

**Universidad de Concepción del Uruguay - Centro Regional Gualeguaychú**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Seminario de Derecho Público**

**Profesores Matera, Juan y Piter, Virginia**

**Tesina:**

**El control de convencionalidad**

**Ipperi, Ramiro Esteban**

**04-04-2022**

## Índice

Introducción -----	4
Planteo. Objetivos -----	5
Marco conceptual: control de constitucionalidad -----	6
Fallos de la Corte Suprema -----	6
Alcances de la declaración de inconstitucionalidad -----	6
Requisitos: caso, interés legítimo y petición de parte -----	9
Normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales -----	12
Dictámenes de la Procuraduría del Tesoro de la Nación -----	14
Doctrina -----	15
Constitución. Interpretación constitucional -----	15
Poder constituyente -----	17
Principio de relatividad -----	18
Supremacía constitucional y control de constitucionalidad -----	18
Síntesis -----	20
Marco conceptual: control de convencionalidad -----	20
Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -----	21
Síntesis -----	23
Fallos de la Corte Suprema -----	23
Prelación de los tratados internacionales sobre las leyes -----	24
Sobre la CADH y el bloque de constitucionalidad federal -----	25
Doctrina -----	29
Monismo. Derecho Internacional de los Derechos Humanos -----	29
El bloque de constitucionalidad federal -----	31
Control de convencionalidad -----	32
Conflictos entre la Constitución e instrumentos con jerarquía constitucional---	35
Postura de la primacía constitucional -----	36
Postura de la primacía del DIDH -----	40
Conclusión -----	47
Primer objetivo: primacía -----	47
Segundo objetivo: identidad de ambos sistemas de control-----	54

Tercer objetivo: solución unificadora de ambos sistemas de control -----	56
Propuesta de modificación legislativa -----	58
Reflexiones finales -----	60
Referencias -----	63

## Introducción

Si preguntamos qué es el control de convencionalidad encontramos respuestas desde «una expresión fruto del esnobismo» hasta «una obligación de los Estados con la comunidad internacional». Para unos es innecesario y para otros hablar en su contra es producto de una antojadiza interpretación tergiversada. Para analizar este concepto que ha dividido las aguas jurídicas es menester no caminar el lecho seco que las separa sino analizar la idea y comprender sus bases y fundamentos. Así se logrará comprender el porqué de la reyerta y, mediante un juicio intelectual, quizás unificar las aguas y arrasar con ellas las interpretaciones equivocadas o esnobs. Pero primigeniamente se debe entender dónde se ubica este concepto, principalmente, la idea de un ordenamiento jurídico.

Un orden jurídico no es sino un sistema normativo. Una agrupación de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas y, al menos, uno que correlaciona un caso determinado con una solución. Es coactivo, porque dentro de sus normas contiene al menos una dirigida a regular el ejercicio del monopolio de la fuerza de determinada sociedad para lograr el cumplimiento de sus disposiciones. También es institucional, porque entre sus normas existen no solo primarias sino secundarias que versan sobre las primeras creando órganos encargados de aplicarlas y reglas para reconocerlas. Definamos entonces (Nino, 2015) como sistema jurídico aquel sistema normativo que, a través de órganos creados por él mismo y que reconocen sus normas como obligatorias, puede disponer la ejecución de medidas coactivas en situaciones particulares recurriendo al ejercicio del monopolio de la fuerza (pp. 110-111). Las normas que lo componen se ordenan en niveles de jerarquía sobre la base de aquellas que autorizan la creación de otras o bien que establecen prelación en sus propios enunciados.

Comprendido, podemos ya hablar del orden jurídico argentino. Este conforma una pirámide con la Constitución Nacional en la cima, como norma suprema de cuya observancia y conformidad depende la validez de todas las restantes; existen los tratados internacionales con llamada «jerarquía constitucional», seguidos estos de las restantes especies de tratados; luego las leyes, decretos y resoluciones nacionales. El órgano encargado de velar por su observancia es el Poder Judicial de la Nación, cuyo titular es la Corte Suprema de Justicia. Creado por la Constitución, la posterior ley nacional número 27 le encomendó la tarea de

mantener la observancia de la pirámide normativa que guarda la Constitución en su cima y le ordenó que prescindiera de aplicar cualquier norma que la contradiga, estableciendo el *control de constitucionalidad*.

El devenir de la Segunda Guerra Mundial propició alteraciones en el escenario internacional con lógicas consecuencias en el derecho internacional. Tanto la creación de nuevas comunidades internacionales como una forma distinta de practicar las relaciones entre los Estados, necesariamente implicaron una forma distinta de plantearse el cumplimiento de las obligaciones internacionales en relación con el derecho interno. El *control de convencionalidad* se inserta aquí como medio de verificar la correspondencia entre las normas interiores y los tratados de derechos humanos, siendo de suma importancia en el caso argentino al considerar los tratados de llamada «jerarquía constitucional».

Esta es la base de los sistemas que, como fue adelantado, han dividido la doctrina. Pero, ¿qué es precisamente lo que enfrenta al mundo jurídico?

### **Planteo. Objetivos**

Como hoja de ruta para el presente trabajo se propone establecer un marco teórico tanto del sistema de control de constitucionalidad argentino como del sistema de control de convencionalidad, planteo que responde a los siguientes objetivos:

- Analizar la prelación normativa entre la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, y determinar cuál debe operar en caso de conflicto.
- Demostrar la mutua identidad del sistema de control de constitucionalidad argentino y de la aplicación en la Argentina del sistema de control de convencionalidad.
- Aportar al sistema jurídico argentino una forma unificada para el ejercicio de ambos sistemas de control.

El marco teórico se expondrá en forma que dé respuesta a los interrogantes: ¿qué significa el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad? ¿Qué son las teorías dualista y monista, y cuál es la mejor receptada en el derecho argentino? ¿Cuál es el origen de ambos sistemas? ¿Cuál es la utilidad, mérito o conveniencia de cada uno? ¿Existen problemas a causa de su coexistencia? ¿Cuál es el fundamento de ambos?, ¿es jurídico o

político?, ¿responde a razonamientos jurídicos o más bien a ideologías impregnadas de fanatismo? ¿Existe alguna forma de unificar el control de la jerarquía normativa en el derecho argentino?

### **Marco teórico: control de constitucionalidad**

A fin de establecer la instalación y evolución del sistema de control de constitucionalidad federal se establecerá como marco conceptual la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, dictámenes provenientes de la Procuraduría General de la Nación, de la Procuraduría del Tesoro de la Nación, doctrina de Carlos Santiago Nino, Gregorio Badeni, Germán Bidart Campos, Alberto Ricardo Dalla Via y Daniel Sabsay, entre otros, y las ideas expuestas por Alberdi en *Bases*.

### **Fallos de la Corte Suprema**

La jurisprudencia se dividirá en: doctrina acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad, acerca de los requisitos para que el Poder Judicial pueda ejercer este control, y cuáles normas fuera de las leyes y actos de la Administración y dependencias del Poder Ejecutivo son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales.

### ***Alcances de la declaración de inconstitucionalidad***

La Corte, ya desde los albores de su instalación, fijó en «**Calvete, Benjamín**», Fallos 1:340, de 1864, los alcances de sus poderes de contralor constitucional, obviando la circunstancia de que, en nuestra Constitución, al igual que en la estadounidense, este poder no es explícito. Ella se describió a sí misma como la intérprete final de la ley suprema y remarcó que, siempre que se ponga en duda el alcance de alguna de sus cláusulas y la decisión apelada sea contraria al interés en el cual se funda la pretensión, toda sentencia será revisable, incluso las provenientes de los tribunales provinciales.

En «**Isabel de Elortondo**», Fallos 33:162, de 1888, se delimitó lo que se convertiría en el sistema de control de constitucionalidad argentino: el sistema de control difuso, en el cual todos los jueces tienen la potestad y el deber de controlar la correspondencia de la ley con la constitución en los casos traídos a su conocimiento y de no aplicarla al caso si resultara inconstitucional. En síntesis, la Corte remarcó que la averiguación de la conformidad de la

ley con la Constitución y la abstención de su aplicación si no guardara esa conformidad es tanto facultad como deber de los jueces en los casos que sean puestos a su despacho, lo que constituye una de las más importantes funciones del Poder Judicial de la Nación y garantía de los derechos constitucionales.

En «**Cine Callao**», Fallos 247:121, de 1960, se estableció que el control de constitucionalidad incluye, primero, la evaluación en carácter general de ley, es decir, si es un ejercicio acorde al poder constitucional de policía del Estado y, si lo fuera, evaluar si importa una limitación razonable a los derechos según el artículo 28 de la Constitución. Concluyó de esta forma la constitucionalidad de restricciones a derechos constitucionales basándose en el argumento del poder de policía amplio en un contexto de emergencia.

El procurador en cambio remarcó que cuando el poder, con la excusa de un mal mayor, recurre a facultades de que no está investido, crea un peligro peor y de difícil contención una vez desatado: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado con abusos de poder. Los gobernados paulatinamente y cada vez en mayor grado convalidan los abusos como si de un derecho consuetudinario *de facto* se tratara. Para evitar semejante resultado, la Constitución contiene acertadas previsiones, siendo la tarea de velar por su cumplimiento en última instancia del Poder Judicial, a quien se le confía que las garantías constitucionales cumplan su única finalidad, que es actuar como barrera infranqueable ante el avance indebido de la autoridad. Ni aun cuando alguno de estos excesos se considere aisladamente como idóneo para solucionar un mal puede consentirse, bajo el riesgo de quedar suplantado el estado de derecho por el caos de hecho.

En igual sentido opinó la disidencia. Las prácticas inconstitucionales consiguen su primer apoyo mediante ataques silenciosos y pequeñas desviaciones de los modos legales de proceder, ulteriormente apartándose cada vez más de las normas constitucionales, bajo el amparo de una idea sensible pero no eligiendo para ello uno de los numerosos medios razonables que autoriza la Constitución. Ella admite la reglamentación de los derechos individuales, pero no su transgresión disfrazada de reglamentación.

La tendencia jurisdiccional de abandonar la pretérita doctrina rígida de las cuestiones políticas no justiciables fue expuesta en «**Graffigna Latino, Carlos y otros**», de 1986. Expuso la Corte que, en casos que los particulares hallaran sus derechos constitucionales afectados por acciones de otro de los poderes del Estado, incluso provincial, la cuestión será

revisable. Este fallo se enmarca en el abandono de la postura por la cual los casos serían descartados por el Poder Judicial so pretexto de la materia con fundamento en proteger la vigencia de la división de poderes.

En cuanto a los sujetos alcanzados por la declaración de inconstitucionalidad, en «**Albornoz**», Fallos 315:276, de 1992, fue contundente la Corte al expresar que solo produce efectos entre las partes intervinientes en el proceso y relativo a la ley y a las relaciones jurídicas que lo motivaron, por cuya consecuencia no tiene efectos derogatorios genéricos. Por lo tanto, en un proceso posterior no pueden las partes intentar valerse de la inconstitucionalidad declarada en uno previo, excepto que demuestren estrecha analogía.

En «**Mill de Pereyra**», Fallos 324:2219, de 2001, la Corte recalcó que la inconstitucionalidad es una declaración de suma gravedad institucional que solo puede ser utilizada como *última ratio* del orden jurídico cuando la repugnancia de la ley con la Constitución sea manifiesta e inconciliable, de forma tal que se justifique en desmedro de la seguridad jurídica. La interpretación de la Constitución debe hacerse de forma armónica considerándose cada disposición acorde a la otra.

En «**Simón**», Fallos, 328:2056, de 2005, la Corte convalidó la decisión del Congreso de declarar nulas las leyes de punto final y obediencia debida regularmente sancionadas, con fundamento en que el criterio era compartido. Dejó entrever que, si el Poder Judicial es en definitiva quien tiene la última palabra, el Poder Legislativo puede hacer uso de esta facultad.

En «**Thomas, Enrique**», Fallos 333:1023, de 2010, se remarcó que las facultades de los jueces al declarar la inconstitucionalidad de las leyes se agotan en el caso particular sin producir efectos *erga omnes*, por lo que el Poder Judicial, si no puede derogar una ley a través de una sentencia, mucho menos puede suspender sus efectos a través de una medida cautelar *inaudita parte*. En cuanto a la cuestión política no justiciable, explicó en su voto el juez Petracchi que no es correcto interpretar al procedimiento de sanción y promulgación de las leyes como exento de control judicial, sino que tanto este como la aplicación por las cámaras del congreso de sus reglamentos internos durante el proceso son susceptibles de revisión por parte de los jueces.

En 2021 fue fallado «**Colegio de abogados de la Ciudad de Buenos Aires**» en el cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 26.080, en cuanto a la conformación del Consejo de la Magistratura. La fórmula de dicha ley quebraba el equilibrio constitucional



que debe ser guardado en el seno del Consejo al establecer la supremacía de los representantes del estamento político por sobre los de los no políticos. No solo se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1º y 5º de la ley 26.080 y la consecuente inaplicabilidad de todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías de la ley original, sino que se resolvió que, hasta tanto el Congreso no sancionara una nueva ley de acuerdo a lo normado por la Constitución, recobraría vigencia el régimen anterior y que, pasado el plazo de ciento veinte días sin que el Congreso sancionara la nueva ley, todos los actos del Consejo serían nulos.

***Requisitos: caso, interés legítimo y petición de parte***

**Caso e interés legítimo.** Si bien este requisito es expresado en todo pronunciamiento judicial, en «**Isabel de Elortondo**», Fallos 33:162, de 1888, la Corte estableció que su deber guardar la correspondencia entre la ley suprema y los actos de gobierno solo es ejercible en los casos que sean puestos a su despacho. Un control de constitucionalidad por fuera del marco de un caso judicial importaría una violación al sistema de control difuso y a la división tripartita de poderes.

Una vez creada la acción meramente declarativa de certeza en 1967, fue fallado el caso «**Hidronor S.A.**», de 1973. A través de dicho instituto se pretendía una declaración de inconstitucionalidad antes de producido efectivamente el daño. El actor desistió y la sentencia fue solo un proveído, pero el dictamen del procurador general Marquardt sostuvo que existía «causa» pues aquello prohibido es el control de constitucionalidad *erga omnes* o los pronunciamientos conjeturales o hipotéticos, pero que en el caso se daba un interés sustancial, concreto y definido con efectos *inter partes*.

En «**Lorenzo, Constantino**», la Corte, aun rechazando la demanda, dejó a salvo que ello no significaba que no existiera en el orden federal una acción declarativa de inconstitucionalidad, sino que debe distinguirse entre pretensiones abstractas y generales, estas últimas no revistiendo forma contenciosa por la ausencia de un interés inmediato del accionante. Así entendido, la acción meramente declarativa de certeza puede ser utilizada como acción de inconstitucionalidad.

Dicha doctrina fue profundizada en «**Gomer S. A.**», de 1987, donde se reafirmó la existencia de una acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal y la

posibilidad de ser planteada ante la Corte en los supuestos que habilitan su jurisdicción originaria, dentro del ropaje de la acción meramente declarativa de certeza. Para su procedencia estableció una trilogía de requisitos: un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica; un interés jurídico suficiente del accionante, en el sentido de que la incertidumbre pueda generarle un daño; y falta de otro medio legal para ponerle fin a la incertidumbre. De esta forma puede concluirse que, si bien formalmente no existe una acción declarativa de inconstitucionalidad, esta puede pretenderse siguiendo el marco de la acción meramente declarativa de certeza, quedando encapsulada aquella dentro de esta, en una suerte de relación género-especie.

En «**Gómez Diez**», Fallos 322:528, de 1999, se expidió en cuanto a la legitimación necesaria para accionar y, por lo tanto, a lo que configura la existencia de un caso, específicamente en un proceso de declaración de inconstitucionalidad según la acción meramente declarativa de certeza. La correcta delimitación de estos conceptos permite al poder judicial desenvolverse correctamente dentro de su ámbito sin invadir las esferas de los otros dos poderes del Estado. La parte accionante debe demostrar que los agravios alegados le afectan de forma suficientemente directa o sustancial, es decir que poseen suficiente concreción e inmediatez.

Finalmente, en «**Fayt**», Fallos 332:1616, de 1999, terminó de consagrarse el criterio de que, para que proceda la acción meramente declarativa de certeza como acción de inconstitucionalidad, no es necesario que el daño se haya producido, sino que basta con el estado de incertidumbre sobre un derecho o garantía constitucional, siempre que no exista otro remedio para sortearlo.

**Petición de parte.** El marco de actuación del Poder Judicial en casos de declaración de inconstitucionalidad fue precisado en «**Los Lagos**», Fallos 190:142, de 1941. Es necesario que la parte interesada solicite tal control al juez, quien no puede hacerlo de oficio, en virtud de la presunción de legitimidad de los actos públicos que solo puede ser destruida a instancia del interesado, quién carga con la prueba.

