

Tesis de derecho aplicado para optar por el título de Magister en Derecho
Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

“Nuevos argumentos en torno al deber de la Administración de inaplicar normas
inconstitucionales y/o inconvencionales. El principio pro homine y el derecho a
la buena Administración”

Autora: Ana Carolina González Coletti

Directora: Miriam Mabel Ivanega

Ciudad de Buenos Aires. Año 2018.

Introducción

Introducción.....	1
-------------------	---

Capítulo I

Bloque de juridicidad. Supremacía. Mecanismos de control

1. Noción de supremacía constitucional. Bloque de juridicidad.....	3
2. Control de constitucionalidad.....	9
3. Control de convencionalidad.....	10
3.1 Autonomía del control de convencionalidad.....	11
3.2 Antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	14
3.3 Antecedentes en la Corte Suprema de la Nación.....	15
4. Órganos facultados para ejercer el control de juridicidad.....	19
4.1 Control por parte del Poder Judicial en ejercicio de función judicial.....	19
4.2. Control por parte del Poder Legislativo.....	23
4.3. Control por parte del Poder Ejecutivo.....	25
5. Conclusión parcial.....	25

Capítulo II

El Poder Ejecutivo y la inaplicación de normas

1. Función administrativa y juridicidad.....	27
1.1 Principio de juridicidad.....	27
1.2 Función administrativa.....	28
3. Posiciones doctrinarias relativas a la facultad de inaplicar.....	29
4. La doctrina de la Procuración del Tesoro.....	27
5. Antecedentes de la Corte Suprema en ejercicio de función judicial.....	35
5.1 Supuestos de normas portadoras de presunción de inconstitucionalidad.....	38
6. Inaplicación de normas en el ámbito del Poder Judicial en ejercicio de facultades de superintendencia.....	41
6.1 Corte Suprema de Tucumán.....	43
6.2 Otros casos.....	44
7. Conclusión parcial.....	47

Capítulo III

Fundamentos que refuerzan la facultad de inaplicar

1. Introducción.....	48
2. Principios generales del derecho.....	48
3. La dignidad de la persona humana y el principio pro homine.....	50
4. Derecho a la “buena Administración”.....	52
5. Plazo razonable.....	54
6. Confianza legítima.....	55
7. Criterios para definir la competencia en el Estado constitucional de Derechos.....	55
8. Inaplicación y división de poderes.....	58
Conclusiones.....	61
Índice bibliográfico.....	64
Índice jurisprudencial.....	71

INTRODUCCIÓN

La experiencia en la función pública, nos ha llevado a retomar un tema cuyo análisis forma parte de los estudios de la doctrina más destacada del derecho administrativo.

Se trata del abordaje de situaciones en las que, la aplicación de la norma legal correspondiente, produce un efecto contrario a la juridicidad pretendida. Estamos frente al conocido supuesto de la inconstitucionalidad de una norma que no fue declarada como tal por el Poder Judicial, pero que aplicada por la Administración Pública al caso concreto, deviene contraria a la Ley Fundamental. Esta situación que, como se advirtió, no es novedosa, tiene una lectura particular en el ámbito de la Provincia Tucumán, en especial a partir de las decisiones de los tribunales contencioso administrativo, los cuales con frecuencia, declaran la inadmisibilidad de la vía procesal del amparo intentada por los particulares.

De ahí la intención de analizar la cuestión planteada incorporando nuevos argumentos.

El debate acerca de los caminos que tiene aquella, ante esas circunstancias no es meramente teórico, pues además de los efectos que tal antijuridicidad produce, se suma la imposibilidad que tiene el Poder Ejecutivo de declarar la inconstitucionalidad de esa disposición. A su vez, cabe recordar que la causa del acto administrativo que se dicte, estará conformada por una norma cuya constitucionalidad es puesta en tela de juicio en ese supuesto, circunstancias todas ellas que no pueden ser valoradas sin considerar la posición del particular -perjudicado por la aplicación de esa norma- quien debe necesariamente iniciar una acción judicial con el objeto de que se declare su inconstitucionalidad, escenario en el que se pueden presentar una serie de contingencias procesales con el riesgo de ver frustrado su derecho.

Existe entonces una confrontación entre el principio de división de poderes y los derechos fundamentales involucrados, cuyos efectos negativos no solo afectan al individuo (cuyos derechos son vulnerados por la aplicación de la norma) sino que también alcanza a la Administración y a la sociedad en su conjunto, dado que se mantiene en el bloque normativo, una norma inconstitucional y/o inconvencional.

En síntesis y ante la discusión de si el Poder Ejecutivo cuenta con facultades para inaplicar una norma -legal o reglamentaria- que, en el caso concreto, deriven en la violación de un derecho o garantía previsto en el bloque de juridicidad, además de los fundamentos ya analizados por la doctrina -en particular por el profesor Julio Rodolfo Comadira- y los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, la pretensión de esta investigación es demostrar la existencia de otros argumentos que permiten afianzar

el criterio de la inaplicabilidad, convirtiendo tal facultad en un deber a su cargo. Nos referimos a la aplicación del principio “pro homine” del que emerge la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y a las reglas de “la buena administración”.

A partir de este enfoque, se exponen los conceptos generales relacionados con el control de constitucionalidad y convencionalidad y las principales doctrinas y decisiones judiciales (primer capítulo), para luego abordar el ejercicio de la función administrativa y la posición asumida por la doctrina y la PTN vinculados a la inaplicabilidad de la norma inconstitucional (segundo capítulo), y finalmente, considerar los principios generales del derecho, que reinterpretados desde el prisma del Estado Constitucional de Derecho, dan origen a los nuevos paradigmas del derecho administrativo: el derecho a la buena Administración, plazo razonable y confianza legítima (capítulo tercero). Por último, se sistematizarán las conclusiones de la investigación.

CAPITULO I

Bloque de juridicidad. Supremacía. Mecanismos de control

1. Noción de supremacía constitucional. Bloque de juridicidad.

A efectos de delimitar el campo de esta investigación, corresponde mencionar que se parte del concepto de juridicidad como comprensivo de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto¹.

Con esta visión, cabe considerar las fuentes de este ordenamiento y su vinculación con los mecanismos de control que garantizan la vigencia de la juridicidad en el actual Estado Constitucional de Derecho, a partir de la profusa doctrina y jurisprudencia vinculadas a la materia; contexto cuyo amplio alcance obliga a limitar su tratamiento al objeto investigado.

Las disposiciones constitucionales que configuran dos de los ejes basales de nuestro ordenamiento, en relación a la tesis expuesta, son el artículo 31² y el artículo 75 inciso 22³.

El primero de ellos declara la supremacía de la Constitución Nacional (CN) por sobre todo el orden jurídico argentino, por lo que éste debe subordinarse a aquella sin poder modificarla si no es por el procedimiento establecido en su propio artículo 30⁴.

¹ En ese punto, se comparte el alcance dado por Comadira al principio de juridicidad como más amplio que el de legalidad. Ver en: Comadira, Julio R., Escola Héctor J. y Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*. (2012). Buenos Aires. Abeledo Perrot. Pag. 99

² CN, artículo 31: “Esta Constitución, las Leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los Tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los Tratados ratificados después del Pacto de 11 de Noviembre de 1859”.

³ CN, artículo 75, inciso 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

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

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

⁴ Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. La Ley, 4ta. Edición ampliada y actualizada. Tomo II. Pag. 227. Gelli, agrega que este artículo contiene dos principios sustantivos del ordenamiento jurídico de la República Argentina: el principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las fuentes del derecho

Hasta la reforma constitucional del año 1994, los debates en torno a las fuentes del derecho se vinculaban a si las leyes nacionales y los tratados internacionales tenían igual o distinta jerarquía normativa.

En una primera interpretación de dichas normas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) entendió que la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 100 no atribuían prelación a las leyes respecto de los tratados y, por lo tanto, no existía fundamento normativo para otorgar prioridad de rango a aquéllas sobre éstos o a éstos sobre aquéllas, de lo cual se seguía que ante disposiciones de idéntica jerarquía normativa, se aplicaba el principio según el cual una las normas posteriores derogan las anteriores⁵.

Años más tarde, en el caso célebre caso “Ekmekdjian c. Sofovich”⁶ -y más tarde en “Fibraca”⁷- el Supremo Tribunal tuvo oportunidad de revisar su posición y, consideró que la Convención de Viena sobre los Tratados⁸, había alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes y, por lo tanto, ya no era exacta la proposición jurídica según la cual "no existe fundamento normativo para acordar prioridad" al tratado frente a la ley⁹.

Luego, con la reforma constitucional de 1994 se introdujo una variante en el orden de las fuentes (aspecto que encuentra una nueva interpretación judicial en el caso “Ministerio de Relaciones y Culto” -Fontevecchia II-¹⁰), dado que el artículo 75 inciso 22 establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes¹¹, y que los once instrumentos internacionales de derechos humanos que allí se mencionan y los que

⁵ CSJN. Fallos: 257:99. Martín & Cía. Ltda., S. A. c/ Nación. Sentencia del 6 de noviembre de 1963. En especial, considerando 8.

⁶ CSJN. Fallos: 315:1492. Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 07 de julio de 1992. Ver en particular el considerando 18.

⁷ CSJN. Fallos 316:1669. Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande. Sentencia del 07 de julio de 1993. En este fallo, la Corte aplicaba la doctrina desarrollada en “Ekmekdjian” y agrega que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena, impone a los órganos del Estado Argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria.

⁸ La “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, fue aprobada por Ley 19.850 y ratificada por el Poder Ejecutivo el 5 de diciembre de 1972, y entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

⁹ Ello, considerando que dicho fundamento se encontraba en lo dispuesto en el artículo 27 de dicha Convención en tanto establece que ninguna de las partes puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Asimismo, el tribunal cimero, estimó que la Convención de Viena había conferido primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno.

¹⁰ CSJN. Fallos: “Ministerio de Relaciones y Culto S/ Informe de sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Sentencia de fecha 14 de febrero de 2017, considerando 19. Por la importancia institucional de este fallo, se volverá en el apartado relativo al control de convencionalidad.

¹¹ Resulta claro, que los convencionales constituyentes tomaron la tesis esbozada por la Corte en “Ekmekdjian c. Sofovich”, “Fibraca” y “Cafés la Virginia”.

se incorporen mediante el procedimiento especial que en él se establece¹², en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantía por ella reconocidos.

Esta reforma, si bien zanjó en forma definitiva las dudas interpretativas en torno a la relación jerárquica entre los tratados y las leyes, abrió un nuevo y profundo debate respecto a la posición que ocupan los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional dentro de nuestra “pirámide jurídica”.

Así, algunos autores entienden que los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75 inciso 22 de la CN, gozan de una jerarquía supraconstitucional¹³; otros estiman que los tratados internacionales no integran la Constitución sino que la complementan y que al no haberse modificado el art. 27 de la CN, la validez de todos los tratados internacionales y su condición para quedar incorporados al derecho interno, está supeditada a su adecuación a la Ley Fundamental¹⁴; otros afirman que en el sistema constitucional argentino, el orden público supremo es la Constitución Nacional y, por lo tanto, ocupa el punto más alto de la pirámide jurídica (arts. 27 y 31, CN)¹⁵; hay quienes plantean que esta complementariedad debe ser interpretada a la luz del principio *pro homine* -sin hacer tanto hincapié en la jerarquía normativa- y, por lo tanto, siempre debe

¹² Tal como sucedió, en 1997, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en 2003, con la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad y en 2014 con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹³ Gordillo entiende que los tratados sobre derechos humanos preceden a la Constitución Nacional. Ver en: http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf.

¹⁴ Badeni, Gregorio. *El caso "Simón" y la supremacía constitucional*. La Ley 2005-D, 639 - Sup. Penal 2005 (julio), 9. Cita Online: AR/DOC/2132/2005. Badeni sostiene, además, que el artículo 75 inciso 22, cuando habla de la "no derogación" por parte de los tratados de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, significando que dicha parte -con el plexo de derechos y garantías- tiene prelación sobre los tratados con jerarquía constitucional. En sentido similar ver: Santiago, Alfonso. *Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra*. (2017). La Ley 23/02/2017, 23/02/2017, 13 – La Ley 2017-A, 472 - DFyP 2017 (abril), 6/04/2017, 145. Cita Online: AR/DOC/493/2017. Este autor sostiene que la jerarquía constitucional que el art. 75 inc. 22.2 otorga a los once tratados de derechos humanos se debe entender, según indica su propio texto, como complementaria de los derechos constitucionales reconocidos en la primera parte y no pueden derogar ninguna de sus disposiciones, entre ellas el art. 27, que establece claramente la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales, el art. 30, que regula el procedimiento de reforma constitucional e impide a los poderes constituidos la modificación o desconocimiento de las normas constitucionales, y el art. 31, que proclama la supremacía constitucional.

¹⁵ Bielsa Rafael. *Derecho Administrativo*. 7ª Edición. Actualizada por Roberto Enrique Luqui. Tomo I. pag. 43. La Ley. Este autor sostiene que el mismo artículo 75 inciso 22 se encarga de aclarar que la constitución tiene preeminencia por sobre los tratados de derechos humanos, en tanto establece que los mismos se incorporan “en las condiciones de su vigencia”, y que “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución” y que “deben ser entendidos como complementarios de los derechos y garantías reconocidos”. En el mismo sentido: Dalla Via, Alberto R. *Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados*. La Ley 08/05/2017, 08/05/2017. Cita Online: AR/DOC/1174/2017.

aplicarse la norma más beneficiosa al ciudadano¹⁶ y, por último, quienes postulan el criterio de la complementariedad e interpretación armónica¹⁷.

Analizar en profundidad las diferentes posiciones referenciadas, excedería el margen de este trabajo, pero resulta importante destacar que en opinión de Bidart Campos¹⁸, los instrumentos internacionales del artículo 75 inciso 22 y la CN conforman un todo indisoluble susceptible de presentar incompatibilidades al que denomina “bloque de constitucionalidad” -al cual en esta investigación se denominará “bloque de juridicidad”¹⁹- y, tal como lo sostiene Gelli, los derechos reconocidos en los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el derecho interno. Si el alcance de aquellos derechos fuese menor, prevalece el interno o, en caso contrario, el del tratado que otorgue mayor protección²⁰.

Cabe mencionar, que el término “bloque de constitucionalidad” fue receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en numerosos precedentes²¹ para referir a la situación de complementariedad y armonía existente entre las cláusulas constitucionales y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional²².

¹⁶ Sagüés, Néstor P. *De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada"*. Cita Online: AP/DOC/2001/2013. Sagüés, afirma -en posición que se comparte- que un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado, y prácticamente aceptado hoy día, propone la primacía del "mejor derecho", en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones. Es una solución transaccional sumamente razonable y equitativa, aunque las posturas nacionalistas extremas no la aceptan.

