de casos advierte que las cláusulas de igualdad pueden ser utilizadas para intentar desarmar condiciones de exclusión (apartado III.3) y no sólo simplemente para trabajar situaciones de discriminación puntual (apartados III.1 y III.2). Insistimos, ausente en sus primeros años una voluntad política rotunda que sostuviera los desafíos de la igualdad – por el contrario en un ambiente político contrario a los reclamos igualitarios, la reforma constitucional del 94 en materia de igualdad se inscribe en lo que se conoce como el constitucionalismo aspiracional o en términos emancipatorios, interpelable. Esas cláusulas de igualdad son normas, son exigibles; sin embargo, esperan el plumero que las desempolva y las hagan parte de una estrategia de exigibilidad más o menos amplia según el reclamo.

Esa podría ser la trama del relato sobre la suerte de las cláusulas de la igualdad en la constitución reformada de 1994. Es un relato que reconoce velocidades diversas: paso a paso, a cuentagotas, dependiendo de la fuerza y habilidad de los actores que las movilizan y de la eficacia de la estrategia de exigibilidad desplegada.

En este sentido nos proponemos analizar en primer lugar el marco (*framing*) predominante desde el que se piensa la igualdad en la época de la reforma, fuertemente influenciado por la coyuntura política y económica; pero en clave de desenmarcamiento (*misframing*), que luego se verá alterado por la ola de reacciones sociales frente a las consecuencias del neoliberalismo. De este modo se puede dar cuenta de la gradualidad en la efectivización del potencial igualitario de la reforma. Ahora bien, una vez establecido el contexto dentro del cual se establecen los márgenes de la interpretación constitucional, es preciso analizar las herramientas jurídicas que habilitan o cierran el juego de las nuevas demandas. Por ello en la tercera sección analizamos las diversas fórmulas de igualdad que permiten activar, en función de la interpelación ciudadana, los “contenidos dormidos” de la reforma, de menor a mayor, es decir desde la limitada fórmula de la igualdad formal hasta las versiones más complejas que combinan ya aspectos materiales con simbólicos.

⁶ V. CARDINAUX, N.; Vita, L.; Aldao, M., Clérico, L.; “Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013 y en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/vita-condiciones-de-posibilidad-para-la-exigibilidad-judicial-del-derecho-a-la-vivienda.pdf>

⁷ RONCONI Liliana M., “El principio de igualdad educativa en la jurisprudencia de los tribunales la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2013. N°8 .Pgs.37-56, en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27148/Documento_completo.pdf?sequence=1

⁸ CSJN, 20/5/2014, Sisnero, Mirtha Graeila y FEM c. el Taldelva SRL y otros s/ amparo,

II. El marco de la igualdad en la reforma de 1994

En principio, la reforma de 1994 reconoce un amplia paleta de normas sobre igualdad que va desde el fortalecimiento de la llamada igualdad jurídica material hasta el reconocimiento de desigualdades fácticas de partida que requieren de la intervención estatal por medio de medidas positivas para lograr igualdad real para niños y niñas, personas con discapacidad, personas de edad avanzada, personas en situación de discapacidad, mujeres en estado de embarazo y período de lactancia y pueblos originarios o comunidades indígenas (art. 75 inc. 23 y 17 Const. Nac.). Todo esto robustecido por el reconocimiento de jerarquía constitucional a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que consagran el principio no-discriminatorio como así también reconocen la desigualdad fáctica, la desigualdad estructural y que requieren de Estados que cumplan con las obligaciones de respetar, proteger y garantizar para desarmar las desigualdades injustificables y lograr igualdad en aquellas situaciones de desigualdad estructural por medidas positivas. Tenemos entonces un poderoso dispositivo igualitario en la reforma, un dispositivo que no obstante su potencial permanecerá anestesiado durante al menos los primeros cinco años de vigencia del texto constitucional reformado. Para entender esto es preciso dar cuenta del marco desde el cual se definía en este período el sentido sustantivo del principio constitucional de igualdad.

El marco de la reforma del año 1994 es complejo. Por un lado estuvo dado por una reforma motorizada con una sola y única finalidad: la reelección presidencial. Como respuesta a ese impulso unívoco, el principal partido de la entonces oposición, respondió en clave de pacto. Se suele contar la historia de que el impulso re-eleccionario era tan fuerte, que la oposición por temor a que esa reforma se llevara otras cosas puestas, accedió a un acuerdo previo para pactar los puntos de reforma. Este pacto conocido por el lugar en que se celebró como "Pacto de Olivos", fue caracterizado por algunos como un pacto de desconfianza.⁹ Es decir, por temor a que bajo el manto re-eleccionario se terminara reformando otras cosas, se pactó asegurar la reforma de la cláusula de elección presidencial. A cambio se pactó dejar intacta en forma expresa la primera parte de la constitución, la llamada Declaraciones, Derechos y Garantías, como así también el compromiso de votar como un combo un conjunto de temas en los que se especificaban el contenido de la reforma (cláusula cerrojo) y dejar abierta y "habilitada" para la discusión otros temas en el que no se especificaba en el pacto el contenido detallado ni la modalidad cerrojo de votación. La historia que sigue es conocida. Los convencionales constituyentes del justicialismo y del radicalismo sacaron la mayor cantidad de votos; y en general respetaron lo acordado en el Pacto de Olivos. Esto habla ya de la lógica de la reforma. Les guste o no a los protagonistas fue una reforma pensada y acordada de arriba hacia abajo. En ese marco los artículos que ingresaron a la Constitución fueron "concesiones", pero era claro que no existía la voluntad política ni las fuerzas políticas necesarias para que lo ganado en igualdad en el papel se convirtiera en tal en la práctica en el corto plazo. Por supuesto esto no quiere decir que las normas de igualdad cayeran en saco roto. Son exigibles. Sin embargo, no implicaron cambios estructurales en la distribución del poder económico, social, político, cultural, que

⁹ V. CSJN, Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento, considerando 10.

empoderara a los grupos más desaventajados. En todo caso las normas sobre igualdad conformaron – como ya adelantamos – lo que se da en llamar “constitucionalismo aspiracional”.

La segunda referencia al “marco” está dada por el momento económico en que ocurre la reforma. Este estuvo dado por fuertes políticas neoliberales recetadas desde los organismos de crédito internacional, léase, entre otros, FMI y Banco Mundial. Esa política se concretizó a través de leyes y varios decretos de necesidad y urgencia sobre emergencia económica y, por el otro lado, reforma del Estado. Estas normas tenían como transfondo la reducción del aparato estatal, la privatización y desregulación de los servicios públicos, la descentralización del sistema de salud, la profundización de la descentralización de sistema de educación básica y terciaria, la flexibilización laboral. Para asegurar los contratos surgidos de las privatizaciones y de otras inversiones el Estado firmó más de cuarenta tratados bilaterales de comercio que, entre otras, cláusulas establecen la sujeción de los conflictos que surge de la implementación de esos contratos al arbitraje del CIADI. En fin, los gobernantes de entonces aceptaron que el Estado perdiera en buena parte el poder regulatorio estatal (BIDART CAMPOS 1999 y VITA 2013).¹⁰ Para PISARELLO¹¹ (2011) la reforma de 1994 responde a constituciones (interpretamos como constituciones fácticas en el sentido de LASALLE (1964: 61))¹² que incluían una mayor contención del gasto público, la apuesta a las privatizaciones, por la liberación del comercio internacional, las inversiones extranjeras y la retirada de los controles públicos sobre los poderes del “mercado”.

Así nos queda, apenas sancionada la reforma, un mapa amplio de la igualdad, que no obstante permanece encorsetado por un marco neoliberal y por ende incapaz de desplegar todo su potencial. En suma, en qué medida la idea de Constitución actual sea pertinente para pensar en arreglos institucionales eficaces para generar condiciones materiales de existencia digna de cara a la concentración de poder en el ámbito nacional y de concentración de poder económico y financiero en el marco global dependerá, fundamentalmente, de la capacidad de los pueblos para revertir este des-enmarcamiento (*mis-framing*)¹³ (FRASER 2008: 43) que mantiene atado el potencial igualitario de la Constitución. Porque este corrimiento del Estado, y por ende de la política tradicional, partidaria asociada a éste, fue precisamente lo que dio lugar al desarrollo de procesos democrático-participativos que tuvieron como protagonistas durante la primera década de este milenio a los pueblos de Latinoamérica.

¹⁰ Ver BIDART CAMPOS, G. *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999. También VITA, L. “Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina”, en Clérfor, Aldao, Ronconi *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I.

¹¹ Pisarello, G., *Un largo Termidor*, Madrid, Trotta, 2011.

¹² LASALLE, F., *Qué es una Constitución*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1964, p. 61: “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal como son”. “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder”. Si Uds ... “vuelven a verse alguna vez en el trance de tener que darse a sí mismos una Constitución, espero que sabrán ustedes ya cómo se hacen las cosas, y que no se limitarán a extender y firmar una hoja de papel, dejando intactas las fuerzas reales que mandan en el país”.

¹³ Fraser, N. *op. Cit.* p.43.

III. La igualdad en la reforma de 1994 en un marco múltiple: ¿la desigualdad des-enmarcada?

III.1 La igualdad formal

Una de las formas de igualdad menos exigente es la fórmula de la **igualdad formal**. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad en tanto aquellos que pertenecen a la categoría surgida luego de la clasificación realizada por el legislador son tratados de igual forma (se les aplique las mismas consecuencias jurídicas). Esta fórmula dice: *si la categoría alcanza a todas las x, entonces sólo se viola si una x no es tratada como una de las x de la categoría*. Es decir, no examina si el criterio y las razones por las que se realizó la clasificación son legítimas y si la clasificación tiene justificación alguna; tampoco nos dice algo sobre la manera en que deben ser tratados qué individuos con qué propiedades. Esta fórmula se encuentra detrás de la criticada - y con razón - fórmula de "separados pero iguales". Bajo esta fórmula se sostuvieron las leyes racistas en los Estados Unidos de Norteamérica.¹⁴ Bajo esta misma fórmula hubiese sido imposible dictar el fallo "*Brown vs. Board of Education*",¹⁵ en el que se decidió que la separación por "raza" en las escuelas públicas violaba el mandato de igualdad. Por ello, resulta cuestionable que alguien utilice en la actualidad esta fórmula de igualdad para sostener la discriminación cuando alguien realiza un planteo serio de no-discriminación arbitraria.¹⁶

No obstante existen otras fórmulas, cuya introducción y desarrollo dependerá no sólo del que responde la pregunta por el trato igual o desigual (por ejemplo, el tribunal en tanto intérprete de la constitución), sino también de aquellos que elevan la pregunta, que interpelan al texto constitucional. Es justamente a través de las demandas que las nuevas formulaciones (los nuevos sentidos) del principio de igualdad logran introducirse en el debate constitucional, poniendo a la luz el "des-enmarcamiento" producido por el neoliberalismo, motorizadas por la ola de reacciones populares contra los efectos sociales nefastos producidos por la aplicación del "Consenso de Washington."

III.2 Igualdad jurídico material: intensidades de control

Por contraposición una de las fórmulas de la igualdad que se pregunta por la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección, es la fórmula de la *igualdad jurídica material*. Esta fórmula dice que no se viola el mandato de igualdad si: *a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de igual forma*. Es decir, si no hay ninguna *razón suficiente* para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual. En suma, y como reitera la Corte IDH, es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.¹⁷

¹⁴ V. U.S.S.C. 163 U.S. 537 (1896).

¹⁵ U.S.S.C. 347 U.S. 483 (1954).

¹⁶ V. esta misma advertencia en el caso "Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)", Juzgado N°15, Fuero CAyT, en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 172 del Código Civil argentino antes de la reforma de 2010 que no admitía el matrimonio igualitario.

¹⁷ Cfr. Corte IDH, *OC-18/03* (2003), párr. 89; *OC-17/02* (2002), párr. 46; y *OC-4/84* (1984), párr. 56. Esto genera diversas obligaciones a los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.

Ahora bien, *la fórmula de igualdad material implica el desarrollo de tres sub-exámenes* para determinar si existen razones suficientes o no para un trato desigualitario. Esos tres sub-exámenes son los de: idoneidad, medios alternativos menos lesivos y proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación de la proporcionalidad en el examen de igualdad determina si el criterio de distinción que genera las categorías o grupos (medida estatal) tiene relación con las finalidades (razones) de la norma. El sub-examen de idoneidad se pregunta si el medio logra promover los fines estatales y si no los logra entonces ya tenemos una primera razón que habla en contra del trato desigualitario. El sub-examen de medios alternativos dice que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro medio alternativo (es decir, uno que evite esa clasificación). El sub-examen de proporcionalidad en sentido estricto supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por ello, no hay razones suficientes para la distinción si la intensidad de restricción es mayor que el peso de las razones justificatorias.

Estos *tres subexámenes de igualdad pueden ser aplicados con mayor o menor intensidad*, esto depende de que tan exigentes nos pongamos para evaluar la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias. Por ello, se suele hablar de tres escrutinios de igualdad jurídica material: un escrutinio leve o de mera racionalidad, un escrutinio intermedio y un escrutinio bien exigente.

En el examen de igualdad de mera racionalidad se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Esto significa que la carga de la argumentación la tiene quien realiza el reclamo igualitario y sólo se declarará la clasificación y sus efectos como arbitrarios si logra argumentar que no existe relación alguna entre medio y fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El escrutinio intermedio exige una relación más sustancial entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias. La relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación estrecha entre clasificación y razones justificatorias y alegarse algún fin estatal importante que justifique la clasificación.

Sin embargo, el más exigente de los exámenes es el estricto. Esto implica:

- (a) partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación;
- (b) la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquellos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado;
- (c) una exigencia agravada de justificación, la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes, por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente,
- (d) que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación;
- (e) una regla epistémica, que dice que si persisten dudas al final de la argumentación, queda la clasificación y sus efectos como arbitraria. El examen de escrutinio estricto se aplica, por ejemplo, cuando desde el

vamos del planteo de la cuestión igualitaria se "sospecha" que la exclusión huele a injustificada e inconstitucional porque afecta a un grupo de personas que históricamente ha sido discriminado y que las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad.¹⁸ Nos encontramos frente a una exclusión sospechosa (por ejemplo, discriminación basada en la "raza", la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, etc.)¹⁹ y quien no crea que esas personas no conformen un grupo de personas histórica y sistemáticamente discriminadas tiene la carga de la argumentación y debe justificar por qué no lo son al ser excluidas de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias relevantes (SALDIVIA 2012).

El contexto de América Latina y el Caribe presenta un panorama pluripinto relacionado con la movilidad de personas por el territorio de los diversos Estados, léase personas "extranjeras", personas "migrantes". A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX encontraban a Argentina, Uruguay, Brasil, Estados Unidos como países receptores de inmigración masiva. Los países receptores comenzaron en uso de su "soberanía" estatal a aprobar normas que restringían los derechos de las personas extranjeras que residían en sus territorios —a pesar de que algunas de Constituciones de esos Estados proclamaban los mismos derechos a todas las personas extranjeras residentes en sus territorios (por ejemplo, art. 20 de la Const. Argentina). En este contexto particular surgen en Argentina los reclamos de algunas personas extranjeras frente a situaciones puntuales de discriminación. Ya antes de la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia argentina había declarado la inconstitucionalidad de una norma provincial que exigía la nacionalidad argentina para ejercer la docencia en un establecimiento privado con reconocimiento oficial de nivel pre-escolar en el caso de una residente de los Estados Unidos que había estudiado en Argentina y tenía título habilitante para el ejercicio de esa profesión.²⁰ Esta jurisprudencia se reitera —aunque con leves matices— cuando esa misma Corte declara la inconstitucionalidad de un artículo de una ley de la Provincia de Córdoba que exigía la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente al régimen del "equipo de salud humana" de un hospital público.²¹ Esta jurisprudencia vuelve a tener relevancia aunque con la impronta de un examen de igualdad más analítico en el caso "Gottschau"²² sobre la (in)constitucionalidad de una norma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que establecía el requisito de la nacionalidad argentina para la inscripción a un concurso público para acceder al cargo de secretario de primera instancia del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Y se aplica asimismo para declarar la inconstitucionalidad de una norma provincial que requería la condición

¹⁸ Se aplica examen estricto de igualdad, en materia de discriminación por orientación sexual en: Contencioso Administrativo Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: "Freyre Alejandro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 34292/0)"; "Canevaro Martín y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36410/0)", Juzgado del Fuero N°13; "Fernández Alberto Daro y otro c/ GCBA s/ Amparo (expte. N 36320)", entre otros.

¹⁹ SALDIVIA, L., "La igualdad robusta de las personas de géneros diversos", en Von Opiela, Carolina (coord.), *Derecho a la identidad de género: Ley N° 26.743*, Buenos Aires: La Ley, 2012.

²⁰ Corte Suprema de Justicia Argentina, Repetto, Inés M. c. Provincia de Buenos Aires s/ Acción de Inconstitucionalidad, 08/11/1988, en Fallos: 311:2272.

²¹ Corte Suprema de Justicia Argentina, Calvo y Pesini, Rocio v. Provincia de Córdoba, 24/02/1998, Fallos: 321:194/201.

²² Corte Suprema de Justicia Argentina, Gottschau, Evelyn P. c/Consejos de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo sentencia del 08/08/2006.

de argentino nativo o por opción para concursar para un cargo de camarista; imposibilitando la inscripción de un juez provincial de primera instancia argentino naturalizado dispuesto a concursar,²³ entre otros.²⁴

El perfil de reclamante es distinto en el caso Reyes Aguilera. Se trata de una niña residente argentina de nacionalidad boliviana con una discapacidad severa que le impedía la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente y alimentarse por cuenta propia; y que además se encontraba en situación de pobreza. El caso se inicia frente a la denegación por la Administración de un pedido de pensión por invalidez porque el art. 1.e del Decreto n. 432/1997 establecía respecto de las personas extranjeras un plazo mínimo de residencia de 20 años, para el otorgamiento de la pensión. Si bien la Corte Argentina declaró que el recaudo de residencia era inconstitucional, cuando se encontraran reunidos los otros requisitos (invalidez y pobreza), los votos de los magistrados tuvieron un eje argumentativo vinculado con cada uno de estos supuestos de discriminación. Los jueces Fayt y Zaffaroni argumentaron que el requisito de veinte años de residencia implica un desconocimiento de la seguridad social, derecho que se encuentra íntimamente vinculado con la vida, "cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas" (cons. 7), más aun cuando se trata de la protección de los "más débiles".²⁵ En el caso, aun cuando los jueces no lo mencionan expresamente, la debilidad consistía en ser una niña con discapacidad y pobre (art. 75, inc. 23).

Por otro lado, los jueces Petracchi y Argibay se apoyaron en el argumento de la igualdad. Sostuvieron la presunción de inconstitucionalidad de toda categoría que distingue sobre la base de criterios prohibidos, categoría sospechosa (art. 1.º de la Convención Americana de Derechos Humanos): establecieron que la norma solo sería válida si supera un test de escrutinio intenso, recayendo en cabeza del Estado la carga de justificar que no existían alternativas menos lesivas para los fines sustanciales que se intentaban alcanzar mediante la norma impugnada (con cita de Gottschau, cons. 11). En el caso, los argumentos brindados por el Estado Nacional "resultan ineficaces para revertir la presunción de inconstitucionalidad de la norma en cuestión" (cons. 12).

El juez Maqueda sostuvo si bien la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros no está prohibida, esto no releva al legislador de establecer requisitos razonables, es decir que no impliquen desconocer el derecho. En el caso, es la desproporcionalidad de la extensión del plazo lo que es inconstitucional. La irrazonabilidad del plazo consignado importa en los hechos que la aplicación de tal norma se traduzca en una discriminación indirecta ya que por las consecuencias que irroga, en la práctica, el beneficio de la pensión por invalidez estaría vedado para los extranjeros con residencia acreditada en el territorio argentino.²⁶

²³ Corte Suprema de Justicia Argentina Hooft, c/Provincia de Buenos Aires, Fallos 327:5118.

²⁴ V. el desarrollo de esta línea jurisprudencial hasta la actualidad con inclusión de los recientes casos "Mantecón Valdes" y "Pérez Ortega", en TREACY (2014) y ÁLVAREZ (2010).

²⁵ Sobre la relación argumentativa del derecho a condiciones de existencia digna, vulnerabilidad e igualdad, v. BELOFF y CLÉRICO (2014).

²⁶ La minoría formada por los jueces Highton y Lorenzetti sostuvo que la distinción era constitucional ya que el otorgamiento de una "pensión por Invalidez" constituye una facultad discrecional del Congreso, órgano que está facultado para imponer distintos requisitos y condiciones. Para un análisis crítico, v. GARGARELLA (2007).

En general la Corte argentina aplica -en los casos en los que las normas o los actos clasifican en perjuicio de los derechos de los extranjeros, o cuando distingue en perjuicio de argentinos naturalizados-²⁷ un examen de igualdad jurídica material de escrutinio estricto y declara la inconstitucionalidad de la norma atacada. Sin embargo, en ninguno de estos casos se deja vislumbrar un planteo de fondo de la situación de los extranjeros o migrantes en Argentina que suelen padecer situaciones de desigualdad estructural,²⁸ con excepción del caso "Reyes Aguilera".

III.3 Desigualdad estructural, grupo desaventajado

Si bien la intensidad estricta del examen de igualdad jurídica material es mucho más exigente, *nos preguntamos si es una herramienta argumentativa lo suficientemente potente para conmovir un status quo fuertemente desigualitario*. Es decir, un *status quo* en el que la discriminación no es sólo puntual o individual sino que responde a una práctica sistemática de discriminación cuyos efectos no pueden ser revertidos en forma individual por las personas afectadas por los efectos de esa discriminación. Pensemos, por ejemplo, en el contexto interamericano en la situación de exclusión que viven varios pueblos indígenas por falta de acceso a la posesión a sus tierras ancestrales y que incluso implica la muerte de algunos de sus miembros cuando buscan defenderse frente a procesos de desalojo²⁹ de sus tierras para la explotación sojera o la actividad de las extractivas. O en el contexto más local en la imposibilidad de acceder a una vivienda digna de varios colectivos que se encuentran habitando en viviendas precarias o en situación de calle.³⁰

²⁷ CSJN, Hooft, c/Provincia de Buenos Aires, Fallos 327:5118.

²⁸ Los migrantes de países limítrofes (de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay) y de no limítrofes (Perú) suelen ser maltratados desde el discurso dominante (muchas veces impulsado desde los discursos de ciertos medios de comunicación que en forma más o menos solapada le suele imputar cierto aumento de la "delincuencia y la inseguridad"), así suelen ser llamados "bolitas", "brasucas", "chilotes", "paraguas", "perucas" y "yorugas". Suelen sufrir detenciones arbitrarias por la sola "portación de cara", explotación laboral, denegación de acceso a la atención sanitaria, educación y vivienda. V. VILLALPANDO (2006: 168 y ss.).

²⁹ Nos referimos por ejemplo a la muerte de integrantes del pueblo *quom* en la provincia de Formosa (Argentina) del 26/11/2010.

³⁰ Al respecto el caso paradigmático es "Quisberth Castro c. GCABA" resuelto por la Corte argentina en el año 2012. Allí una mujer y su hijo, el cual padecía de una discapacidad severa, solicitaban al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires el acceso a una vivienda adecuada. En su argumentación no sólo estaba implicado el derecho a la vivienda sino, especialmente, el derecho a la salud del niño. En particular, se había probado en la causa que el niño había involucionado en el tratamiento de su enfermedad como consecuencia directa de su deficiencia habitacional. Por ejemplo, el hotel donde vivían carecía de cocina y comedor privado y algunos de los vecinos habían presentado quejas por ruidos causados por el niño en los lugares compartidos. Ello impulsó a que Quisberth Castro cocine y alimente a su hijo en su cuarto, con exclusividad, donde sólo podía prepararle "papilla". Estudios forenses advirtieron que el hecho de que el niño sólo se alimente de "papilla" había traído como consecuencia que no aprendiera a masticar. En este sentido, la falta de evolución del niño respecto a su posibilidad de masticar no era provocada por su discapacidad en sí, sino por esta última razón e implicaba una involución en el tratamiento de su enfermedad. Por tanto, la Corte ordenó, con matices, al gobierno local que garantizara a la actora y su hijo en situación de discapacidad, que se encontraban en "situación de calle", un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. Agregó que el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberá asegurar la atención y el cuidado del niño y proveer a la actora el asesoramiento y la orientación necesaria para la solución de su problemática habitacional. Si bien Quisberth Castro demuestra que las cláusulas de igualdad pueden ser utilizadas en una estrategia de reclamo con fines emancipatorios y motorizada desde la Defensa Pública local. Ver CARDINAUX y otros (2013) y CLÉRICO (2012). Sin embargo, una sentencia posterior de la misma Corte Suprema demuestra lamentablemente que el camino de la exigibilidad no es fácil de transitar. Luego de dictada la sentencia en el caso "Quisberth Castro", la Corte Suprema de Justicia resolvió en "A.P., L.V. /c GOBIERNO

Algunas de las constituciones incluso identifican a esos grupos desaventajados como mujeres, niños y niñas, ancianos, personas con discapacidad, migrantes, pueblos originarios,³¹ entre otros.³² Varios autores³³ – con razón y con matices – sostienen la tesis que la reforma de 1994 introduce la desigualdad estructural en diversas partes cuando reconoce que algunos grupos desaventajados no se encuentran en igualdad real para el acceso o ejercicio de los derechos. Esto implica un cambio de mirada en cuanto al uso de los criterios que habilitan un examen estricto de igualdad – como fuera trabajado en el anterior apartado y en dos sentidos. Primero como examen de igualdad crítico: El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional junto con el inciso 17 identifica – en forma no-taxativa - a esos grupos desaventajados. Como explica Saba, se trata entonces de someter a un análisis bien estricto a las normas y actos que pretenden justificar tratos diferentes para perpetuar la condición de exclusión de esos grupos.

Segundo, la desigualdad estructural no es natural, sino que surge como producto de una estructuración³⁴ social dada. Para que estos grupos desaventajados puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad, se deben dictar medidas estatales de acción positiva para permitirles salir de la

DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTROS /s AMPARO” el 11 /12/2012 la queja presentada por la actora contra varias sentencias del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad sobre derecho a la vivienda incluidas en el expediente. La Corte sostiene que “las cuestiones suscitadas en éstas actuaciones no guardan sustancial analogía con el precedente” Quisberth Castro del 24/4/2012. En “A.P.L.V.” se encuentran comprendidas más de 40 causas sobre acceso a la vivienda. Entonces queda como tarea pendiente revisar cada una de las cuestiones de esas causas para analizar críticamente el fallo reciente de la Corte para ver si guardan o no “sustancial analogía” con Quisberth Castro. Sin embargo, se le puede criticar al fallo de la Corte en “A.P.L.V.” que no haya fundamentado su sentencia en relación con las cuestiones de cada una de las 46 causas. Es claro que no basta con afirmar que no guardan sustancial relación con otra causa, la Corte *nos debe y les debe a los colectivos afectados la justificación de su sentencia*. Las consecuencias de esta ausencia justificatoria ha devenido en una aplicación discrecional del precedente Quisberth Castro en el orden local. A su vez, persiste la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en materia de derecho a la vivienda digna, v. “K.M.P. c. GCBA, 21/03/2014. http://www.tsjbaires.gov.ar/images/stories/fallos/fallo%20vivienda%209205_0_129.pdf

³¹ Ver, por ejemplo, del art. 75, incs. 23 y 17 de la Constitución argentina.

³² Quien evalúa una acción u omisión estatal tiene que tener en cuenta que la afectada puede converger en más de uno de los grupos desaventajados del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional. Por ello, es necesario reconstruir, comprender, la situación de la actora teniendo en cuenta el enfoque de la llamada “discriminación interseccional”. Así se interpreta que la discriminación que surge de una combinación de elementos ocasiona un tipo de discriminación diferente de cualquier otra basada en un solo factor. La pertinencia de la aplicación de este tipo de enfoque está dada por la atención que presta a los contextos históricos, sociales y políticos que generan estas discriminaciones, esto permitiría además encontrar soluciones adecuadas a las experiencias particulares de las personas discriminadas. Por ejemplo, mujeres mayores con discapacidad pertenecientes a pueblos originarios pueden sufrir la discriminación en forma diferente que mujeres y varones con discapacidad que viven en zonas urbanas y cerca de centros de atención y rehabilitación. Véase el enfoque de la “discriminación interseccional” aplicado para analizar el derecho a la vivienda de mujeres en: Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, (2006) pár. 47-54. Este tipo de discriminación se examina en el caso Yake Axa, en donde la desigualdad se agudiza respecto de los niños, ancianos y mujeres de la comunidad indígena. S. la discriminación interseccional, v. CRENSHAW (1999).

³³ Roberto Saba, Lucas Grossman, Magdalena Álvarez, entre otros.

³⁴ A los efectos de este trabajo nos ayuda tener como imagen de trasfondo respecto del concepto de estructura la propuesta de Iris M. Young quien sostiene: "... la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance. ...". (Young 2011: 69). Esto ha llevado a hablar del carácter relacional y contextual del concepto y, a su vez, ha conducido a la discusión de formas de responsabilidad colectiva (no sólo estatal) para dar respuestas transformadoras (y no sólo reformistas) a esas desigualdades.

situación de sometimiento o de exclusión. Este mandato implica un empezar a hacer positivo, con lo que la norma se viola si el legislador: i) sigue omitiendo, ii) retrocede arbitrariamente sobre lo hecho, o si iii) lo hecho por acción es insuficiente o defectuoso.

Así, esta exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no-dominación o no-sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material. Esta mirada crítica a su vez invita a volver la mirada sobre los *presupuestos de filosofía política* sobre los que se basa cada una de las *concepciones* de igualdad. Pensar estos presupuestos ayudan para repasar los lugares desde los que puede ser interpelada la constitución reformada de 1994 a partir de las cláusulas sobre igualdad.

III.4 Igualdad como redistribución y reconocimiento

Una interpretación meramente formal de la igualdad o incluso como igualdad jurídico-material tiene el defecto de esconder, tras el principio de igualdad ante la ley, una serie de desigualdades de orden material y simbólico que no se corresponden con los exigentes presupuestos normativos de la democracia, pero que a la vez tampoco pueden ser resueltos dentro del estrecho marco de los derechos individuales.

Esto es así en tanto en la idealizada autocomprensión de las sociedades burguesas, que sirvieron de matriz al constitucionalismo liberal, la igualdad es concebida como un presupuesto y no como una meta (ARENDRT 2006: 188 y ss.).³⁵ Esto tiene al menos dos consecuencias relevantes: en primer lugar se asume que determinado *status quo*, cortado a la medida del hombre de negocios occidental, constituye una suerte de orden natural que determina el alcance de la discusión en materia de igualdad.³⁶ En este sentido la igualdad es reconstruida en términos de no intervención estatal sobre una sociedad civil que es capaz de regularse autónomamente (HABERMAS 2004: 112 y ss.).³⁷ En segundo lugar se atribuye al derecho y a la jurisprudencia un papel de preservación y restitución de este "orden natural", restringiendo las discusiones políticas -aquellas que excedan la mera restauración del equilibrio natural entre oferta y demanda por un lado, y derechos individuales (en su formulación clásica) por el otro- a un debate parlamentario que en realidad se desarrolla bajo la supervisión de aquellos que, sin quebrar esta peculiar comprensión del principio de igualdad ante la ley, han logrado ubicarse por encima de sus pares. De este modo no sólo se cristalizan aquellas desigualdades invisibles a la matriz liberal-burguesa, sino que se aumenta la brecha entre unos y otros (FRASER 1997: 38).³⁸

En este contexto se habla de la igualdad en los registros del orden y la distribución, y desde la perspectiva de quien observa, por encima y desde afuera: igualdad de trato que "se dispensa", igualdad de

³⁵ Arendt, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006, pp. 188 y ss.

³⁶ En este sentido es relevante señalar que lo que habitualmente denominamos "igualdad formal-legal" no es pura forma en términos absolutos, sino sólo para aquellos que no encajan en el molde de la subjetividad liberal-burguesa; en otros términos, que aquellos que sí caben en ésta no pueden sino verla como llena de contenido. Sin embargo, y en tanto es mayor el número de excluidos que el de incluidos en este estrecho molde, decidimos mantener el uso habitual del término.

³⁷ Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004, pp. 112 y ss.

³⁸ Fraser, N., *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 1997.

oportunidades que "se distribuyen", ubicando a iguales y desiguales en el rol de sujetos "pasibles" de un reacomodamiento. Esta perspectiva, que ya impregna las miradas académicas sobre la igualdad (ANDERSON 1999)³⁹, se ve reforzada en general en el ámbito judicial, en el cual la igualdad aparece configurada como un problema que debe ser resuelto "desde afuera", por el tribunal. Por el contrario, en su desarrollo histórico, la igualdad como problema siempre ha aparecido como un reclamo frente a una jerarquización que es considerada como injusta: si bien la desigualdad es un cierto estado de cosas, la demanda igualitaria es un proceso que no puede ser reducido a una mera redistribución de recursos o derechos, que no dé cuenta del contexto y de los actores involucrados. Anderson distingue dos facetas intrínsecas a toda demanda igualitaria.

En un sentido "negativo" las demandas de igualdad apuntan a la eliminación de situaciones de opresión –a menos que se trate de una pena o de defensa ante un comportamiento violento. En un sentido positivo, las demandas de igualdad *aspiran* a un orden social en que las personas se encuentren en pie de igualdad democrática, esto es, que las decisiones comunes sean tomadas con la participación de todos (*inclusión*), de acuerdo al peso del mejor argumento (ANDERSON 1999).

Así, como apuntan HABERMAS (2009) y SOUSA SANTOS (2009), el ideal normativo de la Ilustración, reconstruido en términos de objetivo, nos permite:

- (a) plantear el problema de la igualdad en términos no ya de restauración sino de emancipación (de no-dominación o no-sometimiento),
- (b) pensar la democracia no tanto como un hecho sino como un proyecto en continua realización y para seguir realizando y
- (c) establecer con mayor claridad la mutua implicación de ambas.