Siguiendo la doctrina de «**Los Lagos**», en «**Juzgado de Instrucción Militar de Rosario**», Fallos 306:303, de 1984, se dijo que la inconstitucionalidad no puede ser declarada de oficio, ni siquiera en cuestiones relativas a la competencia de los jueces. La disidencia, en

cambio, admitió la facultad de los jueces de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes aún sin petición de parte, basándose en cuatro cuestiones principales. Primero, que los jueces pueden suplir el derecho no invocado o invocado erróneamente por las partes según el principio *iura novit curia*, cuestión que incluye el deber de guardar la jerarquía del orden jurídico. Segundo, que no puede verse en la declaración de inconstitucionalidad de oficio un desequilibrio en los poderes del Estado en favor del judicial, pues resulta ilógico que la atribución sea objetada si es ejercida de oficio, pero aceptada si lo es a petición de parte. Tercero, que la presunción de legitimidad no es válida para descartar esta facultad porque cede al verse el acto jurídico en conflicto con una norma superior. Y cuarto, que no hay violación al derecho de defensa en juicio por la declaración de inconstitucionalidad oficiosa de la misma forma que no hay violación al aplicarse cualquier norma legal de oficio que no fuera invocada por las partes.

En 2001 fue revertida la jurisprudencia en «**Mill de Pereyra**», dando lugar a la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Los argumentos se resumen en: 1) la declaración de oficio no implica un avance sobre los otros poderes del Estado del mismo modo que no lo implica la declaración a petición de parte; 2) la presunción de validez de los actos jurídicos cede cuando contrarían una norma superior; 3) no se ve afectado el derecho de defensa de las partes del mismo modo que no se ve afectado con la aplicación de cualquier otra norma de oficio; 4) es función específica del Poder Judicial el control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes; 5) el control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho abarcada dentro del principio *iura novit curia*; 6) la prohibición de actuar de oficio del artículo 2° de la ley 27 significa que solo puede actuar dentro de un «caso», no que todo su accionar debe ser solicitado por las partes una vez iniciado el proceso; 7) la propia ley 27 en su artículo 3° marca esta facultad al ordenar el control de la constitucionalidad de las leyes. Este control oficioso se trata de una función incidental, porque solo será aplicado para sortear el obstáculo que se interpone entre la pretensión que sí fue solicitada y la resolución aplicando la Constitución, siendo tal obstáculo una norma inconstitucional, por lo que la declaración oficiosa será presupuesto para el progreso de la pretensión.

### *Normas susceptibles de ser declaradas inconstitucionales*

En «**Soria de Guerrero**», de 1963, la Corte se expidió acerca de la constitucionalidad de una reforma constitucional. Si bien rechazó el planteo, lo hizo de forma de dejar establecido que el procedimiento de la reforma de la Constitución, tanto como el de formación y sanción de las leyes, no obstante hallarse encargados a otros poderes del Estado y su contenido ser una cuestión política no justiciable, son susceptibles del control jurisdiccional en caso que no sean respetados los requisitos mínimos e indispensables que la Constitución marca como anejos para su validez.

En «**Fayt**», Fallos 332:1616, de 1999, la Corte declaró nula una norma contenida en la propia Constitución. Para ello se basó en la ley declarativa de necesidad de reforma número 24.309 y analizó los puntos que el Congreso, en ejercicio del poder preconstituyente, autorizó a la Convención Reformadora a modificar. De allí salió a la luz que esta no se hallaba habilitada para introducir, como modificación a la garantía de inamovilidad vitalicia de los jueces, la circunstancia de cumplirse el hecho futuro e incierto de llegar el magistrado a la edad de 75 años, ni siquiera por vía de la teoría de los poderes implícitos, porque esta solo refiere a aquellos poderes que sean de absoluta necesidad para cumplir con los que explícitamente le hayan sido otorgados. En vista de que la Convención había actuado por fuera del límite impuesto por el instrumento habilitante, cuanto fue hecho por ella en tal sentido fue declarado inconstitucional por ser violatorio del procedimiento del artículo 30.

En «**Thomas, Enrique**», Fallos 333:1023, de 2010, reafirmó en su voto el juez Petracchi que no es correcto interpretar al procedimiento de sanción y promulgación de las leyes como exento de control judicial, sino que tanto este como la aplicación por las cámaras del congreso de sus reglamentos internos durante el proceso son susceptibles de revisión por parte de los jueces.

En «**Schiffrin, Leopoldo Héctor**», de 2017, la Corte en su nueva composición se apartó del precedente Fayt y restituyó la vigencia de la norma declarada nula. Entendió que en «Fayt» se realizó una interpretación restrictiva de los poderes de la Convención Reformadora cuando debería haberse hecho una amplia. Según esta, en caso de duda, debe estarse a favor de la plenitud de poderes por ser representativa de la voluntad soberana del pueblo y solo limitada por los contenidos pétreos de la Constitución, es decir, la estructura básica del sistema de poder constitucional y los derechos humanos ya consagrados.

Argumentó que, de aceptarse el precedente «Fayt», se concluiría que el Congreso puede imponer a la Convención Reformadora qué hacer, debiendo esta solo aceptar o rechazar lo que aquel mande. Concluyó que el Congreso solo cuenta con facultades de declarar la necesidad de reforma pero que la Convención Reformadora cuenta con todo el poder inherente a la soberanía para introducir las modificaciones que estime necesarias, con el límite de una grave, ostensible y concluyente discordancia entre la habilitación y la reforma, y de las cláusulas pétreas.

La disidencia del juez Rosenkrantz confirmó el precedente «Fayt». Explicó que el control constitucional de una reforma no implica un avasallamiento del poder constituido sobre el constituyente, sino un ejercicio que milita en la defensa de la Constitución, fuente de ambos poderes. Las reglas de juego no vienen a dificultar el proceso democrático sino que facilitan los acuerdos políticos de los que dependen las reformas futuras, cuestión necesaria para que la Constitución, sin perder su estabilidad, pueda ser ajustada a las necesidades de los tiempos; de allí que la protección de la Constitución no debe ser entendida como un acto contra la política sino que la política se halla en la obligación de acatar y respetar el proyecto de república democrática que ella establece (cons. 17). La Convención no cuenta con los poderes soberanos que desee para realizar amplias modificaciones; ella no puede tomar la Constitución en sus manos atribuyéndose poderes de que no goza, pues, en un Estado de Derecho, los individuos se hallan bajo el gobierno de las leyes y no del capricho de los hombres, y la ley suprema impone, en su artículo 30, que el Congreso marque a la Convención los puntos a que la habilita a modificar. El poder soberano de la Convención radica en si modifica o no los puntos que se encuentra habilitada a modificar, y la extensión o forma en que lo hace, pero siempre respetando la esencia de la habilitación. Merced a la ley 24.309, la Convención estaba autorizada a modificar el proceso de nombramiento de los jueces y a actualizar las atribuciones del Poder Legislativo y el Ejecutivo en ese sentido, y allí la Convención ingresó una norma relativa a la duración del mandato de los jueces y modificó su carácter vitalicio, violando la habilitación. Por lo tanto, correspondía confirmar «Fayt» por la violación del artículo 30 de la Constitución.

En «**UCR La Rioja s/ amparo**», CSJ 1/2019/CS1, de 2019, fue dejado en claro que la afectación por parte de los órganos provinciales a las bases del sistema republicano merced al artículo 5º de la Constitución Nacional implica cuestión federal revisable por la Corte sin

configurar avasallamiento del orden federal sobre el local. Ello en cuanto el artículo 5° impone como anejos a la validez de dichos actos que las provincias respeten el sistema republicano de acuerdo a los principios, derechos y garantías de la Constitución federal. La provincia pretendía aprobar una reforma a su Constitución local introduciéndole normas reprochables mediante un procedimiento viciado de irregularidad. La demanda fue rechazada por inexistencia de caso pues el acto aún no se había consumado, pero dejada a salvo la posibilidad de volver a conocer sobre él una vez se consumara. En su disidencia, el juez Rosenkrantz opinó que existía un caso pues lo cuestionado no era el acto en sí sino el procedimiento inconstitucional por el cual se lo pretendía concretar. Semanas después y una vez consumado el acto inconstitucional, en «**UCR La Rioja s/ amparo**», 125/2019, la Corte en competencia originaria declaró la invalidez de la ley provincial y todo lo actuado en su consecuencia por violatoria del artículo 5° de la Constitución Nacional.

### **Dictámenes de la Procuraduría del Tesoro de la Nación**

A grandes rasgos, los dictámenes de la Procuraduría del Tesoro de la Nación establecen que compete al Poder Judicial efectuar una declaración de inconstitucionalidad y no a la Administración. Expresan, sin embargo, que es facultad del Ejecutivo y sus dependencias la no aplicación de una norma ya declarada inconstitucional judicialmente en casos de estrecha analogía.

En **Dictámenes 242:626**, de 2002, se expresó que es deber de la Administración, en virtud del artículo 31 de la Constitución, la no aplicación de toda norma que considere inconstitucional, aunque tenga prohibido efectuar dicha declaración.

Más adelante, en **Dictámenes 298:207**, de 2016, dicha postura fue menguada en ciertos aspectos, estableciéndose que la Administración cuenta con diversos medios para dejar sin efectos actos inconstitucionales, pero no puede dejar de cumplirlos mientras se mantengan en vigencia, excepto que guarden estrecha similitud con algún caso fallado por la Corte Suprema en el cual haya sido invalidado.

En **Dictámenes 301:333**, de 2017, fue ahondada dicha doctrina, expresándose que, en virtud del principio de legalidad, según el cual los órganos de la Administración actúan acorde a sus facultades legalmente establecidas sin poder sobrepasarlas legítimamente, ella se halla restringida en sus poderes de actuación. De esta forma, si un acto administrativo

fuera inconstitucional por excederse en sus facultades, debe ser declarado inválido por la propia Administración. Sin embargo, en cuanto al orden legal y supralegal, superior al administrativo, se conservó la doctrina previa de la prohibición de la declaración de inconstitucionalidad. Según esta, solo en casos de estrecha analogía con un precedente resuelto por la Corte Suprema, último intérprete de la Constitución, podrá no aplicarse la norma atacada, pues de lo contrario, la Administración estaría usurpando funciones que no le son propias.

## **Doctrina**

La doctrina sobre el sistema de control judicial de constitucionalidad se dividirá en: significado del Derecho Constitucional, la Constitución y formas de interpretación constitucional; el poder constituyente; el principio de relatividad de los derechos; y la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad.

### ***Constitución. Interpretación constitucional***

Sabido es que el Derecho Constitucional es la disciplina que gira en derredor de la organización del poder estatal en una sociedad, con especial énfasis en la protección de la libertad de los individuos. Tal como explica Badeni, se encarga del estudio no solo de la Constitución escrita sino de todas las instituciones políticas extraconstitucionales componentes del Estado, así como su realidad política (2006, pp. 11). Su contenido es entonces formal o material según la concepción que se utilice, siendo la formal aquella que se agota en el estudio de las leyes constitucionales y la material la que ahonda en la práctica política o dimensión sociológica (Bidart Campos, 1996, p. 274). Por ello el estudio de la Constitución es el objeto del Derecho Constitucional sin perjuicio de no agotarse allí.

Una Constitución propiamente dicha se identifica con el acto fundacional de una organización política, definiendo ella las reglas de juego que regularán las relaciones de poder y la convivencia en sociedad. La Argentina previa a 1853, según Alberdi, no era más que una simple asociación tácita e implícita a la cual le urgía un gobierno y una Constitución que impusiera un juego de reglas a seguir (2017, p. 55). En el caso argentino, y sin desmedro de la imposibilidad de considerar como «Constitución» aquellos actos que no respeten los contenidos humanistas elaborados por el constitucionalismo (Sabsay, 2016, p. 9), nuestra

norma fundamental puede ser clasificada como personalista, de modo que crea una estructura en procura de asegurar la plena vigencia de la libertad y la dignidad de las personas; es escrita, pues sus disposiciones están contenidas en una o más leyes; es codificada, porque sus contenidos están sintetizados en un documento único; y es rígida, porque está claramente expresada en su articulado la distinción entre el poder constituyente y el constituido, siendo el primero el único facultado para modificarla y a través de un procedimiento extraordinario.

Esta estructura sumada a su finalidad, que es la creación de la sociedad política con base en la idea política dominante y el establecimiento de las reglas generales que habrán de seguirse, denotan como característica intrínseca su estabilidad. Al ser un programa de gobierno, una carta de navegación para la vida en sociedad, debe ser estable jurídicamente a lo largo del tiempo, en pos de proveer una meta a mediano y largo plazo. La única forma de tener una Constitución que sea respetada por gobernados y gobernantes es que ella sea duradera por los años, pues la novedad de una ley es un defecto en sí misma que incluso la perfección en su redacción no es capaz de compensar (Alberdi, 2017, p. 214). Ello no implica, sin embargo, su falta de flexibilidad, sino todo lo contrario: impone que su redacción permita que en el curso del tiempo ella se desarrolle y adecue a los requerimientos de la sociedad en conformidad con un razonable dinamismo político y social.

Siendo la Constitución el acto de cuya observancia depende la validez de todos los restantes, es necesaria una técnica para su interpretación. Ella es dada por la técnica constitucional, la cual abarca no solo la interpretación sino las reglas para la formulación de las normas constitucionales. La interpretación no es sino el esfuerzo intelectual que permite al operador descubrir el significado de una norma en la cual se inserta una situación de hecho o de derecho. Ella puede desdoblarse en interpretación «de» la Constitución y «desde» la Constitución (Bidart Campos, 1996, pp. 312-313), diferenciándose ambas en si se está en presencia de una labor sobre normas insertas en la propia Constitución o si, una vez hecho ello, esta labor se enfoca en normas infraconstitucionales en miras de determinar su concordancia con aquella. Como mecanismos de interpretación constitucional (Badeni, 2006, pp. 99-101), si la lectura de sus palabras resultara insuficiente por sí, el intérprete se vale de la integración, -en caso de inexistencia de especificidad en la norma para con la cuestión de hecho o derecho presentada, y se la interpretará en función de un enfoque histórico, pragmático o social, teniendo en cuenta los fines personalistas que la inspiraron- y



de la construcción -el desentrañamiento de la voluntad de quien redactó la norma a fin de aplicarla a un caso que no está expresamente previsto por ella-.

Los principios constitucionales sobre los que descansan estas reglas de interpretación, en cuestión de derechos y garantías, son, en general *in dubio pro constitutio, in dubio pro libertate e in dubio pro homine*, en sentido de proteger la vigencia de los derechos y garantías en favor de la libertad y dignidad de las personas. En materia de privilegios o excepciones, la interpretación pasa a ser restrictiva en lugar de amplia, en procura de limitarlos a su mínimo autorizado por la Constitución. En cuanto a la interpretación de las normas constitucionales que reglan su propia reforma, ellas deben ser interpretadas con mayor acentuación en su característica restrictiva: la naturaleza rígida de nuestra Constitución impone que el trabajo interpretativo sobre dichas cláusulas se realice en el sentido que propicie soluciones que dificulten la labor reformatoria y no que favorezcan su desarrollo (Badeni, 2006, p. 251).

Estas técnicas deben servir para dar correcta aplicación a la fuerza normativa de la Constitución. Deben ser utilizadas con prudencia y con un correcto sentido protector de los derechos fundamentales, fruto de una correcta teoría constitucional y democrática del poder pues, de lo contrario, el germen opresor puede infiltrarse bajo la protección de un falso argumento pro derechos humanos y avalar sus más terribles violaciones (Landa, en Bazán y Nash, Primera parte, capítulo 1, p. 42).

### ***Poder constituyente***

El órgano encargado de llevar adelante la sanción de la Constitución o su reforma es la Convención Constituyente, investida del poder constituyente delegado por el propio pueblo de la Nación. Así establecido se comprende la tajante división entre los poderes constituidos, imposibilitados por su naturaleza de modificar la Constitución y atados a obrar en concordancia con ella, y el poder constituyente, quien les dio origen e impuso las reglas de juego y los objetivos a mediano y largo plazo de la sociedad política, con especial énfasis en la protección de la libertad y la dignidad de las personas.

Esta división impone la conclusión de que los poderes constituidos son inferiores al constituyente en su naturaleza y origen, motivo por el cual ningún órgano del Estado diferente a la Convención Constituyente extraordinaria puede modificar la Constitución; lo contrario

importaría socavar la esencia republicana y democrática del Estado, viciándolo de forma atentatoria al pleno ejercicio de la soberanía por parte del pueblo (Ríos Álvarez, 2015).

### ***Principio de relatividad***

No obstante, la autorización de la que sí goza el Poder Legislativo, conferida por el constituyente, es la de la reglamentación de los derechos constitucionales. En un régimen constitucional, si bien la libertad y dignidad de la persona es el norte perseguido, no existen libertades absolutas, sino que están sujetas a una serie de limitaciones para posibilitar la convivencia armónica y el cumplimiento de los fines de la organización política (Badeni, 2006, p. 459). Por aplicación del principio de relatividad, todos los derechos están sujetos a la reglamentación que de ellos haga el poder constituido. Estas limitaciones, para su validez, dependen de una trilogía de requisitos: se deben manifestar en la forma de una ley según el principio de legalidad, deben estar dotadas de razonabilidad, y deben ser iguales para todos aquellos que se encuentren en las mismas condiciones.