¹⁷ En relación a la jerarquía de los tratados mencionados en el artículo 75 inciso 22 de la CN, ampliar en: Gelli, María Angélica. Ob. cit. Pag. 221 en adelante.

¹⁸ Bidart Campos, German J. *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Ed. Ediar. Este autor define al bloque de constitucionalidad como “un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera. El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la interpretación de la constitución, y en la integración de los vacíos normativos de la misma”.

¹⁹ Ello, en base al mismo fundamento que el expuesto en relación al principio de juridicidad.

²⁰ Gelli, María Angélica. Ob. Cit. Pag. 221.

²¹ Ver: CSJN. Fallos: 328:1146. Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus. Sentencia del 3 de mayo de 2005; CSJN. Castillo, Carina Viviana y otros y otro c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/Amparo. Sentencia del 12 de diciembre de 2017; CSJN. Fallos: 340:493. Incidente N° 1 - Procesado: Alespeiti Felipe Jorge s/ Incidente de Recurso Extraordinario. Sentencia del 18 de abril de 2017; CSJN. Fallos: 340:669. Gonzalez Castillo, Cristian Maximiliano y otro s/Robo con arma fuego. Sentencia del 11 de mayo de 2017; CSJN. Fallos: 330:2112. Pouler Eduardo Roberto c/ Estado Nacional Ministerio de Justicia s/Daños y Perjuicios. Sentencia del 8 de mayo de 2007 y CSJN. Fallos: 328:1491. Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-. Sentencia del 17 de mayo de 2005, entre otros. Nótese, que varios de los fallos citados fueron dictados con posteridad a “Fontevecchia II”.

²² Ver también en Sagüés, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pag. 80.

En efecto, antes de ahora, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en “Monges”²³, entendió que los constituyentes de 1994 oportunamente efectuaron un juicio de comprobación en relación a la armonía de las disposiciones de los tratados y la Constitución, por lo cual no podría alegarse contradicciones entre ellos. De tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, al igual que las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución²⁴.

Siguiendo esa línea, en “Girolodi”²⁵ manifestó que la "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como rige efectivamente en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación (considerando 11).

Tal posición parecería haber cambiado con el fallo “Fontevecchia II”²⁶, en virtud del cual la CSJN se negó a cumplir con el punto dos de la sentencia de la Corte IDH de fecha 29 de noviembre de 2011 dictada en la causa “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”²⁷, que mandaba al Estado Argentino a “dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico así como todas sus consecuencias”, por considerar que ello implicaba revocar una sentencia suya anterior pasada en autoridad de cosa juzgada.

²³ CSJN. Fallos: 319:3148. Monges, Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires. Sentencia del 26 de diciembre del año 1996. En el mismo sentido, Fallos: 319:3241. Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad. Sentencia de fecha 27 de diciembre de 1996, considerandos 11, 12 y 13.

²⁴ En dicho fallo, la CSJN sostuvo que la Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, tal como lo hace su artículo 75 inciso 22, presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como referencia al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional universal. Dicha referencia implica que el tratado se aplica tal como rige en el derecho internacional, por lo y que por tanto, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) constituyen una insoslayable pauta de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) por las autoridades públicas locales y las sentencias que dicte en los casos en que nuestro país sea parte del pleito resultan de obligatorio cumplimiento.

²⁵ CSJN. Fallos: 318:514. “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93. Sentencia de fecha 07 de abril de 1995.

²⁶ Ver nota a pie de página n° 9. Esta resolución fue emitida en respuesta a los requerimientos formulados por parte del Poder Ejecutivo Nacional a la Corte Suprema a efectos de que cumplierse, dentro del ámbito de su competencia, con lo establecido por la Corte IDH en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”.

²⁷ El 29/11/2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina", entendió que la Corte Suprema de Justicia argentina, por sentencia del 25 de septiembre de 2001, en el caso "Menem c. Editorial Perfil S.A.", había infringido la libertad de pensamiento y de expresión en perjuicio de los actores, y dispuso -en lo que aquí respecta- que el Estado debía "dejar sin efecto" la condena civil impuesta a los Sres. Fontevecchia y D’Amico, así como sus consecuencias.

En este fallo, la CSJN se expidió en relación a dos puntos fundamentales para el sistema jurídico de nuestro país: la jerarquía de las fuentes y el carácter de supremo y última instancia revisora del Alto Tribunal²⁸.

En lo que aquí interesa²⁹, el voto de la mayoría, considera que el constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (considerando 16). Asimismo, establece que cuando el constituyente argentino otorgó jerarquía constitucional a la CADH -entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos- estableció expresamente que sus normas "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución", reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (considerando 19)³⁰.

María Angelica Gelli³¹, en comentario al fallo citado, manifiesta que, en el voto de la mayoría de fundamentos y, sobre todo en la concurrencia de Rosatti, se efectuó lo que podría denominarse una afinación o corrección interpretativa de la expresión que luce en el artículo 75, inciso 22 de la CN, inclinando la balanza hacia el sistema jurídico nacional, considerando que, en buena hora el Alto Tribunal sostuvo su carácter de supremo tribunal en el orden jurisdiccional interno.

No se está en condiciones de aseverar pero parecería ser que la Corte en su actual conformación habría fijado una nueva posición respecto a la prelación de las fuentes, entendiendo que la Constitución tiene primacía final sobre tratados internacionales -al menos en lo que respecta a los principios de derecho público-, incluso sobre los que el Constituyente de 1994 otorgó jerarquía constitucional y carácter complementario a través del artículo 75 inciso 22 de la CN³².

²⁸ Dicha sentencia, se integra por un voto mayoritario, una concurrencia, del juez Rosatti, y una disidencia, del juez Maqueda.

²⁹ Los fundamentos y alcances del fallo vinculados al carácter supremo y tribunal de última instancia de la Corte Nacional, se analizarán en el acápite relacionado al control de convencionalidad.

³⁰ El Dr. Rosatti en su voto expresa además que "El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por "los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional", a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad". Se sugiere la lectura del artículo del juez Rosatti titulado "El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina". Sup. Const. 2012 (febrero). La Ley 2012-A, 911. Cita online AR/DOC/6059/2011.

³¹ Gelli, María Angélica, Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte La Ley 23/02/2017, 23/02/2017, 5, cita online: AR/DOC/500/2017. Ver también: Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. Quinta Edición ampliada y actualizada. Buenos: La Ley. Pag. 287.

³² Sobre este tema se sugiere la lectura del artículo de Santiago, Alfonso. Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra. (2017). La Ley 23/02/2017, 23/02/2017, 13 – La Ley 2017-A, 472 - DFyP 2017 (abril), 6/04/2017, 145. Cita Online: AR/DOC/493/2017 y el artículo de María Angelica Gelli mencionado nota al pie n° 16.

Ahora bien, a los efectos de esta tesis, se entenderá que “el bloque de juridicidad” está conformado por la CN, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional y sus principios inspiradores³³, los que, como en todo estado de Derecho, tienen primacía por sobre cualquier otra norma nacional o provincial y, por tanto, corresponde asegurar su vigencia a los tres poderes del Estado, incluso al Ejecutivo cuando despliega función típicamente administrativa.

Desde esa perspectiva, corresponde indagar sobre los medios previstos por el ordenamiento para garantizar la vigencia irrestricta de la supremacía del bloque de juridicidad, y el rol que desempeñan los diferentes poderes del Estado en dicha tarea.

2. Control de Constitucionalidad. Precisiones en torno al concepto.

Se reconoce que la mayoría de los autores se refiere al control de constitucionalidad como aquel que realiza con criterio de exclusividad el Poder Judicial -en ejercicio de actividad jurisdiccional³⁴- a través del cual dicta una sentencia “declarativa de inconstitucional”, con fuerza de verdad legal que adquiere inmutabilidad e irrevisable por ningún otro poder del Estado.

El control de constitucionalidad así entendido, fue objeto de una profunda elaboración doctrinaria y jurisprudencial, cuyos principales características son la de ser difuso y desconcentrado, ya que cualquier juez puede ejercerlo; procede de oficio o a petición de parte; requiere que exista un “caso”; sus efectos se aplican solo al caso concreto y constituye la última ratio del orden jurídico³⁵. En el apartado referido al control de constitucionalidad y convencionalidad por parte del Poder Judicial en ejercicio de función jurisdiccional, se analizará con mayor profundidad los criterios que lo definen.

Sin embargo, se considera que tal concepto no refleja con exactitud nuestro sistema de control de constitucionalidad, ya que una de sus características es la de ser ejercitado por los tres órganos constitucionales del Estado³⁶.

³³ Balbín sostiene que los principios generales del derecho, integran el orden jurídico y ayudan a interpretarlo. En ese sentido, a la pirámide del modelo jurídico material puede adicionarse categorías que incluyen a los principios generales del Derecho, a la par de la Constitución y de los tratados de derechos humanos con rango constitucional. Ver en: Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2º edición actualizada y ampliada, La Ley. Tomo I. Pag. 442.

³⁴ Vale la pena aclararlo, dado que en reiteradas oportunidades -que se analizarán más adelante- la CSJN realizó controles de constitucionalidad en ejercicio de función administrativa.

³⁵ Sagiús, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, 4ta. edición ampliada y actualizada. Tomo I. Pag. 469 Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución reformada*. Ediar. Pag. 426 y sig. Bianchi, Alberto B., *Puede la Corte Ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?*. La Ley 2001-B, 112. Cita online: AR/DOC/19085/2001. Bianchi, Alberto B. *Algunos aspectos del control de constitucionalidad (A veinte años de la reforma constitucional)*. Sup. Const. 2014 (octubre), 02/10/2014, 25 - La Ley 2014-E, 1053. Cita online: AR/DOC/3320/2014.

³⁶ Si bien, el órgano más importante es el Poder Judicial, no por encargo expreso de la Constitución (ya que ella nada dice de modo explícito, salvo, después de 1994, una escueta referencia al amparo), sino por

Por tales razones, se coincide con el sector de la doctrina³⁷ que entiende por “control de constitucionalidad” a aquel que deben realizar -dentro del marco de sus competencias constitucionales- todos los órganos del Estado a efectos de constatar que una norma; acto o procedimiento, no vulnere principios constitucionales. Por lo tanto, la “declaración de inconstitucionalidad” que efectúa el juez, debería ser entendida como una especie dentro del género “control de constitucionalidad”.

Partiendo de este concepto amplio de control de constitucionalidad, es que se analizarán los mecanismos con que cuentan los tres Poderes del Estado para garantizar la supremacía del bloque de juridicidad.

3. Control de convencionalidad.

De la mano de la CADH y la jerarquización constitucional de instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, se dio paso al llamado “control de convencionalidad”.

La doctrina del control de convencionalidad -que nace como creación pretoriana de la Corte IDH) con el caso “Almonacid Orellano” del año 2006-, va imponiéndose como un tipo de control paralelo al de constitucionalidad. Es que, al igual que la Constitución requiere de un control para que su supremacía de sea real y efectiva, la CADH requiere también de un control tendiente a garantizar el respeto por los derechos y principios por ella reconocidos³⁸.

En este sentido, el control de convencionalidad puede ser definido como la valoración de la compatibilidad entre una sentencia, un acto del poder público o una ley de derecho interno con las disposiciones de la CADH y con la interpretación que de ella haya hecho la Corte IDH -aún la efectuada en los procesos en los que el Estado no haya sido parte- para disponer o recomendar ante el resultado negativo, la revocación de la sentencia, reforma o la derogación de dicha práctica o norma, según corresponda³⁹.

construcción jurisprudencial y legislativa, siguiendo las directrices de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, principalmente en *Marbury v. Madison*. Sobre este punto, Sagues sostiene que el artículo 116 de la CN que el Poder Judicial de la Nación debe conocer y decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, está indicando que debe aplicar su texto e inaplicar el derecho contrario a ella (ver en: Sagüés, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pag. 179).

³⁷ Bottoni, María Alejandra y Navarro, Marcelo Julio. El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la última década. La Ley 21/04/2011, 21/04/2011, 1 y La Ley 2011-B, 1112. Cita Online: AR/DOC/5545/2010.

³⁸ Hitters define a este tipo de control como una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones sobre derechos humanos a las que el país se ha plegado; con las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo. En Hitters, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos). Buenos Aires. La Ley 11/03/2015, La Ley 2015-B, pag. 625. Cita one line: AR/DOC/678/2015.

³⁹ Bazán, Víctor, "Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas". La Ley 04/04/2012, 04/04/2012, 1- La Ley, 2012-B, 1027. Cita Online: AR/DOC/659/2012.

3.1 Autonomía del control de convencionalidad.

Se está frente a uno de los temas de mayor discusión doctrinaria en los últimos años, y sobre los que no existe uniformidad, aún después de la interpretación de nuestra CSJN en el caso “Fontevicchia II”, respecto del cual ya se ha avanzado y sobre el cual se volverá más adelante.

En efecto, un sector doctrinario considera que constituye un instituto independiente del clásico control de constitucionalidad, mientras que otro, afirma que la expresión “control de convencionalidad” se encuentra comprendido en el de constitucionalidad.

Quienes postulan que no cabe referirse a un control de convencionalidad por fuera del control de constitucionalidad estiman que, hablar de control de convencionalidad y de constitucionalidad resulta ser un mero juego de palabras⁴⁰ y que no es más que una subespecie del control de este último⁴¹.

Desde otra óptica, Bianchi⁴² asume que como fruto del nuevo orden constitucional que implicó la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, la Corte Suprema - primero en Ekmekdjian⁴³ y luego en Julio Mazzeo⁴⁴ - incorporó la doctrina del control de convencionalidad al que alude la Corte IDH cuando resuelve casos contenciosos, entendido como el control de supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno. Pero, en su opinión, la diferencia entre ambos tipos de control es que uno protege la integridad de la Constitución y el otro el de la CADH, pero siendo ésta última parte integrante de la aquella, esta distinción no es sustancial, salvo que en el control de constitucionalidad la que marca el ritmo jurisprudencial es la Corte Suprema, mientras que en el de convencionalidad es la Corte IDH⁴⁵.

⁴⁰ Badeni considera que hablar de control de convencionalidad no es más que un “snobismo constitucional”. Ver en: Badeni, Gregorio. *Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia*. La Ley, 2009-E, 1018. Ver: Rosatti, Horacio D. *El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina*. La Ley 2012-A, 911. Cita online AR/DOC/6059/2011. Se recomienda la lectura de este artículo conjuntamente con el voto de este Ministro de la CSJN en el caso “Fontevicchia II” y su disidencia en “Villamil”.