Es en este sentido que tomarse la democracia en serio requiere integrar el principio de igualdad de modo tal que pueda dar efectiva cuenta del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales. Es en orden a resolver las falencias del modelo liberal que se han ensayado diversas reconstrucciones del principio de igualdad, entre las que se destacan las nociones de *redistribución* y *de reconocimiento*.

La idea de *igualdad como redistribución* tiene sus orígenes teóricos en el intento de compatibilizar el ideal liberal de libertad individual con las demandas igualitaristas de la social democracia (ARANGO 2009 y 2012); y apunta a los déficits que en, términos de acceso a recursos materiales, fracturan a la sociedad en propietarios, asalariados y desposeídos. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en legitimación de las desigualdades en términos de acceso a recursos materiales y aumento de la brecha entre ricos y pobres. De este modo se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de propiedad no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, reforzando las dificultades de acceso de trabajadores y desposeídos a las instancias de participación política, que son a su vez las únicas que podrían modificar esta estrecha comprensión de la igualdad. Lo que define a esta particular perspectiva de la justicia social es su creencia en que *la transformación de las relaciones de producción constituye el remedio*

³⁹ Anderson, E.: "What is the point of equality?" *Ethics*, v.109, i2, 1999, p.287. a 312.

fundamental para la solución de las desigualdades. En este sentido proponen la redistribución del ingreso o la riqueza, la redistribución de la división del trabajo y la reestructuración de la propiedad privada y de la empresa entre otros. A su vez, identifican en la clase desposeída de recursos al principal grupo afectado; y a la eliminación de las diferencias materiales como la solución a la desigualdad (FRASER 2006: 10-24), a lo que se suma el cuestionamiento, en sus versiones más radicales, de los criterios que se utilizan para definir el acceso a la producción.

Así, la Constitución argentina puede ser interpelada en clave de desigualdad estructural y en clave de redistribución por déficit en el acceso a bienes económicos y sociales.⁴⁰ El ejemplo del caso sobre el "Aula Container" ⁴¹ demuestra una estrategia de exigibilidad. El argumento de igualdad no es utilizado para atacar un "estado de cosas desigualitario" sino a la política pública desarrollada por el Estado para resolverlo. A lo largo del año 2002, y como medida provisoria para satisfacer el crecimiento de la demanda de espacio en instituciones educativas públicas, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comenzó a instalar "aulas" modulares (*containers*⁴²) en escuelas cercanas a villas de emergencia. La política, sin embargo, se mantuvo con el correr de los años, y a fines del año 2005 el número de "aulas *container*" había ascendido a 15 y no existían planes concretos de su respectivo reemplazo (NINO y MAURINO 2009: 177).⁴³ A esto se suma que esta clase de instalaciones solo era utilizada – en general - en las inmediaciones de las denominadas "villas de emergencia", y no en el resto de la ciudad. Un reclamo interpuesto por una ONG consiguió que se ordenara a la administración el retiro de dichas aulas, confirmando la existencia de una situación de discriminación por condición socioeconómica. Lo relevante de esta sentencia es que el test de igualdad se aplica en conjunto con el de satisfacción del derecho a la educación. El accionar insuficiente del estado es injustificado aun cuando la Administración aduzca la realización de una medida de acción positiva en orden a paliar un déficit de derechos: "[...] la demandada parece aducir que el dictado de clases en las condiciones antes aludidas en escuelas cercanas a 'villas miseria' no constituye una discriminación en relación con quienes en ellas moran, sino, muy por el contrario, sería demostrativo de

⁴⁰ En una región atravesada por múltiples desigualdades, la inequitativa posesión de los recursos materiales es, probablemente, una de las más extendidas; y no obstante los avances que algunos indicadores arrojan en materia de distribución de los últimos diez años, el panorama regional en términos de pobreza y exclusión social es preocupante: uno de cada tres habitantes de América Latina y el Caribe se encuentra por debajo de la línea de pobreza, y uno de cada diez por debajo de la línea de indigencia. No obstante, aun cuando parece claro que nos enfrentamos a una cuestión de aplicación del principio de igualdad, la pobreza es habitualmente abordada en términos de incumplimiento de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que dificulta su abordaje como un problema integral. E. Nino afirma que "desde los institutos legales, la pobreza no está enfocada como una cuestión de discriminación sino como una mera realidad socioeconómica que hay que enfrentar con herramientas de ese mismo tipo. El derecho solo está presente --de manera intermitente y a partir de reclamos aislados-- cuando hay vulneraciones manifiestas de derechos básicos, como el acceso al agua o a la alimentación". NINO, E. (2011: 49), MAURINO (2007).

⁴¹ Juzgado en lo contencioso, administrativo y tributario de la CABA n. 11, sentencia del 10 de julio del año 2006.

⁴² Estos contenedores son espacios diseñados para transportar mercaderías o guardar materiales de construcción de obras. Los módulos se caracterizan por ser espacios rectangulares reducidos, están contruidos en chapa y revestidos en su interior por *corlock*, sus puertas se cierran con candados, tienen poca ventilación y aireación, y mínimo aislamiento térmico.

⁴³ Nino/Maurino, "Judicialización de las políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de los casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires", en: Abramovich/Pautassi (Comp.). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Estudio de casos. Buenos Aires, 2009, p. 177.

una intención de dictar clases especialmente para tal universo de personas, aún frente a la inexistencia en la actualidad de infraestructura a tales efectos. Pues bien: no dudo de que no existe por parte de la Ciudad un ánimo discriminatorio; pero la discriminación existe. Es que aun con la valorable finalidad expresada por la demandada, existen 'soluciones' que no pueden adoptarse por cuanto no resisten el control de razonabilidad planteado en los presentes actuados".⁴⁴ En verdad, si bien la sentencia habla de falta de razonabilidad, se está realizando un examen de suficiencia o adecuación de la acción estatal implementada. El fallo es de suma importancia, pues cuando la obligación estatal es de hacer, el fallo advierte que no alcanza con que se haga algo sino que ese accionar estatal positivo debe ser adecuado y suficiente. De esta manera, para determinar si el accionar del Estado es "adecuado", se requiere no solo que el Estado haya hecho algo, sino que ese hacer debe lograr alcanzar el fin perseguido, esto es, gozar del derecho a la educación en condiciones de igualdad (entendida como el principio de no sometimiento) y, al aplicarse un escrutinio bien intensivo, esa adecuación medio-fin debe ser muy fuerte.

La pobreza y en particular la pobreza extrema, en función del cambio de "enmarcamiento" impulsado por las movilizaciones sociales, comienzan a ser consideradas por la jurisprudencia – con marchas y contramarchas- como un obstáculo para el ejercicio pleno de la autonomía de los individuos, y además de constituir una vulneración de los estándares en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales. De esta manera, se la entiende de modo integral, como un quiebre del principio de igualdad. Estos avances denotan un progreso en la fórmula predominante de igualdad, que es cada vez más comprensiva, que exige del Estado medidas de acción positiva ante situaciones de desigualdad fáctica.

Por su parte, la idea de *igualdad como reconocimiento* proviene de la filosofía continental, con más precisión de la fenomenología de la conciencia, y busca resolver el problema de la formación de la subjetividad apuntando a los déficits que, en términos de acceso a los recursos simbólicos, fracturan a la sociedad en subjetividades dominantes y dominadas. Desde esta perspectiva, la naturalización del estado de cosas vigentes y la obturación de los intereses de aquellos que no pertenecen a los grupos dominantes se traduce en la legitimación de las desigualdades de status dentro de la sociedad y el aumento de la brecha entre unos y otros. De este modo también se produce un círculo vicioso en el cual las desigualdades de reconocimiento no pueden ser alteradas por el principio de igualdad formal, ni tampoco por el de igualdad material, reforzando las dificultades de acceso de todos aquellos que no encajan en el molde del hombre blanco occidental a las instancias de participación política, que, de nuevo, son a su vez las únicas que permitirían modificar esta estrecha comprensión de la justicia. Lo que define a esta perspectiva es su creencia en que es *la transformación de los patrones de representación cultural lo que permitiría resolver las injusticias sociales*. En este sentido proponen la revaluación de subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros. A su vez, ven en aquellos grupos de status con menor respeto, estima y prestigio, respecto al resto de la sociedad, el objeto de la afectación, y buscan la solución del problema de la igualdad a través de la revaluación de las valoraciones

⁴⁴ Párr. XXII.

de status y, en sus versiones más radicales, la puesta en cuestión de los criterios en los que se asientan estas evaluaciones.⁴⁵

El reconocimiento —y gradual erradicación— de la discriminación por orientación sexual se ha visto determinado en América Latina y el Caribe por el contexto de instauración y consolidación de los estados de derecho y del lenguaje de los derechos humanos, que han favorecido la agenda regional en materia de sexualidad y reconocimiento de la diversidad. Por ejemplo, la Constitución del Ecuador es la segunda en el mundo en reconocer explícitamente la orientación sexual como una forma de discriminación, desde 1996 la Ciudad de Buenos Aires reconoce el “derecho a ser diferente” y la no-discriminación por género ni orientación sexual.⁴⁶ Estos avances normativos, no obstante, requieren ser analizados a la luz de las prácticas discriminatorias, aún presentes en una región marcada por una fuerte heteronormatividad, productora de un “desenmarcamiento”.⁴⁸ En este contexto, la aplicación jurisprudencial del principio de igualdad a los casos de discriminación por orientación sexual presenta ciertos avances importantes en la región que acompañan —y por momentos impulsan— el gradual reconocimiento legislativo y que se ven impulsados por el cambio de marco consecuencia del activismo del colectivo LGBTTI. En este sentido, el reconocimiento y el respeto de la diversidad sexual constituyen un aporte central a la discusión respecto de la interpretación del principio de igualdad, en tanto permite hacer explícita la diferencia entre igualdad y asimilación, tal como sucede en el fallo “Alitt” resuelto por la Corte Suprema argentina.⁴⁹ En “Alitt”, la cuestión debatida se refería a la denegación arbitraria de la personería jurídica de una asociación para la defensa de los derechos de los travestís y transexuales a la luz del derecho a la asociación de los arts. 14 y 19 de la CN. La cuestión presenta similitudes *prima facie* con el caso del derecho a casarse de las personas del mismo sexo, porque en ambos casos se trata del ejercicio de un derecho civil que expresa la voluntad de unión para el desarrollo de un proyecto común y no se les permite ejercerlo por la orientación sexual de los participantes. La Corte advierte en Alitt que si no se otorga trascendencia alguna a una condición de base para una sociedad democrática como es la coexistencia social pacífica, cuya preservación asegura el amparo de las valoraciones, creencias y estándares éticos compartidos por conjuntos de personas, aun minoritarios, cuya protección interesa a la comunidad para su convivencia armónica. La renuncia a dicha función [...] traería aparejado el gravísimo riesgo de que solo aquellas valoraciones y creencias de las que participa la concepción media o la mayoría de la sociedad encontraría resguardo, y al mismo tiempo, determinaría el desconocimiento de otros no menos legítimos

⁴⁵ Fraser, N., "Justicia social en la era política de la identidad", en Fraser, N. y Honneth, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata, 2006, pp. 16-24.

⁴⁶ Pecheny, M. y de la Dehesa, R. "Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto". En Aldao/Clérfor, *Matrimonio igualitario. perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010, p. 35.

⁴⁷ En 2008, Nicaragua y Panamá despenalizan las relaciones homosexuales y, en 2009, Bolivia fue el primer país de la región en otorgar rango constitucional explícito a la prohibición de esta clase de discriminaciones. En este mismo sentido, la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México aprobó el reconocimiento de las alianzas entre personas del mismo sexo bajo la figura del matrimonio y finalmente en julio del 2010 la Argentina lo hizo a nivel nacional, entre otros. Aldao/Clérfor, *Matrimonio igualitario. perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010.

⁴⁸ En Argentina el caso CHA, en Colombia las sentencias T-098/96 y SU-623/01 y en Chile el caso Atala entre otros.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia argentina, Asociación lucha por la identidad travesti-transexual c. Inspección General de Justicia, sentencia del 21/11/2006.

intereses sostenidos por los restantes miembros de la comunidad, circunstancia ésta que sin lugar a dudas constituiría una seria amenaza al sistema democrático que la Nación ha adoptado (arts. 1 y 33 CN).⁵⁰

En lo que respecta a la orientación sexual como categoría discriminatoria, se ha discutido si la misma exige aplicar un examen leve, intermedio o estricto de igualdad. En el caso de un examen de escrutinio estricto, la orientación sexual sería considerada una "categoría sospechosa" con las implicancias que este trae aparejado (principalmente presunción de inconstitucionalidad). Al igual que lo que sucede con la categoría "edad", esta distinción no ha sido incorporada expresamente en todos los instrumentos internacionales. Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere en su artículo 1 a que queda prohibida toda distinción fundada en "cualquier condición social". Muchos interpretan así, que por esto la orientación sexual no puede ser utilizada para perjudicar los derechos de las personas con una orientación sexual que no responde a la dominante. Así lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Karen Atala e hijas sobre violación a la obligación de no-discriminar en que incurrió un tribunal chileno cuando revocó la tenencia de tres niñas en cabeza de una mujer por tener luego de su divorcio una pareja de su mismo sexo.⁵¹ El colectivo LGBTTI utilizó como parte de una estrategia de reclamo igualitario la vía judicial para fortalecer su plan de lucha.⁵² Esta jurisprudencia demuestra la aplicación de un examen estricto de igualdad cuando se utiliza la orientación sexual en desmedro del colectivo excluido y desarrolla argumentos referidos a la igualdad como reconocimiento: el 22 de abril de 2009, José María Di Bello y Alex Freyre solicitaron turno para contraer matrimonio ante el Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ante la negativa de la Administración, presentan una acción de amparo, resuelto favorablemente por el Juzgado de 1.ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n. 15, el día 10 de noviembre del mismo año. No obstante, la Administración decidió no realizar la ceremonia en función de una anulación declarada por un Juzgado Nacional de Familia. Finalmente, Freyre y Di Bello contrajeron matrimonio el día 28 de diciembre de 2009 ante el Registro Civil de la ciudad de Ushuaia, provincia de Tierra del Fuego gracias al Decreto n. 2.996/09 emitido por la entonces gobernadora Fabiana Ríos. En Freyre se analiza si la prohibición legal que impide contraer matrimonio a dos personas del mismo sexo entre sí resulta discriminatoria. Con ese objeto, la jueza descarta en primer lugar la interpretación de la igualdad formal: que la igualdad que garantiza el artículo 16 de la Constitución, tal como lo interpreta el representante del GCBA, no importa otra cosa que la prohibición de que se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias. Su formulación resumida suele expresarse en el adagio: "igualdad entre iguales". Así entendido, este derecho estaría emancipado del principio de no-discriminación, al dejar que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de

⁵⁰ Clérico, L. "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía". En Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario*: perspectivas sociales, políticas y jurídicas, Buenos Aires, 2010, p. 166 y 167.

⁵¹ Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C-239. V. sobre esta sentencia los trabajos publicados en: Bogdandy/Piovesan/Morales, *Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2012.

⁵² Hiller R., "Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina", en Clérico/Aldao, *Matrimonio Igualitario*, EUDEBA, Buenos Aires, 2010.

derechos. Es decir, bajo el amparo de aquel principio se puede justificar la discriminación por origen racial, nacionalidad, por orientación o identidad sexual. Más aún, históricamente, el concepto de "iguales pero separados" ha servido como una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos.⁵³ Por otro lado, una interpretación plena del principio de igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado solo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente. De este modo, se identifica la orientación sexual como categoría sospechosa: "[...] entonces, la Constitución local *reconoce y garantiza el derecho a ser diferente*, no admitiendo discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o por pretexto de *orientación sexual* (art. 11). Así, a fin de facilitar la impugnación de distinciones ilegítimas realizadas por el legislador, el constituyente de la Ciudad ha establecido una lista de clasificaciones sospechosas de ocultar motivos de distinción incompatibles con el principio de no-discriminación".⁵⁴ Por ello, "la distinción debe ser sometida a un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la En este sentido, "la exclusión de los beneficios y responsabilidades del matrimonio [...] representa una forma radical de afirmar que la pareja de los actores no merece el pleno reconocimiento estatal... El principio de igualdad consiste, entonces, en el derecho a ser reconocidos como iguales y tratados dignamente. Es por eso que la opción contemplada en la ley 1.004 [unión civil] no basta, en el caso, para satisfacer el principio de igualdad".⁵⁵ Esta sentencia tiene particular relevancia porque nos habla de una interpretación del principio de igualdad en términos de reconocimiento, en una línea que ya había sido abierta por el fallo Alitt de la Corte Suprema argentina.⁵⁶

En este sentido, la unión civil para las parejas de igual sexo, seguiría implicando discriminación porque no implica iguales derechos materiales ni reconocimiento en comparación con las que están habilitadas para el matrimonio.⁵⁷ A su vez, la solución de iguales derechos para todas las parejas pero con nombre diferente a la institución matrimonial para parejas de igual sexo sigue siendo expresión de instrumento de discriminación por la sola orientación sexual. La historia de la lucha por el reconocimiento de los grupos discriminados advierte que el nombre no es neutral. Cuando se discutía la inclusión de las

⁵³ Freyre Alejandro c. GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA), Juzgado 1ra Inst. En lo Contencioso Adm. y Trib. n. 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2009, párrafo VII. En adelante, caso Freyre.

⁵⁴ Caso Freyre, párrafo IX.

⁵⁵ Caso Freyre, párrafo XIX.

⁵⁶ Si bien llegaron a la Corte Suprema de Justicia argentina casos donde se solicitaba la inconstitucionalidad de los arts. del Código Civil que impedían el matrimonio igualitario, los mismos no fueron resueltos antes de la sanción de la Ley n. 26.618.

⁵⁷ En ese caso es criticable la posición mayoritaria en el fallo reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hämäläinen c. Finlandia* del 16/7/2014, que en los hechos equipara a la unión civil con el matrimonio para personas del mismo sexo, habilitando sólo la posibilidad de contraer matrimonio a las parejas de distinto sexo – y basándose en el llamado margen de apreciación de los Estados. Esa sentencia no capta el carácter multidimensional de la igualdad, no recalca en los problemas de igualdad por falta de reconocimiento. En el caso un matrimonio que originalmente era de dos personas de distinto sexo atacan la convencionalidad de la decisión del Estado de Finlandia de convertir esa unión en una unión civil porque un integrante de la pareja cambió su identidad sexual, el Estado no reconoce civilmente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

mujeres para el ejercicio del derecho al voto, algunos alegaban que se debía hacer pero con otro nombre, lo cual implicaba persistir en la desigualdad simbólica.⁵⁸

De ambas sentencias surge con claridad la necesidad de conectar los principios de igualdad y de autonomía: "En tren de analizar las razones no-discriminatorias que puede tener el legislador cuando reglamenta el matrimonio, se podría pensar en clave de finalidad asociativa, es decir: otorgar protección jurídica a la unión voluntaria de dos personas mientras dure la relación". Entonces, para promover la finalidad asociativa, se deberían modificar las normas del derecho civil para incluir el reconocimiento del matrimonio igualitario. ¿Por qué excluirlo? El único "pretexto" que les queda a quienes están en contra del matrimonio igualitario es la "orientación sexual" y esto implica dominación de quienes tienen una orientación dominante por sobre los otros. De esta manera, se está privilegiando una interpretación de matrimonio desde un patrón cultural en parte dominante, pero no único y que responde a un posible modelo de decisión autónoma. *El problema es la falta de reconocimiento de la diversidad.*⁵⁹ Así, la exclusión viola el principio de autonomía y diferencia. La voluntad de contraer matrimonio solo podría darse entre un varón y una mujer. Esta interpretación se basa sobre una concepción del bien común que apelaría a la 'moral' como 'moral de la mayoría'. Sin embargo, esta interpretación no pasaría, según entiendo, el test de constitucionalidad estricto que exigiría cualquier constitución que reconozca como principio estructurante el de autonomía. *Se trataría del derecho fundamental de vivir libremente la condición de 'pareja'*, obteniendo —en los tiempos, formas y límites establecidos por la ley— el reconocimiento jurídico con los derechos conexos y deberes. ¿Qué implica la autonomía? La posibilidad de determinar el propio plan de vida de acuerdo con las creencias, cosmovisiones de cada persona, y conforme con sus propios estándares morales, esto incluye la decisión de vivir o no en pareja. Por todo ello, sostuvimos (y seguimos sosteniendo) que la exclusión a las parejas del mismo sexo de la posibilidad que se otorga a las de distinto sexo viola el principio de igualdad constitucional y justifica una obligación de hacer suficiente del legislador (desarrollo legislativo y, en su defecto, de activismo judicial) en ordenamientos jurídicos que reconocen como principios estructurantes el de igualdad y el de autonomía.⁶⁰

Hemos propuesto explorar los procesos que producen desigualdad en clave de falta o mala distribución y reconocimiento. Si bien ejemplificamos el tipo de reclamo a continuación del eje redistribución, por un lado, y reconocimiento, por el otro; como muestra Nancy Fraser, resulta cuanto menos difícil, sino contraproducente, disociar las desigualdades materiales de las desigualdades simbólicas, puesto que éstas se potencian mutuamente y deben ser comprendidas como multidimensionales. Así la clase explotada pierde reconocimiento, y las subjetividades despreciadas ven obstaculizado su acceso a los recursos. Esto resulta particularmente evidente en el caso Alitt, anteriormente comentado. Las personas trans ven fuertemente limitadas sus posibilidades de acceso al mundo laboral y el promedio de vida no

⁵⁸ Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010, p. 163.

⁵⁹ El resaltado es propio.

⁶⁰ Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010, p. 166 y ss.

excede los cuarenta años por falta de acceso igualitario a los derechos.⁶¹ En este sentido el reconocimiento de la personería jurídica de Alitt implicaba asimismo una suerte de acción positiva para mejorar sus posibilidades de participación para exigir una mejor calidad de vida, acceso al derecho al trabajo, la educación, la salud, entre otros. La combinación de la perspectiva de redistribución y reconocimiento es necesaria también para la comprensión de la multidimensionalidad de los reclamos de igualdad de las comunidades indígenas en la región como lo demuestra la línea jurisprudencial de la Corte IDH en los casos Sawoxamaya, Yakye Axa, Xakmok Kasek, entre otros.

IV. Conclusiones

Este trabajo comenzó con un análisis del marco desde el cual es pensada la constitución en el momento de la reforma, en tanto entendemos que la labor de interpretación constitucional siempre es dependiente del contexto en el cual se despliega esa argumentación. De otro modo sería cuanto menos difícil explicar cómo la misma constitución ha estado vigente desde mediados de la década del '90 hasta nuestros días. Por otro lado este análisis del marco nos permite ver que la principal variable que se ha visto modificada a lo largo de los 20 años de vigencia de la constitución reformada ha sido la participación ciudadana, que realiza un movimiento pendular desde la pasividad de los 90 -inducida por la exclusión estructural- hasta la resistencia generalizada en 2001 ante las políticas de ajuste y el estado de sitio, para luego asentarse en una vigilancia del aparato estatal en la cual la vía judicial ha jugado un papel preponderante.⁶²

El uso del examen de igualdad para efectivizar los mandatos de la constitución reformada nos condujo primero a re-visitarse las fórmulas de igualdad (formal, material como principio antidiscriminatorio en sus tres formas de escrutinio que arranca con uno leve pasa por uno intermedio para culminar en uno de tipo estricto), para ampliarlas luego a la igualdad como no-dominación e integrarla con la mirada multidimensional de la redistribución-reconocimiento. Todo esto sirve para re-interpretar el desafío de la igualdad en el contexto del derecho constitucional reformado.

Sostenemos que la igualdad como concepto clave del derecho constitucional latinoamericano no puede ser ciega a *la fórmula de la igualdad, las concepciones*⁶³ y *alcance de la exigencia igualdad aplicada*.⁶⁴ Nuestra propuesta dice: igualdad como redistribución/reconocimiento para lograr paridad participativa en un contexto re-enmarcado por las demandas de la población en un planeta donde las estructuras de

⁶¹ Laura Saldivia Menajovsky, 2014, El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global, p. 15, en: SELA (Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Yale Law School, Lima (Perú), http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14_Saldivia_CV_SP.pdf;

⁶² Para un análisis de este fenómeno ver Delamata, G. "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", en *Sociologías*, año 15, n°32, pp. 148-180.

⁶³ V. sobre diversas concepciones de la igualdad en aplicación de los desarrollos de Walzer para el análisis crítico de sentencias, Meccia, E., "Los peregrinos a la ley. Una tipología sobre discursos de expertos, jueces y legisladores en torno a las demandas LGTB y al matrimonio igualitario", en Aldao/Clérfor (coords.) *Matrimonio igualitario. Perspectivas sociológicas, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, EUDEBA, 2010..

producción de desigualdades están en buena parte cada vez más transnacionalizadas en el contexto de un mundo cada vez más interdependiente.⁶⁵

⁶⁴ El uso de diversas fórmulas de igualdad se puede seguir en el debate que se generó los días 14 y 15 de julio de 2010 en la Cámara de Senadores de la Nación Argentina en ocasión de la aprobación de la inclusión del matrimonio igualitario, que luego fuera promulgada como Ley 26.618, 2010 v. versión taquigráfica en: www.senado.gov.ar

⁶⁵ Fraser, N., *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*. Cambridge - Malden: Polity, 2008. Fraser, N., "La justicia como redistribución, reconocimiento y representación": se pregunta sobre el "marco para pensar cómo las luchas sobre la justicia están organizadas, pero quizá sea mejor decir, [agrega Fraser] desorganizadas en un período en el que no contamos con una gramática de la justicia que pueda reconocerse como hegemónica o, en otras palabras, estamos en un tipo de situación de discurso anormal. Actualmente el incremento de la anormalidad en los discursos en torno a la justicia conduce al incremento de la incertidumbre en la política de las luchas sociales por la justicia y contra la injusticia. Quizá podamos vincular esta idea con aquella de la crisis de la formación social del neoliberalismo y este período de transición e incertidumbre. Vivimos un momento en el que el neoliberalismo está perdiendo su hegemonía no únicamente en el sentido del colapso financiero, sino porque afortunadamente es ampliamente criticado desde distintas posiciones sociales. También tenemos la incertidumbre de los marcos: ¿las luchas por la justicia deben organizarse sobre una base nacional?, ¿sobre una base global?, ¿transnacional?, ¿o las tres a la vez?, y ¿cómo? Todas éstas son formas de incertidumbre y anormalidad en las que la gente no se pone de acuerdo. Pero aun dada esta situación de falta de acuerdo, a pesar de la incertidumbre y la anormalidad, la lucha contra la injusticia continuará y debe continuar, no podemos detenernos y esperar una nueva gramática para resolver estos problemas. Mi idea es que tenemos que ser capaces de hacer las dos cosas a la vez; tendríamos que ser capaces de mantener la lucha contra la injusticia en el sentido concreto en que nos ocupamos de estas nuevas condiciones de incertidumbre." , en: <http://w2.bcn.cat/bcnmetropolis/arxiu/es/pageb69f.html?id=21&ui=181>

BIBLIOGRAFÍA GENERAL:

- Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010
- Álvarez, M., El principio de igualdad en la Constitución y en la práctica constitucional, en: Rosetti/Álvarez (coords.), *Derecho a la Igualdad*, Advocatus, Córdoba, 2010, pp. 35-62.
- Anderson, E.: "What is the point of equality?" *Ethics*, v.109, i2, 1999, p.287. a 312.
- Arendt, H., *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006.
- Arango, R., "Constitucionalismo social latinoamericano", 2009, disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/6.pdf
- Arango, R. *Democracia social. Un proyecto pendiente*, México, Fontamara, 2012.
- Beloff, M.; Clérico, L.; "Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana", en: SELA (Seminario de Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Yale Law School, Lima (Perú), 21.06.2014, <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/SELA.htm>
- Bidart Campos, G. *El orden socioeconómico en la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1999.
- Bogdandy/Piovesan/Morales, *Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Potencial*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2012.
- Cardinaux, N.; Vita, L.; Aldao, M., Clérico, L.; "Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013.
- Clérico, L. "El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía". En Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, 2010.
- Clérico, L., Sobre la insuficiencia desde el prisma de la igualdad real: pistas para evaluar una violación del derecho a la vivienda, *Jurisprudencia Argentina*, 2012 III, pp. 25-34.
- Contiades, Xenophon; Alkmene, Fotiadou (2013): How Constitutions Reacted to the Financial Crisis, in: Contiades, Xenophon (Hrsg.): *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*. Farnham, cap. Introductorio y pp. 9 – 57.
- Crenshaw, K. "Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color", en: *Stanford Law Review*, Núm. 43, 1999, pp. 1241-1299.
- Delamata, G. "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", en *Sociologías* vol.15 no.32 Porto Alegre Jan./Apr. 2013.
- Fraser, N., *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo de Hombres Editores/Universidad de los Andes, 1997.
- Fraser, N. "Justicia social en la era política de la identidad", en Fraser, N. y Honneth, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*, Madrid, Morata, 2006,

- Fraser, N. *Escalas de Justicia*, Herder, Madrid, 2008.
- García Villegas, *Constitucionalismo aspiracional*, en García Jaramillo, Leonardo (Coord.) Colombia: Desafíos y posibilidades de una nación en construcción [Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades](#), 2013 no. 29 p. 77-97.
- Gargarella Roberto "Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo 'Reyes Aguilera'", en JA 2007-IV-731.
- Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 2004
- Habermas, J., *Facticidad y Validez*, Barcelona, Trotta, 2009.
- Hiller R., "Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina", en Clérico/Aldao, *Matrimonio Igualitario*, EUDEBA, Buenos Aires, 2010.
- Lasalle, F., *Qué es una Constitución*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1964.
- Maurino, Gustavo (2007): "Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (comp.) *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (Buenos Aires, LexisNexis), pp. 313-343.
- Nino/Maurino, "Judicialización de las políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de los casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires", en: Abramovich/Pautassi (Comp.). *La revisión judicial de las políticas sociales*. Estudio de casos. Buenos Aires, 2009.
- Nino, E. "La discriminación menos comentada", en Roberto Gargarella, *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires, 2011 Pucciarello, M., "El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2012.
- Pecheny, M. y de la Dehesa, R. "Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto". En Aldao/Clérico, *Matrimonio igualitario: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires, 2010.
- Ronconi Liliana M., "El principio de igualdad educativa en la jurisprudencia de los tribunales la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Abril 2013. N°8, pp.37-56. en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27148/Documento_completo.pdf?sequence=1
- Saldivia, L., "La igualdad robusta de las personas de géneros diversos", en Von Opiela, Carolina (coord.), *Derecho a la identidad de género: Ley N° 26.743*, Buenos Aires: La Ley, 2012.
- Treacy, G., "Igualdad y Nacionalidad", en: Rivera/Legarre/Grossman/Elías, *Tratado de Derechos Constitucionales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 2014.
- Villalpando, W. *La discriminación en la Argentina: diagnóstico y propuestas*. Buenos Aires, 2006.
- Vita, L. "Modelos de Estado y derecho a la salud en Argentina", en Clérico, Aldao, Ronconi *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I.

Young, Iris, *Responsabilidad por la justicia*, Madrid, Morata, 2011.

REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994. EL ARTÍCULO 75 INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, Y LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por Ana María Bestard

RESUMEN

A través de los fallos más significativos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus votos mayoritarios, se ha registrado un gradual e importante avance, desde la reforma constitucional de 1.994, en el alcance del control de convencionalidad por ella aplicado y exigido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se aplican por nuestro más alto tribunal interno en pie de igualdad con la Constitución Nacional según lo establece el art. 75 inc. 22, incorporado por la reforma, y conforme las decisiones de los organismos internacionales de control. Este trabajo trata de esclarecer la incidencia del mencionado artículo en el concepto de supremacía constitucional y en los lindes de las herramientas procesales para hacerla efectiva: el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

PALABRAS CLAVES

Reforma constitucional de 1.994 - tratados internacionales de derechos humanos - supremacía constitucional; control de constitucionalidad - control de convencionalidad.

CONSTITUTIONAL AMENDMENT OF 1994. ARTICLE 75 SECTION 22 OF THE NATIONAL CONSTITUTION AND THE RECEPTION OF CONVENTIONAL CONTROL IN THE NATIONAL SUPREME COURT RULINGS

By Ana María Bestard

ABSTRACT

A gradual and relevant evolution has been registered at the National Supreme Court of Justice case law, in connection with the application of conventional control, which is required by the Inter American Court of Human Rights precedents' since the national constitutional amendment of 1994. Our Court applies the American Human Rights Convention and the International Human Rights Instruments granting them the same status as the National Constitution, as Article 75 Section 22 -included by the national amendment- stated, and following the decisions of the international control bodies. This paper tries to clarify the influence of the above mentioned article in the constitutional supremacy, as well as the limits that both constitutional and conventional controls have in their condition of procedural tool to enforce human rights.

KEY WORDS

Constitutional amendment of 1.994 - International Human Rights Instruments- constitutional supremacy - constitutional control - conventional control

REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1.994. EL ARTÍCULO 75 INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, Y LA RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Por Ana María Bestard*

INTRODUCCIÓN

Una de las más importantes reformas introducidas por la Convención Reformadora de 1.994, si no la más importante a nuestro criterio, fue la adjudicación de jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH). Por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN) vigente, los TIDH y la CN se han equiparado en importancia. Es más, por dicho artículo se posibilita que otros TIDH, no sólo los allí mencionados, adquieran la misma jerarquía, a través de un mecanismo que el propio artículo prevé¹.

Es objeto del presente trabajo abordar la incidencia de dicha jerarquización en materia de control de constitucionalidad para determinar, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de los fallos más relevantes sobre el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), en qué medida se ha modificado su concepto y delimitación.

* Abogada. Escribana. Especialista en Sociología Jurídica y de las Instituciones. Investigadora adscripta Instituto Ambrosio L. Gioja. Facultad de Derecho. UBA; Profesional Principal. CPA. Conicet; Profesora Adjunta Regular Derecho Constitucional UBA; Doctoranda UBA; Investigadora Proyectos Ubacyt y III Convocatoria ODA-ALC (FAO).