### ***Supremacía constitucional y control de constitucionalidad***

La rigidez de la Constitución, verificada hasta ahora tanto en la dificultad de su reforma como en la obligatoriedad de seguimiento de sus reglas, importan su *supremacía* por sobre el resto del orden jurídico. Esto se trata de una consecuencia del movimiento constitucionalista en procura de la preservación de la libertad y dignidad de las personas, y su secuela instrumental no es otra que el control de constitucionalidad (Badeni, 2006, p. 242). Este control se identifica con la verificación de la subordinación de las normas inferiores a las superiores y todo el conjunto a la Constitución, en razón de que, si una norma dada adolece de insubordinación, está viciada de inconstitucionalidad (Bidart Campos, 1996, pp. 165-166). El sistema argentino de control de constitucionalidad es judicial, pues está a cargo de los jueces, y difuso, porque no existe solo un tribunal con dicha facultad, sino que todos los jueces de todos los fueros e instancias están investidos de ella, siendo la Corte Suprema la intérprete final de la Constitución. En concordancia, y por la propia naturaleza difusa de este sistema de control, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad no tienen efectos derogatorios o *erga omnes* sino *inter partes* (Sabsay, 2016, pp. 88-89), es decir que se

proyectan a las partes en juicio y sobre las relaciones jurídicas discutidas en él, sin extenderse a terceros ni a restantes relaciones jurídicas o normas.

La realidad de que solo el Poder Judicial puede anular, para el caso particular, una norma por inconstitucional, permite admitir la contradicción de que una norma no autorizada por la Constitución, es decir, violatoria en algún sentido de sus preceptos, es de todas formas obligatoria hasta que sea anulada. Esto resulta de que la validez de las normas no se agota en su pertenencia al sistema, sino que incluye su obligatoriedad; las normas inconstitucionales pueden bien no pertenecer al sistema al no haber sido autorizadas por la Constitución pero, por existir una norma que torna obligatoria su aplicación y observancia, ellas son válidas en tanto no se anulen (Nino, 2015, pp. 155-156).

Pero todo ello quedaría en letra muerta si no se movieran los engranajes que pongan en marcha dicho control. Para que ello ocurra es necesario el concurso de una serie de requisitos (Sabsay, 2016, pp. 85-88). En primera instancia, la existencia de un «caso», en tanto la jurisdicción del Poder Judicial se encuentra enmarcada a las causas llevadas a su conocimiento y solo en ese contexto puede analizar las leyes. Asimismo, es necesaria la existencia de un interés legítimo del peticionante, cuestión íntimamente ligada a la idea de «caso», es decir, que este debe acreditar el daño inmediato o directo que le ocasiona la norma impugnada, así como limitar su pretensión al caso concreto en procura del ejercicio de sus derechos o cumplimiento de obligaciones. Finalmente, la petición de parte, si bien este requerimiento se interpretaba restrictivamente al punto de entenderse que, si en juicio, ninguna de las partes solicitaba la declaración de inconstitucionalidad, los jueces no podían proveerla; más adelante este requisito fue atenuando al punto de considerarse que es deber de los tribunales guardar la Constitución y no aplicar leyes que la violen abiertamente. Se han presentado proyectos de ley a fin de consagrar legislativamente esta potestad oficiosa, como el presentado en 2008 en Diputados, reproducción parcialmente modificada del presentado en 2004 (Diputados Argentina, 2008), o el presentado en Senadores en 2008 (Senado Argentina, 2008). Algunas jurisdicciones consagran la declaración de inconstitucionalidad de oficio como una cuestión de derecho inherente a la labor judicial, como la puntana en sus artículos 10 y 210, cediendo parcialmente los valores seguridad jurídica, congruencia y petición de parte frente al valor justicia (Ruta, 2010, p. 51), hallando

justificación en la preservación del sistema del Estado de derecho, el mejor medio para hacer efectiva la libertad y la dignidad de las personas (p. 59).

Como corolario, la introducción de la acción meramente declarativa de certeza vino a suplir un vacío en la doctrina argentina del control de constitucionalidad en cuanto a la falta de mecanismos adecuados de control (Ibarlucía en Dalla Via, 2004, p. 129). Esta acción es receptada por doctrinarios y por la Corte como una vía para accionar por la declaración de inconstitucionalidad, aunque no se haya manifestado el daño, bastando con la incertidumbre que la relación jurídica producto de la ley impugnada genera en el accionante sobre sus derechos o garantías constitucionales y la amenaza de un daño que dicha incertidumbre le genere. Ella no puede ejercerse con intenciones consultivas, sino que debe responder al fin de subsanar un perjuicio que sea consecuencia del estado de incertidumbre proyectado sobre una relación jurídica por una norma jurídica (Badeni, 2006, p. 1250).

### *Síntesis*

Recapitulando, este control de constitucionalidad es la herramienta con la cual se guarda el acatamiento de la Constitución por parte de los poderes constituidos del Estado. Ella vela por su supremacía y la graduación jerárquica que ella establece, así como el respeto a los derechos y garantías de su parte dogmática en tanto ellos puedan verse suprimidos o violentados en todo o en parte con pretexto de reglamentación o emergencia. Siendo en todo ello el encargado de llevar adelante esta verificación el Poder Judicial, en casos que sean llevados a su conocimiento y con efectos para las partes y sobre las relaciones jurídicas del mismo.

Dentro de las disposiciones constitucionales afectadas por este control se encuentran las que establecen la prelación normativa. Es en este punto, al entrar en juego los tratados internacionales y, más precisamente, aquellos con «jerarquía constitucional», donde el control de convencionalidad hace su aparición.

### **Marco teórico: control de convencionalidad**

Sentadas las bases del sistema de control de constitucionalidad, se procederá a analizar su evolución en integración del derecho internacional. Se estudiará la dicotomía entre dualismo y monismo, la incorporación de los instrumentos internacionales con

«jerarquía constitucional» y la creación del bloque de constitucionalidad federal. Se hará uso de sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallos de la Corte Suprema y doctrina de Germán Bidart Campos, Pablo Luis Manili, Alberto Ricardo Dalla Via, Agustín Gordillo, Víctor Bazán, Lautaro Pittier, Alfonso Santiago, Eugenio Luis Palazzo, Gregorio Badeni, Néstor Sagüés, Abel Albarracín, María Ábalos, entre otros.

### **Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En el precedente **«La última tentación de Cristo Vs. Chile»**, de 2001, la Corte Interamericana resolvió que cierto contenido de la Constitución chilena resultaba violatorio de la Convención Americana, y decidió que el Estado debía modificarla en un plazo razonable. La violación de los derechos reconocidos en la Convención por parte de cualquier órgano del Estado, sin importar su jerarquía, implica la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, en el derecho de gentes, normas consuetudinarias indican que los Estados parte de un tratado están obligados a modificar su orden jurídico interno a fin de volverlo compatible con aquel, norma receptada en la Convención bajo el principio del efecto útil de los tratados.

En **«Myrna Mack Chang Vs. Guatemala»**, de 2003, el juez Sergio García Ramírez expresó que la labor de la Corte Interamericana, en cuanto a resolver contiendas entre quien se diga afectado en sus derechos humanos reconocidos por la Convención y el Estado, se traduce en un «control de convencionalidad», según el cual la Corte ha de juzgar a todos los poderes del Estado, sin seccionarlo de forma de atribuir responsabilidad internacional a uno de sus órganos y no a otros, para verificar la correspondencia de sus acciones con lo normado en la Convención.

Este concepto fue expandido en 2004 por el mismo juez en **«Tibi Vs. Ecuador»**, expresando que la Corte Interamericana funciona en forma similar a las Cortes Constitucionales de los Estados, en tanto estas analizan los actos de los poderes públicos a la luz de las leyes fundamentales a fin de procurar su concordancia, mientras que la Corte Interamericana conoce sobre los actos de los Estados llevados a su conocimiento y los juzga en relación al instrumento que le dio jurisdicción, es decir, la Convención Americana. En ese sentido, las Cortes Constitucionales ejercen un control de constitucionalidad y la Corte Interamericana un «control de convencionalidad».

El mismo juez en «**Vargas Areco Vs. Paraguay**», en 2006, remarcó que la facultad de controlar la convencionalidad de los actos del Estado en un proceso llevado a su conocimiento no significa una nueva instancia judicial superior a las del orden jurídico del Estado. No implica absorber las funciones civiles o penales de los tribunales locales, como tampoco podría hacerlo una Corte Constitucional local, sino que se agota en confrontar las normas internas con las normas de la Convención para averiguar si son concordantes y declarar la responsabilidad internacional del Estado si no lo fueran.

«**Almonacid Arellano y otros c. Chile**», sentencia de 2006, se trata del primer precedente donde la Corte Interamericana expresa que el control de la convencionalidad de los actos estatales no solo le compete a ella sino a los jueces locales. Ellos, como parte integrante del poder estatal, están obligados por la ley y, siendo la Convención Americana un instrumento internacional, esta goza de jerarquía superior a las leyes una vez aprobada siguiendo los mecanismos constitucionales, por lo cual los jueces deben aplicarla directamente en caso de conflicto y descartar la norma inferior. Para ello, los jueces locales deben ejercer, además de las funciones de control de constitucionalidad que les imponga el orden jurídico de su Estado, una «especie de control de convencionalidad» entre las normas aplicables y la Convención, utilizando como guía la jurisprudencia de la Corte Interamericana por ser esta la intérprete última de dicho instrumento.

El concepto fue extendido en «**Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**», de 2006, que pasó de «una especie de control de convencionalidad» a un concreto deber jurídico de oficio de los jueces locales. Asimismo, el juez García Ramírez expresó que el deber de la Corte Interamericana, del mismo modo que las Cortes Supremas o Constitucionales de los Estados, no es juzgar todos los casos y resolver en cada uno sobre las cuestiones convencionales, sino fijar un criterio de interpretación y aplicación a ser recogido por los Estados y aplicado por todo su aparato jurídico. De esta forma se pretende una suerte de homogeneización de interpretaciones judiciales.

Su ejercicio por parte del Estado fue ampliado en cuanto a sus sujetos alcanzados en «**Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**», de 2010, marcando la Corte Interamericana que no compete únicamente a los jueces sino a todos los órganos vinculados con la administración de justicia, en el marco de sus respectivas competencias.

En «**Gelman Vs. Uruguay**», de 2011, fue expandido todavía más el deber de contralor convencional por parte de los Estados, estableciéndose que la protección de los derechos humanos es el límite infranqueable al poder de decisión de las mayorías, y que compete no solo a los jueces y autoridades judiciales sino a toda autoridad pública el ejercicio del control de convencionalidad, dentro de sus respectivas competencias.

Siguiendo la misma tendencia, en «**López Mendoza Vs. Venezuela**», de 2011, se expresó que el deber de los Estados al aplicar el control de convencionalidad se extiende a interpretar el orden jurídico local en concordancia con la jurisprudencia aplicable de la Corte Interamericana y no solo con la Convención.

### ***Síntesis***

De esta manera el control de convencionalidad se gestó y expandió gradualmente. Inicialmente se lo asimiló totalmente a la facultad de la Corte de juzgar los casos bajo su estudio a la luz de la Convención; en «Almonacid Arellano» se desdobló y extendió a los jueces locales el deber de ejercer una «especie de control de convencionalidad»; en «Trabajadores cesados del Congreso» se lo trató como un real instrumento jurídico y se estableció la facultad de su ejercicio de oficio por parte de los jueces; en «Cabrera García» ya no solo los jueces sino todos los órganos involucrados en la administración de justicia; en «Gelman» los sujetos se ampliaron hasta abarcar a toda autoridad pública; y en «López Mendoza» se estableció que, para su correcto ejercicio, las interpretaciones judiciales y administrativas debían ser acorde a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Se desprende que este sistema de control está conformado por dos aspectos: uno externo, a cargo de la Corte Interamericana en los casos bajo su estudio, y otro interno, a cargo de los propios Estados, quienes deben velar por el cumplimiento de la Convención y el restante *corpus iuris* de derechos humanos, en concordancia con la jurisprudencia de aquella.

### **Fallos de la Corte Suprema**

A fin de exponer la evolución de la dicotomía dualismo-monismo y la aplicación de la Convención Americana en lo que llamamos el «bloque de constitucionalidad», la

jurisprudencia se dividirá en dos grupos: la prelación de los tratados internacionales sobre las leyes, y el bloque de constitucionalidad federal.

### *Prelación de los tratados internacionales sobre las leyes*

Los fallos «**S.A. Martín y Cía. Ltda.**», Fallos 257:99, y «**S.A. Petrolera Esso**», Fallos 271:7, seguían la doctrina imperante en la época. Los tratados son igualmente calificados como ley suprema de la nación junto con las leyes de la nación, por lo que no existe fundamento jurídico para darles prelación. Rige sobre ellos el principio de la ley posterior, por lo cual un tratado deroga una ley anterior, y una nueva ley deroga un tratado.

Posteriormente, se dio un giro importante en «**Ekmekdjian c/ Sofovich**», Fallos 315:1492, de 1992. Se estableció que las disposiciones de un tratado internacional deben ser cumplidas por el Estado nacional aun significando ello darles primacía sobre las leyes nacionales. Ellos pueden ser violados no solo mediante la sanción de normas contrarias a sus postulados sino mediando la omisión de sancionar aquellas que fueran necesarias para su aplicación. Como fundamento fue invocada la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados pues establece que un Estado no puede ampararse en su derecho interno para justificar el apartamiento de sus obligaciones convencionales.

En «**Fibraca Constructora S.C.A**» se reiteró la doctrina de «Ekmekdjian c/ Sofovich» pero esta vez en relación a un tratado de materia distinta a los derechos humanos, con expresa mención a las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la Nación ha hecho propias a través de su legislación.

Siguiendo la línea, en «**Cafés La Virginia S. A.**», de 1994, se interpretó que los tratados internacionales no generan solo un deber de carácter moral sino una norma supralegal de cumplimiento obligatorio. Al tener mayor jerarquía no pueden ser derogados por una ley ordinaria y, en caso que una ley o norma inferior resultara contraria a sus disposiciones, esta sería violatoria de la Constitución Nacional en cuanto al orden de prelación que ella establece. Como fundamento se tomó no solo la interpretación del artículo 31 de la Constitución sino el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, donde expresa que un Estado no puede invocar su derecho interno para violar las disposiciones de un tratado, en consonancia con el artículo 27 de la Constitución que expresa



que deben celebrarse tratados con Estados extranjeros en tanto respeten los principios de derecho público establecidos en ella.

### *Sobre la CADH y el bloque de constitucionalidad federal*

En «**Giroldi, Horacio David**», de 1995, la Corte entendió que el deber del Estado no es solo respetar los derechos y garantías reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos sino garantizarlos; por ello, para eliminar el obstáculo legal que impedía el ejercicio del doble conforme penal de la Convención, se declaró la inconstitucionalidad de la norma procesal que lo vedaba.

En cuanto al posible conflicto entre normas constitucionales y aquellas de los instrumentos del artículo 75 inciso 22, en el precedente «**Chocobar c/ ANSES**», Fallos 319:3241, de 1996, la Corte interpretó que la Convención Reformadora hubo realizado, previo a sancionar la reforma, un juicio de comprobación entre ambas y determinado que no existían conflictos. Esta decisión del Poder Constituyente no puede ser desconocida por los constituidos. Del mismo modo, en cuanto a su interpretación en perjuicio de los derechos humanos y no a su favor, entendió que, merced a una lectura armónica de la Constitución y de dichos instrumentos, el Estado podía verse autorizado a disminuir derechos ya adquiridos de acuerdo a sus posibilidades económicas. Dicha interpretación fue revertida en «**Sánchez c/ ANSES**», de 2005, donde la Corte estuvo a lo votado por la disidencia en «Chocobar». Los tratados con jerarquía constitucional no pueden interpretarse de forma que signifique una regresión en los derechos constitucionales previamente reconocidos, cuestión que, además, se encuentra expresamente tratada en el artículo 29.b de la Convención que prohíbe retrotraer los derechos y libertades ya reconocidos por las leyes. Los derechos humanos deben ser progresivamente aumentados de acuerdo a las capacidades del Estado, pero nunca la emergencia puede ser excusa para derogarlos.

En relación a lo que posteriormente se conocería como el «bloque de constitucionalidad», en «**Arce, Jorge**», Fallos 320:2145, de 1997, la Corte interpretó una disposición de la Convención Americana sobre Derecho Humanos en función del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos al considerar a este como un instrumento preparatorio de aquella, determinando que la garantía que estos instrumentos imponen relativa a la doble instancia judicial penal solo aplican a la persona acusada y no al acusador.

Hizo hincapié en que los tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional deben ser considerados como formando un «bloque único de legalidad».

Siguiendo esta idea, en «**Gonzales de Delgado c/ Universidad Nacional de Córdoba**», Fallos 323:2659, de 2000, fue rechazado un recurso que pretendía, por razones de costumbre y tradición, mantener vigente una práctica de segregación por cuestiones de sexo. La Corte rechazó el recurso sin más, pero algunos ministros por su voto se explayaron en que correspondía hacerlo por ser la segregación contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, y fue el juez Petracchi quien expresó que la Constitución y aquellos configuran el «bloque de la constitucionalidad argentina».