⁴¹ Una completa síntesis de los distintos puntos de vista doctrinarios sobre esta materia puede verse en Bianchi, Aberto B.. *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*. La Ley, 2010-E, 1090.

⁴² Bianchi, desde un primer momento vaticinó la posible pérdida de la soberanía judicial, cuestión que en el presente se puso en discusión después del fallo “Fontevicchia II”. Ver en: Bianchi, Alberto B. ob.cit.

⁴³ CSJN. Fallos: 315:1492, ya citado.

⁴⁴ CSJN. Fallos 330:3248, ya citado.

⁴⁵ Bianchi, Alberto B. *Algunos aspectos del control de constitucionalidad (A veinte años de la reforma constitucional)*. Sup. Const. 2014 (octubre), 02/10/2014, 25 – La Ley 2014-E, 1053. Cita online: AR/DOC/3320/2014.

En la posición contraria se encuentran quienes entienden que el control de convencionalidad debe ser concebido como un instituto independiente del clásico control de constitucionalidad.

En general, la doctrina que sostiene ese criterio considera que la independencia del control de convencionalidad resulta de vital importancia a efectos del efectivo goce de los derechos humanos fundamentales, toda vez que él lleva ínsito la aplicación de las normas convencionales conforme las pautas interpretativas establecidas la propia Corte IDH⁴⁶.

Señala Sagüés⁴⁷ que el control de constitucionalidad y el de convencionalidad son dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la supremacía de la constitución nacional; el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica y, que, la doctrina del control de convencionalidad, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos.

Resulta ilustrativa de esta postura la opinión de Gil Domínguez, para quien el hecho de que cualquier juez pueda hacer efectivos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución mediante el control de constitucionalidad y los derechos humanos mediante el control de convencionalidad expresa la máxima expresión de garantía secundaria que un Estado constitucional de derecho puede ofrecer ya que ello obliga a los jueces a tener que realizar un mayor esfuerzo argumental y a priorizar las interpretaciones *pro homine* en línea con la jurisprudencia de la Corte IDH. Es ahí donde reposa la importancia de la distinción de ambos conceptos⁴⁸.

En esta línea también se ubica Gutiérrez Cuolantono, quien marcando una diferencia entre ambos tipos de control, indica que la declaración de incompatibilidad de una ley o práctica de cualquier especie con la Convención puede considerarse con efectos generales⁴⁹.

⁴⁶ Ver Hitters, Juan Carlos. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación.* La Ley 27/07/2009, 27/07/2009, 1 - La Ley 2009-D, 1205. Cita Online: AR/DOC/2415/2009.

⁴⁷ Sagüés, Néstor P. *Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad.* Cita Online: AP/DOC/1497/201 y Sagüés, Néstor P. *El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales.* La Ley 19/02/2009, 19/02/2009, 1 - La Ley 2009-B, 761. Cita Online: AR/DOC/333/2009.

⁴⁸ Gil Domínguez, Andrés. *El control de constitucionalidad concentrado: ¿es incompatible con el control de convencionalidad?.* La Ley 08/08/2013, 08/08/2013, La Ley 2013-D, 1345. Cita online: AR/DOC/3026/2013.

⁴⁹ El citado autor sostiene que "en el sistema de control constitucional argentino la declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos exclusivamente para el caso concreto sometido a juzgamiento (Corte Sup., "Zemba de Fiamberti", 1939, Fallos 183:76 ; "Yraizoz", 1960, Fallos 247:700 ; "Lorenzo", 1962, Fallos 253:253 ; "Mill de Pereyra", 2001, Fallos 324:3219 , entre muchos otros). Eso hace que sus efectos se limiten al litigio en que ella se pronuncia y que la ley afectada por la misma siga siendo obligatoria en los demás casos en los que es aplicable. De acuerdo con los arts. 1.1, 2 y 63 de la Convención Americana, la regla en materia de declaración de incompatibilidad de una ley o práctica de cualquier especie con dicho

En este punto, me inclino por estos enfoques que consideran a los controles de convencionalidad y de constitucionalidad como conceptos autónomos. Ello, en tanto ambos tienen por finalidad la garantía del respeto a sistemas jurídicos diferentes (aunque complementarios) y tienen como intérpretes últimos a órganos diferentes.

Así, mientras que el intérprete último de la Constitución Nacional es nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el de la CADH es la Corte IDH, cuyas sentencias constituyen incuestionables pautas de interpretación que deberán tener en cuenta todos los órganos públicos nacionales -incluida la Corte local- a la hora de aplicar las normas del Pacto o de controlar su cumplimiento.

Asimismo, en punto a lograr una ampliación de derechos humanos fundamentales resulta vital tomar como pauta de interpretación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los principios que la nutren. Así, el control de convencionalidad debe ser interpretado en sintonía con el control de constitucionalidad, como un complemento que lo enriquece, para arribar a una solución justa para el caso concreto a resolver.

En definitiva, si bien existen elementos que permiten hablar de un control de convencionalidad como un concepto independiente del relativo a la constitucionalidad, entiendo que lo importante en realidad no es la denominación que se le otorgue a cada tipo de control sino los resultados de ellos surjan, en punto a lograr una ampliación de los derechos humanos fundamentales que tenga como eje rector al principio *pro homine*.

En atención a que en la mayoría de los supuestos en que una norma que se presente inconvencional resultará también inconstitucional, podría hablarse de control de juridicidad como abarcativo de ambos tipos de control⁵⁰.

tratado quizás sea diferente, pudiendo considerarse que la misma posee efectos generales, desde que traduce la invalidación de ese acto por el deber que nace en cabeza del Estado de adecuar su derecho interno en el marco de los arts. 1.1 y 2. Es esa línea interpretativa la expresada por la Corte Interamericana al postular que en tanto la promulgación de una ley contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte constituye per se una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado, la sentencia que declara esa violación, constituida por la ley cuestionada, tiene efectos generales (Corte IDH, "Barrios Altos v. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo", 3/9/2001, párr. 18º; "La Cantuta v. Perú. Fondo, reparaciones y costas", 29/11/2006, párr. 188º). Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. *El control de la Administración Pública y el reto de la incorporación de los criterios internacionales en materia de protección de los derechos humanos*. Cita Online: 0003/014295.

⁵⁰ En efecto, de las fuentes relevadas para esta investigación se encontró un solo supuesto en cual se tuviera a la Corte IDH en forma exclusiva como fundamento de la sentencia (esto es, en la causa "Caso Miguel Ángel Ekmekdjian vs. Sofovich, Gerardo y otros. CSJN. 1992). En el resto de los antecedentes analizados, la Corte funda sus sentencias tanto en las disposiciones de la Convención -y en la interpretación que de ellas hace la Corte IDH- y en las cláusulas constitucionales interpretadas a la luz de los principios que irradia el sistema de protección de los derechos humanos que, en definitiva, trasuntan todo el ordenamiento jurídico argentino.

3.2 Antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ya se adelantó que el control de convencionalidad se desarrolló como creación pretoriana de la Corte IDH.

La Corte IDH se refirió en pleno al control de convencionalidad por primera vez⁵¹ en el párrafo 124 del caso “Almonacid Orellano⁵²”, al expresar que “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”.

De ello se desprende que el control de convencionalidad que efectúe el agente nacional no se limita a comparar la normativa interna con la convencional, sino que ésta debe ser leída conforme los parámetros interpretativos de la Corte IDH.

Avanzando un poco más, en el caso Trabajadores cesados⁵³, la Corte IDH se refirió al control de la convencionalidad de oficio al sostener que “...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana...”.

Una herramienta muy importante para la administración a la hora de interpretar la norma convencional es la doctrina de la “interpretación conforme” desarrollada por la Corte IDH en el caso “Radilla Pacheco vs. México”⁵⁴.

⁵¹ En el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia del año 2003, el Juez Sergio Ramírez ya se había referido en ella al control de convencionalidad.

⁵² Caso Almonacid Orellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154. Parr. 124.

⁵³ Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Parr. 124.

⁵⁴ Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209. Parr. 339 al 341.

Finalmente, en el caso “Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013”⁵⁵, la Corte IDH ahonda más en la doctrina del control de convencionalidad. En este fallo sostiene que “Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, *todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado*, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (el destacado me pertenece).

Este fallo es muy importante como antecedente a tener en cuenta en punto a determinar la competencia de las autoridades administrativas para inaplicar una norma que no se adecue a las normas y al espíritu de la CADH⁵⁶.

En definitiva, a través de las distintas resoluciones de la Corte IDH es posible puntualizar las principales pautas que caracterizan a este control, partiendo de los principios imperantes (*pro homine, pro libertate*, progresividad, *effect utile, pro cives, favor libertatis*, evolutivas, dinámicas, limitativas de las restricciones), pasando por distinguir dos clases de control de convencionalidad: internacional: concentrado y subsidiario; e interno: principal, obligatorio, de oficio y difuso⁵⁷.

3.3 Antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el ámbito nacional, nuestra Corte Suprema de Justicia fue recepiendo la jurisprudencia de la Corte IDH relativa al control de convencionalidad y, estableció una especie de paralelo entre los alcances y procedimientos del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, los cuales deben ser ejercidos por los jueces nacionales

⁵⁵ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013. Parr. 69.

⁵⁶ El control de convencionalidad por parte de los poderes públicos constituye una de las bases de esta tesis, dado que ello implica que, en el ejercicio de la función Administrativa, deben aplicar las normas y desarrollar los procedimientos conforme el texto de la Convención y según la interpretación que ella haya efectuado la Corte IDH.

⁵⁷ Ábalos, María G. Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana. La Ley 2017-B, - Sup. Const. 2017 (marzo), 29/03/2017, 3. Cita Online: AR/DOC/709/2017.

en las mismas condiciones pero respetando las distintas fuentes -Constitución y Pacto- e interpretaciones de ellas -fallos de la Corte Suprema de Justicia y fallos y Opiniones Consultivas de la Corte IDH.

Si bien, ya en los casos “Ekmekdjian” y en “Girolodi”⁵⁸ la Corte había reconocido que la interpretación del Pacto debía guiarse por los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte IDH, en “Mazzeo” recepta la doctrina del control de convencionalidad que fuera expuesta por la Corte IDH en “Almonacid Orellano” y en Videla”⁵⁹ y “Rodríguez Pereyra”⁶⁰ agregó que dicho control puede ser efectuado de oficio, receptando lo dicho por la Corte Regional en “Trabajadores cesados del Congreso”.

Corresponde en este punto volver sobre el caso “Fontevicchia II”⁶¹. Esta decisión -de importantes repercusiones en el plano académico⁶²- vino a replantear el orden jerárquico de las fuentes y el rol de la CSJN y su carácter de última instancia revisora.

En relación a esto último⁶³, el voto mayoritario de la Corte expresó que las sentencias emanadas de la Corte IDH en procesos contenciosos contra la Argentina, son obligatorias siempre que sean dictadas dentro del marco de sus competencias remediales establecidas en la CADH. Advierte, que la protección que ésta otorga es de carácter subsidiario, complementario y coadyuvante a la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos, de lo cual se deriva que la actuación de la Corte Interamericana no implica una cuarta instancia⁶⁴ revisora de las decisiones jurisdiccionales estatales tal como lo reconoció ella misma en varios precedentes.

⁵⁸ CSJN. Fallos: 315:1492. Miguel Ángel Ekmekdjian vs. Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 7 de julio de 1992 y CSJN. Fallos: 318:514. Girolodi, Horacio David y otro. Sentencia del 7 de abril de 1995.

⁵⁹ CSJN. Fallos: 333:1657. Videla, Jorge Rafael y otro. Sentencia del 31 de agosto de 2010.

⁶⁰ CSJN. Fallos: 335:2333. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otros. Sentencia del 27 de noviembre de 2012.

⁶¹ Ver en nota n° 9.

⁶² Sobre este particular, se recomienda la lectura de los siguientes artículos de la doctrina: Garay F. Alberto. *La Corte Interamericana no puede ordenar que se dejen sin efecto sentencias firmes*; Sagüés, Néstor P. *Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el diálogo y el "choque de trenes"*. Cita Online: AR/DOC/3021/2017; Catalano, Mariana - Carnota, Walter F. *La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas*. Cita Online: AR/DOC/684/2017; Gil Domínguez, Andrés. *Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad*. Cita Online: AR/DOC/856/2017, Ábalos, María G. *Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana*. La Ley 2017-B, - Sup. Const. 2017 (marzo), 29/03/2017, 3. Cita Online: AR/DOC/709/2017, entre otros. Por su parte, Gutiérrez Cuolantono, se refiere a la que el fallo de la CSJN puede ser analizado desde las tensiones y convergencias. Las tensiones emergen de dos piezas principales: 1) la soberanía retenida del artículo 27 de la CN y 2) el carácter de última instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver: Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. *La dimensión dinámica y abierta de los DD.HH., la Constitución Nacional y las administraciones públicas*. Sup. Adm.2018 (febrero), 1- La Ley 2018-A, Cita Online: AR/DOC/3268/2017.

⁶³ Respecto a los alcances del fallo en relación a la jerarquía de las fuentes del derecho: ver lo expuesto en el apartado 1).

⁶⁴ Sobre este particular, en comentario a esta sentencia, Sagüés ha sostenido que la tesis de la mayoría de nuestra Corte Suprema es discutible, ya que el artículo constitucional 108, que confiere el rango de "suprema" a tal tribunal, figura no en la primera, sino en la segunda parte de la Constitución, tramo que, por interpretación a contrario sensu del art. 75 inc. 22, podría ser retocado por los instrumentos a los que el

Con fundamento en el artículo 27⁶⁵ de la CN, en virtud del cual los tratados que celebre la República Argentina deben conformarse con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, dentro de los cuales se encuentra el carácter de supremo y cabeza del Poder Judicial de la CSJN (conforme el artículo 108 de la CN), el voto de la mayoría, entendió que un tratado no puede modificar el carácter de "supremo" de la Corte nacional y por lo tanto no puede ser condenado a revocar un veredicto⁶⁶.

En relación a esta decisión, entiendo que si se considera que el sistema interamericano de los derechos humanos es coadyuvante, complementario y subsidiario de la protección que brindan los Estados nacionales y que ambos sistemas son diferentes, independientes y no hay entre ellos una estricta dependencia jerárquica. En consecuencia, ambos subsistemas -con sus correspondientes órganos- deben hacer el mayor esfuerzo posible por mantener una coexistencia pacífica que permita garantizar la mayor eficiencia en la protección de los derechos humanos. Con esa directriz, destaco lo expresado por el Ministro Rosatti en su voto en relación a la necesidad de recurrir a un "diálogo jurisprudencial" que permita lograr una interpretación armónica entre lo resuelto por la Corte Interamericana y el ordenamiento constitucional argentino⁶⁷.