¹ Art. 75 inc. 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

A partir de la sanción de la reforma constitucional de 1.994, el confronte que realizan los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad para establecer la compatibilidad o no con la CN, ya no es entre CN y normas infraconstitucionales sino entre bloque de constitucionalidad federal y normas infrabloque. Resulta un tema trascendente, pues, si tenemos en cuenta que en base a los artículos 30 y 31 de la CN nuestra CN es rígida y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) es el último tribunal nacional que se encarga de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado (116 y 117 CN), la incorporación de los TIDH y, esencialmente, el reconocimiento de la CorteIDH como tribunal competente para revisar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de violación de derechos humanos, ha influido fuertemente sobre el concepto de supremacía y de rigidez constitucionales. Ya no es suprema sólo la CN, ahora lo son la CN y los TIDH, y el propio Congreso Federal, no la Convención Constituyente convocada al efecto, puede otorgar jerarquía constitucional a otros TIDH que no la posean, conforme el procedimiento establecido por la letra de la CN.

Todo ello demuestra la fuerza del derecho internacional de los derechos humanos y el influjo del enfoque de derechos ² en el marco de una realidad internacional de innegable relajamiento del concepto de soberanía de los Estados, tal como éste surgiera conforme la concepción de Bodin, en el siglo XVI.

¿Cuál es el contorno actual de la supremacía de la CN? ¿Con qué alcance la CSJN aplica los TIDH y la jurisprudencia de los mismos? ¿Qué importancia, en definitiva, poseen los TIDH y la jurisprudencia de los mismos, en la jurisprudencia de la CSJN? ¿Resultan los TIDH equiparados a la CN, tal como señala el art. 75 inc. 22, en los fallos de nuestro más alto tribunal? ¿Resulta la CorteIDH una cuarta instancia de apelación en relación a las decisiones de nuestra CN?

La jurisprudencia nacional ha registrado una importante evolución en el sentido que los TIDH deben aplicarse (con el mismo rango que la CN) en forma amplia, es decir, conforme las decisiones de los organismos internacionales de control y, aún, de oficio: sin necesidad de petición de parte. Paralelamente, se va consolidando un afianzamiento en materia de interpretación y aplicación de derechos humanos entre ambas jurisdicciones (la supranacional y la nacional). Así entendida la jurisprudencia de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituye una herramienta fundamental al servicio de la exigibilidad judicial de los derechos (Bestard, A.: 2012; Bestard, A. y otros: 2014)

Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Nuestro máximo tribunal nacional había comenzado a aplicar los fallos y criterios de la jurisprudencia de la Corte IDH con preferencia a la legislación interna, aún antes de la reforma constitucional de 1.994, ejemplo de ello es el caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (CSJN 7/7/1.992) en el que

² Enfoque de derechos entendido como un marco conceptual o una guía que debe ser tenida en cuenta al momento del diseño y la implementación de las políticas públicas y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y

la CSJN aplicó no sólo la letra de la CADH sino lo establecido en la OC 7/86 de la CorteIDH. La OC 7/86 dice que "todo Estado Parte que no haya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho (se trataba del derecho de rectificación). . . está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin"...La CSJN consideró las sentencias judiciales comprendidas entre tales medidas necesarias. Es así que el fallo determinó la operatividad de las normas de la CADH, particularmente el art. 14 referido al derecho de rectificación mencionado, sin necesidad de norma interna que lo reglamentara y en base a la aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados, por el que ningún Estado puede alegar una norma de derecho interno a fin de incumplir una norma de un tratado de derecho internacional por él ratificado.

Luego de la reforma, lo hace en forma progresiva como lo demuestran los casos "Giroidi" (CSJN 7/4/1.995), "Bramajo"(CSJN 12/9/1.996), "Scilingo" (CSJN 6/5/1997) y "Petric" (CSJN 16/4/1.998), entre otros.³

En el caso "Giroidi" destacó que la jerarquía constitucional de la CADH había sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (conforme el art. 75 inc. 22, párr. 2º CN), lo que significa: tal como la CADH efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando, especialmente, su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su control. Conforme la CSJN la jurisprudencia de la CorteIDH "debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)" (Considerando 11 del fallo)⁴. En "Bramajo", la CSJN para revocar la sentencia recurrida aplica la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el Considerando 15 del fallo dice: "Que por los argumentos expuestos, en el caso sometido a estudio del Tribunal, el examen de las condiciones personales del procesado, la gravedad de los hechos que se le imputan, la condena anterior que registra —que eventualmente ha de ser unificada con la que pueda resultar en la presente— así como la pena solicitada por el fiscal, hacen presumir que en caso de obtener la libertad intentará burlar la acción de la justicia, razón por la cual debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1º de la ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la establecida por esta Corte en la causa "Firmenich" (Fallos: 310:1476)", en particular, el informe del caso 10.037 de la República Argentina. El alto tribunal expresa "que la conclusión expuesta no significa desconocer las palabras de la ley, sino interpretarla a la

reglas en el ámbito del desarrollo (Abramovich, Courtis, 2006). El objetivo de esas políticas de desarrollo es cumplimentar el deber de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.

³ Sin perjuicio de algún retroceso en la aplicación de la jurisprudencia interamericana, tal como ocurrió en los casos "Acosta, Claudia B. y otros" (Fallos 321:3555) del 22/12/1.998, y "Felicetti, Roberto y otros" (Fallos 323:4130) del 22/12/2.000.

⁴ En base a sus fundamentos la CSJN deja sin efecto el pronunciamiento apelado y reenvía el expediente a la Cámara Nacional de Casación Penal para que éste dicte sentencia conforme lo establecido por ella.

luz del tratado con jerarquía constitucional que aquélla reglamenta”⁵. En “Scilingo”, del expediente surgía – a criterio de la CSJN- una evidente violación a la garantía constitucional de la defensa en juicio, por deficiencias de la defensora oficial en el ejercicio de sus funciones, que excedía la competencia del tribunal para evaluar los agravios presentados, y afectaba la validez misma del proceso. En este pronunciamiento la CSJN cita el art. 75, inc. 22 CN; arts. 1° y 8°, párrafo 2, incs. d) y e) de la CADH; arts. 2.1; 14.3. b) y d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la causa G. 342.XXVI. "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación", del 7 de abril de 1.995, como precedente para invalidar lo actuado en el expediente -a partir de determinado acto procesal- por violación de un acto del Poder Judicial (considerando 9)⁶. La CSJN determinó que la falta o inoperancia de la actividad de la defensora oficial podía acarrear responsabilidad internacional al Estado argentino.

En “Petric”⁷, los votos de los ministros Moliné O’Connor y Boggiano de la CSJN establecieron, con el mismo texto, que los TIDH incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN no pueden derogar artículo alguno de la primera parte de la CN porque los convencionales constituyentes habrían realizado un examen de constitucionalidad respecto de los mismos, previo a su incorporación con jerarquía constitucional. Ellos aludieron expresamente a dicho examen como un “juicio de comprobación” realizado por los convencionales constituyentes. Sostener lo contrario importaría un contrasentido de los últimos, cuya imprevisión no puede presumirse. (Considerando 9° del voto de Moliné O’Connor y 5° del voto de Boggiano, en la causa “Petric”).

Con el transcurso del tiempo y su diferente composición, la CSJN ha profundizado esta tendencia. Ha aplicado con mayor asiduidad y profundidad el derecho internacional de los derechos humanos, por lo cual, en materia de control de constitucionalidad, en el confronto de las normas infraconstitucionales con el bloque de constitucionalidad federal, aplica los TIDH y la interpretación que los órganos de control internacionales le asignan a los mismos.

En consecuencia, en la causa “Simón” (CSJN 14/6/2.005)⁸, el precitado tribunal consideró que, a partir de la reforma constitucional, el Estado argentino había asumido frente al derecho internacional y, en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes de jerarquía constitucional que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido, en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de actos u hechos que representen graves violaciones a los derechos humanos. En el caso se analizaba la legitimidad de las leyes de punto final (ley 23.492) y de obediencia debida (ley 23.521) y aplicó la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Estableció que “la jurisprudencia de la CorteIDH

⁵ Se refiere al art. 1° de la ley 24.390.

⁶ Destacamos que en este fallo la CSJN esgrimió las normas internacionales junto con el art. 18 de la CN.

⁷ Al igual que en las causas : M.399.XXXII "Monges, Analia M. c/U.B.A. - resol. 2314/95", del 26 de diciembre de 1.996 y C.278.XXVIII "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad", del 27 de diciembre de 1.996.

como las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la CADH” (considerando 17 voto mayoría). Al respecto la CSJN mencionó lo resuelto por la CorteIDH en el caso Velázquez Rodríguez, por el que el Estado Nacional debe respetar los derechos humanos y, además, garantizarlos. Afirmó que aunque la violación a los TIDH no sea realizada directamente por el Estado sino por un particular, aún no identificado, igualmente ésta puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, debido a la falta de la diligencia estadual para prevenirla. En la misma línea aplicó el Informe 28/92 de la CIDH, las directivas de la CIDH, como también las Observación General n° 31. Comentarios Generales., adoptados por el Comité de Derechos Humanos y las Observaciones Finales del mismo Comité referidas a la Argentina, sesión 1893, del 1° de noviembre de 2.000. Asimismo incluyó entre sus argumentos la violación a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A su vez, en cuanto a la jurisprudencia de la CorteIDH, la CSJN aplica la doctrina de la Corte IDH en el caso "Barrios Altos" contra Perú (3/9/2.001). Las leyes argentinas cuestionadas adolecían, para nuestra CSJN, de los mismos vicios que la ley de autoamnistía peruana. Además aclaró que la derogación de las leyes en cuestión no alcanzaba para cumplir con el precedente de la CorteIDH, pues de no declarar la nulidad de las mismas, se podría invocar la ultractividad de la ley penal más benigna. Como consecuencia de este argumento reconoció la validez de la ley 25.779 que declara insanablemente nulas las leyes cuestionadas.

En relación a que en el caso argentino⁹ no se trataba de una autoamnistía sino de leyes posteriores dictadas por un gobierno distinto del que había cometido los hechos violatorios de los derechos humanos aclara que “antes bien, el vicio fundamental no deriva tanto del hecho de que se trate de un perdón dictado por el propio ofensor o del carácter de facto o no del gobierno que las dicta, sino que son razones materiales las que imponen la anulación de leyes de estas características. Por lo tanto, resulta claro que también deben quedar alcanzadas aquellas leyes dictadas por regímenes ulteriores que otorgan impunidad a aquellos autores que pertenecían al régimen anterior, e infringen, de este modo, el propio deber de perseguir penalmente las violaciones a los derechos humanos” (considerando 24 voto de mayoría). De esta manera evalúa el estándar de la CorteIDH.

En el caso “Mazzeo” (CSJN 13/7/2.007), la CSJN incorporó expresamente el control de convencionalidad establecido por la CorteIDH en el caso Almonacid Arellano c. Chile (26/9/2.006), como una obligación para los jueces nacionales. En el último decisorio mencionado, la Corte IDH había expresado que cuando un Estado ha ratificado un TIDH -como la CADH- sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto e inválidas desde su sanción. En otras palabras, los jueces de los países que ratificaron la CADH deben

⁸ En esta sentencia la CSJN La Corte Suprema, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 —de punto final y de obediencia debida, respectivamente—, la validez de la ley 25.779 —que declaró la nulidad de las leyes citadas— confirmando la sentencia de la instancia anterior.

⁹ En el caso peruano las leyes de amnistía habían sido dictadas por el régimen que pretendía su aplicación sobre él mismo.

ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. Al ejercer dicho control, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH¹⁰ (considerando 21 del voto de la mayoría en Mazzeo)¹¹.

El criterio de Almonacid Arellano se mantiene en otras sentencias de la Corte IDH, por ejemplo: *La Cantuta vs. Perú* del 29 de noviembre de 2006¹²; *Boyce y otros vs. Barbados* ¹³del 20 de noviembre de 2007; entre otros (Albanese, 2011:38).

¹⁰ Cabe señalar que en el caso "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/recurso de casación" (8 de mayo de 2012), la CSJN no aplica el criterio de interpretación de la Corte DH en el caso "Bayarri vs. Argentina" (30 de octubre de 2008) en relación al plazo legal de la prisión preventiva, aclarando que la ley interna aplicable se había modificado y que de acuerdo con las prescripciones de la última, en situación de peligros procesales, gravedad del delito atribuido o maniobras defensivas dilatorias se permiten excepciones al plazo legal fijado, dejando a criterio judicial su determinación. Esto implicó desechar el plazo legal fatal aplicado por la Corte IDH en el precitado caso Bayarri, que para la CSJN, contraría –además– el art. 7.5 de la CADH, que establece que toda persona debe ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso y que su libertad pueda estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. No consideramos que este fallo constituya un retroceso respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH pues Bayarri no se revela como precedente a aplicar en el caso Acosta, a quien se lo juzgaba por delitos de lesa humanidad, en concurso real con otros hechos que generaban multiplicidad de resultados graves, mientras que Bayarri llegó a la Corte IDH por reclamar la indemnización de los daños sufridos por haber sido inculcado de secuestros extorsivos, habiendo confesado bajo tortura y estando detenido injustamente trece años.

¹¹ "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En

otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Punto 124 de la sentencia de la Corte IDH "Almonacid Arellano": http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

¹² "Además, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado al respecto, la Corte ha precisado recientemente que: [...] El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Punto 173 de la sentencia de la Corte IDH "La Cantuta vs. Perú": http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

¹³ "Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las

normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. Punto 78 de la sentencia de la Corte IDH "Boyce y

Es en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2.006, en el que se incluyó que dicho control debía ejercerse, además, de oficio, aunque respetando los jueces sus competencias y demás requisitos procesales.¹⁴ Este estándar fue reiterado por el tribunal transnacional en otras decisiones¹⁵, entre las que destacamos la del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010¹⁶, en la que el juez Ferrer Mac Gregor hace un voto razonado detallando el control de convencionalidad que deben realizar los jueces de los países que han ratificado la CADH.

En forma consecuente y en el ámbito nacional, la CSJN receptó el control de convencionalidad de oficio en la causa *Videla* del 31/8/2010. En este fallo, en el que se cuestionaban parcialmente el decreto 2.741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, por el que se indultaron las penas de reclusión y prisión perpetua que se habían impuesto a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera, la CSJN señaló que la jurisprudencia de la Corte IDH es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad", conforme lo establecido en el precedente *Almonacid Arellano*. En respuesta al agravio expresado en el recurso extraordinario presentado, referido a la competencia de la Cámara Federal en el caso y su intervención ex officio en el mismo, la CSJN expresó que "el tribunal a quo ha dado razones suficientes para sostener que las autoridades estatales tenían la obligación de actuar ex officio para hacer cumplir la sanción impuesta a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, como también para declarar la inconstitucionalidad del decreto que dispuso el indulto". Por otro lado, agregó que más allá de las opiniones individuales que los jueces integrantes del tribunal tienen sobre el punto, la CSJN había

otros vs. Barbados": http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf (cc Caso *Almonacid Arellano* y otros, supra nota 18, párr. 124, Cfr. Caso *La Cantuta*, supra nota 64, párr. 173)

¹⁴ "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones". Punto 128 de la sentencia de la CorteIDH "Trabajadores Cesados": www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

¹⁵ "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia" (del 1º de septiembre de 2010, parágrafo 202); "Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Raguaiá') vs. Brasil" (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176).

¹⁶ "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (Cfr. Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile, párr. 124; Caso *Rosendo Cantú* y otra vs. México, párr. 219, y Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, párr. 202). Punto 225 de la sentencia de la CorteIDH "Cabrera García y Montiel Flores vs. México": http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf.

adoptado desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina de la declaración ex officio de inconstitucionalidad y que, concordemente, correspondía incorporar el control de "convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, de acuerdo con la doctrina de la CorteIDH en la sentencia Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. "También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones" (Considerando 10)¹⁷.

Más recientemente, en el fallo Rodríguez Pereyra (CSJN, 27/11/2.012) nuestro máximo tribunal interno consagró definitivamente la declaración de oficio de inconstitucionalidad y de convencionalidad. Esbozó la evolución de su jurisprudencia sobre el tema aludido más arriba y determinó que, tal como lo había expresado en el fallo Mazzeo, correspondía cumplir con la obligación que la CorteIDH estableció para los jueces de los países que hubieran ratificado la mencionada convención a fin de no incurrir en responsabilidad internacional del Estado (Considerandos 11 y 12 de la sentencia de la CSJN).

A su vez, aclaró "Que resulta preciso puntualizar, sin embargo, que el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar *en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*. Desde esta perspectiva, el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes. Es conveniente recordar, al respecto, que la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución; es justamente la actividad probatoria de los contendientes así como sus planteos argumentales los que debe poner de manifiesto tal situación" (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros", citados) (Considerando 13 de la sentencia). El tribunal remarca la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad en cabeza de los jueces, por lo cual hace hincapié en el cumplimiento de los restantes requisitos del control de constitucionalidad, tales como la existencia de causa y de gravamen, para hacerlo efectivo, aún sin petición de parte. El requisito de la petición de parte había sido incorporado por la CSJN, a través del fallo Ganadera Los Lagos (Fallos 190:142), de 1.941 y fue dejándolo de exigir en fallos posteriores¹⁸. En fecha 6 de marzo de 2.014, la CSJN dictó el fallo "Mansilla, Carlos Eugenio c/

¹⁷ En cuanto al fondo del asunto en esta decisión aplica la doctrina judicial del voto de la mayoría en Mazzeo.

¹⁸ La minoría constituida por los votos de Fayt y Belluscio en Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario (Fallos 306:303) incorporó el control de constitucionalidad de oficio, luego delineado en "Mill de Pereyra" (Fallos: 324:3219) y finalmente adoptado por la mayoría del Tribunal en "Banco Comercial de Finanzas S.A." (Fallos: 327:3117).

Fortbenton Co. Laboratories S.A. y otros s/despido”¹⁹, en el que reiteró lo dicho en Rodríguez Pereyra, aunque no ratificó la declaración de inconstitucionalidad de oficio dictada por el tribunal a quo.

En relación a los efectos de los informes de la CIDH y su incidencia en el alcance del control de convencionalidad resulta necesario detenernos en el caso Carranza Latrubesse (CSJN 6/8/2.013)²⁰, en el que la CSJN le otorga el carácter de obligatorio a un Informe Final de la precitada CIDH. Si bien en el caso Bramajo, arriba mencionado, la CSJN había considerado de aplicación la jurisprudencia de la CIDH, como guía de interpretación de la CADH para los jueces nacionales, luego modificó ese criterio en los casos "Acosta, Claudia B. y otros" del 22/12/1.998, y "Felicetti, Roberto y otros" del 22/12/2.000, en los que el alto tribunal consideró que las recomendaciones efectuadas por la CIDH no resultaban de cumplimiento obligatorio para los jueces, pues considerarlo de esta manera terminaría afectando la seguridad jurídica, exigencia del orden público con jerarquía constitucional.

En el precitado fallo Carranza Latrubesse el demandante llega al máximo tribunal interno solicitando que se diera certidumbre a su derecho y se declarase que la República Argentina era responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento de un Informe de la CIDH dictado a su favor, por el que se ordenaba al Estado Argentino que se lo indemnizara de los perjuicios sufridos como consecuencia de la violación a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8 y 25 CADH). Como señalamos, el voto mayoritario de la CSJN resolvió la obligatoriedad del Informe de la CIDH, luego de una jurisprudencia no uniforme sobre el particular. Por su parte, debe manifestarse que la propia la CorteIDH, en algunos fallos, había expresado que tales recomendaciones no resultaban obligatorias, en punto a generar la responsabilidad internacional del Estado incumplidor.

Sin embargo, los argumentos de la CSJN se basaron en las siguientes razones: en primer término, en dos principios hermenéuticos que surgen de la Convención de Viena sobre los Tratados (arts.

¹⁹ El Considerando 7 del fallo expresó: "Que, al respecto, es del todo propicio evocar lo establecido en la causa . . . "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", . . . En esa oportunidad, se expresó que "el control de constitucionalidad de oficio por los magistrados debe tener lugar en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (confr. casos "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña" y "Gómez Lund y otros". . .). Se enfatizó que *el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes . . .*" Recordó que en los casos de declaración de inconstitucionalidad ex officio debe quedar palmariamente demostrado el daño concreto y la violación o restricción manifiestos de algún derecho constitucional, puestos de manifiesto a través de los planteos y la actividad probatoria de las partes. En este sentido, *"se impone subrayar que cuanto mayor sea la claridad y el sustento fáctico y jurídico que exhiban las argumentaciones de las partes, mayores serán las posibilidades de que los jueces puedan decidir si el gravamen puede únicamente remediarse mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo genera. Como puede apreciarse, el reconocimiento expreso de la potestad del control de constitucionalidad de oficio no significa invalidar el conjunto de reglas elaboradas por el Tribunal a lo largo de su actuación institucional relativas a las demás condiciones, requisitos y alcances de dicho control"* (Considerando 7 de la sentencia voto de la mayoría)

²⁰ Carranza Latrubesse había sido removido de su cargo de juez de Primera Instancia de la provincia de Chubut en 1976, mediante decreto del gobierno militar. El solicitó la nulidad de tal decreto y la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por la medida. En 1987, el Superior Tribunal de la provincia declaró la cuestión "no justiciable", por considerar que el poder judicial no era competente para resolver cuestiones como la planteada. Frente a este resultado, Carranza Latrubesse presenta una petición a la CIDH contra el Estado Argentino por violación de las garantías judiciales y a la protección judicial. Luego del informe preliminar, la CIDH emite el Informe N° 30/97 (final) por el que concluyó que al no permitir una decisión judicial sobre los méritos de la

26 y 31): “los tratados obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe” y “su interpretación también deberá ser de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Asimismo, sostuvo que la voz “recomendación” debe interpretarse en el marco del sistema interamericano de derechos humanos: luego del informe preliminar de la CIDH (art. 50 CADH) y para el caso de que la causa no termine bajo la competencia de la Corte IDH, está prevista una segunda intervención de la CIDH en la que, en forma similar al Comité de Ministros del Consejo de Europa, resulta el órgano de cierre definitivo del proceso mediante un pronunciamiento de observancia obligatoria, el informe final (art. 51 CADH).

Otro argumento consistió en la aplicación de la recta interpretación del proceso internacional entendido como un todo, basado en el presupuesto de igualdad entre los contendientes y en la búsqueda del justo equilibrio procesal. De lo contrario, se destruiría la equidad procesal porque gozaría de carácter definitivo la decisión de la CIDH por la que se desestimara la pretensión del peticionante (o fuera declarada inadmisibles) y no así aquella por la cual se recomienda al Estado incumplidor alguna acción para resolver la lesión a la CADH.

Recordó que en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana de DDHH en la que fue adoptada la CADH (1969), la CIDH -creada diez años antes de esta oportunidad- ya había superado su función de promotora de los DDHH para convertirse en protectora de éstos, al actuar como órgano judicial. Mencionó que con el Protocolo de Buenos Aires (1970), que reformó la Carta de la Organización se elevó la jerarquía de la CIDH a la de órgano principal y autónomo de la OEA, destacando que la competencia de ésta para la tramitación de las peticiones individuales no fue de reconocimiento facultativo por los Estados, ya que derivó del hecho de ser partes de la CADH (art 44 CADH). Aclaró que en los fallos en que la Corte IDH –Caballero Delgado y Santana vs. Colombia del 21/1/1994, Genie Lacayo vs. Nicaragua del 29/1/1997, Loayza Tamayo vs. Perú del 17/9/1997- expresó que las recomendaciones de la CIDH no eran obligatorias, lo hizo a mayor abundamiento, es decir, sin aplicar la no obligatoriedad en tales causas, debido a que el informe final de la CIDH fue ajeno a la competencia del tribunal regional y a las circunstancias de las tres causas mencionadas.

La CSJN sostuvo que la hermenéutica por ella aplicada en el fallo ut supra y sintetizada en el párrafo anterior resulta la más acorde con los instrumentos internacionales de protección de DDHH y con la pauta establecida por la Corte IDH en el sentido de que los TIDH “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Destacó que no les corresponde fijar el rumbo, a través de la interpretación de normas de muy amplio alcance y poner al día el sentido de los preceptos, sólo a los tribunales internacionales sino también a los tribunales constitucionales.

El efecto útil es otra regla general de interpretación que la CSJN utilizó, significando con ella que cuando un tratado es susceptible de dos interpretaciones: una que genera los efectos queridos y otra

destitución de Carranza Latrubesse, el Estado Argentino había violado las garantías receptadas en los precitados arts 8 y 25 de la CADH en relación al art. 1.1. de la misma y le recomendó que lo indemnizara adecuadamente.

que no lo hace; la buena fe y la necesidad de realizar el objeto y fin del TIDH exigen la adopción de la primera de ellas. Este estándar resulta de aplicación tanto a aspectos sustantivos de los TIDH como a sus aspectos procesales. No soslayó tampoco la adjudicación del principio pro persona que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al Estado. Sin perjuicio de todo lo anterior, consideró que la obligatoriedad de las recomendaciones del informe definitivo de la CIDH corresponde a las "pertinentes", o sea, sólo a las recomendaciones dirigidas a remediar la situación examinada del particular peticionante y por el agravio que se hubiera tenido por producido respecto de éste.

Algunas respuestas y observaciones sobre el alcance del control de convencionalidad.

a) Luego de haber pasado revista sintéticamente por la jurisprudencia más relevante de la CSJN en punto a la determinación del alcance del control de constitucionalidad/convencionalidad por ella aplicado, en sus votos mayoritarios, consideramos oportuno responder los interrogantes planteados en la introducción del presente trabajo. Consideramos que ha quedado claro que la CSJN resuelve los conflictos de constitucionalidad aplicando la CN y los TIDH, integrantes del bloque de constitucionalidad federal.

La CSJN ha aplicado los TIDH conforme los términos de la "jurisprudencia internacional" en un sentido amplio, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales de control, en salvaguarda de los derechos humanos tutelados, aún de oficio (Videla, Massera, Rodríguez Pereyra), con mayor intensidad, en sus recientes pronunciamientos (Carranza Latrubesse). Ello así, el máximo tribunal interno ha expresado una mayor aplicación de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Para éste poseen fuerza vinculante y conforman el bloque de constitucionalidad federal que deben aplicar los jueces del sistema interno: las sentencias definitivas e inapelables de la CorteIDH referidas al país que ratificó la CADH en ejercicio de su competencia contenciosa (art. 68 de la CADH), los documentos que la CorteIDH emite (tanto dentro de su competencia jurisdiccional cuando dicta sentencias en relación a otros Estados -siempre que la doctrina del caso se considere aplicable en un eventual litigio interno por violación de derechos humanos- como dentro de la consultiva, cuando dicta Opiniones Consultivas-) y los Informes Finales y Recomendaciones de la CIDH referidas al país que ratificó la CADH. De esta manera ha interpretado el máximo tribunal interno la expresión "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 de la CN.

Corresponde expresar que la CSJN también ha aplicado Observaciones y Recomendaciones de otros órganos de control, como los Comités del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y

Degradantes, Comité de derechos del Niño, las Reglas de Beijing, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.²¹

Esta comprensión amplia no significa restringir el rol de la CSJN —en último término— como integradora del bloque de constitucionalidad federal, sino justamente resguardar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina (Calógero Pízzolo, 2.008).

b) El bloque conformado por la CN y los TIDH, posee entonces -para la CSJN- la misma jerarquía constitucional y se ubica en la cúspide del ordenamiento interno, tal como reza el art. 75 inc. 22 CN. A su vez, las normas internacionales son aplicadas conforme la interpretación que de ellas hagan los organismos internacionales de control. Si el Estado no actúa siguiendo el criterio descrito incurre en responsabilidad internacional con la pertinente obligación de reparar. Esta es la causa por la cual la CSJN no puede interpretar por ella misma las normas internacionales de derechos humanos. Las decisiones de la CSJN, aunque para algunos autores (Manili, 2010) (Vanossi, 2012) siga siendo suprema, pueden ser revisadas por la CorteIDH y la CIDH, en las situaciones descriptas, cuando sean lesivas de alguno de los derechos receptados en la CADH, de acuerdo con el procedimiento establecido en dicha convención.

Asimismo, la jurisprudencia de la CSJN ha receptado la jurisprudencia de la CorteIDH, por la cual existen dos controles de convencionalidad: uno interno, realizado en el orden interno del Estado por los jueces del sistema nacional, en un caso concreto, al momento de ejercer el control de constitucionalidad, aún de oficio ambos, con las salvedades que la CorteIDH ha establecido; y otro externo, realizado en sede internacional por la CorteIDH y/o la CIDH en un litigio por violación de derechos humanos consagrados en la CADH. En ambos casos se tratará de un examen de confrontación normativo (derecho interno con el TIDH) que finalizará con una sentencia o recomendación que, eventualmente, resolverán modificar o derogar las normas o prácticas internas que no compatibilicen con la normativa internacional y su jurisprudencia.

c) Sin perjuicio de lo anterior, en el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, expedido por la CorteIDH el 26 de noviembre de 2010, este juez sostiene que el control de convencionalidad generado en el referido caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y consolidado en posteriores sentencias del tribunal transnacional resulta un control difuso de convencionalidad. Ello debido a que lo deben ejercer todos los jueces del país que ratificó la CADH, haciendo una analogía con los sistemas nacionales de control difuso de constitucionalidad²². Asimismo, los jueces deben aplicar las normas de la CADH y la interpretación que de

²¹ Ver "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" – CSJN, sentencia del 3-5-2005 - *Fallos* 328:1146; "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia" – CSJN, sentencia del 21-11-2006 - *Fallos* 329:5266; "Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080" – CSJN, sentencia del 25-8-2009, *Fallos* 332:1963; R. 350. XLI. Recurso de hecho. Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional, -CSJN, sentencia del 4/9/2007-; "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" – CSJN, sentencia del 13-3-2012 - *Fallos* 335:197; entre otros.

²² "Se trata, en realidad, de un "control difuso de convencionalidad", debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como

ellas hace la CorteIDH, en base al principio del *pacta sunt servanda* y al principio según el cual los Tratados deben interpretarse y cumplirse de buena fe.

En el ámbito de la doctrina nacional no resulta unánime el criterio descrito en el párrafo anterior. Hay quienes sostienen que la "interpretación conforme del derecho", es decir, la que propende la interpretación de las normas nacionales de acuerdo con la CADH y la interpretación que de ella haga la CorteIDH, importa una seria disminución de las competencias de los jueces nacionales para interpretar el derecho nacional, comenzando por el constitucional. Los juristas más tradicionales no son muy propensos a aceptar esta disminución de la supremacía constitucional, sobre todo, en el aspecto de interpretar la norma constitucional conforme la ideología de la CADH y no la del "techo ideológico que campea en la Constitución" (Sagüés, 2010). Por otro lado, también algunos objetan que sólo el juez idóneo para realizar el control de constitucionalidad puede realizar el control de convencionalidad sin problemas cuando el sistema nacional o local de constitucionalidad es difuso, como en Argentina. La dificultad que plantean se produce en el supuesto de que el sistema interno sea concentrado y no difuso. En esos casos, el juez común no podría aplicar el control de convencionalidad y debería girar la causa al órgano competente para hacerlo.

Aclaremos que, según nuestro criterio, la diferencia en el sistema de control de constitucionalidad en el orden local no importaría un impedimento para el ejercicio del control de convencionalidad difuso, pues la propia CorteIDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* dijo que los jueces internos deben ejercer tal control de convencionalidad en el ámbito de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes y previa satisfacción de los recaudos vigentes en materia de admisibilidad y de procedencia. El juez común, en el supuesto analizado, debería remitir la causa al tribunal competente (concentrado) para determinar la convencionalidad o no de la norma atacada.

d) A su vez, el referido caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*²³ nos sugiere la respuesta a la última de las preguntas que nos hicéramos en la introducción del presente trabajo. Tal respuesta, en principio, apunta a sostener que la CorteIDH no constituye una cuarta instancia de apelación en su relación jurisdiccional con la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁴. Completando este concepto, en las Consideraciones del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, punto 16, la CorteIDH dijo: "Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de "cuarta

instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional". Punto 21 del voto razonado Juez Ferrer Mac Gregor Poisot en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

²³ Ver nota 18.

²⁴ En el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26/9/2006, el juez García Ramírez aclaró que el control de convencionalidad no puede convertirse en una nueva instancia de revisión de la controversia que tuvo origen en el orden interno de los Estados partes.

instancia". Ello implica que la Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos. Es por ello que esta Corte ha sostenido que, en principio, "corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares". Lo anterior implica que al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones Internacionales existe una intrínseca vinculación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno. A su vez, en el punto 18 aclara: "... puede afirmarse que, si se pretendiera que la Corte ejerza como tribunal de alzada sobre los alcances de la prueba y del derecho interno, se le estaría sometiendo una materia sobre la cual, en virtud de la competencia subsidiaria de un Tribunal internacional, no podría pronunciarse y es incompetente ..."

Hitters (2008) y Haro (2010) consideran que no se puede obviar la influencia que han ejercido las sentencias de la CorteIDH -obligando a los Estados no sólo en el caso concreto sino también en casos similares que se produjeran en el ámbito interno de un Estado como en los demás similares que ocurrieran en cualquier Estado del sistema interamericano- "ya sea haciendo modificar, suprimir o revisar tanto normas jurídicas como sentencias judiciales y comportamientos y prácticas institucionales, hasta llegar, . . .²⁵, a lograr una reforma constitucional, por lo cual no parece infundado pensar que estamos ante una especie de "casación supranacional" que se ejerce en la interpretación y aplicación de la CADH y respecto de los propios fallos de las Cortes o Supremos o Constitucionales de los Estados partes" (Haro, 2010:1023), referidos a la violación de derechos humanos. Esto implica la superioridad de la CorteIDH respecto de las Cortes nacionales pero sin un poder de decisión directo e inmediato respecto de los ordenamientos jurídicos internos sino mediato, ya que son los órganos internos del Estado que ratificó la CADH, quienes deben ejecutar los actos ordenados por la CorteIDH, conforme la obligación contraída por ellos mismos.