En relación a las sentencias de la Corte Interamericana y las recomendaciones de la Comisión, en 2000 fue fallado el caso «**Felicetti, Roberto**». Siguiendo el procedimiento de la ley número 27.077, fueron condenados en instancia única por la Cámara Federal los participantes del copamiento del Cuartel de La Tablada en sentencia de 1989, cuyo recurso extraordinario fue desestimado por la Corte. En 2000 y por mandato del presidente de la Nación, se presentó el procurador del Tesoro de la Nación a la causa instando el otorgamiento del recurso de revisión contra la sentencia condenatoria, a fin de asegurar la vigencia de la garantía de la doble instancia judicial en materia penal establecida en la Convención. Previamente, la Comisión había recomendado al Estado arbitrar los medios para que dicha garantía sea efectiva, bajo apercibimiento de entablar demanda ante la Corte IDH por responsabilidad internacional.

La Corte Suprema rechazó el planteo del procurador entendiendo que este no estaba procesalmente legitimado para presentarse; que se desvirtuaría el valor seguridad jurídica con la revisión de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; que las causales invocadas no encuadraban en ninguno de los supuestos habilitantes del recurso de revisión; y que el derecho a recurrir establecido en la Convención no implica la posibilidad de una apelación sino la posibilidad de que la sentencia provenga del tribunal de mayor jerarquía en la organización de justicia.

Las disidencias apuntaron a que en casos en donde se hallan en juego derechos y garantías constitucionales no puede prevalecer la formalidad por sobre el derecho de fondo; asimismo, que el procurador estaba legitimado al ser representante del Poder Ejecutivo y este

encargado de mantener las buenas relaciones internacionales, cuestión comprometida por la aparente violación a la Convención; que la ausencia de normas reglamentarias no implica la no operatividad del derecho, como fuera dicho en «Ekmekdjian c/ Sofovich», por lo que la falta de encuadre en la norma del recurso de revisión debía ser obviada; que la reparación del daño implica el restablecimiento del ejercicio del derecho lesionado; que el derecho a recurrir implica la posibilidad del condenado de apelar la sentencia ante un tribunal superior; que el *status* constitucional de la Convención implica la inconstitucionalidad de la norma que impone la instancia única en perjuicio de los acusados.

En «**Brusa, Víctor Hermes**», Fallos 326:4816, de 2003, fue interpretado el artículo 115 de la Constitución Nacional de forma armónica no solo con el resto del articulado de la propia Constitución sino con los instrumentos de derechos humanos del bloque, en particular, la Convención Americana. Dicho artículo establece que el fallo del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados es irrecurrible, sin embargo, la Corte entendió que dicha irrecurribilidad solo pasa el test de constitucionalidad si refiere a que el poder judicial no puede controvertir la cuestión política del fallo del Jurado, pero sí revisar que el proceso se haya llevado adelante siguiendo las reglas inherentes a dicho instituto. De esta forma, la literalidad del artículo 115 fue dejada de lado para lograr una interpretación armónica no solo con la garantía de acceso a la justicia de la propia Constitución sino con el derecho incorporado en el artículo 25 de la Convención Americana de tutela judicial efectiva.

Siguiendo el mismo tema, en «**Espósito, Miguel Ángel**», Fallos 327:5668, de 2004, al plantearse la paradoja de si garantizar los derechos que le corresponden al acusado y caer en responsabilidad internacional por violar los derechos humanos de la víctima, o restringir los derechos del acusado para guardar los de la víctima, la Corte resolvió estar a los dispuesto por la Corte Interamericana en desmedro del acusado. Entendió que, siendo el mismo órgano a cargo de interpretar la Convención el que mandó la restricción, debía hacerse lo que él decidió.

Los jueces Belluscio, Maqueda y Highton de Nolasco coincidieron en que la sentencia de instancia anterior debía anularse porque una sentencia de la Corte Interamericana lo ordenaba. Al ser tales sentencias vinculantes, los órganos del Estado deben obedecer sin más.

El juez Boggiano opinó que, por la jerarquía constitucional de la Convención Americana, la obligación del Estado de reparar el daño ocasionado por una violación a los

derechos humanos se extiende la investigación y sanción de los responsables, eliminando todos los obstáculos que lo impidan, aun significando ello la restricción de los derechos del acusado.

Fayt explicó que, si bien los fallos de la Corte Interamericana son vinculantes y que el deber de reparación incluye la persecución penal del victimario, ello no abarca la anulación de los derechos y garantías de quien se halla sometido a proceso. Las resoluciones de la Corte Interamericana solo pueden condenar en el ámbito del derecho internacional al Estado parte, pero nunca a una persona involucrada en proceso ante la justicia del Estado, y mucho menos obligar al Estado a castigar a alguien por haber incurrido el Estado en responsabilidad, porque ello no solo significa que la Corte Interamericana se atribuya facultades de derecho penal que no posee, sino que significa, en la práctica, penar a alguien por la responsabilidad de otro, violando el principio de la personalidad de la pena. Coincidió en descalificar la sentencia, pero por ser arbitraria al no tener adecuada fundamentación, no por la obligatoriedad de la sentencia internacional ni por el derecho de la víctima al castigo del victimario.

En «**Simón**», Fallos 328:2056, de 2005, la Corte invalidó al caso retroactivamente los artículos 18 de la Constitución Nacional y 9º de la CADH, 15 del PIDCP, 11 inciso 2º de la DUDH y 35 de la DADDH, todos instrumentos integrantes del bloque de constitucionalidad federal. Ello fue hecho para habilitar el juzgamiento de criminales de lesa humanidad con base en que, al momento de la comisión de los hechos, regían plenamente en el derecho argentino los principios de derecho internacional y el *ius cogens* internacional que volvía tales crímenes inamnistiables. De esta forma, correspondía estar a lo normado por la invocada costumbre internacional en desmedro de la legalidad, inaplicando al caso derechos y garantías constitucionales. La única disidencia, del ministro Fayt, expresó que la derogación de los derechos y garantías constitucionales, incluso en los casos más extremos y graves, implica la destrucción del Estado de Derecho y su suplantación por un derecho injusto, sin referencia a ningún sistema de valores, pero siempre aplicado de manos de quien detenta la fuerza suficiente para imponerse.

En «**Rodríguez Pereyra**», Fallos 335:2333, de 2012, la Corte se expidió en cuanto a su deber de efectuar un control de convencionalidad de oficio impuesto por la Corte Interamericana por reenvío constitucional, y expresó que no es lógico interpretar que la

misma Constitución solo permita a los jueces ejercer el control de constitucionalidad a pedido de parte y no de oficio.

En el precedente «**Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto**», CS 14/02/2017, la Corte interpretó que, si bien las sentencias de la Corte Interamericana son, en principio, vinculantes para el Estado, dicha obligatoriedad solo alcanza a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. Siendo así, decidió no revocar una sentencia propia pasada en autoridad de cosa juzgada como le fue requerido por condena de la Corte Interamericana. Esta doctrina descarta la aplicación automática de las sentencias del tribunal internacional y condiciona su cumplimiento al respeto a los principios de derecho público constitucionales. En diálogo jurisdiccional, la Corte Interamericana recomendó a la nacional no revocar su sentencia sino mantenerla, pero con un agregado que indicara que resultaba violatoria de la Convención Americana, lo que posteriormente se hizo.

## **Doctrina**

La doctrina en torno al control de convencionalidad se dividirá en: monismo y la injerencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el orden jurídico de los Estados; el bloque de constitucionalidad federal; el control de convencionalidad; y la posibilidad de conflictos entre la Constitución e instrumentos que integren el bloque.

### ***Monismo. Derecho Internacional de los Derechos Humanos***

El monismo es una teoría que entiende al derecho internacional como derecho en el mismo sentido que lo es el derecho nacional. De esta forma, adquiere operatividad el propio derecho internacional y no la ley nacional que lo incorpore. Una sección de ella admite su primacía por sobre la legislación ordinaria. No obstante la realidad de que, a excepción del *ius cogens* internacional, el derecho internacional positivo requiere de la aprobación de los poderes constituidos para obligar al Estado, se trata de la concepción que tiene acogida en el orden jurídico nacional y en parte del derecho comparado. Desde el caso «Ekmekdjian c. Sofovich» esta postura cobró fuerza y fue en «Fibrica Constructora S.C.A.» cuando la Corte reafirmó el monismo y la supranacionalidad aún en cuestiones no referentes a derechos humanos sino a la integración y cooperación (Dalla Via, p. 459).

En el monismo, puede entenderse al derecho internacional como fuente de validez del estatal o viceversa, y ambos mantendrán intacto su contenido normativo, variando solo su sistema de referencia, estando uno ligado al orden jurídico estatal y el otro al internacional (Kelsen, 1982, pp. 345-348). Pero los Estados, al reconocer al derecho internacional en ejercicio de su soberanía, limitan su libertad de acción, lo mucho o poco que deseen, siendo ello una decisión política; una vez hecho, su marco de libertad ya se habrá visto acotado (p. 357). La escuela austríaca de Kelsen compara la existencia de normas internas que, aunque plenamente vigentes, sean violatorias del derecho internacional, con la posibilidad de que existan normas inconstitucionales pero vigentes hasta tanto no sean derogadas, cuestión que no implica que pertenezcan a distintos sistemas jurídicos, sino que solo no se prevé su derogación (Manili, 2017, p. 100). Por ello es que, dentro de la concepción monista, corresponde al Derecho Constitucional de cada sociedad soberana establecer las reglas de primacía relativas a la jerarquía del derecho internacional en el ámbito interno (Santiago, s. f., p. 20).

Consecuencia de las corrientes en torno al derecho internacional es que la idea de la soberanía estatal ha sido objeto de una actualización. Partiendo de la Carta de las Naciones Unidas se han firmado diversos instrumentos internacionales, que hoy son llamados el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en los cuales la persona humana y no el Estado es el centro de protección, entrando todos en vigencia al ser ratificados por los Estados. Hoy estos instrumentos conforman el *ius cogens* internacional que paulatinamente forja los derechos de los Estados (Santiago, s. f., p. 5). De esta forma, puede comprenderse que el ámbito de decisión de los Estados para con sus habitantes se ha visto reducido. La soberanía continúa siendo un presupuesto para la realización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en tanto este es creación de los Estados coordinando sus voluntades, mas una vez hecho ello, en ejercicio de su soberanía, las cuestiones relativas a los derechos humanos pasar de ser una cuestión ajena al derecho internacional para ser de su incumbencia (Manili, 2017, pp. 178-179).

En ese sentido la idea de la supremacía constitucional ha sufrido cambios. Ella es entendida como la facultad de dicha ley de marcar el orden de prelación de todas las normas, incluido el de sí misma. De este modo la supremacía siempre es constitucional pero la primacía puede no serlo si la propia Constitución indicara otra norma como superior

(Santiago, s. f., p. 21), por lo cual cualquier disposición de los poderes constituidos que no se ajustara al orden de prelación establecido en la Constitución estará viciada de nulidad (Sabsay, 2016, p. 69).

La positivización de los derechos humanos en el ámbito internacional y el *ius cogens* internacional sobre derechos humanos importan una restricción a la capacidad los Estados en su vinculación con sus súbditos. Tal es así que ha llegado a considerarse que el nuevo derecho internacional de los derechos humanos está en proceso de suplantar en su primacía no solo a la ley ordinaria sino a las constituciones de los Estados. Sin embargo, funcionando ambos sistemas de forma parcialmente independiente, son necesarias pautas para su armonización (Santiago, s. f., pp. 9-15): a) necesidad de agotamiento de las instancias nacionales antes de acudir a la internacional; b) interpretación de las normas constitucionales en función de las internacionales; c) plena incorporación de las normas internacionales de derechos humanos al orden jurídico interno, adquiriendo operatividad; d) expansión de la interpretación de los órganos internacionales a los nacionales, siendo operativa no solo la norma internacional sino la doctrina y jurisprudencia del órgano internacional que la interpreta; e) subsidiariedad de la actuación del órgano internacional, reservada a los casos más graves; f) interpretación *pro homine*, según la cual se eliminaría la discusión sobre la prelación del derecho interno o el internacional de derechos humanos, siempre prefiriéndose la norma que sea más favorable al derecho de las personas (Manili, 2017, pp. 278-279); y g) colaboración de todos los poderes del Estado para el cumplimiento de las decisiones del órgano internacional.

Estas pautas deben acompañarse de una prudencia y autolimitación del órgano internacional, quien debe procurar evitar absorber competencias que, por su naturaleza y legitimación, le son impropias. Lo contrario generaría una «sobreconventionalidad» merced a la interpretación en exceso expansiva de sus competencias.

### ***El bloque de constitucionalidad federal***

La corriente interpretación en derredor del concepto de la supremacía constitucional habilita a dicha ley a modificar la prelación normativa. Ella puede no solo establecer la jerarquía de la normativa infraconstitucional, sino que puede marcar determinadas normas o instrumentos como de igual o mayor prelación que ella misma.

En el caso argentino, los instrumentos internacionales regularmente aprobados tienen jerarquía superior a las leyes. Este proceso se encuentra a cargo de los poderes políticos del Estado, mas una vez el proceso es finalizado y los instrumentos adquieren operatividad, ellos quedan sujetos al control de constitucionalidad judicial (Badeni, p. 252).

Pero más allá de ello, diez instrumentos internacionales sobre derechos humanos fueron elevados por la Constitución a «jerarquía constitucional». Se entiende que, de esta forma, ella los ha «invitado» a ocupar el primer escaño de prelación junto con ella (Manilli, 2017, p. 346). Mismo entendimiento se rescata de las opiniones de los convencionales, en el sentido de su jerarquía constitucional y no supraconstitucional, del respeto a las facultades del poder constituyente del artículo 30, del acatamiento a la supremacía de los principios de derecho público constitucionales frente a los tratados internacionales del artículo 27, y de la complementariedad que los instrumentos elevados a jerarquía constitucional tienen para con la Constitución en virtud de la cláusula residual del artículo 33 (Badeni, 2006, pp. 270-273). Posteriormente, y siguiendo el procedimiento introducido por el constituyente reformador en 1994, dos instrumentos adicionales fueron elevados a la jerarquía constitucional.

Este fenómeno jurídico, relativo a las normas máximas incluyendo la norma suprema nacional y diversos instrumentos internacionales que, sin incorporarse a ella, comparten su jerarquía, ha sido llamado por doctrina y jurisprudencia el «bloque de constitucionalidad federal» (Manili, 2017, p. 233). Su existencia no deja al sistema exento de problemas, principalmente en torno a la prelación normativa en caso de conflictos entre la Constitución y otro instrumento integrante del bloque. Este punto será analizado *infra*, página 35.

### ***Control de convencionalidad***

Este sistema de control es producto de una construcción pretoriana. La Corte Interamericana, como intérprete último de la Convención Americana, y centrado su fundamento en sus artículos 1º y 2º (Albarracín, 2021, p. 1), lo estableció como el medio a través del cual puede verse materializada la aplicación de dicho instrumento. Se conforma por dos aspectos: uno externo y otro interno.

El externo es el vinculado con la propia labor de la Corte Interamericana en los casos llevados a su estudio, siendo sus facultades asimilables a las de una Corte Suprema o Constitucional estatal. En ese sentido, una Corte Suprema o Constitucional se encarga de



verificar la correspondencia de los actos de gobierno con la Constitución en los casos particulares, y la Corte Interamericana juzga la conducta del Estado a la luz de la Convención Americana. En esa labor, el tribunal comunitario ejerce su contralor en averiguación de violaciones a la Convención por obra o por omisión, es decir, si las normas estudiadas implican contradicción a ella, o bien si el Estado ha obviado sancionar aquellas necesarias para garantizar adecuadamente el goce de los derechos reconocidos en ella (Bazán, 2012, p. 8).

El aspecto interno fue insinuado en la sentencia «Myrna Mack Chang Vs. Guatemala» de 2003 y «Tibi Vs. Ecuador» de 2004 por el juez García Ramírez, y en «Almonacid Arellano Vs. Chile» de 2006 por el tribunal en pleno (Pérez Hazaña, s. f., p. 39-40). En estos precedentes, el tribunal internacional se expresó en cuanto al deber que tienen los Estados de aplicar sus propias normas jurídicas, cuestión que involucra los tratados internacionales válidamente aprobados por ellos. En esos casos, los jueces deben confrontar las leyes con los tratados internacionales en busca de correspondencia, y abstenerse de aplicarlas si fueran violatorias de ellos.

Este control de convencionalidad se fundamenta principalmente en tres principios (Albarracín, 2021, pp. 1-2): el efecto útil de los tratados, que supone la correcta aplicación y entera vigencia del tratado internacional; la buena fe, al considerar que el Estado adhirió por su propia voluntad al tratado internacional y debe en tal carácter cumplirlo; y la imposibilidad de alegar el derecho interno para obviar la aplicación de las normas internacionales. En consecuencia, este aspecto interno conlleva un doble papel, siendo por un lado represivo, en tanto implica la inobservancia de normas nacionales violatorias de la Convención y, por el otro, constructivo, el cual trae consigo que los órganos estatales deben interpretar la normativa local de forma armónica con la Convención y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Sagüés, 2018, p. 3).