A la luz de los precedentes que se citan en el voto de la mayoría, la propia CorteIDH se había expresado en relación a no constituir una cuarta instancia⁶⁸ que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales y que no tiene el carácter de tribunal de

mismo inciso confirió alcumia constitucional. En efecto, este autor entiende que en rigor de verdad, los fallos del tribunal cimero de un país carecen ya, siempre en la órbita de los derechos humanos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos, de cosa juzgada material, en tanto pueden ser invalidados por la Corte Interamericana. Ver: Sagüés, Néstor P. Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el diálogo y el "choque de trenes". La Ley 22/11/2017, 22/11/2017, 4. Cita Online: AR/DOC/3021/2017.

⁶⁵ Artículo 27 de la CN: El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

⁶⁶ Como bien lo pone de manifiesto el Dr. Maqueda en su voto de disidencia, la postura adoptada en este fallo por la Corte Suprema argentina difiere de la sustentada en anteriores casos. Así, en el caso "Mazzeo" nuestro máximo tribunal, para seguir la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH en materia de amnistía e indultos, dejó sin efecto una sentencia que ella misma había dictado años atrás y en el caso "Derecho", en cumplimiento de una sentencia específica de condena al Estado Argentino, también revocó su propio pronunciamiento definitivo. Ampliar en: Santiago, Alfonso. *Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra.* (2017). La Ley 23/02/2017, 23/02/2017, 13 - La Ley 2017-A, 472 - DFyP 2017 (abril), 6/04/2017, 145. Cita Online: AR/DOC/493/2017.

⁶⁷ Conf. considerando 8 de la concurrencia del Juez Rosatti.

⁶⁸ Bidart Campos enseña que el juzgamiento internacional no implica una instancia de apelación revisora de la previa sentencia argentina sino que se trata un proceso independiente del tramitado ante el tribunal argentino. EN primer lugar porque lo que la Corte IDH decide con fuerza de cosa juzgada versa sobre la interpretación y aplicación de la Convención en orden a establecer si el estado parte ha violado o no un derecho o una libertad contenidos en ella. Ver en: Bidart Campos. Ob. cit. Pag. 558. A lo cual, se puede agregar que en la instancia internacional no intervienen las mismas partes que en el proceso nacional ni se persigue la misma finalidad. Con tal finalidad, está claro que la Corte IDH si puede revisar una sentencia nacional así como cualquier otro acto u omisión que emane de los otros poderes del Estado.

apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sino que sólo puede señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno⁶⁹. En consecuencia, estimo que nuestro Máximo Tribunal podría haber acudido a la herramienta del pedido de aclaratoria prevista en la propia CADH, para solicitar al tribunal internacional que aclare el alcance de la expresión “dejar sin efecto”⁷⁰.

Al tiempo en que se escriben estas líneas, la Corte IDH y la CSJN han logrado llegar a una solución salomónica al respecto, avanzando así en el entendimiento del carácter complementario de sus funciones como herramientas para la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, en el marco de la supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte IDH dictó una Resolución en la que –sobre este punto- interpretó que el Estado Argentino podía cumplir con su orden original mediante “algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia” como, por ejemplo, la realización de una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana” (párrafo 21)⁷¹.

Por su parte, la CSJN consideró procedente acceder al requerimiento de la Corte IDH formulado en la citada resolución y, en consecuencia, ordenó que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 21 de noviembre de 2011)”. Para así decidir, ponderó que la propia Corte Interamericana había aclarado que su decisión anterior de fecha 29 de noviembre de 2011, no implicaba que se tuviese la necesidad jurídica de revocar la sentencia del 25 de septiembre de 2001, y que la medida sugerida no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27)⁷².

⁶⁹ Corte IDH. Caso: Perozo y otros c. Venezuela. Sentencia del 28 de enero de 2009. Serie C, N°195, párr. 64. Caso: Genie Lacayo. Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, N° 30, párr. 94.

⁷⁰ De esa manera, posiblemente, se hubiese evitado la colisión entre la decisión de ambas jurisdicciones, en una clara muestra de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones asumidas, sin riesgos de caer en responsabilidad internacional.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina* supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de fecha 18 de octubre de 2017.

⁷² CSJN. Resolución 4015 del 05 de diciembre de 2017. Nótese, que conforme los términos del considerando 4º, pareciera que la Corte reconfirma su postura respecto a la zona de reserva soberana expuesta en “Fontevecchia II”. En efecto, en términos literales sostiene que “Que toda vez que esta Corte Suprema considera que la anotación sugerida por la Corte Interamericana no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27), resulta adecuado acceder a lo sugerido”

Definidos así los conceptos de control de constitucionalidad y convencionalidad, corresponde analizar quienes y por qué mecanismos se garantizan la vigencia de la supremacía del bloque de juridicidad; en particular en lo que respecta al Poder Ejecutivo.

4. Órganos facultados para ejercer el control de juridicidad.

Frente a las obligaciones asumidas internacionalmente y la jerarquía constitucional que ostentan los instrumentos de derechos humanos (conforme el artículo 75 inciso 22 de la CN) se puede afirmar que en el actual ordenamiento jurídico los tres Poderes del Estado se encuentran igualmente facultados para ejercer -en el marco de sus competencias- los controles de constitucionalidad y convencionalidad. Claro está, que el controlador definitivo lo tendrá siempre el Poder Judicial, atento a su condición de intérprete última de la Constitución.

En ese sentido, Gelli⁷³ aclara que además del “control judicial de constitucionalidad”, el Poder Ejecutivo cuando promulga u observa total o parcialmente una ley debe efectuar un análisis de compatibilidad de la norma con la Constitución. Del mismo, las Cámaras del Congreso cuando analizan un proyecto de ley enviado por el presidente de la Nación.

En realidad estos criterios ya habían sido sostenidos por la CSJN desde antiguo, al entender que “es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente”⁷⁴.

Con el objeto de enmarcar dichos controles en la vigencia de la juridicidad, se considerarán brevemente los mecanismos con los que cuentan los tres órganos constitucionales del Estado.

4.1 Control por parte del Poder Judicial en ejercicio de función judicial.

Excede este trabajo relatar y analizar la evolución y consecuencias del control que ejerce el Poder Judicial. Por ello, solo se traerán a colación algunas de sus características, las que nos permitirán compararlo con los controles que realizan los otros poderes estatales.

La competencia del control de constitucionalidad y convencionalidad, en cabeza de todos los jueces tiene base expresa en la Constitución. En efecto, ello surge del artículo 31 de la CN -interpretado armónicamente con el artículo 75 inciso 22- que establece la

⁷³ Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. La Ley, 4ta. Edición ampliada y actualizada. Tomo I. Pag. 469.

⁷⁴ CSJN. Fallos: 53:420. Cullen Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Doctor Baldomero Llerena. Sentencia del 01/01/1893.

supremacía de ella por sobre todo el ordenamiento jurídico, del artículo 116, en tanto dispone que corresponde a la Corte Suprema y a los demás tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y, del artículo 43 que consagró el control difuso en materia de amparo⁷⁵.

Sin embargo no establece normas procesales al respecto, por lo cual, la construcción de la teoría de la declaración de inconstitucionalidad es el fruto de innumerables pronunciamientos de la CSJN sobre la misma.

Similar situación se planteó en Estados Unidos, en donde el control de constitucionalidad como medio para mantener la supremacía de la Constitución nació por creación pretoriana de la Suprema Corte, en la célebre sentencia dictada en el caso “Marbury vs. Madison”⁷⁶.

Tal como lo enseña Bianchi⁷⁷, en nuestro país el primer fallo que refiere al control de inconstitucionalidad es “Avegno c. Pcia. de Buenos Aires”⁷⁸ en el cual, la Corte sostuvo: “es necesario tener presente que, para que una ley debidamente sancionada y promulgada sea declarada ineficaz por razón de inconstitucionalidad, se requiere que las disposiciones de una y otra ley sean absolutamente incompatibles; que haya entre ellas una evidente oposición según la expresión por *Hamilton* de ‘El Federalista’. Así lo exige el respeto que se debe a los altos poderes que concurren a la formación de las leyes”.

Con posterioridad, el Tribunal Cívero en el caso “Sojo”⁷⁹ resolvió que la competencia originaria y exclusiva de la Corte no puede ampliarse por una norma del Congreso que reglamente su ejercicio. Para así decidir, debió confrontar el texto constitucional con la ley en cuestión.

Finalmente, en el caso “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”⁸⁰, el Supremo Tribunal manifestó: “... es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan o no conformidad con ésta”.

⁷⁵ Gelli, María Angélica. *Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)*. La Ley 19/10/2009, 19/10/2009, 1 – La Ley 2009-F, 946. Cita online: AR/DOC/3647/2009.

⁷⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos. William Marbury contra James Madison, Secretario de Estado de Estados Unidos. Fallos: 5 US 137. Sentencia del año 1803. Ampliar en Gelli, María A. Obra citada. Pag. 468. En este caso, el Juez Marshall sostuvo que los jueces tienen el deber de aplicar la ley; la Constitución es la ley suprema de la Nación, de modo que si una ley inferior la contradice, el juez debe aplicar la Constitución.

⁷⁷ Bianchi, Alberto B., Puede la Corte Ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?. La Ley 2001-B, 112. Cita online: AR/DOC/19085/2001.

⁷⁸ CSJN. Fallos: 14:425. Avegno, José Leonardo c/ Provincia de Buenos Aires. Sentencia del 01 de enero de 1874.

⁷⁹ CSJN. Fallos: 34:363. Sojo, Eduardo. Sentencia del 01 de enero de 1888.

⁸⁰ CSJN. Fallos 33-162. Municipalidad de la Capital c. Elortondo. Sentencia del 1° de enero de 1888.

De la misma manera, la CSJN fue delineando a través de sus fallos las particularidades de esta especie de control de constitucionalidad, el cual en la actualidad se caracteriza por ser difuso, ya cualquier juez está facultado a ejercerlo -aunque la Corte Suprema es la interprete última y definitiva en instancia de revisión extraordinaria-; se exige la presencia de un caso o controversia⁸¹; se inicia por lo general por petición de un particular pero también puede ser declarada de oficio⁸², produce efectos -técnicamente⁸³- entre las partes⁸⁴ y en forma retroactiva -ex tunc- cuando se trata de una norma y restitutivos, cuando lo que se declara inconstitucional es un hecho o un acto⁸⁵ y constituye la última *ratio* del sistema⁸⁶.

⁸¹ Una excepción a este supuesto es el caso "Bussi" en el que el alto tribunal consideró "Que existe un caso, en la medida en que la cuestión federal está relacionada con un interés institucional que subsiste al momento del dictado de la presente (...) existe un caso federal cuyo interés institucional consiste en determinar los límites de la competencia que la Constitución establece para la Excma. Cámara de Diputados de la Nación como "juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez" (art. 64)" (conf. Considerando 3°). CSJN. Fallos: 330:3160. Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados. Sentencia del 13 de julio de 2007.

⁸² La Corte Suprema por mayoría declaró que los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de inconstitucionalidad en el caso "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros vs. Provincia de Corrientes" (Fallos: 324-3219) del año 2001. En tal sentido ver: Gelli, María Angélica. ¿Cuál es la principal problemática que presenta hoy en Argentina el control de constitucionalidad de oficio?. En Gelli, María Angélica - Gozafni, Osvaldo A. - Sagüés, Néstor P. *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*. La Ley 16/03/2011, cita online AR/DOC/639/2011.

⁸³ En este punto es interesante mencionar que Oyhanarte sostenía que, una de las graves responsabilidades que tiene sobre sí la Corte Suprema, es el control de constitucionalidad de las leyes, de los actos administrativos y de las sentencias, que tiene influencia decisiva en el ordenamiento jurídico. Así expresaba que "Es cierto que el pronunciamiento de la Corte Suprema con efecto adverso a la validez constitucional de una norma o de un acto sólo produce efectos dentro del caso en que fue dictado. Pero esto es así en teoría. En los hechos reales, un pronunciamiento de esa especie mata a la norma o al acto, es decir, crea un estado de cosas equivalente a la derogación fáctica". Oyhanarte, J. *Historia del poder Judicial*. Revista Todo es historia. 61. (1972). Pag. 145. En el mismo sentido, Gelli sostiene que "En principio, el control de constitucionalidad produce el efecto de la inaplicabilidad entre las partes, sin afectar la vigencia de la disposición de que se trate. Desde luego, la reiteración por parte del Tribunal de una declaración de inconstitucionalidad acelerará la derogación o modificación de la norma cuestionada, tal como sucedió con la ley de matrimonio civil (...). La declaración de inconstitucionalidad de esa norma produjo, a los pocos días de dictada la sentencia, la derogación del impedimento nupcial. Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación...* Pag. 472.

⁸⁴ Resulta importante tener presente que en el caso "Monges", dada la naturaleza de la materia de que se trataba, la Corte estableció que correspondía declarar que la autoridad de la sentencia debería comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina, quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado "Ciclo Básico Común" de la Universidad Nacional de Buenos Aires, o, en su caso, el "Curso Preuniversitario de Ingreso" creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina". En tal sentido, estableció que cada estudiante podría proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos. (ver: CSJN. Fallos: 319:3148. Monges, Analía M. c/ UBA. - resol. 2314/95. Sentencia de fecha 26 de diciembre de 1996).

⁸⁵ Sagüés, N. P. (2007). *Manual de* Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pag. 172.

⁸⁶ El control de constitucionalidad, se asienta en el principio en virtud del cual resulta obligatorio aplicar la interpretación que resulte más acorde con la supremacía de la Constitución, es por ello que nuestro Supremo

Cabe recordar que en los sistemas de control de constitucionalidad difuso -por contraposición al concentrado en donde una jurisdicción exclusiva es la que ejerce el contralor- la revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes y otros actos puede ser efectuada por cualquier juez o tribunal. La consagración de este criterio, según opinión unánime de la doctrina, se definió con la sentencia de la CSJN en el ya citado caso "Municipalidad de la Capital c. Isabel. G. de Elortondo"⁸⁷.

Sin ánimo de exagerar, se puede sostener que el control de constitucionalidad de carácter difuso constituye una conquista del Estado Constitucional de Derecho, en donde la Constitución con fuerza normativa, sólo puede alcanzar su máxima expresión como garantía de los derechos, cuando todos los jueces pueden hacer valer sus disposiciones⁸⁸.

Asimismo, no se puede desconocer que a pesar de no haber ninguna norma que disponga la obligatoriedad de los fallos de la CSJN, cuando ésta se expide en relación a la inconstitucionalidad de una norma su decisión debe tenerse como fundamento de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores, y éstos sólo se pueden apartar cuando controviertan fundamentos⁸⁹. Esto lo que ha hecho afirmar a la doctrina que ello equivale a una derogación tácita de la norma⁹⁰.