Técnicamente no corresponde considerar cuarta instancia a la de la CorteIDH, porque ella no forma parte del Poder Judicial de la Nación, el proceso ante ella es un proceso distinto del desarrollado en el ámbito interno, con partes diferentes, con un procedimiento también diferente y con una acción que nace y se legitima conforme lo dispuesto por la CADH. Reiteramos que, en principio, la CorteIDH no deroga normas internas ni casa sentencias judiciales internas, su función es la de controlar y declarar si las normas y sentencias internas respetan o no la CADH.

²⁵ Se refiere al caso "La Última Tentación de Cristo" en el que la CorteIDH, ejerciendo el control de convencionalidad, determinó que el Estado chileno, considerado como un todo, no cumplió con sus obligaciones internacionales y determinó que el art. 19 inc. 12 de la Constitución Chilena de 1.980 vulneraba el art. 13 sobre prohibición de censura previa de la CADH. En virtud de lo cual declaró la responsabilidad del Estado y la eliminación a nivel constitucional de la censura cinematográfica. Chile quedó obligado a modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa y permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", debiendo rendir a la CorteIDH un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto, dentro de un plazo de seis meses desde la notificación de la sentencia, entre otras obligaciones.

e) En relación a lo último debemos aclarar que estas ideas son de carácter general, en base – fundamentalmente- a la normativa de la CADH y a la mayoría de las sentencias de la CorteIDH, pero, existen algunos casos concretos en que la CorteIDH se aparta de lo afirmado en el párrafo anterior, suscitando cuestiones para el debate. Estos casos, a su vez, nos advierten que el derecho, como ciencia social que es, tanto a nivel local como interamericano se construye día a día y, por ende, se modifica de igual forma, sobre todo, a través de las sentencias de los órganos jurisdiccionales. Ejemplo de estos casos es el antes mencionado Barrios Altos vs. Perú y la sentencia interpretativa del 3/9/2001²⁶, en relación a los efectos de la sentencia del primero. En éste, la CorteIDH estableció que las leyes de amnistía de Perú (leyes 26479 y 26492) violaban derechos de la CADH y carecían de efectos jurídicos. Ante la aclaratoria solicitada por la CIDH sobre si los efectos de tal declaración eran generales o sólo para el caso concreto, la CorteIDH afirmó que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la CADH constituía una violación de ésta per se y generaba la responsabilidad internacional del Estado. En definitiva, la CorteIDH consideró que lo resuelto en la sentencia de fondo tenía efectos generales o erga omnes. Por lo tanto, la sentencia del tribunal transnacional determinó ella misma, directamente, la invalidez de las normas del Estado incurso en responsabilidad internacional.

CONCLUSIONES

El tema del control de constitucionalidad y de convencionalidad, luego de la reforma constitucional de 1.994, está teñido de aristas de no fácil dilucidación, en un momento de constantes transformaciones en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales -o supremos de los Estados nacionales- y de la propia CorteIDH.

El concepto de supremacía de la Constitución, con la incorporación del art. 75 inc. 22 de la CN, materialmente se ha modificado por el de la primacía de la CN y del derecho internacional de los derechos humanos hoy constitucionalizado. Para nosotros, no se advierten contradicciones entre ambos controles, ni subordinación de la CN al orden interamericano porque nuestra ley fundamental –aún antes de la reforma constitucional de 1.994- resultaba absolutamente compatible con el derecho internacional de los derechos humanos al contener el art. 33²⁷ en su primera parte, desde la reforma de 1.860. Norma ésta que acoge los derechos no receptados expresamente por el texto constitucional pero que surgen de los principios rectores del estado de derecho. En definitiva, con la reforma de 1994 se ha producido un aumento y profundización de derechos por adición de la fuente internacional, que no colisiona con nuestra CN sino que enriquece su texto. En forma concordante, Bidart Campos sostiene que aún en caso de denuncia o extinción de un TIDH sus normas quedan retiradas de nuestra normativa interna pero los

²⁶ Con el mismo criterio, el caso CorteIDH “La Cantuta vs. Perú” del 29/11/2006.

derechos que tuvieron como fuente dicho tratado permanecen en nuestro ordenamiento con jerarquía constitucional en virtud de la cláusula del art. 33, "que es porosa para absorber y conservar todo plus maximizador del sistema de derechos, con independencia de su fuente de origen" (Bidart Campos, 1995:579).

Desde otra óptica, Sagüés (2010) expresa que para la tesis del control de convencionalidad siempre prevalece la CADH y la CN debe interpretarse "conforme" a ella, con lo que se produce la domesticación de la Constitución Nacional por la CADH.

Rosatti (2013) sostiene que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes normativas e interpretativas que subordine a priori toda fuente nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27²⁸, 30²⁹, 31³⁰, 75 inc. 22 y 118³¹ de la CN.

Siguiendo nuestra línea de pensamiento, ambos controles no rivalizan y la CADH no está por encima de la CN. Por el contrario, correspondería analizarlos con una óptica armonizadora. Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos provienen de momentos históricos y motivaciones diferentes. Tampoco debe entenderse el control de convencionalidad de oficio realizado por la CorteIDH como una crisis del control de constitucionalidad sino como un control necesario, a nivel transnacional, para el caso de violación de los derechos humanos por los Estados nacionales. Sólo en el caso de violación de derechos humanos la CorteIDH reviste el carácter de un tribunal superior a la CSJN. Por estas razones resulta viable la complementariedad y retroalimentación entre las sentencias de la CorteIDH y de los tribunales nacionales a fin de lograr una jurisprudencia coherente en la materia a nivel interamericano.

"La convergencia de las jurisprudencias locales y de la Corte Interamericana implica, según Ferrer Mac Gregor, un "diálogo interjurisprudencial" que obliga a la capacitación y actualización constante de los magistrados nacionales en el conocimiento y aplicación de las normas y pronunciamientos supranacionales. Destacamos como un aspecto sustancial al progreso del "diálogo interjurisprudencial" en materia de derechos humanos la existencia de vasos comunicantes entre la jurisprudencia doméstica y supranacional como un modo de promover y facilitar la recepción concreta y efectiva del control de

²⁷ Art. 33: 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.

²⁸ Art. 27: El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

²⁹ Art 30: La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

³⁰ Art. 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

³¹ Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los

convencionalidad en los Estados de la región³² ” (Loianno, 2013). A su vez, resultaría funcional a la mayor eficacia del sistema interamericano que la CorteIDH mejorara el acceso y difusión de sus decisiones para que los jueces nacionales pudieran conocerlos y aplicarlos con mayor rapidez y profundidad (Sabsay, 2013).

El precitado diálogo entre las jurisdicciones transnacional y nacional debe propender a generar una retroalimentación entre las fuentes que beneficie la exigibilidad y vigencia de los derechos humanos, meta del bloque de constitucionalidad federal receptado en el art. 75 inc.22 de la CN.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBANESE, S. (2011) “La jurisprudencia internacional y los diversos alcances de los preceptos convencionales” en Albanese, Susana. Coordinadora. *Opiniones Consultivas y Observaciones Generales. Control de convencionalidad*. Buenos Aires. Ediar. 15-86, 2011.
- BESTARD, A. M. (2012) “La Internacionalización de los Derechos Sociales en la Argentina”. VIII ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. La defensa jurisdiccional de la Constitución y los límites de la democracia. España. Cádiz. (ponencia sin publicar).
- BESTARD, A.M., CARRASCO, M. y PAUTASSI, L. (2014) “Límites interpretativos al derecho a la seguridad social: una mirada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en Pautassi, Laura Directora. *Marginaciones sociales en el área metropolitana de Buenos Aires. Acceso a la Justicia, capacidades estatales y movilización legal*. Buenos Aires. Biblos. 33-84, 2014.
- BIDART CAMPOS, G. (1995). *Tratado de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo VI. La Reforma Constitucional de 1.994. Buenos Aires. Ediar, 1995.
- BIDART CAMPOS, G. y ALBANESE, S. (1999) “El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. JA -1999- II. Buenos Aires. Jurisprudencia Argentina. 357-364, 1999.
- BIDART CAMPOS, G. (2004) El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Buenos Aires. Ediar, 2004.
- CALOGERO P. (2008) “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal” en Albanese, Susana. Coordinadora. *El control de Convencionalidad*. Buenos Aires. Ediar. 189:206, 2008.

límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.

³²Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pag 164.

- HARO, R. (2010). "Reflexiones sobre las vinculaciones entre la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Buenos Aires. *Jurisprudencia Argentina*. JA 2010-III. 1015-1024.
- HITTERS, J.C (2008) "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad". Buenos Aires. *La Ley*. LL-2008-E, 1169-1185. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 10, julio-diciembre 2008, 131-156.
- LOIANNO, A. (2013) "Diálogo interjurisprudencial. Un nuevo espacio para el control de convencionalidad". Ponencia al Primer Congreso Regional "El estado de la ciencia del derecho" en América Latina. Facultad de Derecho. UBA. Mimeo. 12/9/2013.
- MANILI, P. (2010) "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y las decisiones de los Órganos Internacionales de protección de los Derechos Humanos" en Manili, Pablo. Director. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires. *La Ley*. 853-867, 2010.
- REY CANTOR, E. (2010). "La jurisdicción constitucional y control de convencionalidad de las leyes" en Manili, Pablo. Director. *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires. *La Ley*. 557-593, 2010.
- ROSATTI, H. (2013). *Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 2013.
- SABSAY, D. (2013) "El bloque de constitucionalidad federal luego de la reforma de la Constitución Argentina de 1994 y el Control de Convencionalidad" en Gozaini, O. Director. *Proceso y Constitución*. Buenos Aires. Ediar. 293-311, 2013.
- SAGUÉS, N. (2009) "El control de convencionalidad en particular sobre las Constituciones Nacionales." Buenos Aires. *La Ley*. LL-2009-B, 761-767, 2009.
- SAGUES, N. (2010) "Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano". Buenos Aires. *La Ley*. LL-2010-D, 1245-1251, 2010.
- VANOSSI, J. (2012). "El control de constitucionalidad de oficio y el control de convencionalidad (una de cal y una de arena). Buenos Aires. *La Ley*. LL 2013-A, 37-39, 2012.

Páginas webs consultadas

<http://www.csjn.gov.ar/> - <http://www.cij.csjn.gov.ar/>

http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_motivos_esp.pdf

<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/estatuto>

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?

Por Pedro A. Caminos

RESUMEN

El principio de proporcionalidad es un método de aplicación de normas sobre derechos constitucionales elaborado por el Tribunal Constitucional alemán. Robert Alexy, con sus numerosos trabajos sobre el tema, contribuyó a una mejor comprensión del principio así como también a su difusión por todo el mundo. Cada vez más tribunales, incluyendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizan el principio de proporcionalidad en sus decisiones. Este último dato es de especial relevancia para la Argentina, pues su Corte Suprema decidió que los estándares interpretativos del tribunal interamericano eran obligatorios para los tribunales argentinos. Por lo tanto, los jueces argentino tienen una razón institucional para adoptar el principio de proporcionalidad. En este trabajo analizaremos si existen razones sustantivas con peso suficiente como para justificar una decisión de esa naturaleza.

PALABRAS CLAVE

Principio de proporcionalidad – Derechos Humanos – Control de constitucionalidad – Control de convencionalidad

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY: A NEW GUARANTEE OF CONSTITUTIONAL RIGHTS??

Por Pedro A. Caminos

ABSTRACT

The principle of proportionality is used by the German Constitutional Court as a method for applying constitutional rights. Robert Alexy, with an impressive amount of books and papers on the subject, has contributed to grasping a better understanding on the principle and to make it famous all over the world, as well. With time, more and more courts, including the Interamerican Court of Human Rights, have adopted the principle of proportionality. This circumstance is of the highest importance for Argentina since its Supreme Court has decided that the interpretive standards used by the Interamerican Court should be used as well by the Argentinean courts. Hence, local judges have an institutional reason for adopting the principle of proportionality. In this paper, we will assess if there are substantive reasons with enough weight to support that kind of decision.

KEY WORDS

Principle of proportionality – Human Rights – Judicial Review –Conventionality Review

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿UNA NUEVA GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES?*

Por Pedro A. Caminos**

I. Introducción.

El principio de proporcionalidad es un método elaborado por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania para resolver casos que involucren la aplicación de las normas de la Ley Fundamental de ese país que reconocen derechos fundamentales.¹ A nivel teórico, el principio de proporcionalidad fue estudiado en profundidad por ALEXY (1985). Debido tanto a la enorme popularidad del modelo alemán de control de constitucionalidad como a la gran difusión de la obra de ALEXY, cada vez más tribunales nacionales e internacionales, incluyendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos o al Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial de Comercio, adoptaron el principio de proporcionalidad (STONE SWEET y MATHEWS, 2008: 74, 111-159; ver también BEATTY, 2004). En América Latina, el principio de proporcionalidad también fue adoptado por diversos tribunales nacionales y, desde hace un cierto tiempo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo utiliza en sus sentencias.²

En la Argentina, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha rendido de manera definitiva frente a los encantos del principio de proporcionalidad, aun cuando parte de la literatura especializada considera que el tribunal debería avanzar en ese sentido (CIANCIARDO, 2004; CAYUSO, 2009: 177-183). En gran medida, ello se debe a que, a lo largo de los años, nuestra Corte desarrolló su propio criterio para aplicar judicialmente las normas sobre derechos constitucionales: el principio de razonabilidad (LINARES, 2002). Es posible, entonces, que la inercia institucional haya frenado el desarrollo del principio de proporcionalidad en la Argentina.

Ahora bien, en numerosas oportunidades, nuestra Corte sostuvo que debía mostrarse deferente frente a los criterios interpretativos elaborados por los organismos internacionales de control, tales como

* Estoy en deuda con los alumnos de la materia "Bases Constitucionales del Derecho Privado" (primer cuatrimestre de 2014) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que leyeron un borrador de una parte de este trabajo y formularon varios comentarios y críticas. También le estoy agradecido a Guadalupe Valcarce Ojeda, Pablo Riberi y a un evaluador anónimo de la *Revista Electrónica del IJyS "Ambrosio L. Gioja"* por haber efectuado observaciones muy útiles. Por cierto, la responsabilidad por todos los errores e inexactitudes me es enteramente imputable. Una versión anterior de este trabajo fue expuesta en las "X Jornadas Interuniversitarias de Derecho Constitucional", Salta, 22, 23 y 24 de mayo de 2014.

** Abogado (UBA). Docente de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. E-mail: pcaminos@derecho.uba.ar

¹ Sobre el origen del principio de proporcionalidad en el contexto alemán, véase COHEN-ELIYA y PORAT (2013: 24-32).

la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por lo tanto, si dicho organismo regional utiliza el principio de proporcionalidad para evaluar si las leyes de los estados parte en la Convención se ajustan a las disposiciones de ésta, entonces tenemos razones para pensar que nuestra propia Corte Suprema también debería adoptar ese principio a la hora de ejercer el control de constitucionalidad.

En este trabajo queremos analizar esa posibilidad. Para ello, describiremos en qué consiste el principio de proporcionalidad (II). A continuación, explicaremos de qué manera la Corte Interamericana usa el principio de proporcionalidad en sus sentencias (III) y elaboraremos un argumento capaz de justificar nuestra intuición relativa a que nuestra Corte tendría, en principio, una obligación de adoptar el principio de proporcionalidad (IV). Finalmente, expondremos algunas críticas al principio de proporcionalidad, con el objeto de abrir la discusión con respecto a la conveniencia de su adopción por parte de la Corte Suprema (V).

II. El principio de proporcionalidad.

En este apartado, explicaremos en qué consiste el principio de proporcionalidad. Para ello, nos guiaremos principalmente por ALEXY (1985). En tal sentido, procuraremos reconstruir las ideas de ALEXY de la manera más neutral que nos sea posible.

Cabe aclarar que el punto de partida de la obra de ALEXY consistió en un intento de elaborar una teoría sobre los derechos fundamentales que prestara especial atención a la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán. Sin embargo, para ALEXY, su teoría tiene un alcance más amplio, en la medida en que, dado su carácter *ideal*, ella tiene una pretensión de universalidad. Esto es, el principio de proporcionalidad, tal como es concebido por la teoría de ALEXY, constituye el *procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas sobre derechos fundamentales contenidas en una constitución*. Por lo tanto, el objetivo último de este trabajo, que es el de plantear la discusión sobre los méritos del principio de proporcionalidad, tiene relevancia teórica en la medida en que la propia teorización alexyana contenga esa pretensión de universalidad.

i. Los derechos como principios.

Para Robert ALEXY, las normas sobre derechos fundamentales tienen la estructura de principios. Los principios tienen la particularidad de que pueden ser cumplidos de manera gradual, esto es, existen muchas acciones diferentes que son compatibles con lo que el principio exige. Para determinar cuál de ellas es la que debe ser realizada en un caso es necesario tener en cuenta las posibilidades jurídicas y reales existentes. Las posibilidades jurídicas están dadas por la eventual existencia de reglas y principios que impongan el deber de realizar una acción incompatible con las exigidas por el principio. De ahí que, para ALEXY, los principios ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las

² En el ámbito hispanoamericano, varios autores, algunos de ellos discípulos de ALEXY, contribuyeron a difundir el principio de proporcionalidad, defendiendo sus virtudes (BERNAL PULIDO, 2007; CLÉRICO, 2009). Sobre el uso del principio de proporcionalidad en las sentencias de la Corte Interamericana, véase CLÉRICO (2012).

posibilidades jurídicas y reales existentes. Los principios, entonces, son *mandatos de optimización* (ALEXY, 1985: 67-68).

ii. Conflictos entre principios: la ley de la colisión.

De acuerdo con ALEXY, la manera más clara de explicar cuál es el funcionamiento de los principios, entendidos como mandatos de optimización, es la de analizar la forma en que se plantean y solucionan las colisiones entre principios. De acuerdo con la caracterización de ALEXY, cuando dos principios colisionan, uno tiene que ceder ante el otro. Las colisiones de principios tienen lugar en *la dimensión del peso*. En un caso concreto, los principios involucrados tienen un peso diferente, y primará el que tenga mayor peso. Esto quiere decir que "*bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro (...) [b]ajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa*" (ALEXY, 1985: 71).

Dicho de otra manera, en una colisión de principios, cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. La solución de la colisión consiste en establecer entre los principios, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, una relación de precedencia condicionada, lo cual importa identificar las condiciones en que un principio precede a otro. Para determinar cuál es la relación de precedencia condicionada, se establece cuál es el peso de los principios. Tal procedimiento suele ser denominado *ponderación*. Es importante recordar que los principios son normas que tienen la misma jerarquía formal. Por lo tanto, no resulta posible establecer una relación de precedencia absoluta entre ellos. Dicha relación debe, forzosamente, tener lugar en el contexto de un caso concreto, de ahí su carácter condicionado. En otras palabras, un principio precede a otro *dadas ciertas condiciones*. De ese modo, cuando se determina una relación de preferencia condicionada entre principios, es posible derivar una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que prevalece cuando se dan dichas condiciones (ALEXY, 1985: 71-75).

A partir de estas ideas, ALEXY propone una ley, la *ley de la colisión*, la cual es formulada de esta manera: "*Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*" (ALEXY, 1985: 75).

La ley de la colisión, entonces, permite extraer algunas conclusiones relevantes. En primer lugar, su aplicación presupone que los principios en conflicto en un caso concreto tienen un peso, y que el mismo es *ponderado* para determinar, en las condiciones de ese caso concreto, cuál principio debe tener precedencia. Una vez efectuada dicha determinación, a través de la ponderación, es posible derivar una regla, cuyo antecedente estará dado por las condiciones en las cuales un principio precede a otro, y cuya consecuencia consistirá en la acción que resulte exigida por el principio que tenga más peso. De esto se sigue, en segundo lugar, que las reglas son el resultado de una ponderación y que, por lo tanto, los principios *subyacen* a las reglas.

iii. Derechos prima facie y derechos definitivos.

Uno de los aspectos centrales del enfoque de ALEXY está dado por el hecho de que los principios, por constituir mandatos de optimización, no tienen un carácter definitivo, sino sólo *prima facie*. Si un principio exige una acción para un caso, dicha acción será la que definitivamente deberá ser realizada sólo luego de considerar a los principios opuestos y a las posibilidades fácticas. Las reglas, por su parte, parecen tener un carácter definitivo.

De lo anterior, se sigue que los principios siempre constituyen razones *prima facie*, mientras que las reglas pueden ser razones *definitivas*, salvo que se haya establecido una excepción. Según ALEXY, tanto las reglas como los principios configuran razones para enunciar juicios concretos de deber. Si una regla es aplicable a un caso y no admite ninguna excepción, ella es una razón definitiva y si el juicio que se funda en ella tiene como contenido que a una persona le corresponde un derecho, entonces ese derecho es un *derecho definitivo*. Por el contrario, los principios, al tener siempre un carácter *prima facie*, sólo establecen *derechos prima facie*. Ahora bien, dado que, en virtud de la ley de colisión, la determinación de una relación de preferencia condicionada entre principios permite derivar una regla, entonces un principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para un juicio concreto de deber. De ese modo, es posible recorrer un camino que parte de los derechos *prima facie* y llega a un *derecho definitivo* (ALEXY, 1985: 82-84).³

iv. Los principios y el principio de proporcionalidad.

Según ALEXY, existe una implicancia mutua entre el principio de proporcionalidad y el carácter de principio de una norma. Ello quiere decir que el primero, constituido por tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), se sigue lógicamente del segundo. Como se recordará, los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas. El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto* se refiere a la optimización de las *posibilidades jurídicas* y, según ALEXY, es equivalente a la ponderación que se efectúa cuando se aplica la ley de colisión, pues dicha optimización depende de los principios opuestos.⁴ Los *subprincipios de idoneidad y necesidad*, en cambio, se refieren a la optimización de las *posibilidades fácticas*. El subprincipio de necesidad establece que si existen dos medios disponibles, igualmente efectivos, para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, entonces al considerarse que este segundo principio impone el mandato de optimizar las posibilidades fácticas, se debe elegir el medio que importe un menor grado de afectación.⁵ Finalmente, el subprincipio de idoneidad establece que si un medio no es adecuado para promover la satisfacción de ningún principio, y al mismo tiempo afecta a un

³ Es interesante notar que los principios no sólo se refieren a derechos individuales, sino también a bienes colectivos, que pueden ser invocados como razones en contra de un derecho *prima facie* (ALEXY, 1985: 110).

⁴ Ver II, ii, *supra*.

⁵ ALEXY (1985: 141, nota 222) asimila el tipo de optimización que se obtiene de la aplicación del subprincipio de necesidad con el óptimo de Pareto.

principio, entonces la optimización con relación a las posibilidades fácticas de este principio exige que se considere prohibida la adopción de dicho medio (ALEXY, 1985: 91-95).⁶

Como vemos, para ALEXY, existe una conexión conceptual entre su caracterización de los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Por un lado, los derechos *prima facie*, al tener la estructura de principios, constituyen mandatos de optimización que, para ser aplicados, requieren de la utilización de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Una vez realizada esa tarea, especialmente la ponderación exigida por la ley de la colisión, es posible determinar un derecho definitivo, que tiene la estructura de una regla. Por lo tanto, la propia estructura de los derechos *prima facie* exige necesariamente el uso del principio de proporcionalidad, y el uso de este principio, a su vez, es necesario para derivar derechos definitivos. Por lo tanto, si se admitiera que, en general, los derechos constitucionales tienen la estructura de principios, entonces, en todo país en el que se reconozcan derechos constitucionales deberá utilizarse el principio de proporcionalidad. En este sentido, una teoría como la de ALEXY podría tener una pretensión de universalidad *conceptual*: si fuera verdad que los derechos constitucionales son principios, entonces, por necesidad lógica, los jueces de la jurisdicción constitucional deberían aplicar el principio de proporcionalidad.⁷

v. *La ley de la ponderación.*

Para ALEXY, cuando los principios son concebidos como mandatos de optimización, entonces ellos pueden ser intercambiados por *valores*. Según su reconstrucción de los conceptos prácticos, los principios tendrían un carácter *deontológico*, pues ellos señalarían a una conducta como debida. Por otro lado, los valores tendrían un carácter axiológico, pues indicarían un estado de cosas como *bueno*, y permitirían efectuar *comparaciones* entre estados de cosas que se consideran *mejores y peores*. Por lo tanto, de acuerdo con Alexy (1985: 125), lo “*que en el modelo de los valores es lo mejor prima facie, en el modelo de los principios es debido prima facie; y lo que en el modelo de los valores es lo mejor en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva*”.

Dado el carácter intercambiable entre principios y valores, ALEXY estima importante responder a las objeciones que se formularon a la teoría de los valores en el derecho constitucional, pues ellas resultarían aplicables a la teoría de los principios. A los efectos de este trabajo, sólo dos de esas críticas resultan relevantes.

En primer lugar, se suele criticar la noción de un orden jerárquico de valores, señalando que un orden tal es imposible. ALEXY está de acuerdo, en términos generales, con esta idea pero formula una importante salvedad. En efecto, según su opinión, sí existe la posibilidad de obtener un orden *débil* de valores, el cual puede generarse estableciendo cargas de argumentación en beneficio de ciertos principios,

⁶ Es importante aclarar que, para ALEXY (1985: 92, nota 84), ni el principio de proporcionalidad ni ninguno de sus tres subprincipios tienen la estructura de principios, es decir, no se trata de mandatos de optimización. Por el contrario, según su opinión, ellos pueden catalogarse como reglas. En igual sentido, ver BEATTY (2004: 169-171).

⁷ “*Proportionality is a universal criterion of constitutionality. It is an essential, unavoidable part of every constitutional text*” (BEATTY, 2004: 162).

determinándose así una preferencia *prima facie* en favor de éstos, o mediante una red de decisiones concretas de preferencia, como la que puede resultar de la jurisprudencia de un tribunal constitucional. En cualquier caso, ambas posibilidades se conectan con el concepto de ponderación (ALEXY, 1985: 130-135).

La segunda objeción, entonces, se dirige precisamente a señalar las falencias del concepto de ponderación. En líneas generales, la ponderación suele ser criticada porque no sería posible sujetarla a un control racional, pues ella abriría la puerta al subjetivismo y al decisionismo judicial. ALEXY, sin embargo, considera que la ponderación es un procedimiento racional, aun cuando reconoce que ella no conduce, de manera necesaria, a un único resultado. Cabe recordar que la ponderación es el procedimiento mediante el cual se establece una relación de precedencia condicionada entre principios, de la cual se deriva una regla. Para defender a la ponderación de la acusación de irracionalidad, ALEXY (1985: 135-136) afirma que es posible hablar de ponderaciones correctas o incorrectas, y tal posibilidad descansaría en el hecho de que un enunciado de preferencia condicionada puede ser fundamentado racionalmente.

ALEXY afirma que el Tribunal Constitucional alemán utiliza un tipo especial de argumentos para fundamentar los enunciados de preferencia condicionada entre principios. De ese modo, existiría una regla para las ponderaciones de ese tribunal, que ALEXY formula de este modo: "*Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*". Esta regla es la *ley de la ponderación*. Ella expresa que si un principio es un mandato de optimización relativo, entre otras cosas, a las posibilidades jurídicas, entonces la acción debida según el principio está relacionada necesariamente con los principios opuestos, de lo cual se sigue que el peso de los principios no es determinable en forma absoluta, sino únicamente de manera relativa (ALEXY, 1985: 137-138).

ALEXY (1985: 140) sostiene que el método de la ponderación consiste en una regla que prescribe cómo deben ponderarse los principios en juego, esto es cómo deben ser considerados. En otros términos, la ley de la ponderación debe permitir identificar las importancias relativas *correctas* de cada principio.

Si bien ALEXY reconoce que los grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la falta de satisfacción de otro no pueden ser objeto de una métrica, también afirma que la ley de la ponderación *señala qué es lo importante en el procedimiento de ponderar*. Es decir que la ley de la ponderación establece qué es aquello que se debe fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que resulta de la ponderación, esto es, los grados de afectación y de importancia. La ley de la ponderación ofrece un criterio para resolver casos, pues vincula a la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional, indicando qué es aquello que debe ser fundamentado racionalmente. Gracias a la ley de colisión, sobre la base del enunciado de preferencia condicionada que se elabora en virtud de la ponderación es posible derivar una regla. Por lo tanto, las ponderaciones para un caso concreto y la universalidad no serían incompatibles, pues las reglas tienen una pretensión regulativa que va más allá del caso concreto (ALEXY, 1985: 141-144).

En resumen, en la medida en que la ponderación nos obliga a argumentar en un determinado sentido, ella constituye un procedimiento racional de fundamentación, que puede ser también controlado

racionalmente. En este sentido, entonces, la teoría de ALEXY parece tener una pretensión de universalidad *normativa*: si fuera verdad que la ley de la ponderación es un procedimiento racional para tomar decisiones en los casos de colisiones entre principios, entonces, los jueces de la jurisdicción constitucional tendrían una muy poderosa razón para aplicar el principio de proporcionalidad.

vi. La fórmula del peso.

Por cierto, la presentación de la ley de la ponderación por parte de ALEXY no despejó las dudas con respecto a su racionalidad. Por otra parte, también surgieron críticas relacionadas con el hecho de que, si existieran ponderaciones correctas, entonces la actividad legislativa resultaría superflua, pues las leyes sólo podrían incidir en la regulación de las acciones humanas en la medida en que los deberes exigidos por ellas coincidieran con los que resultan de aplicar la propia ley de la ponderación. Para defender a su teoría de dichos ataques, ALEXY (1985: 529-546) procuró demostrar de qué manera la ponderación es racional, sin que ello implique la superfluidad práctica del legislador.

ALEXY comienza su argumento recordando que, en virtud de la ley de la ponderación, las colisiones de principios se resuelven mediante un procedimiento que consta de tres etapas. En la primera de ellas, se determina el grado de intensidad de la afectación de uno de los principios en juego. La segunda etapa consiste en determinar el grado de importancia de la satisfacción del otro principio. Finalmente, en la tercera etapa, se comparan ambas variables y, en la medida en que una de ellas sea mayor a la otra, se determinará cuál es el peso relativo de los principios en juego, y cuál debe ser, entonces, la solución de la colisión.

Para explicar de qué manera se lleva adelante este procedimiento en tres etapas, ALEXY sugiere el uso de una *escala triádica* que permita determinar tanto el grado de intensidad de la afectación como el grado e importancia de la satisfacción de los principios en juego. Por lo tanto, ambas variables pueden ser determinadas como "leves", "medias" o "graves". En virtud de la ley de la ponderación, cuanto mayor sea el grado de intensidad de la afectación de un principio, mayor debe ser el grado de importancia de la satisfacción del otro principio. Por lo tanto, un grado de afectación *leve*, se encuentra justificado si el grado de importancia de la satisfacción del otro principio es *medio* o *grave*. Un grado de restricción *medio* sólo puede ser justificado si el grado de importancia de la satisfacción del otro principio es *grave*. Asimismo, pueden plantearse situaciones de *empate*, en las cuales los grados de intensidad de la afectación y de importancia de la satisfacción son equivalentes, esto es, ambos son leves, medios o graves al mismo tiempo.

ALEXY considera que es posible representar estas relaciones, que se refieren al peso concreto de un principio en relación al otro en ciertas circunstancias, a través de una fórmula, a la cual denomina *fórmula del peso*:

$$GPi, jC^8 = \frac{IPiC^9}{WPjC^{10}}$$

De acuerdo con ALEXY, la aplicación de la escala triádica para la determinación de los grados de la intensidad de la afectación y de la importancia de la satisfacción no presenta problemas graves con respecto a su racionalidad. De ese modo, la ponderación permitiría alcanzar soluciones de modo racional al menos en ciertos casos pues, según ALEXY, resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las afectaciones de los derechos fundamentales y sobre los grados de importancia de satisfacción de los principios. Esto quiere decir que una persona puede elaborar una ordenación, que tenga la propiedad de ser transitiva, cuyos elementos consistan en diferentes medidas judiciales y legislativas.

Para llevar adelante esa ordenación, la ponderación propone dos criterios, cada uno de ellos fundado en los principios involucrados en el caso concreto. El primer criterio es el de establecer el grado de la intensidad de la afectación de uno de los principios. El segundo criterio es el grado de importancia de la satisfacción del otro principio. De acuerdo con el primer criterio, las medidas judiciales y legislativas se ordenan como más o menos intensas. La medida que importe el mayor grado de intensidad será clasificada como grave, y la que importe el menor grado de intensidad será considerada como leve. En razón del segundo criterio, las medidas judiciales y legislativas se ordenan de acuerdo a la forma en que ellas contribuyan a la satisfacción del principio. Para ALEXY, la posibilidad de ordenación racional se comprobaría por el hecho de que ninguna persona se tomaría en serio una ordenación que catalogara a la prohibición total de llevar adelante una actividad como una afectación leve, al mismo tiempo que clasificase como grave la imposición de algún requisito relativamente inocuo para realizar tal actividad.

Siempre que tales ordenaciones sean racionales, las dos primeras etapas de la ponderación también serán racionales. La racionalidad de la tercera etapa dependerá de que el juicio respecto de la *proporción* entre el grado de importancia de la satisfacción de un principio y el grado de la intensidad de la afectación del otro sea también racional. Para ALEXY, es *evidente* que una afectación a un derecho fundamental está justificada si el grado de intensidad de la misma es inferior al grado de la importancia de la satisfacción de otro principio. Por lo tanto, al menos en algunos casos, la ponderación proveería de soluciones racionales para las colisiones entre principios. Al mismo tiempo, dado que la ponderación admite la posibilidad de que exista un empate entre los principios, entonces ella no proporcionaría una solución *en todos los casos* y, en consecuencia, el legislador tendría un papel práctico relevante en aquellas circunstancias en las que, precisamente, la ponderación no permite derivar una única solución.

⁸ “*GPi, jC*” representa al peso concreto del principio Pi en relación al principio Pj en el caso concreto conformado por las circunstancias “C”.

⁹ “*IPiC*” representa el grado de intensidad de la afectación al principio Pi en el caso concreto conformado por las circunstancias “C”.