El papel constructivo, asimismo, se extiende a todos los órganos del Estado dentro del marco de sus respectivas competencias. Ya no se refiere a una abstención de aplicar la norma nacional violatoria de la internacional, sino a interpretar la norma nacional de acuerdo con la internacional, otorgándole el alcance necesario, dentro del marco de competencia del agente de acuerdo al orden jurídico estatal, con miras a volverla compatible con aquella. Este proceso puede reducirse a la selección, de entre varias interpretaciones posibles que ofrezca

la norma nacional, de aquella que sea compatible con la internacional, o puede significar mutar su contenido, sea en el sentido de ampliar su alcance de cobertura o de reducirlo, concordantemente con esta (Sagüés, 2018, pp. 4-6).

El papel represivo, en cabeza de órganos estatales diferentes a los jueces, genera dudas al momento de su aplicación. El interrogante se reduce a si un agente distinto a un juez se encuentra facultado para inaplicar una norma vigente por ser inconvencional. La postura negatoria de esta facultad expresa que la división de poderes, la certeza, la seguridad jurídica y la legalidad se verían afectadas si las dependencias del Poder Ejecutivo pudieran válidamente ignorar las normas vigentes, en tanto la declaración formal no sea efectuada por el órgano competente. La postura contraria admite esta facultad en cabeza de órganos no judiciales pero con funciones jurisdiccionales, en supuestos de una grosera y manifiesta incompatibilidad con el instrumento superior, sorteando el peligro de un uso abusivo de esta facultad tanto en la ulterior responsabilidad civil, política y penal del agente, así como en la posibilidad del Poder Judicial de controlar posteriormente su uso, teniendo la última palabra (Albarracín, 2021, pp. 3-4). Pérez Hazaña expresa que los argumentos negatorios están íntimamente vinculados en la centralidad de la Constitución como norma de aplicación imperativa, pero que todos obvian el hecho de que la Corte Suprema ha convalidado la delegación de funciones jurisdiccionales a órganos de la Administración (s. f., p. 47). Concluye en que, de acuerdo a la identificación de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad en su igual naturaleza, y que la Corte Interamericana ha puesto en cabeza de todos los órganos de administración de justicia el control de convencionalidad, todos ellos deben poder ejercer ambos, tanto en su carácter constructivo como el destructivo.

En síntesis, el control de convencionalidad en su aspecto interno es la forma de garantizar la plena operatividad de la Convención Americana y de todo el *corpus iuris* de derechos humanos del Estado por los órganos del propio Estado. Su aspecto externo entra en escena cuando es requerida la acción de la Corte Interamericana a fin de decidir si existe o no violación a los preceptos internacionales de derechos humanos y la consecuente responsabilidad internacional del Estado. Estando el aspecto interno a cargo principalmente de los jueces, sin importar su jerarquía o competencia, es que expresa Manili, como lógica consecuencia, que este sistema supone la homogeneización de los sistemas judiciales interamericanos (2017, p. 344). En ese sentido, no importa si un Estado cuenta con un sistema

de control difuso o concentrado de constitucionalidad pues, en los hechos, todos los jueces ejercen el control de convencionalidad. Del mismo modo, no suma si el Estado ha elevado a jerarquía constitucional o no a la Convención y otros instrumentos porque, en la práctica del control de convencionalidad, los jueces deben aplicarla por sobre las leyes y todos los órganos estatales deben interpretar las leyes de acuerdo con el *corpus iuris*. En definitiva, el control de convencionalidad implica que todos los Estados, aunque no hayan adoptado la teoría del bloque de constitucionalidad y el sistema de control difuso, operen como si lo hubieran hecho (p. 345).

En el caso argentino, merced a la existencia del sistema de control difuso, todos los jueces tienen la facultad y el deber de ejercer el control de constitucionalidad en los casos llevados a su despacho, admitiéndose pretorianamente el control de oficio. Habiendo el control de convencionalidad convertido a todos los jueces nacionales en jueces interamericanos (Ábalos, 2019, p. 9), ambos tipos de control deben ser ejecutados simultáneamente de forma armónica, manteniendo una doble mirada tanto nacional como internacional, para evitar que se infrinja la norma fundamental del Estado y el *corpus iuris* de derechos humanos. Un entendimiento acorde impone la conclusión de que el control de convencionalidad a cargo de los jueces debe ser interpretado como complemento del de constitucionalidad, estando este enriquecido por aquel al incorporarle el *corpus iuris* y los precedentes interamericanos, en tanto sean beneficiosos a los derechos humanos (p.10).

Como corolario, nuestro Estado, además de contar con un sistema difuso de control de constitucionalidad, sí ha adoptado la teoría del bloque de constitucionalidad, con lo cual el *corpus iuris* tiene jerarquía constitucional, siendo ello fundamento para el control de convencionalidad de oficio por parte de los jueces a la par del de constitucionalidad.

### ***Conflictos entre la Constitución e instrumentos con jerarquía constitucional***

La coexistencia de los sistemas jurídicos internacional y nacional de por sí genera estas observaciones. Particularmente en el caso argentino, la creación del bloque de constitucionalidad federal dio génesis a opiniones contrapuestas en torno a la prelación normativa. Las posturas enfrentadas se dividen principalmente en: primacía de la Constitución por sobre los instrumentos del artículo 75 inciso 22, y primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el *ius cogens* por sobre la Constitución.

**Postura de la primacía constitucional.** La norma contenida en el artículo 75 inciso 22, según enseña **Gregorio Badeni**, es al menos desafortunada (2006, p. 259). Ella y su pobre redacción, con la consecuente necesidad de una profunda interpretación, crean un escenario de inseguridad jurídica. La seguridad jurídica entendida como una garantía constitucional implica el imperio de la ley y el acatamiento de las reglas de juego previamente establecidas, contexto que resulta ideal para que las personas no vean mermados sus intereses legítimos (pp. 1072-1073). La vigencia de esta garantía resulta de inmensa importancia pues sin ella no puede existir la libertad jurídica, y los ideales establecidos en la Constitución se ven reducidos a enunciados nominales subordinados al puro deseo del gobernante de turno. Se trata de una protección contra actos arbitrarios imponiendo el principio de legalidad como norma. De allí que su destrucción por parte de gobernantes, incluso mediando acrobacias argumentativas en pos de, por ejemplo, aplicar normas retroactivamente en su desmedro, es el más grave daño que pueda serle infringido al Estado de Derecho (Gordillo, 2005, p. 170).

Según Badeni, entonces, si se pretende entender al artículo 75 inciso 22 en sentido de equiparar jerárquicamente a los instrumentos internacionales con la Constitución, es nulo *ab initio* al no haber estado habilitada la Convención Reformadora a ello sino solo a modificar la jerarquía de los tratados internacionales en relación a la normativa infraconstitucional. Si los artículos 1º a 35 de la Constitución no podían retocarse, entonces no podían sufrir cambios la supremacía y la rigidez constitucional, ni la separación entre poderes constituyente y constituido, ni la supremacía de la Corte Suprema de Justicia.

Aunando a esta conclusión se refiere a los discursos de los convencionales de 1994. Ellos expresan que la complementariedad a que refiere la norma implica que, si existe colisión entre la Constitución y alguno de los instrumentos, debe primar la norma constitucional, pues, al haber una diferencia insalvable a través de la interpretación judicial no hay complementariedad como se exige sino agregados incompatibles (p. 270); enfatizan la protección de la supremacía de los principios de derecho público constitucionales frente a los tratados internacionales que emana del artículo 27, donde la supralegalidad de aquellos encuentra su límite; y resaltan la cláusula residual del artículo 33, viniendo los instrumentos elevados a explicitar los derechos que antes estaban implícitos (p. 271).

Finalmente, hace propios los argumentos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en su dictamen del 7 de diciembre de 2004. Según ella, la

frase «no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución» está dispuesta en lenguaje jurídico y no informativo, con lo cual no está informando que no existe colisión por un supuesto juicio de compatibilidad hecho por los convencionales, sino que está imponiendo, como norma jurídica válida de cumplimiento obligatorio, la preservación de la vigencia de todos esos artículos en caso de colisión con los instrumentos internacionales, cuestión que compete a los jueces controlar (p. 283).

Resalta que el análisis desarrollado por él resulta jurídico y su objeto es la unidad jurídica de la Constitución Nacional. Analizar las circunstancias del desenvolvimiento histórico del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial implica someter lo que debe ser un razonamiento jurídico a consideraciones político-ideológicas, subyugando de ese modo la legalidad al juicio de valor (p. 277).

En síntesis, este autor considera a la Constitución como norma suprema y primera en el escaño de prelación, seguida por los instrumentos del artículo 75 inciso 22, los que deben interpretarse de forma complementaria a aquella sin derogar ninguna de las normas constitucionales. En caso de colisión, la complementariedad habrá dejado de existir y, en virtud del deber de no derogar artículos de la primera parte de la Constitución, debe darse operatividad a ella. Cantidad de las introducciones formuladas en 1994 por la Convención Reformadora, incluyendo la jerarquía constitucional de los instrumentos de derechos humanos y su posterior manifestación en el control de convencionalidad, son fruto del desconocimiento o del desprecio de los principios constitucionales de la Constitución de 1853 por parte de los convencionales, quienes optaron por enrolarse en lo que Badeni califica como «esnobismo constitucional» (p. 192).

La **Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires** volvió a expedirse en 2005 en su *Dictamen sobre los Tratados Internacionales y la supremacía de la Constitución Nacional*, siendo Cassagne y Galán académicos secretario y presidente respectivamente. En él expresa que, siendo la esencia del constitucionalismo clásico los principios de legalidad, irretroactividad penal, ley penal más benigna, cosa juzgada y derechos adquiridos, ellos se hallan incorporados no solo al texto de la Constitución sino a su espíritu, nunca modificados por etapas constitucionales posteriores ni cuestionados por ellas, por lo cual no pueden ser desconocidos. Los instrumentos del artículo 75 inciso 22 tienen la misma prelación que la Constitución, pero solo si se dan tres requisitos: el respeto

a las cláusulas de reserva formuladas al aprobarse, la no derogación de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, y la complementariedad a los derechos ya reconocidos por la Constitución.

Concluye con que los artículos 27 y 31 de la Constitución son enteramente operativos, por lo cual los tratados internacionales deben respetar los principios de derecho público receptados en ella, así como la prelación normativa dispuesta en ella. Por ello resulta imposible invocar tratados o la costumbre internacional como normas derogatorias de preceptos constitucionales.

**Horacio García Belsunce** (2006), enrolado en la misma postura, adhiere a los comentarios de Manili en su trabajo *Primeras reflexiones sobre el fallo “Simón”: una disidencia ajustada a derecho*, en cuanto a la deficiencia del fallo «Simón». Según este, no resulta correcto interpretar que en el derecho internacional no exista una prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes internacionales, como se argumentó en «Simón», sino que existe en los artículos 9º de la CADH y 15 del PIDCP, así como en la regla de derecho público de intertemporalidad del derecho. De allí que la aplicación retroactiva de normas inexistentes al tiempo de los hechos es violatoria de las normas constitucionales y las internacionales con jerarquía constitucional. Aunando ello, los derechos adquiridos al amparo de una ley anterior, en este caso de la Constitución previa a 1994, no pueden ser revocados por una reforma posterior. El hecho de que ello implique la impunidad de las personas acusadas se traduce en una negligencia por parte del derecho argentino y del internacional por no prever dicha circunstancia, pero no puede implicar la anulación de las reglas so pretexto de castigar por cualquier medio a los criminales.

Adhiere, asimismo, a la conclusión de Manili de considerar correcta la disidencia del juez Fayt en «Simón». Relativo a la nulidad de las leyes del perdón, explica que los principios de derecho público referenciados en el artículo 27 suponen un valladar infranqueable en la aplicación de los tratados internacionales, lo que impone la primacía de aquellos sobre estos. Ello remite al principio de la ley previa, lo que impide aplicar ciegamente normas internacionales que prevén el deber de castigar y la imprescriptibilidad de ciertos crímenes.

Por ello, interpreta como inconsistente la postura de Manili de defender la primacía del derecho internacional sobre las normas constitucionales, en cuanto a que sus consideraciones en torno al fallo «Simón» significan, al menos, un atemperamento de ideas.

Asimismo, hace propios los comentarios de Alfonso Santiago en *La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema en el caso "Simón"*. Expresa que los principios, derechos y garantías del constitucionalismo clásico no pueden dejar de ser observados por nuevas incorporaciones al constitucionalismo, como son los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La nueva protección implica una adición que debe actuar como complemento a lo ya existente, como explícitamente manda el artículo 75 inciso 22 de la Constitución. Trae a colación el voto del juez Petracchi en «Simón», quien reconoce que en dicho fallo se aplicaron de forma retroactiva leyes inexistentes al momento del hecho, pero lo justifica trasladando la responsabilidad a la Corte Interamericana, como forma de protección a los derechos humanos en desmedro de los principios aludidos. Esta doctrina controvierte la idea sostenida desde los albores de la Corte de que ella es la guardiana de los derechos fundamentales reconocidos a las personas en la Constitución Nacional.

Por su parte, **Alfonso Santiago** considera que, si bien la Convención Constituyente sí se encontraba habilitada para elevar a jerarquía constitucional los instrumentos como lo hizo, la prelación normativa sigue siendo constitucional y no convencional (s. f., p. 18).

Su postura halla fundamento tanto en la Constitución histórica como en las modificaciones de 1994. La supremacía constitucional establecida en el artículo 30 impide a los poderes constituidos modificar normas constitucionales, y el artículo 27 condiciona a los tratados internacionales, como condición para su validez y no como una mera instrucción al Congreso de la Nación, que estos sean conformes a las disposiciones de la Constitución, lo que implica, a su vez, un mandato al Poder Judicial de guardar la constitucionalidad de los tratados en los casos particulares. Siendo que ninguno de estos artículos podía ser modificado por la Convención, debe concluirse que los instrumentos del artículo 75 inciso 22 tienen la misma prelación que la Constitución, pero, en caso de colisión insalvable, en virtud de la supremacía constitucional, debe primar la norma constitucional.

En cuanto a la reforma de 1994, expresa que la Convención declaró los instrumentos del 75 inciso 22 como complementarios de los derechos constitucionales. Complementar en este sentido implica la existencia previa de algo principal, aquello que se complementa, que

no puede ser modificado, con lo cual no son supraconstitucionales, sino que deben interpretarse de forma subordinada a ella (p. 19).

La realidad fuerza a concluir, siendo que el establecimiento de la prelación es una decisión política y no producto de un razonamiento jurídico (p. 20), que el actual estado del Derecho Internacional indica que, si bien el concepto de la soberanía y la supremacía se han visto debilitados, siguen siendo los Estados quienes otorgan validez a las normas internacionales a través de sus propios mecanismos y no viceversa, excepto aquellas comprendidas en el *ius cogens* internacional. En ese sentido, la sanción de una constitución implica el máximo ejercicio de soberanía de un Estado y, si en ella se estableciera un instrumento ajeno a ella como igual o superior a ella en primacía, cuando el operador aplicara dicho instrumento no estaría sino dando operatividad a la norma constitucional que impone esa prelación (p. 21). El constituyente de 1994, de haber estado autorizado por la ley 24.309, podría haber asignado jerarquía supraconstitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, su accionar se limitó a dotar a los instrumentos que consideró más importantes de jerarquía constitucional y por establecerlos como complementarios de sus disposiciones.

En el mismo sentido se encamina **Eugenio Luis Palazzo** según la publicación bajo su dirección de 2012. Expresa que, si bien las nociones de soberanía y supremacía constitucional se han visto atenuadas, el actual estado de evolución del Derecho Internacional lleva a concluir que, en caso de conflictos insalvables, aun mediando interpretación armonizante por parte del Poder Judicial, entre la Constitución y algún instrumento del artículo 75 inciso 22, debe darse operatividad a las cláusulas constitucionales. Las normas internacionales, en la actualidad, gozan de sustento en las normas nacionales que reenvían a ellas, como es el caso de las instituciones supranacionales de Europa, las cuales reciben reenvío de las constituciones de los estados europeos. La evolución del mundo actual y del derecho internacional implican un avance paulatino hacia un universalismo, para el cual son cruciales los tratados entre los Estados; sin embargo, hoy en día el mundo se encuentra en transición y todavía no se ha perdido la importancia operativa de los Estados.

**Postura de la primacía del DIDH.** El advenimiento del derecho internacional, después de la segunda posguerra y hasta los tiempos modernos, impone un necesario



reformulamiento en lo que es la supremacía constitucional, enseña **Germán Bidart Campos** (1996). Los Estados en la actualidad se ven impregnados de influencias heterónomas provenientes del derecho internacional; este no se encuentra por sobre el derecho estatal sino a su par, y depende de cada Estado decidir si lo ubica jerárquicamente por sobre, a la par o por debajo de su orden constitucional, lo cual es siempre una decisión soberana (pp. 339-340). Nuestro país, al aprobar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya tomó una decisión en tal sentido, pues su artículo 27 establece que un Estado no puede invocar su derecho interno para sustraerse de sus obligaciones convencionales, lo que implica su sometimiento al orden internacional válidamente aprobado. Concordantemente, el constituyente de 1994 debería haber reconocido jerarquía supraconstitucional a todo el derecho internacional, y no solo constitucional y a cierta especie de instrumentos sobre derechos humanos (p. 341).