Ahora bien, una decisión del Máximo Tribunal que no puede pasar inadvertida es la dictada en la causa "Arte Radiotelevisivo"⁹¹. Allí sentó la posición acerca de la obligatoriedad de sus precedentes respecto a la conducta que deben asumir los restantes

Tribunal de Justicia Nacional ha reiterado incansablemente que, la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la última *ratio* del sistema.

⁸⁷ Ampliar en: Trionfetti, Víctor R. La función jurisdiccional y el veto judicial. La Ley 29/05/2015, 29/05/2015, 1 – La Ley 2015-C, 920. Cita Online: AR/DOC/1589/2015 y Gil Domínguez, Andrés. *El control de constitucionalidad concentrado: ¿es incompatible con el control de convencionalidad?*. La Ley 08/08/2013, 08/08/2013, 1 - LA LEY 2013-D, 1345. Cita Online: AR/DOC/3026/2013.

⁸⁸ Gil Domínguez, Andrés. *El control de constitucionalidad concentrado: ¿es incompatible con el control de convencionalidad?*. La Ley 08/08/2013, 08/08/2013, 1 - LA LEY 2013-D, 1345. Cita Online: AR/DOC/3026/2013.

⁸⁹ Esta postura ha sido reafirmada en CSJN. Fallos 25:364. Pastorino c. Rouillon; Sentencia de fecha 23 de junio de 1886, Fallos 183:409. Barretta, Miguel c. Prov. de Córdoba". Sentencia del año 1939 y recientemente en Fallos: 340:345. Villamil, Amélia Ana c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios. Sentencia del 28 de marzo de 2017. En el considerando 8° del voto de la mayoría se expresó: "...Como se sostuvo en Fallos: 337: 47, la autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones deban ser debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores (considerando 6°)".

⁹⁰ Si bien, tanto Estados Unidos como nuestro país comparten el sistema de control de difuso, en aquel rige la regla del *stare decisis* conforme a la cual pesa sobre los jueces el deber de resolver un caso que se les presenta a la luz del precedente aplicable, cuya característica es la obligatoriedad. En cambio, en el sistema jurídico argentino no hay norma o ley escrita que consagre la obligatoriedad formal de los tribunales inferiores de acatar la jurisprudencia de la Corte Suprema.

⁹¹ CSJN. Fallos: 337:47. Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/amparo ley 16986. Sentencia del 11 de febrero de 2014.

Ver, considerandos 7 y 8.

poderes del Estado, situación ésta que reforzaría la postura que sostenemos, a favor de la inaplicación en sede administrativa de una norma que haya sido declarada inconstitucionalidad por la CSJN.

Por último, cabe mencionar que en varias sentencias la CSJN ha ejercido un rol activo como custodio de custodia de los derechos fundamentales, poniendo en mora -de modo implícito o expreso- a los poderes políticos, en especial al Congreso y efectuó, en algunos casos, controles posteriores sobre el cumplimiento de sus fallos⁹².

Finalmente, cabe mencionar que con “Halabi”⁹³, el Máximo Tribunal convalidó por mayoría las acciones de clase y declaró la inconstitucionalidad de una ley con efecto “erga omnes”. Sin embargo, corresponde aclarar que el efecto expansivo de la sentencia para la clase no se traduce en una obligación del Poder Legislativo de derogar la norma⁹⁴. Tales lineamientos se han trasladado para el control de convencionalidad.

4.2 Control por el Poder Legislativo

Atento al principio de supremacía constitucional, se entiende implícito en el proceso de formación y sanción de leyes la comprobación por parte del Poder Legislativo -tanto el Congreso como las Legislaturas provinciales- de la adecuación del contenido de aquellas al texto constitucional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. En este supuesto, se estaría efectuando un control preventivo a efectos de evitar la sanción de leyes inconstitucionales e inconvencionales⁹⁵.

Asimismo, conforme las disposiciones de los artículos 76 y 99 inciso 3°, párrafo 2° de la Constitución Nacional, el Congreso tiene asignada la función de controlar la constitucionalidad de la legislación delegada y de los decretos de necesidad y urgencia, pudiendo en su caso, declarar la nulidad absoluta e insanable cuando los mismos se emitan sin que se verifique el cumplimiento de los requisitos constitucionales previstos al efecto. En este caso, se trataría de un control reparador a efectos de eliminar del ordenamiento normas inconstitucionales⁹⁶.

⁹² Gelli, María Angélica. *Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)*. La Ley 19/10/2009, 19/10/2009, 1 – La Ley 2009-F, 946. Cita online: AR/DOC/3647/2009.

⁹³ CSJN. Fallos: 332:111. Halabi Ernesto C/ P.E.N.-Ley 25873-Dto. 1563/04 S/Amparo Ley 16.986. Sentencia del 24 de febrero de 2009.

⁹⁴ De hecho, la norma declarada inconstitucional en “Halabi” se mantiene vigente. Ello, independientemente de que en los hechos no sea aplicada. Razones de seguridad jurídica y de buena administración, nos indican que la norma declarada inconstitucional con tales efectos debería ser derogada. Ver: Cassagne, Juan Carlos. *Derechos de incidencia colectiva. Los efectos 'erga omnes' de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva*. La Ley 06/04/2009, 06/04/2009, 4 – La Ley 2009-B, 646. Cita Online: AR/DOC/1440/2009 y Bianchi, Alberto B. *Algunas reflexiones sobre los efectos de las sentencias*. Cita Online: 0027/000084.

⁹⁵ Sagüés, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pag. 179.

⁹⁶ *Ibidem*.

Resulta interesante, destacar que la Corte en el caso “Simón, Julio y otros”⁹⁷ reconoció la constitucionalidad de la Ley 25.779⁹⁸ en tanto declaró la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida. Para así decidir, el alto tribunal tuvo en cuenta la obligación del contralor de convencionalidad que pesa sobre los tres poderes del Estado, conforme los antecedentes ya mencionados de la Corte IDH.

En ese sentido, es relevante el voto del Dr. Maqueda⁹⁹.en el cual manifiesta que, sin perjuicio de que el Poder Judicial es el órgano facultado para declarar la eventual inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, ello no obsta a que el Poder Legislativo pueda dar cuenta del grado de adecuación constitucional de su accionar, ya que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias a hacer posible la plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales¹⁰⁰.

Siguiendo la línea iniciada con “Fontevicchia II” en orden a reafirmar el margen de apreciación nacional y los principios de orden público constitucional, la CSJN, en “Bignone”, resolvió que la aplicación de la ley penal más benigna se impone en todos los casos (aún en supuestos de delitos de lesa humanidad)¹⁰¹.

⁹⁷ CSJN. Fallos: 328:2056. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete). Sentencia del 14 de junio de 2005.

⁹⁸ La ley 25.779 -promulgada el 2/9/2003- declara insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521, de punto final y de obediencia debida.

⁹⁹ El citado Ministro, indica que en “el ámbito del Poder Legislativo las directrices del Preámbulo, en los términos expuestos, y la disposición del art. 75, inc. 32 de la Constitución Nacional, en cuanto refiere a la facultad del Congreso a hacer todas las leyes y reglamentos para poner en ejercicio no sólo los poderes que dicha norma le atribuye sino todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno de la Nación Argentina, otorgan un marco adecuado de habilitación para que en la materia que nos ocupa el Congreso de la Nación se sienta obligado a dar una respuesta legislativa excepcional para satisfacer desde lo institucional las consecuencias que nacen de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, y con el fin preciso de proteger al Estado argentino de eventuales responsabilidades en el orden internacional. Ver el voto del Dr. Maqueda que resulta muy ilustrativo de las opiniones relativas al tema planteadas en el seno del Congreso.

¹⁰⁰ Corresponde mencionar que calificada doctrina constitucionalista consideró la Ley 25.779 es inconstitucional, en tanto declara la derogación de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final con carácter retroactivo *-ex tunc-* y, tal efecto, sólo puede alcanzarse mediante una sentencia declarativa de inconstitucionalidad dictada por el Poder Judicial. En consecuencia, se concluye, que el Congreso se arrojó facultades jurisdiccionales en violación al principio de división de poderes. Ver: Badeni, Gregorio. El caso "Simón" y la supremacía constitucional. La Ley 2005-D, 639 - Sup. Penal 2005 (julio), 9. Cita Online: AR/DOC/2132/2005; Sagüés, Néstor P. *Sobre la "derogación" y "anulación" de leyes por el Poder Legislativo*. La Ley 2005-A, 518 - Sup. Penal2004 (diciembre), 1. Cita Online: AR/DOC/2896/2004.

¹⁰¹ Corresponde mencionar que calificada doctrina constitucionalista consideró la Ley 25.779 es inconstitucional, en tanto declara la derogación de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final con carácter retroactivo *-ex tunc-* y, tal efecto, sólo puede alcanzarse mediante una sentencia declarativa de inconstitucionalidad dictada por el Poder Judicial. En consecuencia, se concluye, que el Congreso se arrojó facultades jurisdiccionales en violación al principio de división de poderes. Ver: Badeni, Gregorio. *La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad*. La Ley 18/05/2017, 18/05/2017, 4 – La Ley 2017-C, 168. Cita Online: AR/DOC/1260/2017. Este autor manifiesta que Esta conclusión impone el rechazo de la valoración social que pueda existir y que, con un enfoque sociológico elemental, invocó la minoría y a la cual respondieron los votos que conformaron la mayoría en los casos “Simón”.

4.3 Control por parte del Poder Ejecutivo

En el marco del alcance de los conceptos de control de constitucionalidad y de convencionalidad, que se expuso con anterioridad, considero que el Poder Ejecutivo en ejercicio de función típicamente administrativa cuenta con la obligación para ejercer el control de constitucionalidad y de convencionalidad. Así, por ejemplo, cuando interpreta y aplica las leyes debe de hacerlo en la forma que mejor se adecue al respeto de los derechos y garantía reconocidos por la Ley Suprema, del mismo modo debe actuar cuando dicta decretos delegados o de necesidad y urgencia y cuando aprueba leyes en forma parcial.

Es decir, nuestro ordenamiento otorga al Poder Ejecutivo varias herramientas para accionar en defensa de la Constitución.

Una clara manifestación de ello es el veto presidencial, que se presenta como un mecanismo previsto expresamente en nuestra Constitución Nación a efectos que el Poder Ejecutivo ejerza el control sobre la constitucionalidad de las leyes antes de su sanción. Igualmente, se encuentra facultado para presentar un proyecto de ley para derogar una norma que se considere inconstitucional.

Sobre este particular, corresponde tener presente que la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-14/94 ha manifestado “que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado”. En ese contexto, resulta determinante el control de convencionalidad que se haga al momento de la sanción y promulgación de una norma, obligación que pesa sobre el Poder Legislativo al sancionar y en el Ejecutivo al promulgar.

Los casos y postura que debe asumir la Administración, cuando en ejercicio de su función administrativa deba aplicar una norma o reglamento que no admita interpretación conforme a los preceptos constitucionales y/o convencionales serán analizados en el siguiente capítulo.

5. Conclusiones parciales

La descripción de la evolución de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, las posiciones doctrinarias asumidas a través del tiempo, la influencia que la reforma constitucional tuvo en los precedentes judiciales, y la incidencia de las decisiones de la Corte IDH, permiten formular una primera reflexión en torno a que el deber constitucional y convencional de ajustar toda actuación -y omisión- pública al principio de juridicidad, corresponde a todos los poderes del Estado. Ello es un primer

escalón (no por esto de menor importancia) en la búsqueda de una argumentación superadora de las tradicionales concepciones, que justifican la posición del Poder Ejecutivo ante la norma que es inconstitucional.

CAPITULO II

El Poder Ejecutivo y la inaplicación de normas

1. Función administrativa y juridicidad.

La actitud que debe asumir la Administración (y los otros poderes del Estado en ejercicio de facultad administrativa) frente a una norma que se presenta como contraria al bloque de juridicidad, es un tema estudiado intensamente por la doctrina.

La mayoría de los autores que están a favor de la facultad del poder administrador para inaplicar una norma que en el caso concreto contraría preceptos constitucionales y/o convencionales, han elaborado su postura -principalmente- desde la óptica de los conceptos función administrativa y principio de juridicidad, íntimamente vinculados.

Es por ello que, en forma previa al estudio de la posición que al respecto tomara la CSJN en ejercicio de función judicial y administrativa, la doctrina, la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN) y la mención sobre algunos antecedentes provinciales, se hará un somero reparo sobre tales conceptos.

1.1 Principio de juridicidad

En virtud del principio de juridicidad¹⁰², la Administración tiene la obligación de ajustar su accionar al ordenamiento jurídico, entendiéndose a éste como abarcativo de los principios generales del derecho; de la Constitución Nacional y a los principios que surgen de ella; a los instrumentos internacionales y a la interpretación que de ellos efectúe el órgano con competencia a tal efecto; a la ley en sentido estricto y a los reglamentos administrativos.

Esta obediencia o vinculación positiva del poder administrador para con el ordenamiento jurídico constituye el fundamento mismo de su accionar. En consecuencia, para que una acción u omisión de la Administración sea considerada legítima debe haberse desarrollado respetando el principio de juridicidad.

Ahora bien, conforme se dejó sentado en el primer capítulo, en la cúspide del ordenamiento jurídico argentino se encuentra la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Resulta entonces que, en virtud del principio al que se viene refiriendo, el poder administrador tiene la obligación de garantizar el

¹⁰² En este punto se sigue el criterio de Comadira en tanto refiere al principio de “juridicidad” y no de “legalidad” para hacerlo abarcativo de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto y no sólo comprensivo de la ley en sentido formal. Ver: Comadira, Julio R., Escola Héctor J. y Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador), Curso de Derecho Administrativo. (2012). Buenos Aires. Abeledo Perrot.

respeto por la supremacía del bloque de juridicidad cuya fuerza normativa y eficacia jurídica directa resultan incontestables¹⁰³.

En el Estado Constitucional de Derecho contemporáneo, la concretización del principio de juridicidad tiene en su vértice el deber jurídico fundamental de proteger la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes.

Tal como se ha advertido, la Constitución Nacional sólo obliga a conformar los actos o decisiones a “esta Constitución” y “las Leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso”, por lo que la facultad de inaplicación postulada en tal caso implicaría el cumplimiento del deber impuesto a todas las autoridades como a los particulares, de obedecer a la primera por sobre las segundas¹⁰⁴.

A su vez, en el Estado constitucional y convencional de derechos, la juridicidad se constituye en una de las garantías más relevantes para la eficacia del sistema jurídico de protección de los derechos humanos. En efecto, todas las autoridades públicas están comprometidas con el deber jurídico fundamental de proteger y garantizar la dignidad humana y los derechos inherentes a ésta.