III. El principio de proporcionalidad en el sistema interamericano.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó a utilizar el principio de proporcionalidad en los últimos años. En este apartado analizaremos un caso concreto en el que ello ocurrió. Se trata de la sentencia dictada en el caso "Kimel vs. Argentina".¹¹ El objetivo que perseguimos al proceder de este modo es doble. Por un lado, queremos ejemplificar con una decisión concreta la manera en que el principio de proporcionalidad puede ser aplicado por un tribunal. Por otro lado, nuestra intención es demostrar que la Corte Interamericana adoptó el principio de proporcionalidad en su totalidad, esto es, utilizando los tres subprincipios.

i. Los hechos del caso.

Eduardo Kimel, un periodista e historiador argentino, había publicado un libro, titulado "La Masacre de San Patricio", en el cual había investigado el asesinato de cinco religiosos, ocurrido durante la última dictadura militar. En ese libro, Kimel criticó la actuación de la justicia durante la dictadura y, en particular, efectuó una fuerte crítica al juez que intervino en la causa de dicho crimen. El juez mencionado en el libro inició una querrela por calumnias e injurias en contra de Eduardo Kimel, quien finalmente fue condenado, en suspenso, por el delito de calumnias. Estos hechos motivaron la presentación de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual solicitó a la Corte, en lo que aquí interesa, que determine si el Estado argentino había violado el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protege el derecho a la libertad de expresión.

ii. El principio de proporcionalidad en el razonamiento de la Corte Interamericana.

A juicio de la Corte Interamericana, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, dado que es posible que su ejercicio genere responsabilidades ulteriores, lo cual podría ocurrir si otro derecho se viera afectado por un ejercicio abusivo de aquélla. Para resolver el caso, la Corte afirmó que, por un lado, la crítica efectuada por Eduardo Kimel en su libro estaba amparada por la libertad de expresión, reconocida por la Convención Americana en su artículo 13 y que, por otro lado, el juez aludido en el libro tenía derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, en los términos del artículo 11 de la Convención (párrafos 54-56).

Esto plantea un conflicto de derechos que, para la Corte, tenía esta estructura (párrafo 56):

La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad.

¹⁰ "WP/C" representa el grado de importancia de la satisfacción del principio Pj en el caso concreto conformado por las circunstancias "C".

Para avanzar con la solución del caso, la Corte habría de seguir los siguientes pasos (párrafo 58):

Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el caso concreto la Corte i) verificará si la tipificación de los delitos de injurias y calumnia afectó la legalidad estricta que es preciso observar al restringir la libertad de expresión por la vía penal; ii) estudiará si la protección de la reputación de los jueces sirve una finalidad legítima de acuerdo con la Convención y determinará, en su caso, la idoneidad de la sanción penal para lograr la finalidad perseguida; iii) evaluará la necesidad de tal medida, y iv) analizará la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si la sanción impuesta al señor Kimel garantizó en forma amplia el derecho a la reputación del funcionario público mencionado por el autor del libro, sin hacer nugatorio el derecho de éste a manifestar su opinión.

A los efectos de este trabajo, nos interesará el análisis efectuado por la Corte en materia de proporcionalidad. Por esa razón, no avanzaremos en la evaluación sobre la violación del principio de estricta legalidad. En tal sentido, el punto de partida del razonamiento de la Corte es la aplicación del subprincipio de idoneidad. Para ello, es necesario identificar un fin legítimo, compatible con la Convención Americana. En el caso, dicho fin legítimo era la protección del honor del juez aludido en el libro escrito por Kimel. A su vez, el medio elegido, la coerción penal, resultaba idóneo, según la Corte, para alcanzar dicho fin pues, mediante la conminación de pena, se salvaguardaba el bien jurídico que se quiere proteger (párrafo 71).

Luego, la Corte aplicó los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Con respecto al primero, la Corte sostuvo que debía “*examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas*” (párrafo 74). En tal sentido, si bien para la Corte no siempre las medidas penales resultaban violatorias de la Convención con respecto a la libertad de expresión, lo cierto era que la elección de medidas penales debía ser excepcional, y debía apuntar a la protección de los bienes jurídicos más fundamentales. Dado que el Estado contaba con otros medio para alcanzar la finalidad de proteger la honra de las personas, como establecer supuestos de responsabilidad civil, entonces la Corte juzgó que, en el caso, la sanción penal no era necesaria (párrafos 75-80).

Con relación al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte afirmó, en el párrafo 84, que:

Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.

¹¹ Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177.

De ese modo, la Corte estimó que, en el caso, la afectación al derecho a la libertad de expresión había sido grave, en razón de las consecuencias del proceso penal, esto es, la imposición de una sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena (párrafo 85). Por otra parte, al tratarse las cuestiones discutidas en el libro de Kimel de asuntos de claro interés público, en concreto, una valoración de la actuación de la justicia argentina durante la dictadura militar y, especialmente, en relación al asesinato de los cinco religiosos, la Corte entendió que el umbral para evaluar la afectación del derecho al honor debía ser distinta a la que correspondería utilizar en caso de no mediar una cuestión de interés público. Es así que la Corte, al sostener que Kimel no se refirió a la vida privada del juez, ni tampoco le imputó un delito, no había afectado de manera grave el derecho al honor de éste (párrafos 86-92). Por lo tanto, la Corte concluyó que *“la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso”* (párrafo 94).

Como vemos, para la Corte, el Estado argentino violó en el caso el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Eduardo Kimel. Ello se debió a que la sanción penal impuesta era no sólo innecesaria sino también desproporcionada a la luz de los dos subprincipios del principio de proporcionalidad. En resumen, a los efectos de aplicar en un caso concreto el derecho protegido por la norma del artículo 13 de la Convención, la Corte Interamericana utilizó el principio de proporcionalidad, evaluando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la sanción impuesta a Eduardo Kimel. Esto implica que, tanto el Estado argentino, como otros Estados parte en la Convención Americana, deberían utilizar también el principio de proporcionalidad para determinar si su conducta se ajusta a los estándares que surgen de la propia Convención. Ahora bien, ¿tiene esta circunstancia alguna consecuencia para los criterios interpretativos que deben utilizar los tribunales argentinos? Analizaremos esa cuestión en el siguiente apartado.

IV. El impacto de los criterios interpretativos internacionales en el sistema interno.

Nuestra Corte Suprema sostuvo que la interpretación judicial de los tratados internacionales sobre derechos humanos debe ser hecha *de buena fe*, lo cual implica que la doctrina y la jurisprudencia elaborada por los organismos de aplicación de dichos tratados deben ser tenidas en cuenta por los tribunales locales.¹²

La reforma de 1994, a su vez, dispuso que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, entre los cuales está la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tienen jerarquía constitucional *“en las condiciones de su vigencia”*. La Corte Suprema interpretó que dicha expresión significa que tales instrumentos tienen jerarquía constitucional tal como ellos efectivamente rigen en el ámbito internacional *“y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”*, razón por la cual esa jurisprudencia debe servir como guía para la interpretación de las normas internacionales en

cuestión.¹³ Posteriormente, la Corte amplió ese criterio, pues consideró que la opinión de los organismos internacionales que no sean tribunales, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también debe servir de guía en la interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos.¹⁴

En resumen, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, la manera en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interprete las disposiciones de la Convención Americana está lejos de ser un dato trivial o irrelevante (MANILI, 2003: 183-186; PINTO, 2007). Si la Corte Interamericana utiliza el principio de proporcionalidad para determinar si la legislación de un estado parte en la Convención viola algún derecho protegido por ésta, entonces todo parece indicar que los tribunales locales también deberían valerse del principio de proporcionalidad cuando evalúen la validez de las leyes, o de otras normas, que restrinjan el ejercicio de los derechos contemplados en la Convención. Por cierto, esta conclusión se ve reforzada por la doctrina elaborada por la propia Corte Interamericana, según la cual las cortes de cada país están obligadas a controlar la *convencionalidad* de las normas nacionales.¹⁵

Siendo las cosas de esta manera, si la Corte Suprema desea ser consistente con su doctrina de deferencia interpretativa hacia los órganos internacionales de control, entonces debería abandonar el principio de razonabilidad y reemplazarlo por el de proporcionalidad.

V. ¿Es valioso el principio de proporcionalidad?

En la medida en que nuestra Corte acepte la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y este tribunal siga utilizando el principio de proporcionalidad como fundamento de sus sentencias, entonces la Corte Suprema deberá, por razones institucionales, adoptar y aplicar dicho principio cuando ejerce el control de constitucionalidad.

En este punto, creemos legítimo abrir el debate con respecto a si existen razones, ya no institucionales, sino sustanciales, para justificar una eventual decisión de nuestra Corte de adoptar el principio de proporcionalidad. En efecto, si tuviéramos buenas razones para considerar que tal principio es defectuoso, en algún sentido, entonces podríamos oponernos de manera justificada a la adopción del principio de proporcionalidad en la Argentina.

¹² CSJN, "Ekmekdján, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, Fallos 315:1492.

¹³ CSJN, "Girolodi, Horacio D. y otro", 07/04/1995, Fallos 318:514, considerando 11. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas como parecen. Para un ejemplo de los problemas que se plantean cuando la autoridad de la Corte Interamericana no es linealmente aceptada por la Corte Suprema, compárese CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", 23/12/2004, causa E.224.XXXIX, con id., "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal", 29/11/2011, Fallos 334:1504.

¹⁴ CSJN, "Bramajo, Hernán J.", 12/09/1996, Fallos 319:1840, considerando 8°. La jurisprudencia de la Corte presenta ciertos matices con respecto al nivel de obligatoriedad que los tribunales locales deben asignarle a los informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana. Véase, por ejemplo, CSJN, "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ habeas corpus", 22/12/1998, Fallos 321:3555; id., "Felicetti, Roberto y otros", 21/12/2000, Fallos 323:4130. Compárese con CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut s/ Proceso de Conocimiento", 06/08/2013, causa C.586.XLIV.

¹⁵ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154. Nuestra Corte Suprema también aceptó de manera explícita la doctrina del control de convencionalidad. Véase CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", 13/07/2007, Fallos 330:3248. Sobre este tema, véanse los trabajos reunidos en Albanese (2008).

Nuestra contribución al inicio de ese debate será la de resumir algunas de las críticas que, de modo habitual, se suelen dirigir en contra del principio de proporcionalidad. Cabe aclarar que no efectuaremos una discusión exhaustiva de cada una de esas objeciones, pues el objetivo de este trabajo es constituir un disparador para el debate. Asimismo, algunas de las críticas que aquí se presentarán de manera separada, pueden ser entendidas como reformulaciones de una misma objeción. Sin embargo, preferimos pecar por exceso, a fin de que los posibles inconvenientes del principio de proporcionalidad sean advertidos con la mayor claridad posible.

i. Los derechos como principios: ¿cuestión conceptual o decisión interpretativa?

Como vimos, uno de los presupuestos teóricos del principio de proporcionalidad es la equiparación propuesta por ALEXY entre las normas de derechos fundamentales con los principios. Según este enfoque, las normas sólo pueden tener la estructura de reglas o la de principios. De acuerdo a sus diferencias estructurales, cada tipo de norma tendrá un método de aplicación diferente: el de la subsunción, en el caso de las reglas, y el de la ponderación, en el de los principios.

Ahora bien, en general, se suele admitir que el *contenido* de las normas sobre derechos fundamentales es el resultado de una interpretación. Por lo tanto, ¿por qué habríamos de aceptar que las normas sobre derechos fundamentales tengan una determinada estructura como algo independiente de la interpretación de esos derechos? Establecer si las normas sobre derechos fundamentales tienen o no el carácter de mandatos de optimización forma parte de la tarea interpretativa, no se trata de un *dato* que los operadores encargados de aplicar esas normas encuentren "dado" en la naturaleza. Por lo tanto, como suele ocurrir con la interpretación jurídica, la opción judicial de considerar a los derechos como principios, en lugar de como reglas, depende de ciertas *preferencias valorativas* y no de cuestiones conceptuales (GUASTINI, 2010).

Más arriba, habíamos afirmado que, según las ideas de ALEXY, la aplicación del principio de proporcionalidad podía ser defendida en términos conceptuales y normativos.¹⁶ Ahora vemos que, en verdad, la defensa conceptual de ALEXY fracasa, puesto que no toma en cuenta el papel de la interpretación jurídica. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad sólo podría ser justificado en términos normativos. En los párrafos siguientes exploraremos algunas de las razones por las cuales podríamos pensar que el principio de proporcionalidad tampoco puede ser defendido normativamente.

ii. Los derechos como límites al gobierno.

En sus diferentes variantes, las teorías sobre los derechos resultan normativamente atractivas porque, entre otras cosas, ofrecen una justificación a ciertas restricciones al accionar gubernamental con fundamento en la protección o promoción de intereses que resultan fundamentales para el bienestar de las personas. Desde otra perspectiva, los derechos podrían ser entendidos como obligaciones que tienen los gobiernos de proveer a los seres humanos ciertos bienes básicos o, en su caso, una prohibición de impedir

que las personas accedan a tales bienes por sus propios medios. Por lo tanto, los derechos *constituirían límites al gobierno*, indicando que es lo que éste *debe y no debe* hacer. En la gráfica expresión de GARZÓN VALDÉS (1989), los derechos constituirían un “coto vedado” al legislador o, en cambio, si se prefiere la imagen propuesta por PRIETO SANCHÍS (2004), los derechos configurarían “límites geográficos” que el gobierno no debería traspasar.

Es interesante apreciar que, para tener sentido, estos límites deben estar fijados de una manera relativamente clara y, sobre todo, el ámbito de obligaciones y prohibiciones que imponen al gobierno debe tener una naturaleza tal que el propio gobierno no pueda transgredirlo invocando la existencia de otros bienes que, según podría ocurrir, tengan *más peso* que los bienes protegidos mediante derechos. De ese modo, el respeto de los derechos por parte del gobierno siempre debería tener *prioridad* frente a la satisfacción de otros bienes o intereses. En la filosofía política contemporánea, esta idea ha sido expresada de diversos modos. Así, se habla de los derechos como “triumfos”, o se afirma que ellos tienen “prioridad lexicográfica” o que constituyen “*side-constraints*” a la actividad gubernamental (respectivamente, DWORKIN, 1984; RAWLS, 1971: 52-53; NOZICK, 1974: 28-33; ver también HABERMAS, 1992: 326-334; SCHAUER, 1993). La prioridad de los derechos constituiría una buena herramienta para garantizar la inviolabilidad de los individuos frente a las decisiones de los gobiernos, especialmente si estas son tomadas en base a fundamentos perfeccionistas, colectivistas o consecuencialistas.

La noción de que el respeto de los derechos por parte del gobierno debe tener prioridad frente a la satisfacción de otros bienes es incompatible con la ponderación de principios, tal como la propone ALEXY (DA SILVA, 2011: 281). En efecto, la ponderación importa *poner en juego en cada caso el peso del derecho frente a otros principios*, mientras que el concepto de prioridad implica que, en todo caso, el derecho derrotará a otros principios que pudieran entrar en conflicto con él.¹⁷ Por lo tanto, la idea de prioridad promete soluciones *universales*, mientras que la ponderación nos conduce a una forma de *particularismo*.¹⁸

Dicho en otros términos, bajo el enfoque de la ponderación, los individuos sólo son titulares de derechos *prima facie*, y contarán con un derecho definitivo únicamente después de haber aplicado el principio de proporcionalidad.¹⁹ Para que, en un caso concreto, una persona tenga efectivamente un derecho definitivo, será necesario que no exista ningún otro principio que, en el caso, tenga un peso mayor

¹⁶ Ver II, iv y v, *supra*.

¹⁷ Por cierto, tal concepto de prioridad ha sido criticado, con el argumento de que un genuino razonamiento justificatorio requiere una “consideración de todas las cosas”, de modo tal que no puede asumirse sin más que ciertas razones tengan siempre prioridad frente a otras, pues ello inhibiría la formulación de un razonamiento correcto (MICHELON, 2010). Si bien no podemos hacernos cargo aquí de los argumentos de MICHELON, vale formular la siguiente aclaración. En caso de que el razonamiento práctico no garantice la adopción de *decisiones racionales* porque, en ciertos contextos, es imposible adoptar una decisión tal, entonces resulta necesario contar con criterios de segundo orden para superar la situación de *impasse* que se genera cuando las razones de primer orden no son suficientes para adoptar una decisión. De ese modo, la prioridad de los derechos constituiría una razón de segundo orden para solucionar problemas prácticos complejos, como los que se podrían dar cuando existan “empates” entre principios o cuando los principios involucrados sean inconmensurables.

¹⁸ Sobre este tema existe una interesante polémica entre MORESO (2009: 267-307) y CELANO (2010). Mientras que el primero defiende la idea de que la ponderación no conduce necesariamente al particularismo, el segundo considera que el particularismo es consecuencia ineludible de la ponderación.

¹⁹ Ver II, iii, *supra*.

al derecho *prima facie*. Con el enfoque de la prioridad, en cambio, el individuo tiene un derecho (definitivo) *con independencia de la ponderación y de cualquier otro principio que pueda resultar aplicable al caso*. Es fácil advertir que, si para el modelo de la ponderación, los derechos son principios, entonces, para el otro modelo, los derechos son reglas, pues la determinación de si ellos son respetados no depende de una cuestión de grado, sujeta a las circunstancias fácticas y jurídicas.

Por lo tanto, el uso del principio de proporcionalidad relativiza la normatividad de los derechos y, de ese modo, los derechos pierden su capacidad de constituir límites al gobierno.²⁰ Concebir a los derechos como límites a la actividad del gobierno forma parte de la tradición política del constitucionalismo.²¹ De ahí que si estuviera en nuestro interés generar las condiciones para un genuino gobierno constitucional, deberíamos optar por interpretar a las normas sobre derechos fundamentales como reglas, en lugar de como principios (ver, por ejemplo, TSAKYRAKYS, 2009: 470).²² Sin embargo, frente a esta objeción, algunos defensores del principio de proporcionalidad afirman que su aplicación impone límites al accionar gubernamental desde el momento en que obliga al gobierno a cumplir con los tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta), ofreciéndole a las personas afectadas, la posibilidad de contar con un foro para cuestionar las decisiones que, aparentemente, no cumplan con dichos requisitos. De ese modo, el gobierno se vería obligado a demostrar que efectivamente cumplió con el principio de proporcionalidad (KUMM, 2010).

Esta defensa del principio de proporcionalidad apunta a una de sus supuestas virtudes: la de permitir un procedimiento racional para controlar las decisiones gubernamentales. Si ocurriera que, en definitiva, el principio de proporcionalidad fuera incapaz de permitir tal cosa, entonces tendríamos una razón menos para apoyar su implementación.

iii. El lugar de la argumentación moral sustantiva.

El principio de proporcionalidad puede ser justificado en la medida en que, según sus defensores, el mismo constituye un procedimiento racional para tomar decisiones, pues permite explicitar y controlar las razones que se ofrecen para justificar una determinada medida que afecte derechos fundamentales.²³ Uno de los argumentos más sofisticados presentados en tal sentido fue elaborado recientemente por Mattias KUMM. De acuerdo con este autor, el principio de proporcionalidad no es otra cosa que la estructura para la justificación de un acto en términos de razón pública (KUMM, 2010: 150). Por lo tanto, el objetivo del principio de proporcionalidad no sería el de colaborar con la *interpretación* de las normas

²⁰ Ello se debe, entre otras cosas, a que, en el marco de la ponderación, los derechos son equiparados a intereses colectivos (LA TORRE, 2006: 59).

²¹ Por cierto, en la literatura especializada no hay un consenso con respecto a la relación apropiada entre derechos, constitucionalismo y democracia (WALDRON, 1999; FABRE, 2000: 278-282; GARGARELLA, 2008; MORESO, 2009: 111-150; BAYÓN, 1998; MOCOROA, 2013). Sin embargo, aunque cada concepción sobre el constitucionalismo discrepa en cuanto al lugar que le corresponde a cada uno de esos elementos, todas comparten la idea de que una genuina concepción del constitucionalismo debe acomodar a todos ellos de alguna manera.

²² Sin embargo, a veces se argumenta que la ponderación podría ser necesaria para complementar la defensa contra decisiones perfeccionistas, colectivistas o consecuencialistas que provendría del modelo de la prioridad (KUMM, 2007).

sobre derechos fundamentales, sino el de establecer un *estándar de justificación* que debe ser satisfecho por las medidas que afecten a esos derechos (KUMM, 2010: 144).

Según KUMM (2010: 168), la legitimidad de las decisiones públicas depende de que ellas sean justificables en términos tales que puedan ser razonablemente aceptados incluso por quienes están en desacuerdo con ellas. De ese modo, cuando un tribunal aplica el principio de proporcionalidad, lo que está haciendo es, en verdad, controlar si la justificación ofrecida por la autoridad en relación a cierta medida que afecte a un derecho puede ser plausiblemente justificada en términos de razón pública (KUMM, 2010: 169). Se sigue de allí que el principio de proporcionalidad es el medio a través del cual los ciudadanos pueden ejercer el derecho a criticar y controlar las decisiones que, en su nombre, adopta el gobierno de una comunidad política (KUMM, 2010: 170-171).

Si nos guiamos por esta lectura del principio de proporcionalidad, su principal fortaleza radicaría en que es capaz de abrir la argumentación sobre derechos fundamentales a razones sustantivas provenientes de diferentes concepciones sobre la justicia. Sin embargo, la estructura del principio de proporcionalidad más que alentar la argumentación sustantiva, parece esconderla detrás del disfraz de los tres subprincipios. Veamos cómo es que ello ocurre.

Frente a un planteo de constitucionalidad respecto de una medida legislativa que afecta a un derecho fundamental al tiempo que promueve un principio legítimo, el juez puede considerar, dadas las circunstancias del caso, que ella, o bien es constitucional, o bien es inconstitucional. El principio de proporcionalidad, como efectivamente afirman sus defensores, estructura la argumentación que se debe llevar adelante para justificar una u otra de las soluciones posibles al caso. En nuestro ejemplo, ya asumimos que la medida es idónea para promover un principio legítimo. Asumamos también que dicha medida es necesaria. El punto central que debe argumentarse a continuación es el de establecer si el grado de la importancia de satisfacer el principio legítimo es mayor que el grado de afectación que la medida legislativa le irroga al derecho. Si ello fuera el caso, entonces el principio legítimo tendrá precedencia respecto del derecho en las circunstancias del caso, supuesto en el cual, la medida legislativa será constitucional. Si no, la medida legislativa será inconstitucional. Para facilitar la explicación, excluirémos por ahora a las situaciones de empate.

Esta argumentación sobre la precedencia puede asumir dos formas, una cuantitativa y otra cualitativa.²⁴ La distinción entre ambas, tal como la propone WALDRON (1993: 220-224), es la siguiente. La argumentación cuantitativa presenta a la relación de precedencia como un *cálculo*, en el cual se compara la importancia de cada uno de los principios en juego, sin elaborar una explicación que los ponga en relación, más allá del propio "cálculo" consistente en comparar su peso. Ello es, precisamente, lo que ocurre con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, tal como se explicó, la ponderación consiste en determinar el grado de afectación de un derecho fundamental, el grado de

²³ Ver II, v, *supra*.

²⁴ Una distinción análoga, aunque en el contexto de la discusión entre estrategias universalistas y particularistas de aplicación del derecho, en BOUVIER (2012: 329).

importancia de satisfacer otro principio, y luego, comparar ambos grados, para establecer si la medida que afecta el derecho es proporcionada.

La argumentación cualitativa, en cambio, presenta la relación de precedencia como una explicación sustantiva que da cuenta de las razones por las cuales un principio debe tener precedencia sobre otro. En otros términos, se trata de explicar, precisamente, *cuál es la relación entre los principios en conflicto*. De acuerdo con WALDRON, ello es lo que ocurre con el enfoque de la prioridad. En efecto, las teorías elaboradas por los defensores de ese modelo apuntan, justamente, a explicar por qué ciertos intereses deben ser protegidos frente a pretensiones perfeccionistas, consecuencialistas o colectivistas. Estas teorías, entonces, procuran *justificar* la prioridad de los derechos.

Por lo tanto, para que el principio de proporcionalidad pueda cumplir con la función que KUMM le asigna, la práctica judicial debería acercarse más a la forma cualitativa de argumentación. Sin embargo, como lo demuestra el caso "Kimel", y en general los casos en los que se aplica el principio de proporcionalidad, los tribunales suelen optar por una argumentación cuantitativa, que se limita a determinar el grado de afectación del derecho y el grado de importancia de satisfacer a otro principio, estableciendo luego si existe proporcionalidad entre uno y otro.

Esta situación, no obstante, podría ser el resultado de una aplicación *incorrecta* del principio de proporcionalidad. En tal sentido, se podría sugerir que los tribunales deberían ajustar sus prácticas de forma tal de llevar adelante una genuina argumentación sustantiva. La cuestión, entonces, es si el principio de proporcionalidad realmente *exige* que los tribunales desarrollen una argumentación de ese estilo. Sin embargo, para demostrar que el principio de proporcionalidad *exige* determinada conducta es necesario, a su vez, elaborar un argumento moral en ese sentido.²⁵

Según KUMM, el argumento moral que justifica el principio de proporcionalidad es que dicho principio obliga a los jueces a hacer explícita la justificación normativa de las medidas gubernamentales que afecten a las personas. Convengamos, sin embargo, que si las cosas son de este modo, lo relevante es la justificación de esa clase de medidas. Por lo tanto, un tipo de argumentación cualitativa, que se fundamente en la explicación de la relación entre los principios involucrados, parece adecuarse mejor a esa finalidad que las argumentaciones cuantitativas.

En la medida en que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se contenta con establecer una comparación entre el grado de afectación de un derecho y el grado de satisfacción de un principio, entonces el principio de proporcionalidad *no exige una forma cualitativa de argumentación*. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad, cuando es aplicado por los tribunales, desplaza a la genuina argumentación sustantiva o, si se prefiere, la oculta debajo del disfraz del "cálculo" que proviene de la

²⁵ "Now, while one might accept the idea of the commensurability of values within the ambit of a moral discourse, there is no way to accept the notion that values are commensurable without a moral argument, that is, an argument that relates them and justifies degrees of priority. If the moral discourse is lacking, there is no way to demonstrate that values, indeed, are commensurable, and it makes no sense, therefore, to pretend that the principle of proportionality allows us to do it" (TSAKYRAKYS, 2009: 474).

fórmula del peso.²⁶ De ahí se sigue también, entonces, que la omisión de los tribunales de efectuar una argumentación sustantiva no se debe a una aplicación incorrecta del principio de proporcionalidad sino, bien por el contrario, al hecho de que se lo está aplicando correctamente.

A ello debe agregarse que, como lo ha sugerido Stavros TSAKYRAKYS, el principio de proporcionalidad tampoco exige que los jueces ofrezcan una fundamentación acerca de cuáles principios *merecen ser objeto de ponderación*. De ese modo, ciertos principios irrelevantes o, incluso, moralmente reprochables, podrían ser ponderados en sede judicial.²⁷ Frente a esta observación, un defensor del modelo de la ponderación podría argumentar que la irrelevancia del principio quedará en evidencia en el momento de aplicarse el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, dado que la aplicación de dicho subprincipio tiene lugar *al final* del razonamiento judicial, la utilización del principio de proporcionalidad enturbia la presentación del problema real, pues el punto de partida asume que un principio merece ser ponderado con otros, solamente para descubrir, al final, que su importancia era tan escasa, que no se justificaba iniciar el proceso de ponderación en primer lugar (TSAKYRAKYS, 2009: 481-484).

El principio de proporcionalidad, entonces, distorsiona la argumentación moral sustantiva. De acuerdo con la ley de la ponderación, una medida que afecte un derecho fundamental resulta justificada si el grado de afectación es menor al grado de importancia de la satisfacción del principio que constituye el fin legítimo de la medida. Esta forma de encarar la justificación de las medidas que afecten derechos resulta insensible respecto de aspectos relevantes de la argumentación moral. Si, como sostienen varios defensores del principio de proporcionalidad, incluso los derechos triviales deben ser objeto de ponderación, podría darse el caso en que tenga lugar un conflicto entre un derecho trivial y un bien colectivo muy importante. Si, por hipótesis, la afectación al derecho fuese seria y el grado de satisfacción del bien colectivo fuera leve, entonces, por aplicación de la ley de la ponderación, la medida debería ser declarada inconstitucional.

Sin embargo, la solución alcanzada resulta sumamente contraintuitiva. Imaginemos, por ejemplo, que, por consideraciones ambientales (v.gr., reducir la polución) el gobierno decidiera prohibir la realización de carreras de autos practicadas en forma *amateur*. Es evidente que la prohibición entraña una restricción seria al "derecho a participar en carreras de autos en forma *amateur*". A su vez, la reducción de polución por emisión de gases es pequeñísima en comparación con la que se produce por el tráfico vehicular cotidiano, de modo tal que la satisfacción del principio de protección del medio ambiente es

²⁶ Algunos defensores del principio de proporcionalidad señalan como una virtud el hecho de que el mismo se mantenga neutral frente a distintas concepciones morales y filosóficas (BEATTY, 2004: 166-168). La posición de BEATTY es indicativa del hecho de que, según parece, hay quienes piensan que el principio de proporcionalidad podría ser aplicado correctamente, con independencia de las teorías morales a las que adhieran los jueces, y además sin que su justificación dependa de alguna concepción sustantiva en particular. Ciertamente, esta no es la posición de KUMM, para quien existe una conexión entre el principio de proporcionalidad y teorías políticas robustas, como el liberalismo o el republicanismo. Sin embargo, la concepción de ALEXY (2010: 31, nota 41) sí parece acercarse a ella, cuando afirma que la ponderación es una estructura formal que no contiene, en cuanto tal, sustancia alguna.

²⁷ Para una justificación del carácter "generoso" del principio de proporcionalidad en cuanto al tipo de intereses que se consideran aptos para la ponderación, ver MÖLLER (2013) y KUMM (2010: 151).

solamente leve. Ahora bien, la insensibilidad del principio de proporcionalidad frente a la argumentación sustantiva demuestra que la aplicación de la ponderación nos puede llevar al absurdo. Si nos limitamos a hacer un "cálculo" que compare los grados de afectación y de satisfacción de cada principio deberíamos propiciar la declaración de inconstitucionalidad de la medida, pese a que, en principio, parece posible desarrollar una argumentación que demuestre que, aunque sea en forma leve, la protección del medio ambiente justifica ampliamente desconocer un derecho relativamente trivial como el que invocan los pilotos *amateurs*. En cualquier caso, el punto aquí no es analizar si la medida está efectivamente justificada o no. De lo que se trata es de demostrar que el principio de proporcionalidad distorsiona la argumentación sustantiva, y el ejemplo parece indicarnos que efectivamente lo hace.

Es interesante notar que un defensor del principio de proporcionalidad podría argumentar que el problema señalado en el ejemplo se solucionaría si se tuviera en cuenta el *peso abstracto de los principios*.²⁸ De ese modo, se podría pensar que el derecho de los pilotos *amateurs* tendría un peso abstracto mucho más reducido que el del principio de protección del medio ambiente, con lo cual, se explicaría por qué, a pesar de todo, la medida podría ser considerada constitucional. Sin embargo, la inclusión del peso abstracto demuestra que la argumentación moral, y abstracta, es ineludible, y que la ley de la ponderación, en definitiva, no nos indica "qué es lo que debe ser argumentado", pues, por sí solos, los grados de afectación y de satisfacción de los principios involucrados resultan insuficientes para esclarecer cuál es la solución correcta que debe darse a un caso. Por otra parte, aceptar que los principios admiten una ordenación abstracta contradice la presentación inicial de la teoría de ALEXY (1985: 130-135), en la cual se negaba esa posibilidad.²⁹ Finalmente, si los principios pudieran ser ordenados de manera abstracta, ¿por qué habríamos de rechazar el modelo de la prioridad? Si establecemos que cierto derecho, por ejemplo, la libertad personal, es, en abstracto, mucho más importante que el bien colectivo consistente en castigar a quienes cometieron delitos, y ello justifica establecer una presunción de inocencia, entonces cualquier medida legislativa que establezca una presunción de culpabilidad sería inconstitucional, sin que sea necesario en modo alguno que apliquemos el principio de proporcionalidad en sentido estricto para establecer los grados de afectación o de satisfacción de los principios involucrados.

Como vemos, el principio de proporcionalidad tiene el efecto de que los derechos no establezcan reglas y, de ese modo, siempre quedan sujetos a restricciones según el grado de afectación y de satisfacción de los principios involucrados (TSAKYRAKYS, 2009: 484-487). De ese modo, los derechos pierden normatividad. Por otra parte, el argumento elaborado por KUMM, relativo a que el principio de proporcionalidad establecería un *estándar de justificación* que debe ser satisfecho por las medidas que afecten a esos derechos, no constituye una defensa eficaz del principio, pues, aunque es verdad que impone un estándar de justificación, lo cierto es que dicho estándar no propicia, sino que distorsiona, la argumentación moral sustantiva.

²⁸ Un argumento de esa naturaleza podría basarse en la elaboración completa de la fórmula del peso que propuso ALEXY (2007: 15, 24), en la cual se incluye, precisamente, al peso abstracto de los principios en juego.

²⁹ Ver II, v, *supra*.

VI. Conclusión.

A lo largo de este trabajo, explicamos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó el principio de proporcionalidad como herramienta para aplicar las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dado que, según la jurisprudencia elaborada por nuestra Corte Suprema, los tribunales argentinos deben aplicar las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional de conformidad con los criterios interpretativos elaborados por los respectivos organismos internacionales de control, entonces existe una razón de tipo institucional para que nuestros jueces, incluso los de la Corte Suprema, se vean obligados a adoptar el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, en la propuesta teórica de Robert ALEXY, la adopción del principio de proporcionalidad es justificada tanto en base a razones conceptuales, como normativas. Sin embargo, como se explicó, las razones conceptuales no resultan independientes de consideraciones normativas, en la medida en que la estructura de las normas constitucionales es el resultado de un juicio interpretativo. Por lo tanto, los defensores de la adopción del principio de proporcionalidad en la Argentina deberían ser capaces de ofrecer poderosas razones sustantivas para justificar su propuesta.