La interpretación coherente con ello del alcance de la jerarquía constitucional de los instrumentos del artículo 75 inciso 22 implica que ellos y la Constitución forman una unidad inseparable de derechos y garantías, siendo imposible para los tratados tornar inaplicables normas de aquella y viceversa. La complementariedad de los instrumentos implica que estos insertan agregados a los derechos y garantías constitucionales a fin de completarlos mas no que se encuentran en plano de inferioridad o accesoriedad con la Constitución (pp. 346-347). Por ello, ni la Constitución ni los instrumentos del 75 inciso 22 son susceptibles de ser anulados por el otro, en virtud de que ambos nutren el sistema de derechos y garantías desde el mismo lugar de prelación, siendo imposible que existan incompatibilidades entre ellos.

Estas conclusiones fuerzan una mutación en el sistema de control de constitucionalidad. La existencia del bloque de constitucionalidad impone la imposibilidad de declarar inconstitucional cualquier norma de la Constitución en relación a los instrumentos del 75 inciso 22 y cualquier norma de entre dichos instrumentos en relación con la Constitución. Cualquier aparente discrepancia entre ambas debe ser resuelta mediante una interpretación armonizante que haga prevalecer el sistema de derechos formado por la Constitución y los instrumentos, en razón de ser dicho sistema más valioso que la organización del poder estatal. Del mismo modo, propone este autor que, en razón de la influencia heterónoma que importan todas las especies de tratados internacionales sobre el derecho interno, un tratado, aún aquel que en el marco interno no posea jerarquía

constitucional, funciona como un límite al poder estatal y puede invalidar una norma superior, incluso la Constitución.

En sentido concordante se expresa **Pablo Luis Manili** (2017), quien entiende la postura contraria como una simple y antojadiza interpretación tergiversada (pp. 247-248). Según su concepción, el monismo con primacía del derecho internacional es no solo correcto teóricamente frente al chauvinismo dualista, sino que, en la actualidad, es receptado por la mayoría de los Estados (p. 106). Basándose en las enseñanzas de Hans Kelsen y su escuela austríaca, máximo exponente del monismo, detalla sus principales características. Desde esta óptica, el derecho internacional es derecho igualmente que el nacional, pues ambos son un sistema normativo impositor de sanciones frente a hechos ilícitos, cuyos destinatarios son los seres humanos, sin perjuicio de que los Estados sean los sujetos obligados y que las obligaciones sean exigibles frente a otros Estados (pp. 98-100). De esta manera, las normas del derecho internacional son aplicables internamente de la misma forma que lo son las nacionales, de forma que el órgano de derecho interno encargado de aplicarla no estaría aplicando una norma interna receptora de la internacional, como es sostenido por los dualistas, sino directamente la internacional. Finalmente, en cuanto a la primacía en caso de conflicto, corresponde a los Estados a través de su derecho constitucional la decisión sobre cuál debe prevalecer.

Siendo facultad de los Estados determinar la prelación entre el derecho internacional y el nacional, pueden clasificarse los sistemas en: primacía del derecho internacional por sobre la constitución, jerarquía constitucional del derecho internacional, jerarquía supralegal del derecho internacional, y jerarquía legal del derecho internacional. La supraconstitucionalidad no es receptada por ningún Estado en la actualidad, mientras que el rango constitucional sí, pero solo relativo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no al general, al cual se le atribuye en la mayoría de los Estados rango supralegal (pp. 125-126).

Dicho ello, la «primacía» del derecho internacional por sobre el nacional a la que la teoría monista hace referencia se trata de una abstracción derivada de ciertas reglas reconocidas del derecho internacional general. Según ellas, un Estado recepta el derecho internacional según sus reglas internas, se obliga a cumplir las disposiciones de aquel y a modificar concordantemente su legislación interna, no pudiendo invocar sus leyes como

excusa para incumplirlo (p. 127). De esta forma se comprende que el derecho internacional impone a los Estados obligaciones de resultado; en ellas, tanto la conducta del deudor como el interés del acreedor forman parte del objeto obligacional, pero se diferencian de las obligaciones de medios en cuanto a que lo prometido por el deudor es un resultado exitoso en lugar de una conducta diligente, y asume las contingencias que puedan ocurrir durante su desempeño salvo las fortuitas (Sal, 2021, p. 284). En virtud de ello, no importan los medios a través de los cuales lo haga, sino que las normas internas son, a la óptica del derecho internacional, simples hechos.

El constituyente de 1994, al asignar jerarquía constitucional a los instrumentos del artículo 75 inciso 22 y luego expresar que ellos no derogan artículos de la Constitución, ha realizado un juicio de comprobación entre todas las normas y decidido que tal derogación no se produce. Si bien Manili confiesa que tal confrontación, históricamente, no ocurrió, expresa que adoptar esta tesis de la forma que lo hizo la Corte Suprema resulta pragmático, aunque no sea jurídicamente un argumento exhaustivo (pp. 244-245).

Tornándose necesario armonizar las disposiciones constitucionales con las de los instrumentos con jerarquía constitucional entra en juego el principio *pro homine* (p. 274). Este principio general del DIDH, incorporado como norma en diversos instrumentos con jerarquía constitucional, impone, como pauta de hermenéutica, preferir las normas que protejan de forma más amplia los derechos por sobre las que lo hagan de forma menor, así como preferir aquellas específicas por sobre las generales. Asimismo, supone un límite a las restricciones a los derechos, tornando legítimas solo aquellas estrictamente necesarias, y como un límite a la suspensión del ejercicio de los derechos. A la óptica de este principio, en caso de diferencias en el alcance entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad federal, deben ellas ser armonizadas de forma concordante con el sistema de derechos, aquella más específica, o la más favorable a la víctima, sin atender a cuestiones de primacía. En caso de colisión entre normas, si la armonización no fuera posible, debe optarse por uno de los derechos en juego en detrimento del otro como ocurre en pleitos en los cuales se invocan derechos constitucionales (p. 279).

Por ello, en la Argentina, la cuestión de la prelación normativa ha devenido abstracta en razón de estar elevado a jerarquía constitucional el principio *pro homine*. Según este autor, ya no importa el orden de jerarquía de las normas protectoras de los derechos humanos, sino

que, de entre todo el bloque de constitucionalidad, debe elegirse la más beneficiosa, sea ella constitucional o convencional. La existencia de colisiones entre los instrumentos del bloque y la Constitución no implica que exista una diferencia de graduación en jerarquías porque en la misma Constitución han existido estos choques, no ocurriéndosele a nadie la distinción jerárquica de normas dentro de la misma Constitución.

A similares conclusiones arriba **Néstor Pedro Sagüés** (2018). Expresa que la creación del bloque de constitucionalidad federal implica la conversión de la Constitución Nacional a una Constitución convencionalizada, lo cual supone que ella debe interpretarse de forma armónica con el DIDH de forma que sus disposiciones se hagan operativas conforme a los instrumentos de derechos humanos, mediando selección de interpretaciones, o interpretaciones mutativas o, incluso, prefiriendo las normas de estos por sobre las de la Constitución si fuera imposible lograr armonizarlas.

El nuevo derecho internacional, formado a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha sido nutrido por la firma de numerosas declaraciones y tratados sobre derechos humanos, con sus correspondientes órganos internacionales de aplicación. Esto ha llevado al convencimiento de que el bien común internacional es superior al bien común nacional, entendido aquel como protector de los derechos humanos y no solo ya como el rector de la guerra y la paz o las relaciones diplomáticas. Incurriendo el derecho internacional en estos campos es que una reformulación del concepto de soberanía es introducida, pasando esta, entre otros cambios, a no ser entendida como superior a las convenciones celebradas con otros Estados ni superior al derecho de gentes, con lo cual la Constitución solo puede ser suprema en el ámbito interno mas no en el internacional. Esto fuerza la conclusión de que el Estado de Derecho ya no es solo Constitucional sino Convencional, con lo cual no será «de Derecho» si no observa los principios de buena fe contractual internacional y no cumple con los compromisos internacionales que ha aceptado voluntariamente. La única excepción a esta regla reside en la existencia de normas internacionales injustas, las cuales por el mismo hecho de ser injustas, no son derecho, y el Estado puede válidamente inaplicarlas.

En definitiva, la idea de la Constitución convencionalizada se sustenta en los principios de *pacta sunt servanda*, la buena fe contractual y el efecto útil de los tratados internacionales, así como en la aplicación del control de convencionalidad. De este modo, la Constitución ve sus cláusulas inaplicadas si son inconciliables con el derecho internacional,

o bien interpretadas de forma conciliadora con este, mediando interpretaciones mutativas que las amplíen o las recorten de forma concordante con aquel.

**Agustín Gordillo** se expresa en el similar sentido. Según este autor, uno de los pilares del Derecho Comunitario es su irreversibilidad, en tanto un Estado no puede retrotraer válidamente los compromisos que hubiera asumido con la comunidad, lo que en el caso argentino se traduce en una imposibilidad de quitarle a la comunidad la competencia para entender en lo relativo a los derechos humanos y restituirla al propio Estado (s. f., p. 1-2).

El carácter comunitario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconocido en la Convención Americana implica la supraconstitucionalidad de esta, así como su aplicabilidad inmediata, con lo cual las disposiciones convencionales anulan las normas constitucionales incompatibles con ella. Ello se rescata del análisis del caso europeo, donde los Estados han reconocido la supremacía de los tribunales comunitarios de derechos humanos y se han obligado a aceptar su jurisprudencia como pauta interpretativa para sus propias decisiones judiciales (p. 7). De esta forma, ningún Estado puede utilizar el argumento de las leyes internas para sustraerse de sus obligaciones comunitarias y, por ejemplo, autorizar dentro de su territorio crímenes como la esclavitud o el genocidio.

Aunado a ello, el principio receptado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados implica que ningún estado puede valerse de su derecho interno para obviar la aplicación de un tratado internacional, ni siquiera la propia Constitución. La forma de sortear las contradicciones entre ambos no es otra que solucionar los problemas constitucionales de forma previa a la aprobación del tratado, durante su negociación (2017, p. III 19).

En ese sentido, el hecho de que la Argentina haya aprobado un tratado y se haya sometido a la jurisdicción de un tribunal comunitario aceptando acatar sus fallos, implica que todas las cuestiones inherentes a la Constitución Nacional son enteramente aplicables a la Convención Americana, en cuanto a su calidad de orden jurídico supremo del Estado (s. f., p. 8). La aplicación, en dicho carácter, de las normas comunitarias, implican el sometimiento a los principios reconocidos en la Convención, del mismo modo que obliga a los tribunales a interpretar los derechos reconocidos en ella y en la Constitución de forma extensiva incluso los no enumerados, y finalmente, implica para el Estado el nacimiento de pleno derecho del deber de garantizar los derechos, aunque no exista normativa que los reglamente (s. f., pp. 9-

11). De ello se desprende, en cuanto al control de constitucionalidad como facultad del Estado, que este no puede ejercerse sobre los instrumentos del artículo 75 inciso 22, en razón de tener ellos la misma jerarquía que la Constitución. El constituyente de 1994 ha efectuado un juicio de comprobación merced al cual determinó que entre dichos instrumentos y la Constitución no existe ninguna contradicción, por lo cual no pueden los poderes constituidos cuestionarlos (s. f., p. 19).

En definitiva, expresa este autor que debe obviarse la aplicación dogmática de ciertos principios, que ya no deberían ser siquiera discutidos, a fin de lograr la vigencia en su totalidad de la Convención Americana (s. f., pp. 20-21).

**Lautaro Pittier** se inclina en el mismo sentido, refiriéndose a las garantías de cosa juzgada y seguridad jurídica, así como al concepto del margen de apreciación nacional (2019). El Estado argentino, habiendo aceptado la competencia de la Corte Interamericana a través de la ley 23.054, por aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena, tiene vedado ampararse en su derecho interno para sustraerse de sus obligaciones convencionales. De este modo, una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, si bien requiere del mayor respeto en razón de su firmeza, puede ser cuestionada por la Corte comunitaria, caso en el cual la Corte nacional tiene la obligación de revocarla a petición de parte en desmedro de la cosa juzgada. No resulta de aplicación la doctrina del margen de apreciación nacional pues esta solo refiere al modo en el cual los Estados interpretan los derechos reconocidos en instrumentos comunitarios relativo a su propia realidad nacional, pero nunca supone un medio utilizable por los jueces para negarse a aplicar una sentencia de la Corte Interamericana.

En síntesis, un juez estatal no puede negarse a acatar una sentencia comunitaria aún si ello significa revocar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en razón de tener la Corte Interamericana competencia para interpretar la Convención Americana y ordenar al Estado el rumbo a seguir en caso de comprobar una violación. La interpretación de que el Estado solo se ha obligado a acatar las sentencias del tribunal comunitario que se enmarquen dentro del área de su competencia remedial es errada, pues no pueden ser los conceptos de cosa juzgada ni el margen de apreciación nacional entendidos como una excusa para garantizar la impunidad.

Por su parte, **Víctor Bazán** expresa que la Constitución, con todas sus características inherentes, y los instrumentos del artículo 75 inciso 22, forman un bloque jurídico cuya vigencia se orienta a la realización de los derechos fundamentales como expresión directa de la dignidad de la persona (2012, p. 35). En ese sentido, si bien el control efectuado por la Corte Interamericana puede incluir a las constituciones de los Estados ordenándole a estos la abrogación de sus preceptos, es necesaria la construcción de un adecuado canal de diálogo entre ambas jurisdicciones (p. 27), concorde con lo expuesto por el juez Rosatti en el precedente «Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto» ya reseñado. Para lograr una correcta vinculación de cooperación entre los tribunales nacionales e internacionales y una interpretación *pro homine* de ambos ordenamientos, es de suma importancia una comunicación entre ambos fuera de la dicotomía de tribunal superior - tribunal inferior.

El caso «Espósito» fue testigo de un intento de la justicia argentina en este sentido: aún sin estar completamente de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Interamericana, la Corte Suprema hizo cuanto le fue requerido por ella, no sin antes dejar expuesto su desacuerdo y un pedido de comunicación jurisdiccional en aras de mejorar el sistema interamericano. De esta forma, ambos órdenes, el nacional y el comunitario, se nutrirían mutuamente y no solo de forma verticalista, pudiendo la Corte Interamericana tener presentes las objeciones de los jueces nacionales y moldear sus fallos a estas en el futuro, del mismo modo que ocurre viceversa.

## **Conclusión**

### **Primer objetivo: primacía**

Concordantemente al correcto razonamiento narrado *supra*, es el Derecho Constitucional de cada Estado el que ha de decidir la primacía normativa. Kelsen, como exponente del monismo con primacía del derecho internacional, reconoció que esta decisión no es sino política y no jurídica. En consecuencia, es menester la indagación en las normas constitucionales e infraconstitucionales argentinas para la determinación de la prelación.

Primeramente, ello arroja como resultado que, según el principio *pacta sunt servanda* y el efecto útil de los tratados, derecho válido en el orden jurídico argentino, no puede ser invocado el derecho interno para obviar la aplicación de los tratados internacionales. Esta

norma ya era receptada por la Corte desde «Ekmekdjian c/ Sofovich» y posteriormente fue incorporada a la Constitución en su artículo 75 inciso 22. En consecuencia, un tratado aprobado deroga la legislación que se le oponga y ninguna ley posterior puede ser sancionada en oposición a él. Esto resulta congruente con la evolución del derecho internacional después de la segunda posguerra tal como fue expuesto a lo largo de este trabajo.

Mas en cuanto a la prelación en caso de conflictos no entre el derecho internacional y las normas legales, sino entre aquel y las normas constitucionales, deviene imperioso el análisis con mayor profundidad del Derecho Constitucional argentino, en particular, la ley 24.309 declarativa de la necesidad de reforma y la posterior reforma introducida en 1994.

La Constitución, como norma fundante y de cuya observancia depende la validez de las dictadas en su consecuencia, establece las reglas de juego a ser observadas por gobernantes y gobernados, de lo que resulta imposible jurídicamente que los poderes constituidos actúen de forma incompatible con ella. Ya fue dicho en «Cine Callao», como fuera reseñado, que cuando el poder, con la excusa de un mal inminente, recurre a facultades de que no está investido para sortearlo, no hace sino crear un peligro todavía mayor que cualquiera que esté intentando sofocar: el abuso del poder y el paulatino sometimiento de los justiciables, entendiendo que el atropello a las instituciones se inaugura con pequeños pasos consentidos por el público hasta desembocar en un estado de caos consuetudinario. Ya fue dicho incluso en las pretéritas épocas de las Provincias Unidas, en 1826, y con motivo de la Ley de Capitalización presentada por el presidente Rivadavia. El diputado Vidal expresó que todas las provincias sentirían temor ante la creencia de que las siguientes profanadas serían ellas, que temerían ser las próximas en quedarse sin sus legislaturas y sus instituciones, y que no bastaría para calmarlas explicarles que semejante abuso fue demandado por circunstancias imperiosas (Ravignani, 1937, p. 717). En similar sentido el diputado Moreno expresó que la vida del Estado argentino duraría solo hasta la aprobación de esa ley porque, de un Estado que anula las normas fundamentales de sus provincias, uno no sabe qué esperar, pero sí sabe que hay que temerle (p. 725).