Así las cosas, desde ya adelanto que considero entiendo, que resulta un contrasentido reconocer la vigencia del principio de juridicidad en nuestro ordenamiento y, a su vez, negar al Poder Ejecutivo la facultad de inaplicar una norma que en el caso concreto implique una violación al principio de juridicidad. Considero, por lo tanto, que el poder administrador nutrido del respeto a la supremacía del bloque de juridicidad se encuentra legitimado para aplicar en forma directa sus normas operativas.

1.2. Función administrativa

Definida desde un criterio teleológico, es función administrativa la que se despliega para satisfacer en forma directa e inmediata el interés público o bien común, siendo uno de sus elementos esenciales la vigencia irrestricta del principio de juridicidad, entendido como presupuesto y límite de todo obrar administrativo¹⁰⁵.

¹⁰³ Téngase presente que ya por el año 1957, la Corte Suprema reconoció la fuerza normativa de las cláusulas constitucionales al expresar la célebre frase “las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la constitución nacional e independientemente de las leyes reglamentarias”. CSJN. Fallos: 239:459. Siri, Angel s/ Interpone recurso de habeas corpus. Sentencia del 27 de diciembre de 1957. En idéntico sentido, se reconoció la fuerza operativa de los tratados internacionales. en diversos pronunciamientos de la Corte. CSJN. Fallos: 315:1492. Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 7 de julio de 1992.

¹⁰⁴ Conforme el artículo 31 de la Constitución Nacional. Ver: Cassagne, Juan C. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Lexis Nexis – Abeledo Perrot.

¹⁰⁵ En tal sentido, Sammartino afirma que administrar es más que ejecutar formal y mecánicamente las leyes. Es satisfacer de manera concreta, inmediata, directa y permanente el interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, reconociendo en ellas los diferentes rangos jerárquicos que la componen. Ver: Sammartino, Patricio M. E.. El principio de competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites. En Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio

El Poder Ejecutivo -en tanto responsable político de la administración general del país, conforme artículo 99 inciso 1° de la Constitución Nacional- y gestor de interés público tiene entre sus funciones más esenciales la de garantizar la plena vigencia del ordenamiento jurídico vigente.

En un Estado de Derecho, el bien común y la juridicidad se encuentran tan estrechamente vinculados que no se puede pensar válidamente al ejercicio de la función administrativa por fuera de la juridicidad que la informe y la limite.

Asimismo, corresponde tener en cuenta el pensamiento de Schmidt-Assmann¹⁰⁶, respecto a que el vínculo entre el bien común y el reconocimiento y goce de los derechos fundamentales surge de una visión integradora, en la medida que la autoridad pública -en su carácter de custodia y promotora de aquel bien- tiene la obligación de hacer efectiva la vigencia de aquéllos.

En ese contexto, cabe preguntarse si el poder administrador estaría satisfaciendo el interés público comprometido con la vigencia de la juridicidad si aplica una norma que resulta evidentemente contraria a las disposiciones de la Constitución convencionalizada. Entiendo que la respuesta negativa se impone.

2. Posiciones doctrinarias relativas a la facultad de inaplicar.

En la doctrina se desarrollaron, dos posturas diametralmente opuestas: una que sustenta que el Poder Ejecutivo tiene la facultad para inaplicar -bajo ciertas circunstancias- la norma inconstitucional y la otra, que por el contrario, entiende que por el principio de división de poderes, la Administración solo puede inaplicar una norma en el marco del cumplimiento de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad dictada por el Poder Judicial.

Como ya se mencionó, los autores que apoyan la facultad de inaplicar, parten del principio de juridicidad y del concepto de función administrativa como fundamentos -y límite- del obrar administrativo.

Al abordar esta posición doctrinaria, resulta insoslayable mencionar la postura del maestro Comadira¹⁰⁷, quien consideraba que lo atinente a la posición de la

Público. (2012). Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. RAP, Buenos Aires.

¹⁰⁶ Schmidt-Assmann Hebert, La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, (2003), Madrid, en Miriam M. Ivanega *Reflexiones acerca del ciudadano y la Administración Pública* para Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Hebert Schmidt Assmann, Universidad del Rosario. (2014). Bogotá. Pag. 51/70.

¹⁰⁷ El Dr. Comadira se ocupó profundamente de este tema y desarrolló las bases a partir de las cuales la doctrina fue desarrollando esta teoría. Ver: Comadira, Julio R., Escola Héctor J. y Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador), Curso de Derecho Administrativo. (2012). Buenos Aires. Abeledo Perrot. pág. 181/ 186 y Comadira, Julio R. (2003). La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional. *Derecho Administrativo*. 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.

Administración frente a la ley inconstitucional constituía una cuestión de gran significación jurídico política. Desde esa perspectiva, entendía que no se puede marginar al Poder Ejecutivo de la función de proveer él también la protección de la vigencia suprema de los valores contenidos en la Constitución Nacional, cuando el plexo axiológico en ella recogido es afectado, ostensiblemente, por una disposición legal.

Juzgaba, entonces, que si al Poder Ejecutivo le compete la gestión directa del bien común -entre cuyos elementos constitutivos cabe integrar la plena vigencia de la juridicidad constitucional-, requiere el reconocimiento de la potestad de no aplicar o ejecutar las normas legales cuando existan razones suficientes para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad.

Sumariamente se puede decir que reconoce la facultad del Poder Ejecutivo de inaplicar una norma considerada inconstitucional, siempre que presente alguno de los siguientes elementos: a) que la inconstitucionalidad surja en forma razonablemente evidente, de modo que la conclusión excede el marco de la mera opinabilidad o b) la inconstitucionalidad haya sido declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada en instancias inferiores.

En los dos supuestos, la decisión debería emanar del propio presidente de la Nación, o al menos contar con autorización expresa, quien, además, coherentemente con la gravedad institucional de la medida adoptada o autorizada, debería remitir al Poder Legislativo el pertinente proyecto derogatorio.

Compartiendo la misma tesis, Marienhoff¹⁰⁸ partía de distinguir entre la inaplicación de la ley y la declaración de inconstitucionalidad¹⁰⁹ y considerando lo primero que el Poder Ejecutivo debe aplicar es la Constitución Nacional ya que su actividad está fundamentalmente supeditada a ella. Bajo esa premisa, dicho Poder podría inaplicar una ley en el caso concreto, pero no declararla inconstitucional porque ello resulta una facultad exclusiva del Poder Judicial.

Claro, que ello no implica que se asigne al Presidente de la Nación funciones judiciales en violación a lo dispuesto por el artículo 109¹¹⁰ de la CN, toda vez que la solución que permite al Poder Ejecutivo abstenerse de aplicar una norma inconstitucional no importa un “juzgamiento”, sino que sólo trasuntaría un juicio de valor para luego, en su mérito, adoptar un criterio. Destaca que

¹⁰⁸ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5° edición actualizada reimpresión. (2000). Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Tomo I. pág. 430/431.

¹⁰⁹ Como se verá más adelante, esta distinción es uno de los principales argumentos de los autores que niegan la facultad en análisis.

¹¹⁰ CN, artículo 109: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”

En esta línea, Cassagne¹¹¹ considera que el artículo 31 de la Constitución Nacional sólo obliga a conformar los actos o decisiones a “esta Constitución” y a “las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicte por el Congreso”. No aplicar una disposición legal manifiestamente incompatible con “la ley de leyes” no importa el ejercicio de facultades judiciales sino, simplemente, cumplir con el deber impuesto tanto a las autoridades como a los particulares de obedecer a la primera antes que a la segunda.

Para este autor, no parece razonable limitar el reconocimiento de la facultad de inaplicabilidad de normas sólo al Poder Judicial. No se trata de una característica propia y exclusiva de la función jurisdiccional, sino, común a toda actividad propiamente humana, esto es, sujeta a las prescripciones de la razón práctica. Y recuerda que incluso la doctrina de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado en ese sentido al considerar que “es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente”¹¹².

Cabe referir que, Julio Pablo Comadira¹¹³ participa de la posición favorable a la potestad del Poder Ejecutivo de inaplicar una ley por ser inconstitucional o inconveniente. Para así concluir, considera, por un lado, que el principio de juridicidad no debe ser concebido como mero presupuesto y límite de la actuación Administrativa sino también como un encargo y un deber exigible por los particulares, y por otro, que la función administrativa lleva ínsita el gestionar directa e inmediatamente el bien común, interés público o interés general.

Siguiendo esa línea argumental, sostiene que “un elemento central del bien común o interés público es, indudablemente, la satisfacción plena y la vigencia irrestricta del insoslayable principio de juridicidad en el que encuentran un lugar de privilegio la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos.”

Así, conjugados adecuadamente los principios de juridicidad y función administrativa, sostiene el citado autor que el Poder Ejecutivo, en tanto titular de la función administrativa (art. 99 inc. 1° CN), debe velar por la vigencia irrestricta del principio de juridicidad de modo tal que, si existen razones fundadas para creer que en un

¹¹¹ Cassagne, Juan C. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Lexis Nexis – Abeledo Perrot.

¹¹² CSJN. Fallos: 53:434. Cullen Joaquín M., por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Doctor Baldomero Llerena. Sentencia del 01/01/1893, antes citado.

¹¹³ Comadira, Julio Pablo, *La Administración Pública frente a la Ley Inconstitucional o Inconveniente en el Procedimiento Administrativo*, en Héctor Pozo Gowland, *Procedimiento Administrativo*, La Ley, Tomo II. pág. 846. En este trabajo el autor efectúa un meduloso análisis sobre la materia, pasando revista por la doctrina, dictámenes de la Procuración del Tesoro y jurisprudencia de la Corte, cuya lectura resulta insoslayable.

caso concreto la aplicación de la norma es inconstitucional o inconvencional, podría válidamente apartarse de ella.

Finalmente, concluye que la facultad de inaplicar una norma por inconstitucional constituiría una potestad inherente del Poder Ejecutivo¹¹⁴, y esta inaplicación podría derivarse tanto de advertirse en forma razonablemente evidente su inconstitucionalidad, o que hubiera sido declarada previamente así por la Corte Suprema o exista jurisprudencia reiterada y constante de tribunales inferiores.

Cassagne¹¹⁵, por su parte, considera que el artículo 31 de la Constitución Nacional sólo obliga a conformar los actos o decisiones a “esta Constitución” y a “las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicte por el Congreso”. No aplicar una disposición legal manifiestamente incompatible con “la ley de leyes” no importa el ejercicio de facultades judiciales sino, simplemente, cumplir con el deber impuesto tanto a las autoridades como a los particulares de obedecer a la primera antes que a la segunda.

Para este autor, no parece razonable limitar el reconocimiento de la facultad de inaplicabilidad de normas sólo al Poder Judicial. No se trata de una característica propia y exclusiva de la función jurisdiccional, sino, común a toda actividad propiamente humana, esto es, sujeta a las prescripciones de la razón práctica. Y recuerda que incluso la doctrina de la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado en ese sentido al considerar que “es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres poderes que forman el Gobierno de la Nación aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente”¹¹⁶.

Se mencionan expresamente dichas posiciones doctrinarias por considerar que son los autores que con mayor ahínco se han ocupado del tema, pero como se dijo, la doctrina es muy prolífica sobre este asunto, por lo cual, cabe remitirse a ella¹¹⁷.

¹¹⁴ Acerca de la facultad inherente del Poder Ejecutivo en este sentido, se destaca el fallo “Simón” antes citado y sobre el cual se volverá más adelante. En este precedente, el voto del Dr. Maqueda menciona como facultad implícita del Congreso el de ejercer el control de constitucionalidad de una ley.

¹¹⁵ Cassagne, Juan C. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Lexis Nexis – Abeledo Perrot.

¹¹⁶ CSJN. Fallos: 53:434. Cullen Joaquín M., por el Gobierno Provisorio de Santa Fé c/ Doctor Baldomero Llerena. Sentencia del 01/01/1893, antes citado.

¹¹⁷ Así, Bidart Campos, expresó la idea de la “desobediencia razonada”. Si los órganos distintos al Poder Judicial no pueden declarar la inconstitucionalidad pueden, en casos excepcionales, dejar de cumplir normas o actos evidentemente inconstitucionales (inaplicación razonada) Ver en: Germán, B. C.. *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. (2007). Editorial Ediar, Buenos Aires. Germán, B. C. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo I. (1998). Buenos Aires: Editorial Ediar. Citado en Fabiana Duperut Moerellato. “Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la Administración Pública”. *Revista de Derecho Administrativo*. Mayo/Junio 2013. Editorial AbeledoPerrot. En la misma línea, Cassagne (h) sostiene, que comparte el criterio sostenido por Marienhoff, y por otros muchos juristas, toda vez que los órganos de la administración están obligados a respetar la supremacía constitucional cada vez que ejercen sus competencias, y si bien reconoce que no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pueden en casos excepcionales dejar de cumplir normas o actos que vulneren en forma grosera y obvia la Constitución. Ver en: Cassagne, Ezequiel. *El dictamen de los servicios*

De hasta aquí expuesto, se observa que quienes comparten la posición referenciada parten de normas cuya inconstitucionalidad y/o inconventionalidad sea “grave y manifiesta” o “razonablemente demostrada” o “haya sido declarada como inconstitucional por la Corte Suprema” o se trate disposiciones portadoras de una presunción de inconstitucionalidad, es decir cuando su infracción al principio de supremacía constitucional no constituya una cuestión que requiera mayor debate.

En la vereda opuesta, encontramos la posición de los autores que no admiten la que la Administración cuente con la competencia necesaria para dejar de cumplir con una disposición legislativa. En forma casi unánime, este sector de la doctrina construye su postura con base en las disposiciones del artículo 109 de la CN, en la división de poderes, en el principio de presunción de legitimidad de las leyes, en la declaración de inconstitucionalidad como facultad privativa y excluyente del Poder Judicial, y asumiendo como equiparables -al menos en los efectos prácticos- a la inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad.

Sin ánimo de agotar las posturas de los distintos autores que se enrolan en esta posición¹¹⁸, cabe mencionar por lo menos la perteneciente a referentes de la materia.

jurídicos de la Administración. La Ley 15/08/2012, 15/08/2012, 1 – La Ley 2012-D, 1340. Cita online: AR/DOC/2907/2012. Ver: Urutigoity destaca que una vez que se agotaron las instancias interpretativas para armonizar la ley con las disposiciones constitucionales, resultaría de un formalismo extremo negar al Poder Ejecutivo o, a ciertos organismos que ejercen funciones jurisdiccionales administrativas, la posibilidad de abstenerse de aplicar per se una norma que con serios fundamentos cuando concuerdan los requisitos de desobediencia razonada y razonable. Considera, además, -en opinión que comparto- que la posibilidad de inaplicar, en ciertos supuestos, leyes inconstitucionales se ve confirmada cuando esa calificación se deriva de la circunstancia de violentar tratados internacionales o normas de derecho comunitario. Urrutigoity, Javier. *Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales*, en Cassagne, J. C. (1998). *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo-Perrot.