La plausibilidad normativa del principio de proporcionalidad es, no obstante, sumamente cuestionable. En efecto ocurre que, por un lado, la aplicación del principio de proporcionalidad tiende a restarle fuerza normativa a los derechos constitucionales, obstaculizando así la posibilidad de conformar un genuino régimen constitucional, en el cual los derechos sean capaces de limitar, en forma efectiva, el accionar gubernamental. Por otro lado, se da el caso de que la peculiar estructura del principio de proporcionalidad tiende o bien a que los jueces no desarrollen una argumentación moral sustantiva a la hora de dictar sus sentencias, o bien a que lo hagan de una manera harto distorsionada.

Por lo tanto, aunque la cuestión merezca seguramente un debate todavía más amplio y profundo, las dificultades señaladas parecen demostrar que la reticencia de la Corte Suprema en adoptar el principio de proporcionalidad hasta el momento no resulta del todo injustificada.

Bibliografía.

- ALBANESE, S., coord. (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires, Ediar, 2008.
- ALEXY, R. (1985). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ALEXY, R. (2007). "The Weight Formula". En STELMACH, J. y otros, *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the Economic Analysis of Law*. Cracovia, Jagiellonian University Press, 2007,9-27.
- ALEXY, R. (2010). "The Construction of Constitutional Rights". En *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, Vol. 4 (1), 21-32.
- BAYÓN, J. (1998). "Diritti, democrazia, costituzione". En *Ragion Pratica*, 1998, N° 10, 41-64.
- BEATTY, D. (2004). *The Ultimate Rule of Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2004.

- BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BOUVIER, H. (2012). *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Madrid, Marcial Pons, 2012.
- CAYUSO, S. (2009). *Constitución de la Nación Argentina comentada. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*. Buenos Aires, La Ley, 2009.
- CELANO, B., (2010). "Derrotabilidad y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables". En ORTEGA GOMERO, S., ed., *Interpretación y Razonamiento Jurídico*. Lima, Ara Editores, 2010, II, 207-227.
- CIANCIARDO, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Ábaco, 2004.
- CLÉRICO, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, EUDEBA, 2009.
- CLÉRICO, L. (2012). "Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En CAPALDO, G. y otros, *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires, EUDEBA, 2012, 199-219.
- COHEN-ELIYA, M. y PORAT, I. (2013). *Proportionality and Constitutional Culture*. Nueva York, Cambridge University Press, 2013.
- DA SILVA, V. (2011). "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, Vol. 31 (2), 273-301.
- DWORKIN, R. (1984). "Rights as Trumps". En WALDRON, J., ed., *Theories of Rights*. Oxford, Oxford University Press, 1984, 153-167.
- FABRE, C. (2000). "The Dignity of Rights". En *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, Vol. 20 (2), 271-282.
- GARGARELLA, R. (2008). "Constitucionalismo versus democracia". En GARGARELLA, R., ed., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, I, 23-40.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1989). "Representación y democracia". En *Doxa*, 1989, N° 6, 143-164.
- GUASTINI, R. (2010). "Deffetibilità, lacune assiologiche, e interpretazione". En *Revus*, 2010, 14, 57-72.
- HABERMAS, J. (1992). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 2005.
- KUMM, M. (2007). "Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement". En PAVLAKOS, G., ed., *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Hart, 2007, 131-166.

- KUMM, M. (2010). "The Idea of Socratic Constestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review". En *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, Vol. 4 (2), 140-175.
- LA TORRE, M. (2006). "Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights". En MENÉNDEZ, J., y ODDVAR ERIKSEN, E., eds., *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht, Springer, 2006, 53-67.
- LINARES, J. (2002). *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Astrea, 2002.
- MANILI, P. (2003). *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*. Buenos Aires, La Ley, 2003.
- MICHELON, C. (2010). *Being Apart from Reasons. The Role of Reasons in Public and Private Moral Decision-Making*. Dordrecht, Springer, 2010.
- MOCOROA, J. (2013). "Balance de una Discusión: 'Derechos y Justicia constitucional' revisitado". En *Discusiones*, 2013, N° 12, 121-193.
- MÖLLER, K. (2013). "Proportionality and Rights Inflation". En *LSE Law Society and Economy Working Papers*, N° 17, 2013, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2272979 (página visitada el día 3 de marzo de 2014).
- MORESO, J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- NOZICK, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. Oxford, Blackwell, 1974.
- PINTO, M. (2007). "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia". En ABRAMOVICH, V. y otros, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2004). "El constitucionalismo de los derechos". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004, Vol. 71, 47-72.
- RAWLS, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- SCHAUER, F. (1993). "A comment on the structure of rights", *Georgia Law Review*, 1993, Vol. 27, 415-434.
- STONE SWEET, A. y MATHEWS, J. (2008). "Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism". En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008-2009, Vol. 47, 72-164.
- TSAKYRAKYS, S. (2009). "Proportionality: an assault on human rights?". En *International Journal of Constitutional Law*, 2009, Vol. 7 (3), 468-493.
- WALDRON, J. (1993). "Rights in Conflict". En *Liberal Rights. Collected Papers, 1981-1991*. Nueva York, Cambridge University Press, 1993, 203-224.
- WALDRON, J. (1999). *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons, 2005.

MANIFIESTO SOBRE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS. A PROPÓSITO DE LOS 20 AÑOS DE LA “CONSTITUCIÓN REFORMADA”

Por Raúl Gustavo Ferreyra

RESUMEN

El artículo realiza un análisis y balance sobre la reforma constitucional de 1994. Parte de la idea de que la reforma constitucional no es un elemento negativo sino que demuestra la buena salud del propio sistema. Concluye que la constitución reformada en 1994 es, en gran medida, una constitución inactuada, ya sea por deficiencias en la formulación normativa, o por entregar parte del poder constituyente al poder constituido congreso. Además, entiende que con relación al Derecho constitucional del Poder, lamentablemente no se alteró la anatomía que la precedió. Con la excusa de la modernización congresual y la transferencia de atribuciones, todo quedó en forma semejante.

PALABRAS CLAVE

Reforma constitucional de 1994 – Garantías – Derechos Humanos

MANIFESTO ON GUARANTEES OF RIGHTS. 20 YEARS OF THE "REFORMED CONSTITUTION"

By Raúl Gustavo Ferreyra

ABSTRACT

The article analyzes and makes a balance on the constitutional reform of 1994. Starts out from the idea that constitutional reform is not a negative element but it shows the health of the system itself. Concludes that the constitution amended in 1994 is a "non-effective" constitution, either by deficiencies in policy formulation, or because executive Power has delegate too much power to the Congress. It is also understood that with respect to constitutional power, unfortunately the anatomy was not altered. With the excuse of congressional modernization and transfer of powers, everything was left untouched.

KEY WORDS

The constitutional amendment from 1994 – Guarantees – Human Rights

MANIFIESTO SOBRE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS*. A PROPÓSITO DE LOS 20 AÑOS DE LA "CONSTITUCIÓN REFORMADA"**.

Por Raúl Gustavo Ferreyra***

Planteo

Los aniversarios son momentos relevantes —a veces ideales por su fortaleza— para reconsiderar no sólo los fundamentos emocionales sino también los fundamentos racionales de consenso de los ciudadanos en su comunidad y de la individualidad ciudadana en la comunidad. Al cumplirse, el próximo día 22 de agosto, dos décadas de "constitución reformada" en forma circunscrita, desenvuelvo sobre el andarivel de la racionalidad y la experiencia jurídica esta pieza que bien puede ser denominada "manifiesto".¹ Dentro del itinerario se promueven siete "microtesis"². Las enumero y desarrollo en las próximas siete secciones; en general: con brevedad.

No cometo ninguna infidencia si adelanto las dos orientaciones finales de la trama discursiva. Así, por un lado, *la reforma constitucional no es un hecho patológico o una dolencia del orden jurídico; la reforma debe ser captada como un hecho fisiológico, que está prevista en el propio artículo 30 constitucional^B en la Argentina*. Por otro lado, *el diseño de los derechos fundamentales debe observar, aguda, profunda y rigurosamente, la arquitectura correlativa sobre sus respectivas garantías para proteger o estimular su concreción; nótese, además, que hay garantías que implican una abstención estatal y otras, un efectivo quehacer. Garantías positivas de los derechos fundamentales: promueven, alientan, favorecen, en particular los derechos sociales, económicos y culturales; el endeudamiento del Estado coloca en crisis vital a estas garantías*.

* Versión escrita de la disertación oral realizada el día 14/8/2014, en el evento "A 20 años de la reforma constitucional: reflexiones y desafíos futuros", organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el Palacio San Martín. La bibliografía, que puede leerse por todos al final de la contribución, fue añadida inmediatamente después de la exposición. También, se juzga apropiado en esta versión introducir algunas citas al pie con el objetivo de profundizar la argumentación. En forma semejante, este texto fue presentado también, el 19/8/2014, en el marco del XXI Encuentro de Profesores de Derecho constitucional "A 20 años de la reforma constitucional. Balance y agenda", organizado por la Asociación Argentina de Derecho constitucional, en la ciudad de Sante Fe, mesa temática: "Nuevos derechos y garantías"

** Germán J. Bidart Campos denominó de dicha forma —"constitución reformada"— al resultado de la creación jurídica de la Convención constituyente de 1994. Al cumplirse diez años de su fallecimiento el día 3 de septiembre, se apela a su descripción, en evocación constante de su magisterio. Además, bautizó su *Manual* con dicha terminología.

*** Profesor titular de Derecho constitucional, Facultad de Derecho, UBA. Doctor de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Escrito en que se hace pública declaración de doctrinas o propósitos de interés general.

² Llamo la atención de ese modo, especialmente, por el hecho que aquí no se puede desarrollar la discusión crítica. Por consiguiente, no es tanto la extensión o solvencia de las afirmaciones; mantengo la esperanza de que posean entidad; sin embargo, la ausencia del diálogo apuntado las deja con la denominación propiciada.

³ Artículo 30 - "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".

I. Estado, ley suprema y sistema constitucional

Llámesese "Estado constitucional" a todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y población) y dos elementos constituyentes no naturales (poder y constitución); uno de estos últimos, peculiarmente, es el "artificio fundamental", la suma regla suprema del orden cuya estabilidad y previsibilidad se intenta establecer con hegemonía suficiente. En el Estado constitucional, todo el Derecho del Estado debe ser Derecho genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental del sistema. Las reglas que fundamentan al mencionado Estado son un instrumento "tecnológico"; ergo, una constitución, por ejemplo, podría compararse con un reloj, porque en forma semejante sirve o se la puede utilizar para conocer el tiempo, dar cuenta del pasado, fijar el presente y trazar el horizonte de proyección hacia el futuro. Un instrumento de alta tecnología.

La Argentina es un Estado constitucional desde 1853. Sin embargo, desde dicho momento y hasta 1916 —triumfo electoral de Hipólito Yrigoyen, merced al apoyo de los ciudadanos varones que pudieron expresarse y colectarse por conducto de la Ley 8871⁴—, se constituyó como un Estado casi sin pueblo, pura oligarquía conservadora que pretendía asumir un discurso liberal para encubrir su verdadera filiación ideológica: conservar y usar un derecho de propiedad predisposto con injusticia social, con exclusión de la mayoría de los habitantes y en desconocimiento de sus derechos políticos. Recién a partir de 1983, sin equívocos, la Argentina se convierte en un Estado constitucional. Queda indisolublemente unida al propio proceso del constitucionalismo en América del Sur.

Al mismo tiempo, en diciembre de 2015, al cristalizar el final de su segundo período constitucional de gobierno, Cristina Fernández de Kirchner será la única líder política, la única presidenta, elegida y ungida por los varones y mujeres que integran el cuerpo electoral, que no apeló, en ningún momento, a la promoción o iniciativa del proceso de reforma constitucional. Hecho inédito en la historia política y constitucional de la República. Por entonces serán... más de 162 años.

Regresemos a la constitución. Puesta la constitución⁵ en el mundo, su significado se desenvuelve entre la lealtad a la redacción originaria, la actualización de su campo semántico y la estipulación de la necesidad de su cambio.

El Derecho constitucional nace de la Constitución federal —en adelante CF—, con la siguiente singularidad: la CF es la fuente de producción de las normas, permanentes y transitorias, de raíz constitucional cobijadas dentro de las cuatro esquinas de su texto. Fuera de su texto, al mismo tiempo, por

⁴ Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 26 de marzo de 1912. Dispuso vigorosamente en su artículo 1: "Son electores nacionales los ciudadanos nativos y los naturalizados desde los diez y ocho años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral". Y en el artículo 5: "El sufragio es individual, y ninguna autoridad, ni persona, ni corporación, ni partido o agrupación política puede obligar al elector a votar en grupos, de cualquier naturaleza o denominación que sea". Regiamente también prescribió la naturaleza secreta del sufragio.

⁵ El Derecho constitucional, una vez creado, fluye. Pero ¿hacia quiénes?, ¿hacia los ciudadanos?, ¿hacia los servidores públicos?, ¿hacia ciudadanos y servidores públicos? El Derecho constitucional de la Argentina organiza dos subsistemas normativos: primario, del ciudadano y los servidores públicos, y secundario, de los servidores públicos. Desafortunadamente, algunos servidores públicos suelen creer e intentan hacer creer que ellos, y solamente ellos, son los únicos destinatarios de la norma suprema.

aplicación del artículo 75, inciso 22 (producido por el poder constituyente en 1994)⁶, la Constitución es fuente de aplicación y validación del Derecho internacional de los Derechos Humanos —en adelante, DIDH—, que goza de jerarquía constitucional. En consecuencia, existe un Derecho constitucional federal de la Argentina de raíz y jerarquía constitucional; existe también otro subsistema que no tiene raíz constitucional pero sí jerarquía: el DIDH validado jerárquicamente por el artículo 75, inciso 22, recién referido. Además, también tiene existencia una hipótesis singular y excepcional de creación: la interpretación judicial, especialmente la de la CSJN, al asociar un significado y crear Derecho constitucional. Este nuevo momento inaugura el “sistema de la Constitución federal”, que queda integrado por los tres elementos antedichos: las normas propiamente formuladas en la CF, las provenientes del DIDH y las generadas por la CSJN. No hay más Derecho constitucional de la República Argentina.

En resumen, el sistema de la Constitución federal es la única fuente del Derecho constitucional (el Derecho de raíz y jerarquía constitucional); en pocas palabras: el origen de las fuentes. La CF es la fuente del Derecho constitucional, y éste, del Derecho argentino.

En el período 1983-2014 la Constitución federal se ha erigido como una norma procesal: garantiza las elecciones, la formación de la voluntad mayoritaria y minoritaria, así como también el acceso al poder y los controles, antes que en la consolidación de una norma que recogiese, a su vez, la consumación de determinados valores sustantivos. Resulta capital, por ende, el contexto que se anuncia sobre la constitucionalización del Estado argentino. O dicho de otro modo: el ámbito de desarrollo del texto constitucional federal.

Quizá pudiese interpretarse que este marco de referencia observe demasiada extensión. El Estado constitucional siempre debe ser objeto de reafirmación y desarrollo. Paralelamente, ciertos aspectos de la emergencia política, económica, social y financiera tienden a no calzar o no calzan en la constitución. Se yergue un derecho estatal fuera de la constitución, pero no hay espacio aquí para su detallado tratamiento.⁷ Eliminar o reducir al estado policial —el tipo opuesto por antonomasia al Estado constitucional— o eliminar el derecho estatal no constitucional no tiene que preocupar en la utilización de medios para

⁶ Artículo 75 - “Corresponde al Congreso:

“22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁷ Para la evaluación de esta cuestión, se remite al lector a Ferreyra, 2003 y 2014

lograrlo, porque la composición de este último destruye o devalúa la regla sobre la subordinación del Estado al Derecho de la constitución.

II. Mecanismos garantistas

La afirmación descrita en el apartado I se relaciona razonadamente con otra afirmación establecida en otro sitio, que aquí no se discute, pero cuyas líneas rectoras procuro establecer con claridad y presteza en beneficio del auditorio —ahora también del lector—, dado que confluyen con determinación, hasta cierto punto. Se recuerda, pues, que las constituciones pueden ser comprendidas como un “sistema”, como se propicia en I. Así, deliberadamente, en su “composición” se observan al menos cuatro partes: a) simples declaraciones; b) derechos y deberes fundamentales⁸; c) el poder, su organización y control racional, y d) reforma. Su “entorno” lo constituye el método deliberado de producción normativa y la regla de reconocimiento asumida, mientras que la “estructura” se configura con la colección de sus enunciados normativos y no normativos. En su funcionamiento, la constitución del Estado cotiza o cotizará lo que coticen o cotizaren sus garantías: “mecanismo” cabal, es decir, procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa, la concreta posibilidad de su realización integral (Ferreyra, 2013a, 2013b). Retomo este punto, en particular, en el apartado V.

III. Comprensión de las generaciones

La CF nació, en general, dando forma a una realidad política y económica que la precedió, pero se distinguió de ella al suministrar su propio ADN en la generación; porque no existía configuración, antes de ella.

Juan Bautista Alberdi es el arquitecto de la Constitución de 1853. Pensó la Constitución federal para una población que no llegaba al millón de habitantes; por dicha razón, el axioma alberdiano: “gobernar es poblar”. Al restaurarse la democracia constitucional en 1983, la población orillaba los 30 millones. Cuando se decide la reforma constitucional en 1994, la población era levemente superior a 30 millones. Hoy la población de la Argentina se insinúa superior a los 40 millones de personas.

Al pensarse la Constitución federal en 1853, la esperanza de vida alcanzaba la mitad de la esperanza actual; o sea, vivirían “bajo la ordenación de la Constitución”, con suerte, dos generaciones, padres e hijos. Hoy la realidad indica que, al facultarse los derechos políticos a partir de los 16 años —ley 26.774, año 2012—, quizá bisabuelos, abuelos, hijos y nietos convivan fértilmente bajo una misma ordenación constitucional, al menos en un fragmento de tiempo.

Casi la mitad de los argentinos y argentinas que tienen derechos políticos nacieron después de abril de 1976; ergo, no participaron del acto político “reforma constitucional de 1994”. Además, la generación que hizo la reforma de 1994 son personas, algunas de ellas ya fallecidas, que habían nacido, en abrumadora mayoría, entre los años 1920 y 1955. Las constituciones implican un diálogo

intergeneracional. Sin el diálogo especificado, deja de nutrirse la idea de constitución. Constitución es ordenación fundamental; no imposición. Por ello, debe reconocerse a todas las generaciones el derecho político, más robusto y con entidad más penetrante, de discutir y cambiar la constitución, en forma parcial o total.

IV. Luces y aporías sobre la reforma constitucional de 1994

Defino como momento constituyente a la fracción de tiempo en el que se realiza la producción jurídica originaria o reformadora de la más alta stirpe. Por ende, "momento constituyente" es un concepto disponible si solamente abarca la hipótesis de configuración constitucional y sus reformas; léase, fundación y transformación, cambio o reforma de la Ley Fundamental. La Argentina, en su historia política observó siete momentos constituyentes: 1853, el originario; 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994, reformadores.

La Constitución federal de 1853 —ciclo completado con la reforma de 1860— no es ni ha sido ídolo de ilustración. Sin retroceder demasiado en el tiempo, un juicio considerado aunque no exento de críticas dirá que ella significa —y significó— un magnífico esfuerzo por intentar contener al poder. Posteriormente, la CF fue reformada en 1866 y 1898; ninguna de las reformas se orientó, por caso, para dotar de derechos políticos a los habitantes o atribuir función social a la propiedad.

En pleno siglo XX la Constitución fue reformada en 1949, mientras servía en sus funciones el presidente constitucionalmente elegido en 1946, Juan D. Perón. Esta reforma implicó una modificación profunda; entre otros cambios, amplió el elenco de los derechos subjetivos y autorizó la reelección inmediata del presidente, no autorizada en 1853. La reelección del presidente de la República, restablecida por el poder reformador en 1994, debería ser objeto, en el futuro, de una prohibición radical. "Prohíbese la reelección del presidente de la República": un marco normativo que se deja propuesto.

En 1957 otra Convención Constituyente, sin la participación política del justicialismo porque se encontraba "proscrito", declaró que la Constitución vigente era la de 1853/1860, con las enmiendas de 1866 y 1898, y la exclusión de la de 1949. Además, se introdujeron dos nuevas reformas —una de ellas el artículo 14 bis⁹, derechos sociales—, aunque el Presidente de la Convención debió declararla disuelta por pérdida de quórum.

⁸ Literatura esencial sobre las generaciones de derechos fundamentales: Bonavides, 2011.

⁹ Artículo 14 bis - "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

"Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo."

"El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda

No corresponde, en este espacio, abrir juicio respecto de los conflictos que por su inconstitucionalidad suscitaron, con diferentes alcances, los procesos constituyentes desde 1853 hasta 1957 inclusive. Existen sobrados fundamentos que demuestran las dificultades atravesadas por las generaciones de argentinos, de los siglos XIX y XX, cuando impulsaron cambios, fallidos o no, sobre el texto constitucional. ¿Qué sucedió? En 1949 una parte del pueblo consideró que "obligar" al consenso significaría lo mismo "que construirlo" en libre deliberación racional. Se impuso una Constitución, ¡sin consenso! Ocho años después, otra mayoría entendió algo parecido: gobernar es construir hegemonía, no construir consensos. Resultados: políticamente, tanto la reforma de 1949 como la de 1957 fracasaron; jurídicamente, los juicios negativos sobre la constitucionalidad del proceso constituyente pueden repartirse, en diferentes medidas, tanto para el proceso de 1949 como para el de 1957. En pocas palabras: la reforma constitucional, aunque parezca contradictorio, fue una categoría en desuso. Y hemos tenido problemas con el ejercicio del poder constituyente, porque nunca se obtuvieron "acuerdos" extendidos, soberanos y concluyentes. Lo único que se consiguió, y en el mejor de los casos, fue el compromiso de que los ciudadanos den "una aceptación generalizada".

La reforma constitucional de 1994 fue la más amplia de todas las registradas en la historia. Gozó de mayor aceptación en todas las etapas del proceso constituyente, si se le compara con sus dos predecesoras.

Veamos:

En el nivel textual: de alrededor de 7.500 palabras se pasó a más de 12.500, sin contar dotación normativa integrada por las reglas que gozan de jerarquía constitucional: las disposiciones contenidas en el derecho internacional de los derechos humanos a que hace referencia el artículo 75, inciso 22, CF.

En el plano de las categorías jurídicas básicas: se expandieron por adición. Ingresaron nuevos derechos subjetivos y garantías, órganos de control, organismos de gobierno, y se transfirieron competencias.

En el nivel dogmático: la reforma constitucional sancionada el 22 de agosto de 1994 acentuó notablemente las potestades del presidente —pese a crear la figura del Jefe de Gabinete de Ministros—; fijó acertadamente la forma de elección directa y el acortamiento de la duración del período; incorporó con jerarquía constitucional instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos; realizó reformas sobre el modo de hacer las leyes, cuyos resultados no han sido muy visibles; replanteó el federalismo sobre bases bastante inciertas, pero de modo razonable confirió autonomía a la Ciudad de Buenos Aires; reconoció nuevos derechos y garantías y actualizó el sistema axiológico manteniendo el piso originario; introdujo sensibles modificaciones sobre la naturaleza del Poder Judicial de la Nación al crear el Consejo de la Magistratura; también introdujo como órgano extra poder independiente al Ministerio Público; intentando mejorar los controles, incorporó el Defensor del Pueblo y la Auditoría General de la Nación; constitucionalizó la regla democrática reconociéndola como procedimiento básico que debe nutrir

existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

a la configuración del Derecho Constitucional y su mantenimiento —ver art. 36, CF¹⁰—, regulando, además, los partidos políticos y la defensa del orden constitucional; realizó importantes esfuerzos para posibilitar que los Estados locales creen regiones para el desarrollo económico y social; definió la autonomía municipal y trazó bases rectoras para la integración con otros Estados soberanos.

Nótese que la Convención Constituyente de 1994, indicando la precariedad del consenso alcanzado en su seno —sobre determinadas materias—, debió generar un texto abierto, lo cual provocó que su configuración definitiva recién quedara completa mediante cerca de treinta leyes futuras a dictarse por el Congreso; una verdadera e insólita transferencia de puro poder constituyente. No hace falta decir que el Congreso federal no ha cumplido a entera satisfacción con el desarrollo constitucional precitado. Cabe preguntarse por qué. Por ejemplo, una pieza clave de este esquema, una ley constitucional relevante, todavía no ha sido sancionada. ¿La referencia? La ley convenio, tal como ordena el artículo 75, inciso 2¹¹, que sobre la base de acuerdos entre Nación y provincias debe instituir un régimen de distribución y coparticipación en materia tributaria. ¿Sentarse a negociar y legislar sobre este problema dotaría de racionalidad al federalismo argentino?

Ni hablar de fijar las bases para el control de los decretos por razones de necesidad y urgencia, si acaso pueden ser objeto de fiscalización congresual robusta. Francamente, no seré el primero ni el último en preguntar y repreguntar respecto de un racional itinerario para el federalismo argentino, que en la letra

¹⁰ Artículo 36 - "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

"Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

"Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

"Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

"Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

"El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

¹¹ Artículo 75 - "Corresponde al Congreso:

"2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

"Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

"La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

"La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

"No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

"Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determina la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición".

constitucional es conocido como un paradigma que organiza jurídicamente al Estado, y en la práctica hace que cotidianamente se advierta que ninguna de las veinticuatro entidades autónomas puede razonablemente desenvolverse sin la presencia casi paternalista del Estado federal.

Finalmente, la Constitución fue reformada en seis oportunidades; si se dividiere 161 años por seis: una reforma cada poco más de veintisiete años en promedio. Si se tiene en cuenta que la Constitución política de Colombia de 1991 se reformó en casi cuarenta ocasiones; la brasileña de 1988 en casi ochenta y la mexicana de 1917 en más de trescientas, se advertirá prontamente la rigidez de la Constitución federal de la Argentina. La terminante rigidez constitucional posibilita, en teoría, la generación de sólida y extendida dogmática; también, por cierto, el desarrollo de relevante jurisprudencia por el más alto tribunal, a cargo de la última palabra en materia jurisdiccional constitucional. Sin embargo, todos estos condimentos que perfilan claramente la imposibilidad de reformar la constitución por vías ordinarias o con mayoría agravada del Congreso, al mismo tiempo pliegan o devalúan los derechos políticos de los ciudadanos a quienes no se les ha concedido la facultad para decidir si desean o no desean reformar la Constitución. Aquí no cuento con el espacio suficiente, pero del mismo modo que se juzga que son demasiadas las reformas colombianas, mexicanas y brasileñas, la escasez de las enmiendas en la Argentina, comparativamente, no constituye, en modo alguno, un "justo medio" para determinar la razonabilidad de la oportunidad del cambio formalizado. Me gustaría idealizar o decir: "ni todos los años, como nuestros hermanos latinoamericanos, ni nunca en más de dos décadas".

V. Garantías de los derechos fundamentales

1. Los derechos fundamentales descritos en la Constitución federal de la Argentina constituyen líneas de acción profundamente significativas. Fijan límites y vínculos insuperables para el uso de la fuerza del Estado. En consecuencia, del mismo modo que el lenguaje se rige por la gramática, y la arquitectura por el espacio, el empleo de la fuerza del Estado se debe regir por los derechos fundamentales alojados en las constituciones: la razón de la fuerza.

2. La reforma constitucional de 1994 ha sido muy generosa en materia de derechos fundamentales. Un catálogo detallado, en el "Capítulo segundo, Nuevos derechos y garantías", que se compendian entre los artículos 36 a 43 de la "constitución reformada". En otro sitio, con determinación pedagógica, defino siete especies de derechos fundamentales contenidos —sin olvidar los no enumerados subsumidos en la regla portada en el art. 33¹²— en la Constitución federal: libertad, igualdad, propiedad, políticos, sociales, incidencia colectiva y ambiental. A todo este grupo de derechos —me refiero a los reglados entre los arts. 36 a 43, CF— se añade, se suma, se ordena con el originario texto de 1853: "Capítulo primero. Declaraciones, derechos y garantías", que permanece intangible. Sabido resulta que

¹² Artículo 33 – "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".

todo ello es complementado por la magnífica gama de derechos fundamentales, que goza de jerarquía constitucional por imperativo reflejado en el artículo 75, inciso 22, a partir de 1994.

3. Cada uno de estos derechos debe estar protegido o alentado por una garantía jurídica, ya sea para protegerlo (abstención) o para alentar su desarrollo (positivas). Las garantías de los derechos fundamentales son el mecanismo por excelencia para dotar de efectividad a los derechos o al normal desenvolvimiento de la vida constitucional. Su naturaleza es reactiva o defensiva, porque operan en caso de vulneración o amenaza de lesión de un derecho fundamental o del estatuto de los poderes. Su naturaleza implicará naturaleza en forma de prestación, en caso que aliente un positivo obrar estatal, por ejemplo: salud, vivienda, educación, cultura, etc. Acudir a las garantías significa intentar obtener, por su intermedio, la preservación o desarrollo del derecho, según se implique un obrar negativo o un obrar positivo.

Se escogen dos garantías del frondoso menú o repertorio que ofrece la reforma constitucional de 1994; una de ellas, contenida en el artículo 43 constitucional¹³, y otra, cotizada constitucionalmente por imperativo del artículo 75, inciso 22. No se atribuye una mayor o menor cotización normativa. Simplemente, por intermedio de ellas puede vislumbrarse, quizá, el funcionamiento de las garantías negativas o positivas. Asumo, desde luego, que no hay garantía jurídico-constitucional enteramente negativa o enteramente positiva; tiene razón Raúl Zaffaroni cuando describe el saber de los juristas, muchas veces enlazado con la construcción de atravesadas o dificultosas geometrías jurídicas.

VI. El amparo

El amparo, constitucionalizado en 1994, es una de las herramientas más vigorosas para la defensa de los principios y reglas que componen el sistema constitucional. Por ello, el amparo es una "garantía de los derechos constitucionales", entendidos como aquellos instrumentos especiales que el sistema constitucional crea —o autoriza su creación— para tutelar, proteger, asegurar o prestar satisfacción al ejercicio de los derechos fundamentales de base o jerarquía constitucional, o el derecho innominado a la juridicidad constitucional (cfr. arg. arts. 33, 31 y 75, inciso 22, CF).

¹³ Artículo 43 - "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

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

"Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

"Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

El amparo no es una ruta principal. Su verdadero estatus es el de una ruta alternativa para la apertura jurisdiccional. Es el ciudadano quien, frente a la situación concreta y ante la equivalencia de medios procesales jurisdiccionales disponibles —y la reunión de los recaudos que hacen a la procedibilidad del amparo—, puede en última instancia optar tomando la decisión final para encaminar la defensa de sus derechos constitucionales; la nitidez de su anatomía, de cara a una solvente compaginación constitucional de sus finalidades, se ofrecería a los ojos del justiciable con menos dudas. Así, en tal itinerario, ejercida la opción en favor del amparo, la jurisdicción constitucional se abre con celeridad y sin intermediaciones, pero sabiendo el justiciable, de antemano, las ventajas y desventajas comparativas que tendrá el hecho de no acceder a la vía ordinaria procesal de tutela.

La crisis institucional, social, económica y financiera desatada en diciembre de 2001, curiosamente, ubicó en papel relevante la utilización de esta garantía de los derechos constitucionales. Desde entonces, se ha dictado sobre el particular un considerable número de sentencias por jueces de todo el país. El amparo, sin dudas, permitió que los ciudadanos desprotegidos por los bancos y el Estado tomasen por asalto a quienes guardaban su patrimonio en depósito. También el amparo ha sido una garantía fantástica para la protección del ambiente; varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se alinean en tal sentido. En forma semejante, el derecho a la salud, especialmente cuando las obras sociales o las empresas de medicina prepaga, irracionalmente, niegan tratamiento al paciente. Propiedad, ambiente y salud: los ámbitos destacados del funcionamiento de la garantía.

Si un observador externo del sistema constitucional planteara como inquietud “¿cuál es, en la nueva relación entre derechos y garantías, el paradigma luego de la reforma de 1994?”, el amparo sería sin dudas la respuesta.

Sin embargo, la mayor amplitud y el uso a veces indiscriminado provocaron que el amparo tramitase como una vía ordinaria; no sumaria, ni rápida ni expedita como se ordena constitucionalmente. Esta distorsión también generó otro fenómeno: las medidas cautelares, que intentaban paliar o remediar el hecho de que la controversia se había vuelto “ordinaria”, procesalmente hablando. Intentar reemplazar el derecho de fondo al que se llega por intermedio de una sentencia firme, por un derecho precario establecido en función de medidas cautelares, constituye una lesión al objetivo de “afianzar la justicia”, señalado en el propio Preámbulo de la Constitución federal, en escándalo de la división de poderes. Las intromisiones de la jurisdicción en esos actos, lejos de elevarse en acciones que intentan ejercer el control constitucional o custodias análogas, constituyen lesiones muy graves al respeto que se deben los poderes del Estado en cuanto a sus respectivas competencias. Dada la facilidad con que puede presentarse cualquier preferencia de intereses como acto lesivo de derechos, la disparidad de criterios —producto del sano pluralismo— y la multiplicidad de competencias de primera instancia, es altamente recomendable que los tribunales de alzada presten preferente atención a todo intento de violentar la frontera señalada.

También se ha consolidado otra práctica abusiva en nuestro Derecho Público: se utiliza la acción de amparo por aquellos congresistas que pierden la votación en el Congreso federal. Hecha la ley, promulgada por el Ejecutivo, muchos “amparistas” —en general, legisladores derrotados en la votación

congresual—, por intermedio de las medidas cautelares que se adunan a las acciones de amparo promocionadas, insólitamente, han detenido la realización de una ley elaborada bajo la recta razón de las reglas constitucionales. Se subvierte la división de poderes y las cuestiones son resueltas en los tribunales, no en las urnas.

VII. Garantías para el genuino desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales: no se puede ordenar lo imposible

En el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se dispone lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

En los artículos 1 y 2, respectivamente, se determina:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Semejantes determinaciones normativas se recogen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación

económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

(...)

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

La conglobación de estos derechos fundamentales solamente es factible con un compromiso del Estado. Implican, en cualquier caso, fuertes prestaciones, decididas con asiento en el presupuesto de gastos y recursos. Todos los Estados, incluida la Argentina, colocan en la ley anual de presupuesto la llave maestra para administrar los negocios comunitarios.