Es por estos motivos que la Constitución contiene acertadas reglas de juego de cuya observancia depende el Estado de Derecho. Ella se establece como el faro que debe guiar a gobernantes y gobernados por el camino del Derecho, sirviendo de medio para alcanzar el fin propuesto al crear la sociedad política. Quien vela por su cumplimiento en última instancia



es el Poder Judicial, encargado de obviar la aplicación de normas contrarias al orden constitucional aún en los extremos casos en que se pretenda justificar su apartamiento con motivo de una pretendida idoneidad para sortear algún peligro. Esta interpretación no se ampara en ninguna suerte de «chauvinismo normativo» sino en la pura idea de la legalidad: en el acatamiento de las reglas positivizadas en una sociedad como instrumento para lograr el fin, que es la realización de la libertad y la dignidad de las personas.

Las interpretaciones que implican, implícita o explícitamente, la invalidación de normas constitucionales a través de medios no autorizados, si bien guiadas por un amplísimo sentido de justicia y de correctas intenciones de humanidad, adolecen, a mí parecer, de fundamentación excesivamente iusnaturalista. Ello fue puesto de manifiesto al afirmar Gordillo que una norma internacional válidamente positivizada y receptada por un Estado no es derecho si es injusta, como fuera mencionado *supra*. Esta fundamentación, entiendo, sirve como base para un intento de otorgar juridicidad a un argumento que, como ya fuera expuesto en varias instancias a lo largo de este trabajo, no es jurídico sino político.

La misma suerte corre la implementación del monismo con primacía sobre la Constitución a través de una abstracción derivada de los principios generales del derecho internacional. Si es el Derecho Constitucional estatal el que debe establecer la jerarquía normativa, dichos principios, analizados bajo la luz de aquel, fuerzan la conclusión de que el derecho internacional modifica *ipso iure* el orden infraconstitucional, y que el Estado debe modificar su orden jurídico supralegal en concordancia con los compromisos asumidos, pero no que estos compromisos modifican *ipso iure* el orden supralegal. Al derecho internacional no le importan los medios por los cuales el Estado lo haga, sino que lo haga; de allí que las obligaciones internacionales sean obligaciones de resultado y no de medios, y que los actos jurídicos de los Estados sean simples hechos a los ojos del derecho internacional, como ya fuera expuesto. Si se acepta que un tratado internacional puede modificar los principios de derecho público constitucionales, tácitamente se acepta que una eventual mayoría parlamentaria, en connivencia con el presidente, puede burlar la Constitución y forzar a todo el Estado a obedecer, suprimiendo la división entre poderes constituyente y constituidos.

Dar operatividad a una norma distinta a la Constitución a través de reglas no autorizadas por ella ignora las pautas del Derecho Constitucional argentino. Y ello es así, aunque se haga con intenciones de otorgar validez a lo que el operador considera «más justo»

merced a su filosofía preferida, con la cual puede asimismo intentar declarar una norma positiva válida como no operativa solo por no concordar con la propia idea subjetiva de lo que es justo y lo que no. Estas pautas constitucionales no se reducen a la aplicación dogmática de las garantías de seguridad jurídica, de cosa juzgada o de la vieja supremacía, sino que involucran todo el andamiaje jurídico sobre el cual reposa el Estado de Derecho argentino: la división de los poderes, la rigidez de la Constitución, la interpretación dinámica de la Constitución, la teoría del poder constituyente, la ley previa, la legalidad, la irretroactividad penal y la inviolabilidad de la propiedad. Todos estos principios aparentemente ignorados con la intención de dar operatividad a normas que se consideran mejores, siendo esta actitud explícitamente abierta en el precedente «Simón» ya reseñado, olvidando, como ya exploramos *supra*, que nuestra Constitución, a diferencia de sus pares de la región, se enrola en el personalismo y un amplísimo sentido protector de los derechos humanos.

Para dar protección a estos principios y al fin último que es la realización de la dignidad y libertad del ser humano, la misma Constitución impone que sus prescripciones de Derecho Público sean observadas en los tratados con las potencias extranjeras. Tal imposición surge sin mucho lugar a dudas de su artículo 27 que dispone la concordancia de los tratados internacionales con el orden público argentino. Interpretar esta obligación como dirigida solo a los poderes ejecutivo y legislativo, como condición previa a la aprobación de un tratado, genera lo que entiendo como un vaciamiento normativo de hecho y torna a dicho artículo en meramente nominal, en el sentido de que se traduce en una limitación al poder de contralor constitucional del Poder Judicial y en una autorización a los poderes políticos para obrar arbitrariamente. Esta acrobacia argumentativa, si fuera aplicada a otros artículos de la Constitución merced a la congruencia, forzaría al operador a concluir que el principio de relatividad de los derechos, receptado en la cláusula «los principios, garantías y derechos ... no podrán ser alterados por las leyes», simplemente impone al Congreso y al presidente el deber de no alterar los derechos al reglamentarlos, pero que los jueces tienen vedado opinar una vez las leyes ya fueron aprobadas. Este dislate aplicado a la cláusula «en la Nación Argentina no hay esclavos» implicaría comprenderla como puramente informativa de que en el Estado no hay esclavos en lugar de como lo que es: un enunciado normativo positivo válido y obligatorio que prohíbe la esclavitud. A la luz de un somero análisis, este argumento no es, a mi entender, sino un sinsentido.

La misma suerte corre la idea esbozada por la Corte de que la Convención Reformadora efectuó un juicio de comprobación entre los instrumentos del 75 inciso 22 y la Constitución decidiendo que no existía colisión. Tal idea puede muy bien resultar pragmática para defender una postura frente a otra, pero, como Manili señala y fuera narrado *supra*, tal juicio de comprobación nunca existió. Se reduce entonces a una mera pirueta argumentativa de la Corte para darle operatividad a una postura frente a otra, a mí parecer, en desmedro de los principios de Derecho Público constitucionales.

Y de similar forma se concluye al analizar la interpretación del principio *pro homine* como argumento para tornar estéril la discusión sobre la primacía. Este principio, a la par del *in dubio pro libertate*, no solo es válido sino obligatorio en ocasión de la interpretación de la constitución y de las leyes, como ya fue reseñado. Pero de la lectura de la ley 24.309, de los discursos de los convencionales y de la posterior reforma constitucional, todo analizado *supra*, no se desprende válidamente que estos principios, ahora involucrando a los instrumentos del artículo 75 inciso 22, puedan obviar la aplicación de la norma legitimante que es la Constitución, particularmente, su artículo 27, que impone la primacía de los principios de Derecho Público constitucionales por sobre los tratados internacionales. En cambio, ellos deben ser utilizados para armonizar todo el bloque de constitucionalidad de la forma más acorde a los principios de derechos humanos y de Derecho Público constitucionales, acordando nuevas interpretaciones a las cláusulas constitucionales si fuera prudente hacerlo como tantas veces lo ha hecho el Poder Judicial, pero nunca desconociéndolas ni tornándolas inoperativas.

Este proceso de interpretación armónica ya ha sido utilizado con fructíferos resultados. En el ya reseñado caso «Brusa» se estaba frente a un problema de primacía entre la Constitución y un instrumento del bloque. La Corte optó por interpretar ambos de forma armónica, recortando la literalidad de la norma constitucional por un lado y, por el otro, ampliando su alcance, volviendo ambas normas compatibles, sin necesidad de declarar inaplicable la internacional ni declarar inconvencional la interna. Similar interpretación ocurrió en el caso «Giroldi» narrado *supra*, donde la Corte amplió la cobertura de la norma nacional a la luz no solo de la CADH por ser el derecho internacional derogatorio del interno infraconstitucional, sino de la tutela judicial efectiva establecida en la Constitución Nacional.

Lo que se concluye quizás puede desviarse de la autorizada opinión de algunos juristas, incluso de jueces de la Corte. Sin embargo, ni los fallos ni la doctrina son insusceptibles de crítica, sino que, en un Estado personalista, son pasibles de escrutinio y otro tanto de un razonable análisis a la luz del Derecho como el que he intentado desarrollar a lo largo de estas páginas. De lo contrario caeríamos en el temor a la autoridad, tanto de las eminencias que ocupan las vocalías de la Corte Suprema como de aquellos juristas que puedan apropiarse del monopolio de la verdad sobre qué es Derecho, y no les contradeciríamos por miedo a la descalificación.

Por ello, en función de las consideraciones del monismo actualmente operante en la Argentina y el avance relativo del derecho internacional de la forma que fuera expuesto en este trabajo, se concluye que el derecho internacional positivo y el *ius cogens* internacional son derecho válido en nuestro sistema jurídico. En particular, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos receptado en el bloque de constitucionalidad federal no solo es operativo, sino que tiene jerarquía constitucional, lo que implica que debe ser interpretado de forma armónica con la Constitución Nacional, de acuerdo al principio *pro homine*, eliminando ambigüedades, lagunas y contradicciones de forma conciliatoria, como fuera hecho en los casos «Brusa» y «Giroldi». Pero, si luego de este intento conciliador entre los integrantes del bloque, una solución de esta naturaleza se concluye imposible, el actual estado del Derecho Constitucional argentino impone como solución que debe estarse a lo normado por la Constitución en desmedro del derecho internacional, y la eventual responsabilidad internacional, si la hubiera, debe ser remediada, posteriormente, por los restantes poderes del Estado en el marco de sus respectivas competencias constitucionales.

Concordantemente, si la Corte Interamericana condena al Estado argentino a aquello que, según la Constitución, le está prohibido, la obligación de adecuar la legislación es la aplicable. El Poder Judicial puede y debe interpretar el Derecho Procesal de forma que sirva de medio para la realización de los derechos, obviando las formalidades restrictivas, pero ni los jueces ni el Congreso o el presidente pueden adoptar alguna medida que tengan vedada por el Constituyente. Lo aceptable es el ejercicio del poder preconstituyente por parte del Congreso, instando la modificación del artículo o artículos de la Constitución que se opongan a la sanción de la norma requerida por la sentencia, similar al caso «La última tentación de Cristo Vs. Chile», ya reseñado. Solo este camino es aceptable si se han de respetar los

principios del Estado de Derecho de forma armónica con los receptados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y con la Declaración Americana sobre Derechos Humanos. Y esto en nada obsta que actualmente sea operante la teoría del monismo ni la existencia del bloque de constitucionalidad, pues, aunque los instrumentos internacionales que lo integran tengan la misma jerarquía que la Constitución, es esta la que provee las reglas de juego fundantes y la que dicta cómo modificar dichas reglas en razón de su supremacía, aunque decida un día no ocupar el primer lugar de primacía.

Claro está que esta situación es poco probable en el caso argentino dado el amplio sentido de protección al individuo que recepta nuestra Constitución. Si le fuera requerido por la Corte Interamericana al Estado algo que pareciera ir contra la Constitución, ello habrá de ser estudiado de forma conciliante con todo el bloque de constitucionalidad federal, como ha sido expuesto a lo largo de este trabajo, según los principios *in dubio pro libertate* y *pro homine*, sin perjuicio de que, en principio, sus sentencias sean vinculantes. Si, luego de un esfuerzo intelectual por armonizar la Constitución con la sentencia y con la Convención, fuera de todas formas absolutamente imposible, no sería ilógico suponer que la sentencia esté equivocada.

A la postre integro una pequeña reflexión. La solución a la que se ha arribado no es la mayormente receptada en la doctrina constitucional, sin perjuicio de las opiniones de los juristas y jueces citadas en su apoyo. Sin embargo, no se reduce a una postura «antojadiza» sino que, muy por el contrario, a la luz de todo lo expuesto, es la única que considero *jurídicamente aceptable* en este orden positivo habiendo dejado de lado toda deferencia política e ideológica. Estas cuestiones solo contaminan lo que debe ser un análisis con arreglo a derecho y desprovisto de motivaciones adolescentes de fanatismo. Es por ello que el sostenimiento de esta conclusión no tropieza con otra dificultad que la que resulta de demostrar su juridicidad.

Dicho ello, sería sumamente positivo que el Estado argentino dote al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía supraconstitucional, o bien al principio *pro homine* como pauta interpretativa para el bloque de constitucionalidad federal como fuera analizado *supra*. El operador del derecho que actualmente no acepte esta idea probablemente sea arrasado por ella en los años venideros pues es la que se impone. Mas ello no debe ocurrir a través de creaciones pretorianas ni de decretos ni de leyes, pues todo ello implica la

violación de las reglas de juego previamente establecidas, lo que conlleva, paradójicamente, la mutilación del Estado de Derecho con la intención de sostenerlo.

Una ley declarativa de la necesidad de reforma lo lograría en términos sencillos como «se autoriza a la Convención Reformadora a dotar al *corpus iuris* del artículo 75 inciso 22 de jerarquía supraconstitucional, pero bajo la condición para su operatividad en caso de conflicto de ser más beneficiosos para la persona». Sin entrar en los terrenos de si el Congreso puede imponer estas condiciones a la Convención, una ley similar permitiría la modificación de todos los artículos constitucionales necesarios y la plena vigencia del principio interpretativo *pro homine*, tornando la discusión de la prelación verdaderamente estéril y a nuestra Constitución en una definitivamente convencionalizada.

### **Segundo objetivo: identidad de ambos sistemas de control**

A lo largo de este trabajo fue expuesto que el control de convencionalidad se divide en dos aspectos: uno externo y otro interno. El externo es el que realiza la Corte Interamericana en los casos llevados a su conocimiento, analizando la concordancia de la conducta del Estado con lo normado en la Convención Americana y con todo el *corpus iuris* de derechos humanos. El interno compete a los Estados, principalmente a sus respectivos jueces y de oficio, quienes deben armonizar su actuar con los principios de derechos humanos receptados en los instrumentos de derechos humanos y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El control de convencionalidad en su aspecto interno, como fuera ya expresado, produce que, en los Estados donde no existen *ipso iure* un bloque de constitucionalidad y un sistema de control difuso de constitucionalidad, existan *ipso facto*, permitiendo al operador confrontar las leyes de su Estado con la Convención y controlar su concordancia, incluso sin petición de parte.

Ahora bien. En la Argentina sí existen *ipso iure* tanto el bloque de constitucionalidad como el control difuso de constitucionalidad. Este control de constitucionalidad implica inspeccionar, incluso de oficio como fuera expuesto en este trabajo, la concordancia de los actos de gobierno con la Constitución Nacional. Por ello, ambos sistemas, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, en el orden jurídico argentino, albergan similitudes fundamentales, principalmente la guarda de la jerarquía normativa. Se reducen a comparar una norma inferior con su superior en búsqueda de correspondencia, y en la

negativa a aplicar la de menor rango si se encontrara en oposición con aquella. En este sentido, si fuera de necesidad el proveer análisis sobre la aplicación a un caso particular de un decreto nacional, y fuera impugnado por violatorio de una ley nacional ante el Poder Judicial, competirá a este leer el texto del decreto, analizar si cumple los requisitos fundamentales de cualquier acto de esa naturaleza incorporados a la ley nacional número 19.549, así como los requisitos de la ley especial en la cual se funde y, si no fueran cumplidos, el acto impugnado deberá ser dejado sin efecto al caso. Si bien no media una declaración de inconstitucionalidad por no haberse invocado normas constitucionales de forma expresa, sino solo decretos y leyes nacionales, este proceso no es sino un control de constitucionalidad, con la única diferencia de que, en lugar de versar sobre la propia Constitución y otra norma, lo hace entre dos normas inferiores a ella.

Por ello, entiendo que para un adecuado ejercicio del control de convencionalidad en su aspecto interno en la Argentina es necesario el correcto entendimiento de la pirámide normativa. En ella, la Constitución se ubica en la cima, es la ley suprema de la Nación por su condición de fundante y a la cual el restante orden jurídico debe conformarse como condición de su vigencia. Sin compartir su supremacía, pero sí su jerarquía en el primer escaño, existen los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, los cuales son complementarios de los derechos y garantías enumerados en la Constitución. Estos tratados no integran la Constitución, sino que interpretan, amplían y reglamentan las disposiciones personalistas protectoras de la dignidad humana reconocidas por ella, desde su lugar de instrumentos internacionales.

El ejercicio del control de convencionalidad en sede interna en la Argentina partiendo desde esta óptica no es otra cosa que el control de constitucionalidad que la Corte ejerce desde su instalación, pudiendo remontarnos a la doctrina de «Elortondo» de 1888, ya reseñada. No es sino la verificación de la correspondencia de una norma inferior con su norma superior, y el hecho de que el análisis involucre no una ley con la Constitución sino una ley con un instrumento internacional no obsta que estemos en presencia del mismo control. Incluso si para llevar a cabo dicho estudio se hace uso de la doctrina emanada de la Corte Interamericana, pues aquella, sin desmedro de sus efectos vinculantes, no es sino una interpretación del tratado que le dio origen al órgano que la emite.