¹¹⁸ Se recomienda la lectura de: Rennella, María Paula. *Facultades del Poder Ejecutivo ante una Ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro*. En Comadira, Julio R. (2005). *Elementos de derecho administrativo*. Buenos Aires. La Ley. Por su parte, Linares opina que si bien la Administración no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley formal o formal-material y descartarla dando efectos jurídicos a su propia decisión, puede: a) declarar que es inconstitucional, aunque sin prescindir de ella, b) impugnarla judicialmente, c) proponer la derogación o modificación legislativa, d) aplicar una ley inconstitucional oscura en su alcance que mejor se compadezca con la Constitución (interpretación constructiva). Ver en: Linares, Juan Francisco. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Astrea. Pag. 142. Citado Fabiana Duperut Moerellato. “Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales por la Administración Pública”. *Revista de Derecho Administrativo*. Mayo/Junio 2013. Editorial AbeledoPerrot. En esta postura también se enrola Buteler, para quien la presunción de inconstitucionalidad también tiene efectos sobre el procedimiento administrativo, pues de efectuarse en sede administrativa un planteo de inconstitucionalidad de la norma sospechosa dicho cauce quedará desbordado —por lo menos a priori— ya que el órgano administrativo que debe resolver el recurso se encuentra inhabilitado para pronunciarse sobre la cuestión ya que esa facultad sólo le corresponde al Poder Judicial. Por ello rechaza la inaplicación incluso en supuesto de normas con presunción de inconstitucionalidad que conforme la jurisprudencia de la Corte serían aquellas que cargan con una discriminación basada en la edad, sexo, nacionalidad o religión. Ver en: Buteler, Alfonso. *Presunción de inconstitucionalidad de derecho administrativo*. Buenos Aires. La Ley, 2011-C, 705.

Así, cabe debe mencionar que Bianchi¹¹⁹ considera que la Administración no está habilitada para ejercer el control de constitucionalidad, dado que requiere un juicio de valor que no le corresponde realizar y a su cargo sólo se encuentra la ejecución de las leyes. Sostiene que el Poder Ejecutivo cumple con su obligación constitucional cuando ejecuta la ley, y no cuando la controla o juzga. Afirma que si la Administración debiera verificar la constitucionalidad de las leyes se produciría un descalabro del sistema de división de poderes y la presunción de legitimidad de los actos legislativos que surge implícitamente de la Constitución Nacional. En resumen, considera que si una norma está vigente, no existe razón para alguna para no aplicarla, sin mediar declaración de inconstitucionalidad en tal sentido¹²⁰.

En esa directriz, Gelli¹²¹ afirma -refiriéndose a un dictamen de la Procuración del Tesoro en el cual se distinguía entre la declaración de inconstitucionalidad y la abstención en la aplicación de la norma- que más allá de la dificultad práctica para distinguir entre la declaración de inconstitucionalidad y su inaplicación, admitir esta última posibilidad implicaría que, sumada a los poderes que la reforma constitucional de 1994 le otorgó al Poder Ejecutivo de dictar decretos de necesidad y urgencia, delegados y de promulgación parcial de leyes, “..los principios de división de poderes y de legalidad mutarían en formas destinadas a desaparecer”¹²². Juzga que, la inaplicabilidad de la ley por parte del Poder Ejecutivo podría convertirse en una manera inconstitucional de zanjar los conflictos con el Congreso.

Gordillo¹²³, por su parte, considera que si el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución.

Por último, se puede citar a Balbín¹²⁴, quien entiende que el Poder Ejecutivo no puede dejar de aplicar una ley por supuesta inconstitucionalidad. Para así concluir, se basa en que la ley se presume válida y que el organismo administrador dispone de otras

¹¹⁹ Bianchi, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, (2002), 2º edición actualizada, reestructurada y ampliada, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires. pag. 245.

¹²⁰ Sin embargo, acepta el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de los tribunales administrativos que cuenten con las mismas garantías de inmunidad funcional que los jueces del Poder Judicial y en la medida en que una ley no se los prohíba.

¹²¹ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, 4ta. edición ampliada y actualizada, Tomo II. pág. 360.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10º edición, 200. 9, Tomo I, pag. VII-14/15, en especial nota 39. En un primer momento, este autor sostuvo que el Poder Ejecutivo podía apartarse de la Ley cuando su inconstitucionalidad estaba razonablemente demostrada. Gordillo, Agustín. *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., pag. 64 y ss., y *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, pag. 70.

¹²⁴ Balbín, C. F. (2015). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires. La Ley. Tomo I. pág. 116. Esta postura quedó plasmada en el dictamen de la PTN 300.158 del día 2 de febrero de 2017, momento en el que Dr. Balbín ocupaba el cargo de Procurador del Tesoro de la Nación.

herramientas para expulsar la ley del mundo jurídico (tales como, el veto en su oportunidad, el envío de un proyecto de ley derogatorio al Congreso de la Nación e incluso su impugnación ante el juez). Esta posición -como veremos más adelante- es la tomada por la Procuración del Tesoro cuando el citado autor era el titular de dicho organismo.

Por mi parte, en este punto solo quiero dejar sentada mi posición respecto a que, partiendo de la tesis postulada, resulta claro que comparto la postura a favor de la facultad de abstención considerando esta constituye además una obligación en el marco del actual Estado Constitucional y Convencional de Derecho, que además de fundamentarse en los principios de juridicidad y función administrativa se refuerza con el principio de la buena administración y los inherentes a los tratados de derechos humanos, y cuya comprobación será objeto del capítulo siguiente.

3. La doctrina de la Procuración del Tesoro

En relación a la doctrina de la Procuración del Tesoro respecto a la posición que debe asumir el Poder Ejecutivo ante a una ley que se presenta como inconstitucional, se podrá advertir que la misma fue cambiando con el transcurso del tiempo.

Así, en una primera etapa, adoptó la doctrina negativa de la facultad por parte del Poder Ejecutivo, al considerar que en sede administrativa no podían efectuarse planteos de inconstitucionalidad de leyes, ya que el examen de concordancia de las normas con los principios de constitucionalidad era materia exclusiva del Poder Judicial.

En tal sentido, sostuvo que el control de constitucionalidad de una norma sólo podía ser ejercido por el Poder Ejecutivo en el marco de procedimientos expresamente previstos al efecto por la Constitución Nacional, esto es, mediante el veto legislativo; la presentación de un proyecto de derogación de ley o plantear la inconstitucionalidad de la ley ante el Poder Judicial según los procesos previsto en la legislación procesal¹²⁵.

Posteriormente, de la mano del profesor Marienhoff como Procurador del Tesoro, dicha postura se modificó y comenzó a admitirse la facultad del Poder Ejecutivo para inaplicar una ley evidentemente inconstitucional¹²⁶.

Así, se expresó que “corresponde distinguir entre ‘declaración de inconstitucionalidad’ y ‘abstención de aplicar una norma inconstitucional’. Así como el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, por corresponderle esto al Poder Judicial, sí puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional. Es evidente que el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no ejecutar

¹²⁵ PTN, Dictámenes 67:189; 72:137; 64:100; 64:105; 70:118.

¹²⁶ PTN, Dictámenes 84:182; 186:140; 168:28; 159:83; 186:140; 176:116, entre otros.

una ley que juzgue inconstitucional, pues, si así no lo hiciera transgrediría el orden jerárquico establecido en el artículo 31 de la Constitución Nacional”¹²⁷.

En un meticuloso análisis de la jurisprudencia administrativa de la PTN, Rennella¹²⁸ muestra que la misma plantea tres situaciones ante normas inconstitucionales, que podría tener que enfrentar el Poder Ejecutivo y que, según la doctrina del alto organismo asesor, aquel tendría facultades para inaplicar la norma: 1) que la norma considerada inconstitucional porte un avasallamiento o desconocimiento de competencias específicamente asignadas al Presidente en la Carta Magna, supuesto que habilitaría la posibilidad para que el ejecutivo se abstenga de aplicarla¹²⁹; 2) que la Corte Suprema¹³⁰ o una jurisprudencia constante de los tribunales inferiores¹³¹ hubiere declarado la inconstitucionalidad de una ley o decreto, razón por la cual, aun no siendo este criterio compartido por el Poder Ejecutivo o la Procuración del Tesoro, sería aconsejable no insistir en su aplicación y 3) que se advierta la existencia de disposiciones legales “manifiesta e indudablemente” contrarias con la Carta Magna¹³².

Ahora bien, así como se refirió al cambio de criterio de la doctrina este organismo de la mano del profesor Marienhoff en el año 1987, corresponde mencionar que a

¹²⁷ PTN Dictamen 242:626, de fecha 30 de septiembre de 2002.

¹²⁸ Rennella, María Paula. *Facultades del Poder Ejecutivo ante una Ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro*. En Comadira, Julio R. (2005). *Elementos de derecho administrativo*. Buenos Aires. La Ley.

¹²⁹ PTN, Dictámenes 159:83; 168:28; 186:140; 242:626 y 251:339.

¹³⁰ PTN, Dictámenes 114:45; 159:83; 168:282, 236:25 y 251:339.

¹³¹ PTN, Dictámenes 101:87 y 186:140. En comentario al Dictamen 101:87, Comadira expone que a su modo de ver el temperamento instrumentado por la Procuración del Tesoro en el caso comentado no constituye, en rigor, un supuesto típico de aplicación de la tesis que reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de inaplicar una ley que juzgue inconstitucional. Ello, porque la inaplicación de la ley se apoya, no en la propia opinión de la autoridad administrativa que per se la considera inconstitucional, sino en un juicio de valor que, dada la significación cualitativa que se atribuye al órgano estatal de la cual él emana, es aprehendido como elemento dotado de idoneidad suficiente para como para reputar fundadamente cuestionada la inconstitucionalidad de la ley y, en consecuencia, en los casos aun no resueltos por la justicia. (conf. Comadira, Julio R., Escola Héctor J. y Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador), *Curso de Derecho Administrativo*. (2012). Buenos Aires. Abeledo Perrot. pág. 176).

¹³² PTN, Dictámenes 176:116; 207:37 y 239:285. Éste sería el criterio más amplio de los desarrollados por la Procuración del Tesoro. El segundo de los dictámenes resolvió un planteo de la inconstitucionalidad de dos artículos de la Ley de Navegación, se aconsejó exceptuar con carácter especialísimo el cumplimiento de los requisitos de las normas mencionadas. Asimismo, en un dictamen del año 1993 que estudió la constitucionalidad de la Ley 21.745 y su decreto reglamentario, en tanto sujetaba el ejercicio de cultos no católicos a una previa aprobación estatal, se reiteró la facultad del Poder Ejecutivo para abstenerse de aplicar una ley que considere inconstitucional y en los casos en que aparezca la violación constitucional de modo indudable y manifiesto, en virtud del principio de división de poderes. En el dictamen 239.285, por el contrario, se concluyó que no se advertía la presencia de una violación indudable y manifiesta de normas constitucionales y por lo tanto, no cabía proceder a la inaplicación de la norma. Para mayor estudio, ver: Rennella, María P., obra citada.

principios del año 2017 se produjo un nuevo cambio de criterio con el Dr. Balbín¹³³ como titular de la Procuración del Tesoro.

En ese sentido, el cambio de criterio se plasmó en el Dictamen 300:158¹³⁴ dictado en el marco del trámite de un recurso jerárquico en el cual se alegaba que el tributo cuestionado no había sido establecido con arreglo al principio constitucional de legalidad en materia tributaria, conforme lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en la causa Selcro S.A.

Siguiendo ese razonamiento, en el referido dictamen el alto organismo asesor comenzó aclarando que en el sistema constitucional argentino las sentencias que dictan los jueces carecen -en principio- de efectos *erga omnes* y que, tal como lo ha sostenido nuestro más Alto Tribunal, la declaración de invalidez constitucional no supone la derogación de una ley, sino tan sólo la imposibilidad de aplicarla al caso que ha sido materia de juzgamiento.

En punto a la distinción entre la declaración de inconstitucionalidad y la abstención de aplicar una ley, inaplicación, sostuvo que “En verdad el límite entre esos cursos de acción puede resultar difuso, en la medida que el Ejecutivo sólo podría dejar de aplicar una ley cuando ésta resultare opuesta a la Constitución Nacional y a las convenciones a ella incorporadas. En otras palabras, prescindir de la ley necesariamente presupone que ésta se ha reputado inconstitucional. Naturalmente, es crucial discernir a qué poder le compete abrir juicio sobre la validez constitucional de las decisiones del Congreso. Como ya se ha señalado, ello no es resorte del Ejecutivo, sino de los tribunales. Sin perjuicio de ello, si la Corte Suprema declarase la inconstitucionalidad de un bloque normativo, y luego la administración debiera resolver un caso estrictamente análogo, es plausible que ésta se valga de aquella declaración judicial para prescindir de las normas inválidas. En este contexto, la tacha de inconstitucionalidad de la ley no correspondería a una decisión del Poder Ejecutivo sino del Poder Judicial”.

Sostiene que si bien el Poder Ejecutivo puede resolver la inaplicabilidad valiéndose de un precedente resuelto por la Corte, ello requiere que no exista ninguna diferencia apreciable entre el marco fáctico y jurídico (identidad en sentido estricto) entre el caso judicial y el que se debe decidir en sede Administrativa. Así, concluye que como “los casos a resolver nunca son idénticos y, en consecuencia, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se aparte de las prescripciones de la ley a partir de un precedente judicial resulta prácticamente nula”.

¹³³ Al hacer referencia a la doctrina de los autores, se ubicó a Balbín en la tesis negatoria de la facultad de la Administración de inaplicar una norma por considerarla contraria al bloque de juridicidad (ver acápite I del presente capítulo).

¹³⁴ PTN, Dictamen 300.158, de fecha 2 de febrero de 2017.

Finalmente, se refiere a los supuestos en que, pese a no verificarse una identidad en sentido estricto, las razones que llevaron a la Corte a tachar de inconstitucional una ley en un caso particular resulten pertinentes para decidir otros conflictos, más allá de los matices (jurídicamente irrelevantes) de las circunstancias y afirma que en estas hipótesis “la Administración no puede aquí extrapolar la conclusión del tribunal porque ese proceder importaría invadir competencia de los magistrados. Ello es así, sin perjuicio de los mecanismos que la administración pueda instar a fin de obtener la modificación o derogación de la disposición legal que se reputare inconstitucional (por caso, la presentación de un proyecto de ley ante el Congreso)”.