El siglo XX fue problemático y febril; el XXI atrapó a la Argentina en la peor crisis política, económica y social de toda su historia. El 24 de diciembre de 2001 se declaró la bancarrota, la quiebra. La primera manifestación es la cesación de pagos. Durante casi trece años —muchas veces con prisa, otras con algún descuido; pero siempre con firmeza—, la autoridad dispuso emprender el duro camino de la reinserción en el mundo. No existe un código o proceso jurídico para enmarcar las quiebras de los Estados. No creo que se codifique en el futuro. La quiebra de la Argentina no fue una novedad; antes que ello sucediese, en el pasado, otros Estados habían incurrido en situaciones semejantes. En el presente es fácil observar sucesos parecidos. Y todo hace presagiar que seguirá sucediendo, porque las deudas de los países como la Argentina son siempre asumidas en condiciones de desigualdad totalmente inaceptables. Que no exista un código no implica que no existan reglas. Todo Estado soberano debe disponer de una constitución, si desea ser parte de las Naciones Unidas. Todo Estado soberano, para desarrollar sus negocios internacionales, debe honrar el pago de sus deudas¹⁴. El arreglo de la deuda pública del Estado

¹⁴ Artículo 4 - "El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional."

Evidentemente, los "empréstitos" constituyen un fragmento significativo de la renta federal.

En relación con los compromisos emergentes del pago de la deuda, hace veinte años, en un dictamen de la Procuración, en los autos "Brunnicardi" (Fallos: 319:2886) se dijo: "... Efectivamente, hacia fines de los años veinte, el Secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América, Andrew Mellon, proclamaba que '... La insistencia en el cumplimiento de un convenio que supere la capacidad de pago de una Nación, le serviría de justificación para negarse a cualquier arreglo. Nadie puede hacer lo imposible...'. Al resolver la causa, el 19/12/1996 los jueces del Más Alto Tribunal sostuvieron: "... 16) Que antes de tratar la compatibilidad constitucional de la materia regulada por los decretos impugnados, cabe destacar la conclusión a la que arriba el fundado dictamen del señor Procurador General —que este Tribunal comparte en lo pertinente— en cuanto a la existencia de un principio de derecho de gentes que permitirá excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera imposterizable...".

Años después, en el año 2005, en la causa "Galli" (Fallos: 328:690), los jueces Raúl Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti, en voto concurrente dijeron que el principio básico que regula la emisión de bonos de la deuda pública es el deber de cumplimiento de las obligaciones pactadas, que el Estado debe honrar. Sin embargo, es un principio recibido que, en

argentino constituye una atribución del Congreso, conforme la regla del artículo 75, inciso 7¹⁵. La implementación de los acuerdos corresponde al Poder ejecutivo.

Las obligaciones de pago, en materia de capital e intereses de la deuda externa, comprometen al menos varias décadas. Leer comprensivamente el monto de las obligaciones puede herir la susceptibilidad¹⁶; un estudio preciso y fervoroso sugerirá que, comparado con el *default* del año 2001, en el período 2003-2014 se ha reducido notablemente la relación de la deuda con el PBI, pero aun así sigue teniendo relevancia práctica.

Más allá de las garantías jurídicas expresadas en el artículo 26 de la CADH, la única garantía que se dispone para el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) reposa en el presupuesto del Estado. En este lenguaje: a menor presupuesto, menor desarrollo. Así de simple.

Tendrá que discutirse, más temprano que tarde, la naturaleza de la deuda pública externa y el compromiso que irroga e irradia a los DESC de los argentinos. Simultáneamente: con el mismo énfasis que el artículo 29 constitucional¹⁷ prohíbe la suma del poder público o facultades extraordinarias, tendrá que discutirse la eventual prohibición de determinación o prórroga a la "jurisdicción internacional". Queda probado que si la vida y fortuna de los "argentinos" se arroja a merced de legislación o jurisdicción extranjera, se compromete grave o con enfermedad terminal a los DESC de sus ciudadanos. La misma suerte debe correr el tratamiento del asunto relacionado con la renuncia a la inmunidad soberana. Aunque implique casi una tautología en Derecho constitucional: "prohibase la renuncia a la inmunidad soberana del Estado".

No es posible en pocas palabras realizar una descripción sobre la organización del poder jurisdiccional, tanto en su faz federal como el localizado en cada uno de los veinticuatro entes de la federación. Por tanto, pretendo evitar por completo cualquier delicado error. Sin desvelos y con cautela se descubre el lenguaje utilizado por el poder constituyente de la Argentina; en particular, en los artículos 1, 17, 28, 33, 29, 31¹⁸, 27¹⁹ y 116. Urge advertir que se eligen normas. Que el único elector sea el autor no significa rebajar, anatemizar, devaluar, postergar o cualquier otra forma de sacrificio de las normas que no

situaciones de extrema necesidad o crisis institucionales gravísimas, dichas obligaciones no pueden ser cumplidas hasta el límite de suprimir servicios esenciales que afectarían derechos primarios de sus ciudadanos.

¹⁵ Artículo 75 - "Corresponde al Congreso:

"7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación".

¹⁶ Para mayor información, ver el texto completo en http://www.mecon.gob.ar/finanzas/sfinan/documentos/informe_deuda_publica_31-12-13.pdf.

¹⁷ Artículo 29 - "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

¹⁸ Artículo 31 - "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859".

se mencionan. Con este argumento procedo a la escritura del texto: no surge permisión constitucional para abrir la jurisdicción internacional; es decir, para el juzgamiento por un poder judicial de un Estado extranjero, excepto asuntos vinculados con los derechos fundamentales (arg.: arts. 52 y ss. de la CADH en función del art. 75, inc. 22, CF). Tampoco se observa que en la actuación interórganos (Ejecutivo y Congreso), al negociar y aprobar los acuerdos sobre la deuda del Estado, puedan renunciar a la inmunidad soberana.

Constituirá injusticia fundada invocar y evocar que el análisis normativo resulta sucinto. Sin embargo, en la dicción del artículo 116²⁰ no parece de fácil encaje el hecho de que el Estado argentino sea "juzgado" en Nueva York, por ejemplo y con andamio de un "asunto" que el propio artículo 75, inciso 7, atribuye al Congreso federal y lo coloca específicamente sobre el órgano: el arreglo del pago de la deuda interior y exterior de la República. Naturalmente: no puede pedirse a un juez de Nueva York que se preocupe por el aliento de los DESC de los argentinos; aunque no corresponda desdeñar de antemano su insensibilidad social.

Comentario final

Primero. La constitución federal del Estado argentino cumple un rol eminentemente procesal; es decir, asegura las elecciones, la vida plena, profunda y exclusivamente democrática sin "derramar sangre" (Popper, 1995: 190), y que el sujeto o los sujetos que obtengan el triunfo comicial gobiernen en ajustado despliegue a las órdenes constitucionales. Pese a que los textos imponen a los poderes constituidos infinidad de "obligaciones de hacer" o "prestaciones", por ahora se trata de una materia en débil desarrollo.

Segundo. Las constituciones son una suerte de máquina del tiempo que hace que determinadas reglas fijadas por una generación sean respetadas por otras (para facilitar u obstaculizar su vida). Cada generación tiene el derecho más extenso de fijar las reglas de la convivencia comunitaria. ¿Acaso no tienen derecho a decidir bajo qué constitución quieren vivir y desarrollarse?

Tercero. La reformabilidad es una parte elemental de nuestra Constitución federal. La reforma constitucional, en cualquier caso, demuestra la buena salud del propio sistema. No pongo en entredicho el paradigma de la rigidez constitucional. Que existan reglas concretas de inmodificabilidad, como parece muy razonable porque la misma idea de Constitución entraña la de límites implícitos, no implica pensar ni derivar de ello, precisamente, la rigidez absoluta. Nuestra Constitución prevé el procedimiento de reforma en el artículo 30 constitucional, y casi todas —por no decir todas— las constituciones de los diferentes Estados del mundo prevén un proceso de reforma, aunque difieren en la reglamentación. En

¹⁹ Artículo 27 - "El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

²⁰ Artículo 116 - "Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12° del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras..."

consecuencia, la reformabilidad es una singularidad, una peculiaridad que afirma la propia supremacía de la Constitución, en lugar de desvirtuarla.²¹

Cuarto. La constitución reformada en 1994 es, en gran medida, una constitución inactuada, ya sea por deficiencias en la formulación normativa, o por entregar parte del poder constituyente al poder constituido congreso. Además, con relación al Derecho constitucional del Poder, lamentablemente no alteró la anatomía que la precedió. Con la excusa de la modernización congresual y la transferencia de atribuciones, todo quedó en forma semejante.

O peor: porque el presidente, luego de la reforma, indiscutiblemente tiene más poder: puede ser reelecto y goza de la facultad de legislar. Con todas las letras: la reforma de 1994 dejó indemne la concentración del poder; muestra la ausencia, además, en forma totalmente negativa, de la arquitectura de un control racional y eficaz de los poderes constituidos²². Las formas aurales de participación democrática no se han realizado y las elegidas no han bastado para estimular al auditorio ciudadano; obviamente, resulta menester pensar y discutir otras formas de diálogo, con acento en un constitucionalismo de ciudadanos y ciudadanas.

Quinto. La Constitución es la carta máxima de la tolerancia. Para reformar la Constitución no es necesaria la unanimidad; es necesaria la tolerancia de que una mayoría y una minoría van a transitar juntas el proceso de reforma. Pese a la reforma de 1994, la Constitución federal atrasa —lo dice el mismo reloj: han pasado veinte años—, y frente a determinados enunciados, como fue la atenuación del presidencialismo, se potenció ese atraso. La cuestión tributaria, la deuda externa, la socialización del dominio de los recursos naturales son problemas que merecen un enfoque y una discusión actualizada, en pleno siglo XXI.

Sexto. Constitucionalizar la garantía de amparo significa un notable avance. La garantía, en dos décadas, ha mostrado un interesante desarrollo, pese a algunos intentos para devaluar su anatomía alternativa. Sin embargo, la utilización del amparo para cargar o montar sobre el medidas cautelares conspira contra la racional distribución de los poderes del Estado. Un poder de veto, en este caso el judicial, censura la elaboración democrática del Congreso y el Ejecutivo, en detrimento del diálogo democrático.

Séptimo. "Dime de qué fondos públicos dispones en el Tesoro y te diré el desarrollo previsible que puedes adjudicar a los DESC de tus ciudadanos". La formulación normativa, la cima constitucional alcanzada por los DESC —en particular, la nomenclatura catalogada en el artículo 75, inciso 22, aunque posee también garantías positivas para su razonable desarrollo— se ve afectada ostensiblemente por el impacto del endeudamiento de la Argentina. Resolver con responsabilidad esta cuestión "para nosotros y para nuestra posteridad" constituye, significativamente, un asunto de entidad mayúscula.

Último. Honrar la vida y "ayudar a vivir" con honestidad y no hacer daño, en un marco de profundo e inmarcesible respeto al otro, son lecciones básicas que el sistema de nuestra Constitución

²¹ La intangibilidad que identifica a determinadas reglas resulta tratado en la obra Ferreyra, 2007.

²² Literatura básica: Valadés, 2000.

federal recoge y asume. Con la mayor fidelidad de que dispongo he tratado, en estas letras, componer aspectos edificantes de la reforma de 1994 y otros no tan elaborados; guiado por la finalidad de concretar una mostración de las garantías de los derechos fundamentales. Simplemente...

Bibliografía utilizada y consultada

- Alberdi, Juan B. (1852): *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la ley que preside al desarrollo de la civilización en América del Sur y del Tratado Litoral del 4 de enero de 1831*, 2ª edición, corregida, aumentada de muchos párrafos y un proyecto de constitución, concebidos según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Chile, Imprenta del Mercurio, Santos Tornero y Cía.
- Bidart Campos, Germán J. (1969): *Historia e ideología de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar.
- Bidart Campos, Germán J. (1995): *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar.
- Bonavides, Paulo (2011) *Curso de Direito constitucional*, 26ª ed., Sao Paulo, Malheiro Editores.
- Busaniche, José Luis (1969) *Historia Argentina*, Buenos Aires, Solar.
- Consejo para la Consolidación de la Democracia (1988), AA.VV.: *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*, Buenos Aires, Eudeba.
- Convención Nacional Constituyente (1949): *Diario de sesiones. Debates y sanción* (Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación).
- Convención Nacional Constituyente (1957): *Diario de sesiones* (Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación).
- Convención Nacional Constituyente (1994) Buenos Aires, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, La Ley.
- Duhalde, Eduardo Luis (2005): *Contra Mitre. Los intelectuales y el poder: de Caseros al 80*, Buenos Aires, Punto Crítico.
- Ferns, H. S. (1984): *Gran Bretaña y Argentina en el siglo XIX*, Buenos Aires: Solar.
- Ferreyra, Leandro Eduardo (2010): "Alberdi y Sarmiento. Dos proyectos de Nación", en www.circulodoxa.org/documentos/LEF.pdf, Buenos Aires, Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires.
- Ferreyra, Raúl Gustavo (2003) *La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa*, Hammurabi, Buenos Aires.
- Ferreyra, Raúl Gustavo (2007) *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, Ediar, Buenos Aires.

- Ferreyra, Raúl Gustavo (2013a): "Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos", Revista de Derecho Político, UNED, Madrid, n° 86, enero-abril de 2013, pp. 327-378.
- Ferreyra, Raúl Gustavo (2013b) "Discurso sobre el Derecho constitucional. Colores primarios", en Revista de Derecho Público, n° 4, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Buenos Aires.
- Ferreyra, Raúl Gustavo (2014) "¿Tiempo constitucional? La constitución vulnerable", en www.infojus.gov.ar, 29/4/2014, Id Infojus: DACF140220.
- Ferrajoli, Luigi (2011) *Principia iuris. Teoría del Derecho*, T. I, Madrid, Trotta.
- Galeano, Eduardo (2010): *Las venas abiertas de América Latina*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno.
- Galletti, Alfredo (1974) *Historia Constitucional Argentina*, T. II, La Plata, Editorial Platense.
- Hernández Arregui, Juan José (1969) *Nacionalismo y liberación. Metrópolis y colonias en la era del imperialismo*, Buenos Aires, Hachea.
- Hobsbawm, Eric (1997) *Historia del siglo xx. 1914-1991*, trad. de J. Faci *et al.*, Barcelona, Crítica.
- Martínez Estrada, Ezequiel (2007) *Radiografía de La Pampa*, Buenos Aires, Losada.
- Matienzo, José Nicolás (1926) *Lecciones de Derecho constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, Librería La Facultad.
- Ortega Peña, Rodolfo y Duhalde, Eduardo Luis (1974) *Baring Brothers y la historia política argentina*, Buenos Aires, A. Peña Lillo.
- Paine, Thomas (1984) *Derechos del Hombre*, trad. de F. Santos Fontenla, Madrid, Alianza.
- Popper, Karl (1995) *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós.
- Popper, Karl (1992) *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Buenos Aires, Paidós.
- Puigrós, Rodolfo (1986) *Historia crítica de los partidos políticos argentinos*, T. I, Buenos Aires, Hispamérica.
- Ravignani, Emilio (1939) *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires: Instituto de investigaciones históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Peuser.
- Rosa, José María (1963) *Nos, los representantes del pueblo. Historia del Congreso de Santa Fe y de la Constitución de 1853*, Buenos Aires: Huemul.
- Rosatti, Horacio Daniel (1987) "La Constitución Argentina como contrato social", en AA.VV., *Cinco ensayos sobre Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Premio "Coca-Cola en las Artes y en las Ciencias", 1986.
- Russell, Bertrand (2010) *The Basic Writings of Bertrand Russell*, London-New York, Routledge.

- Sampay, Arturo Enrique (1944) *La filosofía del iluminismo y la Constitución argentina de 1853*, Buenos Aires, Depalma.
- Sarmiento, Domingo Faustino (2003) *Facundo*, Buenos Aires, Cántaro.
- Valadés, Diego (2000) *El control del Poder*, Porrúa, México, D.F.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2012) "Alberdi y la vigencia de la Constitución de 1853", en AA.VV., *Juan Bautista Alberdi y la independencia argentina. La fuerza del pensamiento y la escritura*, Bernal: Universidad Nacional de Quilmes.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011) "Estudio preliminar a la Constitución de la Nación Argentina de 1949", Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

EL CONGRESO NACIONAL Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LAS PROVINCIAS. REFLEXIONES A 20 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Por Leopoldo M. A. Godio

RESUMEN

El presente trabajo examina la interpretación y el alcance del artículo 124 en la Constitución Nacional sobre un aspecto particular: el conocimiento del Poder Legislativo Nacional en la materia. Para este propósito, intentaremos responder interrogantes como: ¿Se trata de una información o una notificación formal? ¿Debe realizarse con anterioridad a la culminación de las negociaciones o incluso previamente a estas? ¿La manifestación del Congreso debe ser expresa? ¿Qué consecuencias acarrea su incumplimiento?

PALABRAS CLAVES

Provincias – Convenio Internacional – Conocimiento – Poder Legislativo Nacional

THE NATIONAL CONGRESS AND THE INTERNATIONAL AGREEMENTS CONCLUDED BY THE PROVINCES. REFLECTIONS ON 20 YEARS OF THE CONSTITUTIONAL REFORM

By Leopoldo M. A. Godio

ABSTRACT

The present work examines the interpretation and the significance of article 124 in 1994 Constitution about a singular aspect: the knowledge of the Legislative Branch in this matter. For this purpose, we will make an answer like: it's an information or notification? Must be performed prior to the negotiations or even previously to these? the manifestation of Congress must be expressed? What are the consequences of this noncompliance?

KEY WORDS

Provinces – International Agreement – Knowledge – Legislative Branch

EL CONGRESO NACIONAL Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LAS PROVINCIAS. REFLEXIONES A 20 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Por Leopoldo M. A. Godio*

I. Introducción. Exégesis del antiguo artículo 107 de la Constitución Nacional y la Declaración de la necesidad de reformar parcialmente la misma

A pesar de las críticas recibidas durante los últimos veinte años, la reforma constitucional de 1994 presentó un genuino realismo al reconocer, entre otros aspectos, el rol que podrían tener las provincias en un contexto internacional (CARNOTA 1997: 1).

Al respecto, el artículo 107 de la Constitución Nacional disponía que las provincias pudieran celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso. Al respecto, Carnota expresa que "(...) de los pasados arts. 107 y 108 (...) a) las estipulaciones de marras se concentraban en 'tratados'; únicamente pueden firmarse por las provincias en un marco de relaciones interprovinciales, pues el tratado en sentido técnico-jurídico y en su dimensionalidad internacional es un acto complejo federal; b) la mención en las dos normas de 'parciales' refuerza la idea de 'bloque', de "parte" o de 'segmento' más propio para una incipiente regionalización —ahora también con recepción expresa en el nuevo art. 124— que para atender otra realidad distinta, cual es la gestión de intereses provinciales internacionales; c) si había trato con otras potencias extranjeras, por más que la materia fuese económica, no había manera posible de escapar a una lectura también política, con la cual se gatillaría la cláusula prohibitiva" (CARNOTA 1997: 1-2).

Según Toufeksian, previo a 1994, la doctrina interpretaba, en general, que los artículos 107 y 108 de la Constitución facultaban, únicamente, a las provincias a celebrar convenios interprovinciales, en la inteligencia de que los tratados internacionales sólo podían ser celebrados por el Estado Nacional. Sin embargo, destaca que Quiroga Lavié aceptaba la posibilidad de la celebración de convenios internacionales

* Abogado y Magister en Relaciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Internacional Público (UFLO, UBA y UCA). Director del Instituto de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de San Isidro (CASI). Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro Titular de la AADI e investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (Facultad de Derecho, UBA), entre otras instituciones. Las ideas y opiniones expresadas pertenecen exclusivamente al autor a título personal y no comprometen a organización o institución alguna. Contacto: leopoldogodio@derecho.uba.ar

siempre que versaren sobre temas administrativos o empresariales propios de una provincia y que no incursionaran en competencias federales (TOUFEKSIAN 2013: online).

Por su parte Gramajo afirma que, tradicionalmente, la disposición se refería a los convenios interprovinciales, reservándose la celebración de los tratados al Gobierno Federal. Sin embargo, reconoce que el actual 124 era ya una práctica del constitucionalismo provincial, consentida por parte de la doctrina, aunque interpretaba que “conocimiento” era entendido como “aprobación” (GRAMAJO 2000: 1-2), análisis que abordaremos posteriormente.

En efecto, Carnota afirma que se trata de una “interpretación mutativa de la Constitución, “impuesta por la presión de una cambiante y compleja realidad internacional, y alojada en el ámbito del derecho público provincial material” (CARNOTA 1997: 2).

De este modo la reforma constitucional de 1994, inspirada en un contexto político internacional liberal y globalizador, reconoció distintas atribuciones a las Provincias, entre ellas, la capacidad de concluir convenios internacionales que coincidan con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la misma.

Su fundamento se encuentra, puntualmente, el artículo 3.A.d de la Ley 24309 (que recogió el “núcleo de coincidencias básicas”, plasmado en el Pacto de Olivos), que expresa:

“Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: A tal efecto la Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108.

b) Incorporar un nuevo capítulo a la Primera Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo capítulo a la Segunda Parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional.

c) Sancionar las disposiciones transitorias necesarias.

En todos los casos esa habilitación está referida a los siguientes:

TEMAS QUE SON HABILITADOS POR EL CONGRESO NACIONAL PARA SU DEBATE POR LA CONVENCION CONSTITUYENTE

A.-FORTALECIMIENTO DEL REGIMEN FEDERAL.

(...) d) Posibilidad de realizar por las provincias gestiones internacionales en tanto no afecten las facultades que al respecto corresponden al Gobierno Federal, no sean incompatibles con la política exterior que éste conduce y no importen la celebración de tratados de aquel carácter”.

Al respecto Vilela expresa, aunque de modo extremo que “(...) Es imprescindible resaltar que quizás por un error o tal vez intencionalmente la Convención Constituyente traspasó los límites establecidos por la ley 24.309. Esta última establecía que además de los ‘tratados parciales’ era necesario que las provincias pudieran realizar gestiones internacionales, vale decir, realizar negociaciones o tratativas

con entidades extranjeras. No obstante, la reforma fue generosa, plasmó la postura 'provincialista' y facultó a las provincias para celebrar convenios internacionales" (VILELA 2008: 7).

Por su parte, Gramajo agrega que una contrastación esta norma con el actual artículo 124 evidencia que "(...) la reforma constitucional ha ido más allá de la intención original del legislador", ya que la ley se refería a "gestiones internacionales" y no a "convenios internacionales", revistiendo ambos significados y alcances distintos toda vez que, "gestión", se refiere a conversaciones o negociaciones sin posibilidad de contraer obligaciones en el orden jurídico internacional (GRAMAJO 2000:2).

En efecto, el jurista referido profundiza su crítica al proponer que no resultaría claro "(...) la ley declaratoria de la necesidad de la reforma [al considerar]... la facultad de celebrar gestiones como una facultad nueva, que debía ser incorporada al texto constitucional..." y agrega que de la misma "(...) surge que el objetivo original era el de facultar a las provincias a realizar gestiones internacionales" (GRAMAJO 2000: 3, entre corchetes agregado que no pertenece al original).

En la tesis opuesta, Priotti sostiene que la expresión "convenios internacionales" y no "tratados" llama la atención y justifica su utilización al agregar que "(...) para la doctrina jusinternacionalista las expresiones convenios, tratados, pactos, etcétera, aluden a términos sinónimos..." (PRIOTTI 2013: 138).

En disidencia con la jurista referida, nos permitimos señalar que el fundamento de del criterio "cualquiera que sea su denominación particular" por parte de los internacionalistas se encuentra en el artículo 2.a de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, que regula las relaciones entre Estados. En otras palabras, mal podría aplicarse *mutatis mutandi* el mismo a las provincias, máxime si el artículo 1º aclara que la Convención señalada se aplica a los tratados entre Estados.

Sin embargo, por otra parte, la norma actual dispone, literalmente, que estos convenios deben tener conocimiento del Congreso de la Nación. Ello nos obliga a preguntarnos si se trata de un acto previo, simultáneo o posterior a la conclusión del Convenio. A fin de responder a estas interrogantes analizaremos el debate constituyente sobre el mismo.

II. Aportes del debate constituyente

Para intentar responder las preguntas planteadas, resulta oportuno considerar la labor de la Convención Constituyente, reunida en Paraná y en Santa Fe, que sancionó, hace exactamente 20 años, "(...) la reforma más amplia que se le hizo a la más antigua de las Constituciones de América después de la estadounidense" (GENTILE 2014: 9).

El Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente referido al artículo 124 de la Constitución Nacional (debatido conjuntamente con otros artículos) transcribe la participación de algunos convencionales para nuestro tema de interés.

En efecto, en la 27ª Reunión, continuación de la 3ª Sesión Ordinaria y celebrada el 9 de agosto de 1994 se destaca, entre otras, la intervención del Sr. Convencional Insfran, que expresara:

"(...) hace a la consolidación de este nuevo federalismo efectivo y práctico la posibilidad de las provincias de crear regiones para el desarrollo económico y social, así como también realizar

gestiones y celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal.

Despreciar hoy la herramienta de la cooperación regional a todo nivel, confiando en desarrollos independientes, equivale a perdernos tras un nuevo espejismo y a poner en marcha quizá nuestra última frustración. El crecimiento armónico y equilibrado de las partes es indudablemente el único camino para la realización del todo. Del mismo modo podemos afirmar que la realización de las provincias es el único camino para realizarnos como nación.

Una sociedad sólo se determina y opera en todos los niveles requeridos para su subsistencia y desarrollo conforme a un proyecto político fundamental que no es otro que su Constitución. Por ello, ésta debe reflejar este nuevo tiempo federal, de protagonismo de los pueblos, de redefinición de la diversidad local y regional pero, al mismo tiempo, de afirmación de la Nación.

(...)En definitiva, debe entenderse que las reformas propuestas tienen el sentido de construir un escenario macroeconómico estable que haga posible la planificación de nuestro desarrollo en un marco fundamental de paz y de justicia social” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3354).

Por su parte, el Sr. Convencional Dei Castinelli, agregó que:

“Las posibilidades que tienen las provincias para suscribir convenios internacionales... serán, sin duda, reformas que si bien no podrán solucionar los problemas de distorsión existentes ni transformar el país, contribuirán a que en el futuro se cree un marco especial para lograr un desarrollo armónico” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3359).

El Sr. Convencional Hernández, pronunció las siguientes consideraciones:

“El artículo... que se postula... contiene la idea de las gestiones y convenios internacionales. Esto se relaciona con las facultades que no se pueden desconocer a las provincias como estados de la federación. ¿Cómo vamos a impedir que las provincias puedan hacer gestiones y convenios internacionales, promover las exportaciones, fomentar el turismo, buscar inversiones y celebrar créditos si existe el conocimiento del Congreso federal? Las provincias, en virtud de sus autonomías —resguardando lo que son las atribuciones delegadas al gobierno nacional, sin afectar la política exterior de la Nación—, podrán llevar adelante estas materias” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3459).

Al día siguiente, en la 28ª Reunión se destacaron las intervenciones del Sr. Convencional Manfredotti, sostuvo que:

“(...) los estados provinciales están capacitados para realizar convenios internacionales, siempre y cuando no afecten las facultades que al respecto correspondan al gobierno federal y a los

intereses de la Nación... que los estados locales pueden firmar convenios internacionales. Los acuerdos sobre cooperación entre las provincias y países extranjeros se han multiplicado últimamente; basta con reconocer una situación preexistente. Se han firmado acuerdos de cooperación que abarcan temas como equipos y servicios para petróleo y gas, regulación de explotación de recursos naturales, equipos tecnológicos para la generación de energía y otros.

En los fundamentos de ambos proyectos presentados en esta Convención, pretendí referirme a los temas en cuestión y a su importancia. Es necesario reconocer a las provincias el dominio y jurisdicción sobre todos los recursos naturales, superficiales y subyacentes que se encuentren en sus territorios” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3600-3601).

Posteriormente, el Sr. Convencional Biazzi, alegó que:

“En relación con la gestión internacional de las provincias —que se incluyen en este conjunto de materias vinculadas al fortalecimiento del régimen federal—, debo decir que a partir del dinamismo que ha tenido la vida internacional, fundamentalmente en las zonas de fronteras en el proceso de integración regional que vive nuestro país —en particular, nuestras regiones y la provincia de Misiones—, resulta saludable que se haya consagrado un tema que, como ya fue señalado, ha sido anticipado por el derecho público provincial en distintas Constituciones. Por lo tanto, debemos dar alcance nacional a las atribuciones de gestionar e incluso firmar convenios de cooperación que no entren en colisión con las facultades que en materia internacional se otorgan al poder federal por medio de nuestro sistema constitucional, siempre y cuando tengamos concebidas estas gestiones dentro del marco de claras políticas en materia internacional que del diseño de esta reforma están surgiendo.

Estas facultades de gestión internacional las concebimos como mecanismos para afianzar el proceso de integración, fundamentalmente latinoamericano, como idea directriz surgida de esta propia Convención Constituyente en el entendimiento de que no son espacios geográficos transnacionales al servicio de grandes corporaciones sino a disposición de los pueblos marginados de nuestra sociedad, que pueden encontrar nichos de cooperación donde los esfuerzos recíprocos sean válidamente justificados con ahorros de esfuerzos y, además, con aprovechamiento de las ventajas comparativas y amortiguación de aquellas desventajas que se puedan tener en estos procesos de intercambio” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3716).

Asimismo, el Convencional Saravia Toledo declaró:

“(…) ojalá que se incluya en una cláusula constitucional donde se habilite a las provincias a que tengan una capacidad negociadora, sin afectar a la Nación, que es lo último que debemos hacer, pero actuando en beneficio de la Nación, a través de beneficios para las provincias.

Esa es una cláusula, una norma que posiblemente logremos concretar. Y vamos a demorar ciento cuarenta y dos años en plasmar un anhelo que por las otras vías ni siquiera teóricamente pudimos lograr” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3720-3721).

Por otra parte, el debate tuvo su importancia en referencia al crédito público de la Nación, tal como lo reflejan las palabras del Convencional Hernández, al indicar que hay dos clases de tesoros: el nacional y los provinciales, agregando que: “Cuando existe un convenio internacional de este tipo lo que la provincia no puede hacer es comprometer financieramente al gobierno federal. Esto, además de otras cuestiones que están claramente especificadas en la norma, no significa en absoluto que la provincia pueda realizar libremente el convenio y ponerlo simplemente en conocimiento del Congreso Federal” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3865).

Cabe destacar que el Convencional de la Capital Federal, el Sr. Valdez, incluyó una distinción entre gestiones y celebración de convenios internacionales, comunicándose estos últimos al Congreso Nacional (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3865).

En una línea de pensamiento esencialmente opuesta, el Sr. Convencional Díaz Lozano propuso que el gobierno federal, previo a la conclusión de un acuerdo internacional que afecte particularmente a una provincia, deberá informar previamente a la misma, con fundamento en:

“(…) no se trata más que del derecho de las provincias a ser informadas previamente a un tratado que pueda afectar a alguno de sus intereses.

Esto existe en la Constitución alemana, y de ninguna manera afecta las facultades delegadas por las provincias a la Nación en materia de política exterior, ya que no establece un nexo vinculante; simplemente establece el derecho de las provincias a ser informadas en temas que puedan afectar sus economías regionales y la vida de sus habitantes” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3866).

Resulta interesante destacar las consideraciones del Convencional por la Provincia de Salta, el Sr. Romero, por cuanto afirma que “(…) Si bien es cierto que antes de celebrar convenios internacionales se deben realizar gestiones, eso no quiere decir que todas las gestiones culminen en un convenio internacional. Por lo tanto, se trata de dos tipos de actividades y deseo que me den una explicación satisfactoria en cuanto a esta cuestión” (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3870-3871).

Finalmente, la Sra. Convencional Avelin de Ginestar solicitó que se aclare el proyecto de la Comisión, ya que allí se reconoce la limitación de que los convenios internacionales celebrados por las provincias “(…) no sean incompatibles con la política exterior nacional y no afecten las facultades delegadas. Una vez celebrado el tratado –según lo que se deduce del texto– *será simplemente comunicado al*

Congreso" (CECP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1994: 3873, el destacado no es del original).

En definitiva, y tal como lo afirma Gasol Varela, del debate legislativo referido al actual artículo 124, el legislador no consideró a los "convenios internacionales" como verdaderos "tratados", de conformidad con el derecho internacional (GASOL VARELA 2010: 73). Sin embargo, no surge del debate legislativo mayores precisiones sobre la naturaleza del "conocimiento", su alcance y el momento en que debe realizarse el mismo al Congreso Nacional, es decir *ex ante* o *ex post*, situación que analizaremos en los acápites III, IV y V.

III. Naturaleza de la expresión "con conocimiento del Congreso Nacional"

Del punto anterior, surge que la expresión "con conocimiento del Congreso" no resulta del todo evidente y persisten las dudas interpretativas. En consideración textual de Toufeksian "(...) parecería que la mayoría de los convencionales no cuestionaron el alcance de la misma" (TOUFEKSIAN 2013: online).

Sin embargo, Carnota proporcionó algo de luz en 1997 al afirmar que, felizmente, el poder constituyente hizo hincapié en la celebración de convenios y no de tratados, ya que la Ley declarativa de la reforma, en el artículo 3.A.d "(...) era un buen punto de arranque, toda vez que al contemplar las gestiones internacionales, las condicionaba a que 'no importen la celebración de tratados' de política exterior. (CARNOTA 1997: 4)

Al respecto, autores como Ekmekdjian afirman que el actual artículo 124 "(...) corta una vieja discusión respecto a la aptitud de las provincias de celebrar tratados con países extranjeros o bien con organismos internacionales (v. gr., F.M.I., B.I.D., etc.). Los requisitos para la validez son: el conocimiento (no la conformidad) del Congreso Nacional, que tales convenios no afecten la política exterior del país o las facultades delegadas al gobierno central y no comprometan el crédito público de la Nación. Teniendo en cuenta que con estos convenios las provincias suelen buscar financiación externa, obviamente es muy poco lo que pueden hacer con tales limitaciones, aunque son coherentes con el sistema federal" (EKMEKDJIAN 2002: 349).