Misma conclusión se obtiene al analizar los órganos encargados de llevar adelante ambos controles. Tanto en nuestro sistema de control difuso como en el sistema de control de convencionalidad son principalmente los jueces quienes deben analizar la guarda de la prelación normativa, lo que trae de suyo que ambos tipos de control, además de asimilarse en cuanto a su contenido, lo hacen en cuanto a sus ejecutores. El hecho de que sean todos los órganos del Estado y no solo los jueces quienes deben velar por la convencionalidad no es óbice para arribar al mismo entendimiento. En este sentido, cada órgano estatal debe efectuar un control de convencionalidad, pero dentro de las respectivas competencias de que su departamento esté investido según el orden jurídico nacional, con lo cual, si el agente no está autorizado por sus leyes a obviar la aplicación de un acto por inconstitucional, tampoco puede hacerlo por inconvencional. Su actuar se circunscribe en tal caso a ejercer el control de convencionalidad de forma constructiva y no destructiva, como fuera expresado a lo largo de este trabajo, armonizando las normas nacionales con las internacionales, eligiendo entre sus posibles interpretaciones una acorde con la convencional, o bien aumentando el rango de cobertura de la nacional o recortando su esfera de cobija, en miras a volverlas compatibles.

Por ello, en todos estos supuestos, cuando el operador confronta una norma interna con una internacional con jerarquía constitucional, si bien está ejerciendo un control de convencionalidad, simplemente da plena operatividad a la jerarquía normativa que la propia Constitución establece en su artículo 75 inciso 22. Por lo tanto, ejerce ni más ni menos que el control de constitucionalidad. Ello fuerza como conclusión que el sistema de control de convencionalidad en ámbito interno, en su aplicación en la Argentina, guarda total equivalencia con el sistema de control judicial difuso de constitucionalidad actualmente operante.

### **Tercer objetivo: solución unificadora de ambos sistemas de control**

Siendo ambos sistemas en su aplicación en la Argentina una ejecución del mismo control deviene necesaria una forma de asimilarlos para facilitar su obra. La forma de conseguirlo, felizmente, entiendo que es relativamente sencilla, al extremo de involucrar cambios interpretativos. Como ya fuera expresado, el control de convencionalidad implica que existan en los hechos un bloque de constitucionalidad y un sistema de control judicial



difuso. Ambos instrumentos existen *ipso iure* en la Argentina, base la cual puede ser utilizada para lograr la unificación.

Partiendo de allí, en cuanto al alcance de ambos tipos de control y a los agentes ejecutores, no cabe duda, a mi entender, que el aspecto constructivo del control de convencionalidad puede y debe ser ejercido por todos los órganos del Estado dentro del marco de sus competencias constitucionales. De esta forma, todo funcionario estatal ha de interpretar las normas nacionales de acuerdo a las integrantes del *corpus iuris* de derechos humanos, de la forma que fuera reseñada en este trabajo. El aspecto destructivo, sin embargo, solo puede ser ejercido por los jueces o por órganos con funciones jurisdiccionales, merced al sistema republicano de división de poderes, al principio de legalidad y la seguridad jurídica. Las dependencias del Poder Ejecutivo cuentan con sobradas facultades para inaplicar las normas, sea por la derogación, si fueran normas de la Administración, por parte del mismo órgano que la dictó o por uno superior, sea por su impugnación frente a la autoridad competente. Cualquiera sea la opción que utilice, el titular del Poder Ejecutivo siempre puede modificar los decretos de la Administración o elevar proyectos de ley para intentar modificar las leyes que crea inconventionales. Todo ello guarda total congruencia con el control de constitucionalidad, el cual está solo a cargo de los jueces, no pudiendo los demás órganos del Estado efectuar tal declaración. En todo caso, y merced a los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que fueran reseñados, en un intento de armonizar la doctrina de la manifiesta y grosera incompatibilidad, también reseñada, junto con la posibilidad de los órganos administrativos en funciones judiciales de ejercer un control de constitucionalidad de oficio, la Administración solo podría obviar la aplicación de una norma por inconventional si la incompatibilidad fuera groseramente manifiesta, o si ya existiera un precedente de la Corte Suprema en el cual ya hubiera sido efectuada tal declaración y que guarde estrecha y manifiesta analogía con el caso estudiado.

Finalmente, la cuestión sobre la prelación en caso de conflictos insalvables debe ser resuelta concorde a las consideraciones arribadas en este trabajo. Las interpretaciones de la normativa deben armonizar el bloque de constitucionalidad con miras a volverlo compatible y eliminar ambigüedades, pero siempre respetando, en última instancia, los principios de derecho público constitucionales como establece su artículo 27. Dichos principios deben ser guardados aún en desmedro del *corpus iuris* en caso de incompatibilidad insalvable, por

improbable que sea, por reenvío del artículo 75 inciso 22, el cual expresa, en lenguaje jurídico y no informativo, como ya fuera reseñado, que no resultan derogados los artículos de la primera parte de la Constitución. Tal situación ha de mantenerse hasta tanto se efectúe una modificación constitucional que otorgue prelación a los instrumentos internacionales o al principio *pro homine* y torne estéril la discusión sobre la prelación.

A la postre, si de la aplicación de la solución ideada se produjera una situación de responsabilidad internacional, por improbable que parezca este escenario, los restantes poderes del Estado deben actuar para compensarla de acuerdo a sus facultades constitucionales, incluyendo el ejercicio del poder preconstituyente si fuera necesario adecuar la Constitución.

### ***Propuesta de modificación legislativa***

Con el propósito de aportar una forma unificada para el ejercicio de ambos sistemas de control como fuera expresado, se presenta razonable apuntar a su consagración legislativa. La hipotética modificación es tanto interpretativa como reglamentaria de los artículos 27, 31 y 75 inciso 22 por un lado y, por el otro, del artículo 116 de la Constitución e importa, explícita o implícitamente:

- Reconocer la subsunción del sistema de control de convencionalidad en su aspecto interno, en su aplicación en la Argentina, dentro del de constitucionalidad, por no ser ambos sino la guarda del orden jerárquico normativo.
- Delinear cuáles son las facultades del Poder Judicial relativas a los instrumentos con jerarquía constitucional.
- Enfatizar que estos instrumentos son interpretativos, reglamentarios y complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución desde su lugar de instrumentos de derecho internacional y no como integrantes de ella.
- Reafirmar la vigencia en carácter jurídico y no informativo del artículo 27 en función del reenvío del artículo 75 inciso 22, otorgando, en caso de conflictos insalvables incluso después del proceso de interpretación armónica entre la Constitución y los instrumentos con jerarquía constitucional, primacía a la Constitución.

- Receptar la doctrina de «Mill de Pereyra» y de la disidencia de «Juzgado de Instrucción Militar de Rosario», así como la tesis de maestría de Ruta, instituyendo legalmente el control de constitucionalidad de oficio en el marco de un caso.
- Aclarar que su ejercicio responde a cuestiones de derecho, por lo que está amparado por el principio *iura novit curia*; de esta forma, aunque se ejerza *inaudita parte*, no se viola garantía ni derecho constitucional alguno.
- Reconocer la facultad del Ejecutivo y sus dependencias de allanarse a las pretensiones en procesos administrativos y abstenerse de aplicar un acto, si fuera invocado por el administrado un precedente de la Corte de estrecha analogía en el cual hubiera declarado su inconstitucionalidad.
- Remarcar que ni el Ejecutivo ni el Legislativo pueden expedirse sobre la constitucionalidad de las normas por ser esta una facultad judicial sino que sus poderes se agotan en la derogación o modificación de los actos que consideren inconstitucionales dentro de sus respectivas esferas soberanas y, en el caso del Ejecutivo en función jurisdiccional, en el allanamiento a las pretensiones del administrado en proceso administrativo cuando este invoque un precedente de estrecha analogía, o en la no aplicación del acto si la inconstitucionalidad fuera groseramente manifiesta.

Acorde a ello me atrevo aventuradamente a presentar un bosquejo de modificación legislativa. Involucrando facultades jurisdiccionales en cuanto al control de constitucionalidad tanto del Poder Judicial como de la Administración en función jurisdiccional, la reforma apunta al artículo 3° de la ley nacional número 27, al artículo 21 de la ley nacional número 48 y al artículo 12 del decreto-ley nacional número 19.549. El primero quedaría redactado como sigue, énfasis en las modificaciones:

Art. 3° – Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición que esté en oposición con ella, *de forma armónica con el bloque de constitucionalidad federal, siempre que sean los instrumentos internacionales complementarios de ella y no derogatorios de sus principios de derecho público. Le compete sostener la prelación de la normativa infraconstitucional entre sí y del bloque de constitucionalidad federal sobre el resto.*

*Este control de constitucionalidad es una cuestión de derecho y debe ejercerse aún sin petición de parte.*

El artículo 21 de la ley nacional número 48 quedaría redactado como sigue, énfasis en las modificaciones:

Art. 21 – *El Poder Judicial de la Nación*, en ejercicio de sus funciones, procederá aplicando, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento, en el orden de prelación que va establecido:

1. *la Constitución como ley suprema de la Nación, en armonía con el bloque de constitucionalidad federal, siempre que sean los instrumentos internacionales complementarios de ella y no derogatorios de sus principios de derecho público*
2. *los tratados con las potencias extranjeras*
3. *las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación*
4. *las leyes particulares de las provincias*
5. *las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación*
6. *los principios del derecho de gentes*

Al artículo 12 del decreto-ley nacional número 19.549 se le incorporaría un segundo párrafo redactado como sigue:

Art. 12 – [...]

*En casos que el administrado, en su impugnación de un acto ante la autoridad administrativa competente en función jurisdiccional, invocare un precedente de estrecha analogía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el cual esta hubiere declarado su inconstitucionalidad, la Administración podrá allanarse a la pretensión. También si la inconstitucionalidad fuera groseramente manifiesta, quedando la resolución sujeta al control judicial.*

### **Reflexión final**

Nada de lo antedicho puede ni debe interpretarse de forma restrictiva a la evolución de la integración comunitaria. Tampoco como forma de ver al sistema como renuente a la penetración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstaculiza la posibilidad de que el Estado argentino apruebe una modificación constitucional que dote a

los poderes constituidos de facultades constituyentes, ni que apruebe un tratado que transfiera a un órgano supranacional alguno de sus poderes constituyentes. No significa la aplicación dogmática de pretéritos principios arbitrarios.

Si alcanzáramos el suficiente grado de madurez como sociedad, podrían hacerse infinidad de operaciones interesantes. Podría crearse alguna entidad supranacional que nucleee los Bancos Centrales de varios Estados y encargarle la impresión de una moneda única; como podría establecerse un Mercado Común que vincule la región y cuyos órganos supranacionales estén facultados para expedir normas supraconstitucionales; o podría sancionarse un Código Aduanero único para varios Estados latinoamericanos y la crearse una autoridad supranacional administradora. Un ejercicio correcto del control de constitucionalidad no se opondría, sino que, muy por el contrario, guardaría la observancia de las reglas de juego previamente impuestas para alcanzar ese objetivo, incluyendo la prelación normativa, esté o no la Constitución en el primer escaño.

Si tomamos como ejemplo la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo N° 27.610 arribamos a la misma conclusión. Se trataba de un proyecto que importaba un aumento a los derechos de los habitantes, concorde a lo normado por la Constitución y por la Convención Americana. En 2018 fue rechazado por el único órgano de gobierno autorizado a aprobarlo, por lo cual no pudo volver a ser presentado en las sesiones legislativas de ese año según el procedimiento constitucional para la sanción de las leyes. Sin perjuicio de la murria producto de dicho desenlace, el proyecto no fue vuelto a tratar en ese año legislativo sino después, tal como manda la Constitución. Nadie con conocimientos de derecho constitucional objetaría tal decisión porque ese es el camino constitucional y la lógica forzaba a concluir que el proyecto iba a ser tarde o temprano aprobado si el trámite se llevaba a cabo como la Constitución manda. Y ello ocurrió en 2020 merced a la presentación de un nuevo proyecto una vez habilitado el Congreso. De esta forma fue adquirido, o reconocido, un derecho a los habitantes largamente reclamado siguiendo las prescripciones constitucionales y no actuando en contra de ellas. La Constitución existe para dotarnos de un camino a seguir, con reglas claras, y con el único fin de ser el medio para realizar la libertad y la dignidad de las personas.

Y es que, por más noble que un objetivo sea, todas sus bondades se verán opacadas con la mancha de la irregularidad y la arbitrariedad si se lo pretende conseguir en desmedro

de la ley. Ese acto no haría sino dar pie a nuevos y cada vez más graves atropellos una vez las reglas de juego se han visto violadas por gobernantes y gobernados. Esto es una Caja de Pandora que debemos aspirar a mantener cerrada por el bien de la sociedad toda pues, de abrirse, aún si se lo hiciera con buenas intenciones, el Estado de Derecho se vería aniquilado. La interpretación sobre si ya fue abierta o no, con cualesquiera motivos adolescentes de oscuridad que puedan o no orbitar semejante decisión, escapa al objeto de este trabajo, y es, por lo tanto, como dijera Isaac Newton al teólogo Richard Bentley (The Newton Project, 2007), «una cuestión que he dejado a la consideración de mis lectores».

## Referencias

- Ábalos, M. G. (2019). *Jurisdicción constitucional y control de convencionalidad en el derecho argentino*. La Ley. TR LALEY AR/DOC/965/2019.
- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (07-09-2005). Dictamen sobre los Tratados Internacionales y la supremacía de la Constitución Nacional, *El Derecho - Diario - Tomo 214 - 1035*. Legister IJ-DCCLXVIII-114.
- Albarracín, A. Á. (2021). *Fundamentos jurídicos del control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad. Alcance posible del control de convencionalidad por la Administración*. La Ley. TR LALEY AR/DOC/3012/2020.
- Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Biblioteca del Congreso de la Nación (original publicado en 1852).
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomos I y II, 2ª edición (original publicado en 2004).
- Bazán, V. (2012). *El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas*.
- Bidart Campos, G. (1996). *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I. Ediar.
- Dalla Via, A. R. (2004). *Colección de análisis jurisprudencial, Derecho Constitucional*. La Ley.
- Diputados Argentina (2008). *Expediente 1761-D-2008*. [1761-D-2008](#).
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho*, traducción de la 2ª edición en alemán por Roberto J. Vernengo, 1ª edición en español de 1979, 2ª reimpression. Universidad Nacional Autónoma de México (original publicado en 1934).
- García Belsunce, H. A. (2006). Los tratados internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional. *El Derecho - Constitucional - Tomo 2006 - 330*. Legister IJ-DCCLXVIII-785.
- Gordillo, A. (s. f.). *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*. [PDF](#).
- Gordillo, A. (2005). *¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?* Publicado originalmente en LL, 2005-A, 905.
- Gordillo, A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Fundación de Derecho Administrativo.
- Landa, C. (2010). La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales, en Bazán y Nash (editores), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: fuerza normativa de la constitución*. Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. [PDF](#).

- Manili, P. L. (2017). *El bloque de constitucionalidad: la aplicación de las normas internacionales en el derecho interno*, 2ª edición. Astrea (original publicado en 2003).
- Nino, C. S. (2015). *Introducción al análisis del Derecho*, 2ª edición, 18a reimposición. Astrea.
- Pérez Azaña, A. Á. A. (s. f.). *Declaración de inconstitucionalidad y control de convencionalidad en sede administrativa: sobre la necesidad de actualizar la jurisprudencia de la CSJN en base al fallo de la Corte IDH "Cabrera García Montiel c/ México"*.
- Pittier, L. (2019). *El control de convencionalidad y el margen de apreciación nacional*. La Ley. TR LALEY AR/DOC/2793/2019.
- Sagüés, N. P. (2018). *El concepto de "constitución convencionalizada", su fisonomía actual, fundamentos y topes*. La Ley. TR LALEY AR/DOC/3395/2018.
- The Newton Project (2007). *Original letter from Isaac Newton to Richard Bentley*. The Newton Project.
- Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes argentinas*, Tomo II. Talleres S. A., Casa Jacobo Peuser. Asambleas Constituyentes Argentinas.
- Ríos Álvarez, L. (19-10-2015). Estado, soberanía y poder constituyente. *El Derecho - Constitucional - Tomo 2015 - 525*. Legister. IJ-DCCLXXV-602.
- Ruta, J. A. (2010). *El control de constitucionalidad de oficio y el juez como juez de la constitución. Una aproximación desde el caso puntano* [Tesis de Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, Universidad Austral].
- Sabsay, D. A. (2016). *Manual de Derecho Constitucional*, 1ª edición, 2ª reimposición. La Ley (original publicado en 2011).
- Sal, G. O. (2021). *Manual de Derecho de las obligaciones*. Espacio editorial institucional UCU.
- Santiago, A. (s. f.). *La relación jerárquica entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales: supremacía constitucional y primacía normativa*. PDF.
- Senado Argentina (2008). *Expediente S-0330/08*. S-0330/08.