Sin embargo, Bazán afirma que la cuestión ha suscitado debates académicos y políticos, especialmente desde una mirada federalista y la retroalimentación que se deben las provincias y la nación entre ellas. El autor afirma que, en su opinión, "conocimiento" no implica la exigencia de consentimiento, aprobación ni autorización del Poder Legislativo, sino la comunicación. Su fundamento se encuentra en que, semánticamente, significa "hacer saber o informar", sumado a una justificación del debate constituyente que no permitiría calificarse de "desprevenida o inopinada" en su selección puntual, en desmedro de otras opciones (BAZAN 2014: 317-321).

Sobre este punto Toufeksian destaca, en un ejercicio de derecho comparado, dos doctrinas: a) la "doctrina del consentimiento" adoptada por la Constitución de EEUU en su artículo 1, sección 10, que dispone la aprobación del Congreso Federal; y la "doctrina del conocimiento", reconocida por la Constitución de Austria en el artículo 15, apartado 2°, que ordena sólo la notificación a las autoridades

federales. Afirma la autora que en el caso de la Constitución argentina original no aparece clara esta situación, ya que el proyecto de Alberdi sometía los tratados interprovinciales a la "aprobación" del Congreso Federal, reemplazando la misma por un "conocimiento" ante la propuesta de Gorostiaga. De seguirse la tradición de 1853, la autora afirma que la comunicación es, al menos, obligatoria y profundizando su análisis, señala a Dalla Vía, quien se expresa a favor de una autorización del Congreso de la Nación (TOUFEKSIAN 2013: online).

Idéntico análisis realiza Castillo Argañarás citando a Buj Montero, quien identifica a la "doctrina del conocimiento" (considerando a esta como una comunicación sin necesidad de pronunciamiento positivo por parte del Congreso Federal) y la "doctrina de la aprobación o consentimiento", inclinándose por ésta última a favor de un acto de aprobación en orden al debido control político y de constitucionalidad que "(...) evitará la destrucción del equilibrio institucional de la República. En definitiva no podrá haber tratado sin el consentimiento expreso o tácito del Congreso", ya que en caso contrario sería como extender "un cheque en blanco" a favor de las provincias y en desmedro del Estado Nacional (CASTILLO ARGAÑARÁS 2005: 94-96).

Frías, citado por Toufeksian, afirma que el Congreso Nacional puede debatir y cuestionar un tratado, pero "un pronunciamiento negativo no lo deja sin efecto, como lo dejaría la desaprobación. Si el Gobierno Federal cree debe corregir u objetar un tratado, dispone de otros remedios judiciales, y aun de la intervención federal". Sin embargo, la autora también considera la postura de Quiroga Lavié, para quien no corresponde la intervención federal sino el cuestionamiento federal, ante la judicatura, de la validez del convenio provincial, cuya tesis también adopta Sagüés (TOUFEKSIAN 2013: online).

Finalmente, Gelli opina que en casos de conflictos entre provincia y Nación "(...) quedaría el eventual control jurisdiccional o, eventualmente, el remedio de la intervención federal en cuyo caso los senadores representantes de las provincias en cuestión o de la Ciudad de Buenos Aires, podrían defender las *razones y justificación* de los Estados locales, al celebrar los convenios" (GELLI 2013: 612, el destacado pertenece al original).

IV. Alcance del artículo 124 de la Constitución Nacional

De lo anterior surge la necesidad de establecer el carácter absoluto o limitado que poseen las provincias en materia de convenios internacionales y la posibilidad del Gobierno Nacional para oponerse a éstos. Al respecto, Gramajo identifica a autores como Rosatti, Sagüés, Frías y Quiroga Lavié, a los que califica como "provincialistas" que afirman la facultad de aquellas para celebrar convenios internacionales sin anuencia del Gobierno Federal, por lo que su conocimiento sólo tiene carácter informativo, sin necesidad de aprobación o control previo aceptando, en una hipótesis de conflicto, recursos posteriores (GRAMAJO 2000: 4).

En esa misma línea de razonamiento se encuentra Priotti, al afirmar que el artículo 124 implicaría una mera comunicación, ya que se debe "(...) atenerse al sentido literal del término y no querer hacer decir al constituyente lo que no dijo. Si la intención hubiera sido exigir la aprobación del Congreso,

así se habría manifestado expresamente, como ocurre en diversas disposiciones constitucionales que exigen tal aprobación... entendemos que hacer depender la celebración del convenio a la aprobación... implicaría un grave avasallamiento a las autonomías provinciales, circunstancia que el espíritu de la norma en cuestión trata de proteger" (PRIOTTI 2013: 140).

En una posición interpretativa más moderada del término "conocimiento" Bidart Campos, al referirse al antiguo artículo 107 de la Constitución, sostenía que involucraba la aprobación del Poder Legislativo (BIDART CAMPOS 1995: 532). En una posición más extrema, Boggiano sostiene que "resulta necesaria la oportuna intervención del Poder Ejecutivo Nacional para tomar conocimiento de las iniciativas y negociaciones enderezadas a la celebración de tratados internacionales por parte de las provincias. De modo que éstas y las terceras partes contratantes deben notificar al Poder Ejecutivo Nacional la iniciación de actividades destinadas a la celebración de tratados a fin de observar el art. 124 de la Constitución Nacional. Es el método más seguro para prevenir dudas respecto de la conformidad del tratado con la política exterior de la Nación. (BOGGIANO 1995: 157).

En razón de lo expuesto, coincidimos con Gramajo al afirmar que mal podría interpretarse al actual artículo 124 como una disposición "que establece un derecho absoluto de las provincias para celebrar convenciones internacionales, sin ningún control previo", incluso aún admitiendo que los convencionales de 1994 no hayan extralimitado y se aceptara una interpretación amplia del término "gestiones" (GRAMAJO 2000: 3).

Sin embargo, este mismo internacionalista agrega que, en virtud de una interpretación armónica de la Constitución Nacional, debe implementarse controles *ex ante* a cargo del Poder Ejecutivo Nacional con fundamento en sus facultades de política exterior, particularmente en el artículo 99, incisos 11 y 15 (GRAMAJO 2000: 5).

En definitiva, de las experiencias provinciales aparece manifiesta la necesidad de un marco concertado en diferentes niveles políticos y económicos a través de una comunicación permanente formal e informal. Por ello, hasta el momento resultarían injustificables las renuencias de algunos autores a comunicar los convenios internacionales celebrados por las provincias, con fundamento en una afectación de su autonomía, máxime ante la hipótesis de que muchas iniciativas de esta naturaleza pueden afectar directa o indirectamente el crédito público de la Nación.

Al respecto, Gelli afirma que "(...) uno de los convenios más interesantes de celebrar por parte de los entes locales con los organismos internacionales son los de créditos para financiar sus programas de desarrollo, cabe interrogarse si aquellos podrán comprometer sus recursos coparticipables en garantías de los préstamos o financiamiento que eventualmente reciban. Si el organismo internacional requiere el acuerdo de la Nación y ésta lo presta, la cuestión se resuelve; pero si ese consentimiento no es solicitado, las provincias estarían disponiendo de derechos propios y, como tal, disponibles por ellas" (GELLI 2013: 611).

En similar criterio, pero con una mayor determinación sobre este último aspecto, Ekmekdjian expresa que "Atento a la gran deuda externa que sufre nuestro país, la que se está negociando

permanentemente, y por cuya renegociación la República sufre presiones extorsivas que llegan a afectar, incluso, la dignidad nacional, cualquier convenio de una provincia con un organismo financiero internacional, en principio podría afectar al crédito público de la Nación. Pensamos que una interpretación tan estrecha no ha estado en la intención de los convencionales constituyentes al redactar esta cláusula” (EKMEKDJIAN 1999: 740).

Lo anterior adquiere especial relevancia en caso plantearse un incumplimiento por parte de la provincia y se demande al Estado, tal como explicaremos en el siguiente acápite VI, referido al status de los convenios internacionales celebrados por las provincias.

V. La práctica a partir de las constituciones provinciales

La práctica provincial en la materia se observa a partir de su reconocimiento e incorporación en las constituciones provinciales de Catamarca (artículos 110 y 149.15), Córdoba (artículos 104.2 y 144.4), Chaco (artículos 119.7 y 141.10), Chubut (artículos 135.1 y 155.7), Formosa (artículos 120.1 y 142.1), Jujuy (artículos 123 y 137.7), La Rioja (artículos 101.1 y 116.8), Río Negro (artículos 139.5 y 181.13), Salta (artículos 127.7 y 144.13), San Juan (artículos 150.2 y 189.9), San Luis (artículos 144.2 y 168.15), Santiago del Estero (artículo 132.1) y Tierra del fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (artículos 105.7 y 135.1).

A modo ilustrativo, la Provincia de Córdoba celebró distintos convenios como el Convenio de Cooperación Interregional entre la Región de Lviv (Ucrania) y la Provincia de Córdoba, en 1996; el Contrato de cesión de uso entre la provincia de Córdoba y la República Federativa de Brasil, en el año 2001; el Acuerdo de cooperación mutua entre la cámara de comercio de Costa Rica y la Región Centro de Argentina, del año 2005; el Memorando de Fortalecimiento de las Relaciones Amistosas con la provincia de Jiangsu, República popular China, en el año 2006; la Minuta de convenio de cooperación con el Estado de Paraná, República Federativa de Brasil, en 2009; y la Carta de Intención entre su Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Politécnico Di Milano, en el año 2011¹.

Según el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (en adelante, CARI), la experiencia de la Provincia de Córdoba en el escenario internacional ha mantenido una viva participación en el tejido de relaciones transnacionales destacándose por su intervención en múltiples espacios de contactos, destacándose la creación, en 2001, de la “Agencia Pro Córdoba”, con el objeto de facilitar la internacionalización de las empresas cordobesas y gestionar la implementación de políticas públicas destinadas a aumentar la competitividad de sus empresas en el mercado internacional².

Por otra parte, y también a modo de ejemplo, la Provincia de San Luis celebró distintos convenios, como: el Convenio entre la Provincia de San Luis y La Comisión Económica para América Latina y el Caribe, de 1997; el Convenio de Cooperación e Intercambio Económico y Turístico con la Municipalidad de Viña del Mar, en 2002; el Acta Reunión de Trabajo con la Región de Valparaíso (Chile),

¹ Conf. Proyecto “Sistematización y publicación on line de los Convenios Internacionales celebrados por la provincia de Córdoba”: CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA PERÍODO 1994-2013, CARI, agosto 2013. Disponible en www.cari.org.ar

en 2005; el Acta Intención de Reciprocidad con la Comuna de San Antonio (Chile), el Acta Intención de Acuerdo con la Terminal Portuaria de Santos (Brasil) y la Declaración de Hermandad y Cooperación Coronel Juan Pascual Pringles Héroe de Chancay (celebrado con la Región Lima, República de Perú, para cooperar mutuamente en áreas de desarrollo social y humanitario, ciencia y tecnología, producción, arte y cultura, turismo y deportes), estas últimas, en 2007³.

Al respecto, desde el CARI se destacó el incremento de la provincia en su dinámica de vinculación, principalmente con Chile, con especial énfasis en la concreción e implementación de políticas de integración y comercialización que posibilitaron la implementación de programas productivos, turísticos, educativos, culturales y de fomento de infraestructura común, entre otros.

Finalmente, también destacan el Convenio con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) tendiente a desarrollar áreas de trabajo de investigación económica y social, estructura productiva y sociodemográfica, así como aspectos institucionales y estadísticos de finanzas públicas, integración e inserción internacional.

VI. Status de los convenios internacionales celebrados por las provincias. La importancia de un control *ex ante*

Toda vez que las provincias no revisten carácter de sujeto para el derecho internacional, su capacidad resulta cuestionada y por ende también el status de los convenios celebrados por estas sin el aval del Estado. Ello es coincidente con Priotti, por cuanto afirma que "(...) a las entidades subnacionales de una federación... los denomina actores y no sujetos internacionales, ya que aunque posean la atribución de celebrar convenios internacionales, la misma les viene dada por el derecho interno de su Estado y no directamente del Derecho Internacional" y agrega que "(...) en principio se podría afirmar que las provincias son actores internacionales pero no sujetos del derecho internacional, entre otras razones, porque los estados nacionales, en la mayoría de los casos, asumen las obligaciones internacionales contraídas por las provincias" (PRIOTTI 2013: 129).

Advirtiendo la necesidad de considerar la posición de los convenios internacionales, celebrados en virtud del artículo 124 de la Constitución Nacional, opinamos que debemos determinar si se trata de una norma que integra el derecho federal o provincial. Al respecto, Gramajo distingue dos elementos que limitan el rol de las provincias en la materia: a) por razón de la materia (ya que los convenios no pueden tratar sobre materias delegadas al Gobierno Federal); y b) por razón del órgano (ya que el derecho federal sólo puede emanar de los órganos federales, por lo que un gobierno provincial se encontraría impedido de legislar en esta materia). No obstante, estas disposiciones resultan irrelevantes para el derecho internacional ante la aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

² Id., p. 44.

³ Conf. Proyecto "Sistematización y publicación on line de los Convenios Internacionales celebrados por la provincia de San Luis": CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS PERÍODO 1994-2013, CARI, agosto 2013. Disponible en www.cari.org.ar

de 1969 que impide invocar éstas para justificar el incumplimiento de una obligación internacional (GRAMAJO 2000: 5-6).

En otras palabras: la responsabilidad internacional del Estado, ante una hipótesis de esta naturaleza, se encontraría en principio afectada por tratarse del sujeto de derecho internacional (status que no revisten las provincias), excepto que se configure una violación manifiesta y que afecte a una norma de importancia fundamental, tal como lo dispone el artículo 46, inciso 1, de la Convención de 1969 señalada. En ese sentido, cabe agregar que el inciso 2, expresa que su procedencia requiere de una violación objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia, conforme a la práctica usual y de buena fe.

Intentar dar una respuesta a este último punto, respecto de la naturaleza manifiesta, fundamental, objetiva y evidente del artículo 124 equivaldría a realizar un análisis que excede la propuesta, pero que dejamos planteada para un trabajo futuro. No obstante, coincidimos con la apreciación de Barra, al afirmar que detrás del sistema constitucional posterior a la reforma de 1994 sigue las tendencias predominantes en el derecho internacional moderno, en el que "(...) late un concepto fundamental: la primacía del Derecho Internacional no encuentra su fundamento en las normas internas sino que emana del propio sistema internacional" y que fuera reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus decisiones a los casos "Ekmekdjian c/ Sofovich" (1992) y "Fibraca c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (1993), consagrando un avance jurisprudencial en ese sentido (BARRA 1994: 167-168).

Por lo anterior, reviste cabal importancia el control *ex ante* a fin de verificar, por parte del Gobierno Federal, el actuar de las provincias en relación a las facultades del artículo 124 y poder prevenir posibles controversias internacionales. Por supuesto, un incumplimiento de las provincias al respecto no invalidaría el convenio celebrado por estas, pero si comprometería al Estado Nacional y sus finanzas de modo indirecto. En otras palabras, resulta necesaria su intervención para conocer la labor de las provincias, si se quiere en una etapa posterior a la gestión, pero previo a su consentimiento en obligarse de manera que asegure su conformidad con la política exterior de la Nación y, llegado el caso, realizar las observaciones pertinentes.

VII. Reflexiones finales

Como conclusión, consideramos que las normas constitucionales deben interpretarse como un todo armónico, en el que los derechos no son absolutos ya que, de aceptarse dicha postura podría conducirse a resultados contradictorios. De este modo, parecería razonable sostener que el artículo 124 de la Constitución Nacional admitiría un control previo a cargo del Poder Legislativo Nacional y/o del Poder Ejecutivo Nacional (tal como pregona un sector de la doctrina), a menos que se trate de materias que habiliten sólo un control del Ejecutivo, ya que mal podría sostenerse que las provincias posean más libertad en la política exterior que el mismo Poder Ejecutivo Nacional, reconocidas en el artículo 99.11 y concordantes de la misma Constitución.

En otras palabras, parafraseando a la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* Peralta c/ Estado Nacional (1990), podemos afirmar que en el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos, razón por la que la norma bajo análisis no puede interpretarse de modo aislada, especialmente por las consecuencias que acarrearía, sin dudas, para el Estado en materia de responsabilidad internacional.

VIII. Referencias bibliográficas

- BARBERIS, J. A., (1994), *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994.
- BARRA, R. C., (1994), "Declaraciones, tratados y convenciones internacionales", en ROSATTI, H. y otros, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.
- BAZAN, V. (2014), "Una mirada al federalismo argentino: discurso y realidad", *Revista de Derecho Político*, N° 90, mayo-agosto 2014, pp. 287-337.
- BIDART CAMPOS, G. J., (1995), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, TEA, Tomo IV, 1995.
- CARNOTA, W., (1997), "Las provincias y las relaciones internacionales: una reafirmación del federalismo (A propósito del nuevo artículo 124 de la C.N.)", *El Derecho*, 22 de agosto de 1997.
- CASTILLO ARGAÑARÁS, L. F., (2005), "Federalismo y relaciones internacionales", en CARNOTA, W., *Derecho Federal. Sus implicancias prácticas*, Buenos Aires, Grun, 2005.
- CECOP-MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1994), *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, Tomo IV, Buenos Aires, La Ley, 1994.
- EKMEDJIAN, M. A., (1999), *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, De Palma, 1999, página 740, 1999.
- EKMEKDJIAN, M. A., (2002), *Manual de la Constitución Argentina*, 5ª Ed., Buenos Aires, De Palma, 2002.
- GASOL VARELA, C. G., (2010), *El rol de los gobiernos subnacionales en los procesos de integración regional*, Buenos Aires, Zavalía, 2010.
- GENTILE, Jorge H., (2014), "La Constitución Argentina, a 20 años de ser reformada", *El Derecho*, 19 de septiembre de 2014.
- GELLI, Angélica, (2013), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Tomo II, 4ª Ed. Ampliada y Actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- GRAMAJO, J. M. (2000), "El Artículo 124 de la Constitución Nacional. Origen e interpretación de la Reforma. Alcances y Consecuencias en el Derecho Internacional. Constitucionalidad de una eventual ley reglamentaria", *El Derecho (Suplemento de Derecho Constitucional)*, 25 de septiembre 2000 [online].

- IGLESIAS, E. (sin fecha), "Argentina: el creciente papel de las provincias en las relaciones internacionales", en *Forum of Federations*, [online] <http://www.forumfed.org/en/index.php> (consulta el 30/09/2014).
- LABORÍAS, A. R., (2010), "Subjetividad internacional de las divisiones territoriales del Estado federal. El caso de la República Argentina", *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7622 (consulta el 30/09/2014).
- PRIOTTI, Anahí, (2013) "Los entes subnacionales en el Derecho Internacional. Análisis a la luz de la reforma constitucional de 1994", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XXII 2013, pp.121-159.
- ROSATTI, H. D., (1994), "El federalismo en la Reforma", en ROSATTI, H. D. y otros, *La reforma de la Constitución*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1994.
- TOUFEKSIAN, Mara, (2013) "El Congreso Nacional y la celebración de Convenios Internacionales por parte de las Provincias Argentinas y la Ciudad de Buenos Aires", *Revista de Derecho Parlamentario*, 01-03-2013, IJ-LXVIII-889 [online]. Disponible en: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65889&print=2> (consulta el 24/09/2014).
- VILELA, G. (2008), "El art. 124 de la Constitución Nacional: las provincias y la celebración de convenios internacionales", *El Derecho*, 20 de junio de 2008.

UNA APROXIMACIÓN DECONSTRUCTIVA AL TEXTO CONSTITUCIONAL

Por Alicia Enriqueta Ruiz

RESUMEN

Luhmann califica a “la constitución como adquisición evolutiva”¹ cuya novedad consiste en que en ella convergen dos tradiciones semánticas y se transforman viejos contenidos de sentido.

La primera de estas tradiciones (que aún se mantiene) refiere al concepto de estructura, a una conexión orgánica que mantiene unido al cuerpo social y político y que expresa una concepción de la temporalidad del derecho, que indica su vigencia. La segunda tradición, proveniente del derecho romano remite centralmente a la existencia de textos escritos.

En esa convergencia, la figura del contrato es clave, ya que funda la legitimidad del poder político, el ejercicio de la fuerza y las formas de su delimitación. Así la constitución es un texto jurídico que textualiza cuestiones políticas, trata jurídicamente problemas políticos, determina el orden político como orden jurídico.

El auxilio de Derrida es imprescindible para encarar un enfoque deconstructivista de las decisiones teóricas, prácticas, ético-políticas y jurídicas.

PALABRAS CLAVE

Constitución Nacional -Enfoque Deconstructivista – Contrato - Interpretación judicial

A DECONSTRUCTIVE APPROACH TO CONSTITUTIONAL TEXT

By Alicia Enriqueta Ruiz

ABSTRACT

Luhmann describes “the constitution as an evolutive acquisition” which contributes with two semantic traditions converging in it, and transforms the sense of old contents.

The first of these traditions (which still remain) refers to the concept of structure, an organic connection which maintains united the social and political body, and expresses a temporality law conception, which indicates its validity. The second tradition originates in Roman law and mainly refers to the existence of written texts.

In this convergence, the figure of the agreement is a key issue, because it establishes the political power legitimacy, the exercise of force and the ways of delimitation. In this way the Constitution is a legal text which describes political issues, refers in a legal way to political problems, and states political order as itself.

The contribution of Derrida is essential to face a deconstructive approach in theoretical, practical, ethical-political, and legal decisions

KEY WORDS

National Constitution – Deconstructive approach – Agreement – Judicial interpretation

UNA APROXIMACIÓN DECONSTRUCTIVA AL TEXTO CONSTITUCIONAL

Por Alicia Enriqueta Ruiz*

Luhmann califica a “la constitución como adquisición evolutiva”² cuya novedad consiste en que en ella convergen dos tradiciones semánticas y se transforman viejos contenidos de sentido.

La primera de estas tradiciones (que aún se mantiene) refiere al concepto de estructura, a una conexión orgánica que mantiene unido al cuerpo social y político y que expresa una concepción de la temporalidad del derecho, que indica su vigencia. La segunda tradición, proveniente del derecho romano remite centralmente a la existencia de textos escritos.

En esa convergencia, la figura del contrato es clave, ya que funda la legitimidad del poder político, el ejercicio de la fuerza y las formas de su delimitación.

La constitución dice Raffaele Di Giorgi siguiendo a Luhmann, se presenta como **tautología** y como **paradoja**: es una construcción que funciona solo si es ocultada, si no se ve.

La fuerza y la supervivencia de la Constitución como categoría se explican en tanto ella oculta la **paradoja** de la fuerza vinculante del contrato. La construcción funciona: la voluntad expresada en el contrato no puede ser retirada, no hay renuncia a las condiciones puestas y/o aceptadas, lo que los individuos hacen en la vida social es expresar esa aceptación. A su vez, el contrato sostiene la pretensión de los individuos de ser reconocidos como titulares de la voluntad que le da origen.

La **paradojalidad, que no se reconoce ni se declara**, consiste en que la misma voluntad que funda la imposibilidad de renunciar al orden establecido es la que puede reformular las condiciones pactadas, cuando las circunstancias sociales agotan (en su transformación) los requisitos consagrados.

A través del tiempo, la aparición de emergencias de muy distinto tipo encuentran soluciones por vía de nuevas artificialidades, todas las cuales remiten a la Constitución: la legitimidad del poder político, la imposibilidad de dejar a la política la propiedad y el monopolio de la administración de justicia; la exigencia del reconocimiento de nuevos derechos. Todas estas emergencias son **semánticamente incluidas**, hallan reconocimiento y unifican su sentido en esa estructura/texto que llamamos constitución.

Así la constitución es un **hecho histórico que testimonia la forma manifiesta de una sociedad**, y al mismo tiempo “**es un documento jurídico que prescribe los modos de ejercicio de la**

* Profesora Titular regular de Teoría General y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (UBA), Jueza del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²Conf. Artículo de Luhmann, Niklas; “Constitución como adquisición evolutiva”, 1990.

voluntad que se han aceptado en el contrato social en virtud del cual la comunidad se organiza y se conserva como unidad jurídica de reconocidas diferencias.”³

“La constitución es un vínculo que la comunidad se da a sí misma, a través de la cual el presente se abre al futuro, da voz a sus expectativas de futuro haciéndolas normativas.” Es una **circularidad** que funciona... “la constitución empieza de sí, así como **el tiempo político y el tiempo jurídico de la comunidad tienen su propio inicio en aquel inicio que es la Constitución...**”⁴

Entonces la constitución es un texto jurídico que textualiza cuestiones políticas, trata jurídicamente problemas políticos, determina el orden político como orden jurídico.

La constitución opera como **memoria de la unidad de la diferencia entre política y derecho**. Memoria no es recuerdo, es una función siempre presente cuando se reactualiza sentido a través del texto. Memoria no es reactualización del pasado, operación imposible; ella es la función que permite construir sentido en el presente y atribuir ese sentido a la presencia del texto. De este modo la memoria se transforma por cada una de sus reactualizaciones. El texto tiene un sentido, el sentido no es el texto; el texto es un texto jurídico que fija un orden político que se legitima en base al derecho que él produce y al cual se declara dispuesto a someterse. Esta circularidad se llama democracia.⁵

La Constitución es un texto **autológico**: habla de sí, se presenta como el inicio del tiempo del derecho y de la política... lo que la Constitución reactiva, constituye y reconstituye es al mismo tiempo la diferencia de derecho y política y la modalidad de su acoplamiento, el grado de recíproca irritación, el umbral de la interrupción de su interdependencia.⁶

Ahora bien, en el sistema político la falta de coherencia en las decisiones no es un problema. En cambio, en el sistema jurídico es un problema cuyo riesgo aumenta cuanto más complejo es el sistema. En este punto, y en el marco del estado moderno de derecho, el papel de los jueces se torna relevante (me refiero al juez que ejerce control de constitucionalidad concentrado o difuso).⁷

La función del juez constitucional consiste en reactivar continuamente el proceso de construcción de la realidad. En términos luhmannianos ese juez “interpreta interpretaciones”, redefine descripciones, reabre inicios, reencierra circularidades. Veamos cómo.

La Constitución es, como dije, la unidad de una diferencia (entre derecho y política). Sin embargo esa diferencia no es visible en el texto constitucional: la distinción entre derecho y política es inobservable.

Esa diferencia está en estado latente, y en cada decisión el juez como intérprete de la constitución aludirá a ella mediante otras distinciones. El juez aplica derecho al derecho, usa la distinción constitucional/ inconstitucional, igual/diferente, racional/arbitrario.

³ De Giorgi, Raffaele; “El desafío del juez constitucional” en Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, N°7, 2010.

⁴ Ob. Cit; Pág. 36.

⁵ Conf. Ob. Cit.; Pág. 38.

⁶ Conf. Ob. Cit.; Pág. 41.

⁷ Conf. Ob. Cit.; Págs. 42, 43.

*El juez observa con el uso de otras distinciones. De vez en vez condensa sentido a través de la producción de sentido: observa latencia a través de la producción de latencia. **Pero es claro que en realidad ese juez redefine la inobservable latencia, reactivando latencia que él mismo no puede observar.***

A través de la interpretación el juez no dice qué cosa es la Constitución, él no indica una tautología: así como él no custodia una luz inagotable y no conserva tampoco valores inmutables.

Al interpretar el juez construye sentido en base al texto, esto es, transforma el texto, y en cada intervención suya se implica a sí mismo sin poder verse.

De aquí que la interpretación de la Constitución distingue en cada caso solo entre interpretación constitucional e interpretación inconstitucional: la autología se repite y se refleja sobre sí misma. Pese a ello nosotros continuamos pensando que de este modo se produce justicia, igualdad, libertad.⁸

Como se ha podido advertir esta introducción pivotea sobre dos ejes: texto y sentido por un lado y derecho y política, por otro.

Llegados a este punto seguiré algunas líneas del pensamiento de Jacques Derrida (que explican el título de mi trabajo) para cuestionar la concepción epistemológica presupuesta en cualquier intento de afirmar que hay algo así como "una perfecta traducción del derecho" y consecuentemente "de la Constitución", haciendo del juez una especie de traductor impecable (la boca de la ley y en un grado aún mayor de la constitución) que enuncia su sentido original (y obviamente único, fijado por el constituyente, imposible de cambio o transformación).

Una "traducción perfecta del derecho" es apenas una ilusión que justifica atribuciones de sentido preferidas o impuestas en la vida social. Dicho de otra manera: cuando se invoca lo "perfecto" de lo que se habla es de poder y de ideología, porque de lo que se trata es de imponer un sentido insusceptible de ser cuestionado, corregido o cambiado. En otros términos, otra vez aparece el vínculo inescindible entre derecho y política.

Si se parte de la deconstrucción hay que internarse en un campo polémico, en el espacio heterogéneo de un conflicto de fuerzas y de sentidos en pugna, lo que deja de lado cualquier intento de un "análisis neutro, metódico, especulativo..."⁹, y desde luego todo modelo esencialista y reduccionista del derecho y la justicia.

2.-El auxilio de Derrida es imprescindible para encarar un enfoque deconstructivista de las decisiones teóricas, prácticas, ético-políticas y jurídicas.

Hay algo que exige ser aclarado desde el inicio: en el campo del derecho estamos enfrentados a textos performativos, textos que dicen lo que se debe y no se debe, lo que somos y lo que no somos, los márgenes dentro de los cuales hemos sido colocados, reconocidos, legitimados. Márgenes que dividen, diferencian distinguen a unos de los otros, "...límites de los conceptos de justicia, ley y derecho, de los

⁸Conf. De Giorgi, Raffaele; "El desafío del juez constitucional" en Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, N°7, 2010.

valores, de las normas, de prescripciones que se han impuesto y han sedimentado quedando desde entonces más o menos legibles y presupuestos.”¹⁰ El hecho de mantener siempre un cuestionamiento sobre el origen, fundamento y límites de nuestro aparato conceptual teórico o normativo sobre la justicia nunca es “...insensibilidad sobre la justicia.”¹¹

La deconstrucción de la red de conceptos como propiedad, intencionalidad, voluntad, conciencia de sí mismo, es un momento estructuralmente necesario, que puede hacer creer que no hay lugar ni para la justicia, ni para el interés teórico en los problemas de la justicia.

Sin embargo en ese proceso deconstructivo, no solo se denuncian los límites teóricos sino también las injusticias concretas, dejando al desnudo a las “buenas conciencias” que suelen contentarse con repetir alguna definición heredada de justicia.

Es además un momento angustiante, “... momento en el que las revoluciones político jurídicas tienen lugar y que sólo puede estar motivado en la exigencia de un incremento, de un suplemento de justicia en la experiencia de una inadecuación o de una incalculable desproporción que tiene que ser interpretada. Y esa interpretación también angustia, pero... ¿quién pretende ser justo ahorrándose la angustia?...”¹²

“La reconstrucción está comprometida con esta exigencia de justicia... Hay que ser justo con la justicia y la primer justicia que debe ser hecha es la de escuchar, leer, interpretar, intentar comprender de dónde viene, que es lo que quiere de nosotros...y sabiendo siempre que esta justicia se dirige a singularidades, a la singularidad del otro, a pesar, o en razón misma de su pretensión de universalidad.”¹³

3.- Una perspectiva como la que vengo presentando, es obvio que pone en crisis a las teorías que postulan una situación ideal de competencia lingüística como presupuesto necesario de la formulación racional de acuerdos y decisiones, entre las que destaca el acceso y la concreción de la justicia. En tales concepciones se esconde el imposible deseo de quien anhela asegurar la perfecta traducción del derecho, o un análogo déficit epistemológico o, en el más despiadado (aunque tal vez el más certero) de los análisis: un ansia irrefrenable de eliminar toda visión del mundo y toda lectura de la ley que no sea la propia. El mundo que habitamos está poblado de fundamentalismos de todo signo, y siempre hay alguno más al acecho. ¿Por qué no habríamos de descubrirlos en el espacio de la teoría o de la reflexión filosófica? Y si el encuentro ocurre, más allá de la angustia que arrastra consigo, no podemos guardar silencio.

Si circular por los textos jurídicos, indagar sus múltiples sentidos, perderse en sus equívocos, caer una y otra vez en las trampas que el discurso del derecho, enredado entre el poder y la violencia y en pugna por preservar su especificidad, nos aleja de cualquier expectativa de encontrar “la perfecta traducción”, y si aún así estamos dispuestos a actuar y a responder por nuestras decisiones, vale la

⁹ Conf. a la introducción en Derrida, Jacques; “La deconstrucción en las fronteras de la filosofía.”, PAIDOS, 2da Edición, Barcelona, España, 1993.

¹⁰Derrida, Jacques; “Fuerza de Ley: El fundamento místico de la autoridad.”, DOXA, Nº 11, Alicante, 1992.

¹¹ Ob. Cit.

¹² Ob. Cit.

pena recordar que, como dice Luhmann "...la decisión es un paradoja que no se puede tematizar sino solo mistificar, la autoridad, las decoraciones, la restricción de acceso a los secretos, los textos a los que en absoluto es posible referirse, la entrada o salida de la escena, todo esto ocupa el lugar que impide que lo paradójico de la decisión aparezca y denuncie la razón que decide, sobre lo que es que la unidad del sistema que solo se puede observar como paradoja."¹⁴

BIBLIOGRAFÍA

- DE GIORGI, R. (2010). "El desafío del juez constitucional" en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, N°7, 2010.
- DERRIDA, J. (1992). "Fuerza de Ley: El fundamento místico de la autoridad.", DOXA, N° 11, Alicante, 1992.
- DERRIDA, J. (1993). "La deconstrucción en las fronteras de la filosofía.", Editorial Paidós, 2da Edición, Barcelona, España, 1993.
- LUHMANN, N. (1990). "Constitución como adquisición evolutiva", 1990.
- LUHMANN, N. (2002). "El derecho de la sociedad", Universidad Iberoamericana, México, 2002.

¹³ Ob. Cit.

¹⁴ Luhmann, Niklas.; "El derecho de la sociedad", Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 371.