Así las cosas, la postura actual de la Procuración del Tesoro es bastante restringida en punto a la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza la facultad de inaplicar un ley por entender que la misma atenta contra el bloque de juridicidad, ya que si bien recepta dicha posibilidad la supedita a la verificación de una estricta identidad entre el marco fáctico y jurídico entre el precedente judicial y el caso administrativo, que solo podría plantearse en cuestiones de puro derecho.

Si bien no se expide en relación al supuesto en que no existan precedentes por parte de la Corte pero que se advierta la existencia de disposiciones legales “manifiesta e indudablemente” contrarias a la Carta Magna, de la argumentación efectuada en el dictamen de referencia, se concluye que según la posición actual la Administración no podría dejar de aplicar la norma.

4. Postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ejercicio de función judicial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expedirse sobre la facultad del poder administrador para apartarse de la letra de la norma contraria a la Constitución, ya en el año 1967, al resolver la causa caratulada “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ Provincia de Salta s/ contencioso administrativo¹³⁵”.

En dicha oportunidad, la Corte dejó sentado su criterio en contra de dicha facultad, en el considerando sexto del fallo al manifestar que “cualesquiera sean las facultades que corresponde reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe -sin embargo- admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad de estas. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría

¹³⁵ CSJN. Fallos: 269:243. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta. Sentencia del 8 de noviembre de 1967. En esta causa se planteó la nulidad de un decreto por el cual el Poder Ejecutivo de la provincia de Salta dejó sin efecto una Resolución de la Dirección de Rentas que había tenido por acogida al régimen de exención de impuestos de la Ley 3643 a la sociedad anónima "Ingenio Refinería San Martín del Tabacal". Por el mismo acto el Poder Ejecutivo dispuso que se iniciaran los trámites pertinentes para el cobro de la deuda fiscal.

desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo, y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir concentrarse en una sola sede.”

El alto tribunal consideró que, el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta había asumido indebidamente funciones judiciales que implicaban la violación al principio fundamental de la separación de poderes al haber declarado por sí y ante sí la inconstitucionalidad de las leyes provinciales en que se había fundado la resolución revocada.

A su vez, en la causas “Provincia de Mendoza c/ Gobierno Nacional s/ Inconstitucionalidad”¹³⁶, “Bruno”¹³⁷ y “Sindicato Argentino de Trabajadores de la Industria de la Alimentación”¹³⁸, la Corte reiteró su posición relativa a que el Poder Ejecutivo no se encuentra facultado a expedirse acerca de la inconstitucionalidad de leyes y decretos.

De una rápida lectura de los fallos citados, se podrá notar que los mismos refieren a la potestad de la Administración de declarar la inconstitucionalidad de normas pero nada dicen respecto a supuestos de inaplicación. Sin embargo, la Corte en “Simón”¹³⁹ (ya citado) se expidió sobre la potestad del Poder Legislativo para controlar la constitucionalidad de una Ley en base a una serie de argumentos que, entiendo, pueden ser extrapolados para fundamentar la conclusión de que el órgano administrador contaría con facultades similares.

En dicha causa, se planteó la inconstitucionalidad de la Ley 25.779 por medio de la cual el Poder Legislativo declaró nulas las leyes 23.492 y 23.521 (denominadas leyes del perdón) en tanto aquella había sido tachada de inconstitucional por la supuesta violación al principio de división de poderes.

Por el voto unánime de la Corte se declaró la constitucionalidad de la Ley 25.779. Para así resolver el Alto Tribunal tuvo en consideración que la norma cuestionada disponía la nulidad de las leyes del perdón de la misma manera en que lo hubiese resuelto la Corte, por lo que declarar su inconstitucionalidad constituiría un formalismo inútil. Asimismo, tuvo en consideración que la finalidad perseguida por el Poder Legislativo al sancionar dicha norma fue el de cumplir con obligaciones internacionales asumidas mediante los Tratados de Derechos Humanos.

¹³⁶ CSJN. Fallos: 298:511. Provincia de Mendoza c/ Nación. Sentencia del 23 de agosto de 1977. En los considerandos del fallo, la Corte menciona también que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional por lo que debe ser considerada como la *ultima ratio* del sistema.

¹³⁷ CSJN. Fallos: 311:460. Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo. Sentencia del 12 de abril de 1988.

¹³⁸ CSJN. Fallos 319:1420. Sindicato Argentino de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo. Sentencia del 13 de agosto de 1986.

¹³⁹ CSJN. Fallos: 328:2056. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete). Sentencia del 14 de junio de 2005.

De los considerandos del fallo, surge que el Alto Tribunal está empezando a ser más receptivo a la facultad de control de constitucionalidad por parte de otro Poder Estado -en este caso del Legislativo- en aquellos supuestos en los que la norma en cuestión presente una manifiesta e indudable violación a principios emanados de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Resulta ilustrativo lo expuesto por el considerando treinta y cuatro de la sentencia en comentario, a saber: “sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al declarar la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica...”.

“...Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta ‘usurpación de funciones’ tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto.

Por otro lado, de acuerdo con lo que ya se ha dicho, queda claro que el contenido mismo de lo declarado por la ley 25.779 coincide con lo que los jueces deben declarar con relación a las leyes referidas. Diferente sería la cuestión, si la nulidad declarada por la ley fuera contraria a derecho. Pero, en la medida en que las leyes deben ser efectivamente anuladas, declarar la inconstitucionalidad de dicha norma para luego resolver en el caso tal como ella lo establece constituiría un formalismo vacío.”

Resulta claro que los fundamentos del fallo en comentario resultan ser aplicables también para supuestos de control por parte del Poder Ejecutivo en los que se inaplique una norma para evitar transgredir las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en supuestos en los que aquella resulte claramente contraria a los instrumentos de derechos humanos¹⁴⁰.

Cabe aclarar que los antecedentes descriptos tratan sobre la declaración de inconstitucionalidad y no sobre la facultad de inaplicar normas que se presenten contrarias

¹⁴⁰ Resulta interesante destacar el considerando treinta y dos del fallo en comentario en tanto expresa: “...El debate parlamentario de dicha ley -25.779- coincidió con el reconocimiento de jerarquía constitucional a la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de reconocimiento de jerarquía constitucional a la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad" y revela, sin lugar a dudas, la intención legislativa de suprimir todos los efectos de las leyes anuladas. (...) Asimismo, la discusión legislativa permite inferir el sentido principal que se pretendió dar a la declaración de nulidad de las leyes fue, justamente, el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando. Se trató, fundamentalmente, de facilitar el cumplimiento del deber estatal de reparar, haciéndolo de la forma más amplia posible, de conformidad con los compromisos asumidos con rango constitucional ante la comunidad internacional”.

al bloque de constitucionalidad. Ya se hizo mención a la diferencia entre ambos conceptos, en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad resulta competencia específica del órgano judicial, mientras que la posibilidad de abstención de aplicar una norma que vulnere derechos y garantías constitucionales no implica formular un juicio de valor que determine la invalidez de la norma que haga cosa juzgada.

4.1 Supuesto de normas portadoras de una presunción de inconstitucionalidad

Por último, se debe mencionar la teoría elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de los precedentes “Hoft”¹⁴¹; Gottchau”¹⁴² y Mantecón Valdez”¹⁴³, entre otros, sobre el supuesto de normas portadoras de una “presunción de inconstitucionalidad” por contener distinciones basadas en “categorías sospechosas”, tales como la nacionalidad; raza; religión; sexo; edad, entre otras.

En estos casos, se sospecha la violación a la garantía de igualdad por lo cual se invierte la carga de la prueba, debiendo la autoridad pública demostrar que la norma que hace la diferenciación persigue fines sustanciales que hacen al ejercicio de los fines del Estado; que los medios elegidos promueven esos fines; y que no existen medios alternativos menos gravosos para el interesado para alcanzar los fines.

Corresponde mencionar que, Sammartino¹⁴⁴ -en opinión que comparto- considera que el Poder Ejecutivo, en su condición de titular de la administración, está dotado de una competencia inherente en que lo habilita a abstenerse de aplicar por sí y ante sí una norma legal que, en tanto sospechosa de discriminación, carece de presunción de constitucionalidad y, por ende, no vincula a la obediencia.

¹⁴¹ CSJN. Fallos: 327:5118. Hoft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Sentencia del 16 de noviembre de 2004. Aquí la Corte resolvió que “si la situación del demandante encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben (art. 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba”.

¹⁴² CSJN. Fallos: 329:2986. Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Sentencia del 08 de agosto de 2006.

¹⁴³ CSJN. Fallos: 331:1715. Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (curso biblioteca), Sentencia del 12 de agosto de 2008.

¹⁴⁴ Sammartino, Patricio M. E.. *El principio de competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites*. En *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*. (2012). Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. RAP, Buenos Aires. Más adelante se volverá sobre la posición de este autor.

6. Inaplicación de normas en el ámbito del Poder Judicial en ejercicio de facultades de superintendencia.

Ahora bien, la diferencia entre la “declaración de inconstitucionalidad” y la “inaplicación” es tenida en cuenta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentido positivo cuando, en ejercicio de función administrativa, decide abstenerse de aplicar ciertas normas por considerarlas manifiestamente contrarias al bloque de juridicidad.

Seguidamente veremos que la Corte en ejercicio de funciones de superintendencia, ha hecho uso de la facultad de inaplicar normas en forma reiteradamente por vía de acordadas. A tal fin, se fundó en sus poderes implícitos para mantener la independencia e integridad de sus funciones¹⁴⁵.

En efecto, la acordada que inicia esta práctica de la Suprema Corte es la número 4 del 9 de febrero de 1984, en cuya virtud la Corte declara “inaplicable” el art. 24 de la ley 22.192, que facultaba a la Corte a designar los integrantes del Tribunal de Ética Forense y ello excede notoriamente el marco de atribuciones jurisdiccionales que la Constitución otorga a ese Superior Tribunal y a las cuales debe ceñirse estrictamente en su accionar.

Posteriormente, mediante acordada 42 del 8 de octubre de 1991, se declaró la nulidad del Decreto 2071/91 que disponía una reducción en los salarios judiciales fijados de conformidad con la habilitación que al efecto establecía la citada Ley de Autarquía. Cabe mencionar que el juez Fayt en su voto disidente declara la “inconstitucionalidad” del decreto.

Asimismo, mediante la acordada 45/95 se declaró la inaplicabilidad de la Ley 2.480 en tanto creaba el Centro Nacional de Informática sobre Detenidos y Extravíos de Personas, poniéndolo bajo la jurisdicción de la Corte Suprema. El fundamento de la Corte fue que la función que le acordaba la ley excedía notoriamente el marco de las atribuciones jurisdiccionales que la Constitución le otorga.

Por su parte, la acordada 20 del 11 de abril de 1996 por la que se resolvió “declarar la inaplicabilidad del artículo 1º, de la Ley 24.631¹⁴⁶ en cuanto deroga las exenciones

¹⁴⁵ Bianchi, Alberto B. *¿Puede la Corte Suprema ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?*. La Ley 2001-B, 112. Cita online: AR/DOC/19085/2001

¹⁴⁶ La Ley 24.631 en su artículo primero artículo 1º, inc. a) derogó -a partir del 1º de enero de 1996- las disposiciones del art. 20 de la ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado por Decreto N° 450/86, que declaraba exentos de dicho tributo, en lo que interesa a los fines de la presente, a los sueldos de todos los jueces del Poder Judicial de la Nación y de los funcionarios judiciales que tuvieran asignadas retribuciones iguales o superiores a los jueces de primera instancia (inciso p segundo párrafo), así como a los haberes jubilatorios y las pensiones (inciso r) que correspondan por las funciones cuyas remuneraciones estaban exentas. Con lo cual, las remuneraciones y haberes jubilatorios y pensiones quedaban comprendidas en el hecho imponible del impuesto a las ganancias.

contempladas en el art. 20, incisos p) y r), de la ley 20.628, texto ordenado por Decreto 450/86, para los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación (...).”

Resulta vital destacar que en esta acordada, la Corte se encargó de remarcar que para resolver como lo hacía no era necesaria la presencia de un caso ni los requisitos que se requieren para la declaración de inconstitucionalidad ya que no se encontraba en ejercicio de funciones jurisdiccionales¹⁴⁷. En otras palabras, se detuvo a marcar la diferencia entre la “inaplicación” y la “declaración de inconstitucionalidad”.

Finalmente, se puede citar la acordada 25/13 del 21 de agosto de 2013, por la cual declaró la inaplicabilidad del artículo 60 de la ley 26.857, en cuanto instituyó la Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia Derechos Humanos como Autoridad de Aplicación, en consecuencia, y estableció como autoridad responsable de la aplicación del régimen de recepción, custodia, registro archivo de las declaraciones juradas de los magistrados funcionarios de este Tribunal a la Secretaría General de Administración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Una vez más, el Supremo Tribunal de Justicia resolvió mediante acordada la inaplicación de una ley con fundamento en la necesidad de garantizar la independencia del Poder Judicial. Sin embargo, esta vez avanza un paso más y establece que el órgano competente para controlar las declaraciones juradas de los funcionarios judiciales será la Secretaría General de Administración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁴⁸.

6.1 Inaplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán.

La inaplicación como herramienta para ejercer el control de constitucionalidad y/o convencionalidad, también fue utilizada por la Suprema Corte de la Provincia de Tucumán en ejercicio de función administrativa. En efecto, en su carácter de titular de la Superintendencia de la Administración de Justicia¹⁴⁹, el día 4 de abril de 2016, emitió la acordada 307/16 por la cual resolvió inaplicar las disposiciones del Decreto 646/1¹⁵⁰ -

¹⁴⁷ Textualmente expresó “(...) en consecuencia y como ha sido un modo inalterado de actuar del tribunal en supuestos como el que convoca este acuerdo (Fallos 306:8; 308:1519; 310:6; 314:948; acordada 6/96), no es necesaria la presencia de un caso en los términos requeridos por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional ni, por ende, son trasladables las exigencias requeridas para dichos asuntos en torno a la declaración de inconstitucionalidad. Lo que aquí se trata, no atañe a las funciones jurisdiccionales del tribunal, sino del ejercicio del ineludible deber que por mandato constitucional le compete como órgano supremo y cabeza de uno de los Departamentos del Estado, para que mediante el ejercicio de los aludidos poderes connaturales e irrenunciables salvaguarde la independencia del Poder Judicial (Fallos: 300:1282 - LA LEY, 1979-A, 430)”.

¹⁴⁸ Entiendo que esto último implica una asunción de facultades propias del Poder Legislativo, pero debatir sobre este punto excede el ámbito de esta investigación.

¹⁴⁹ Conforme artículo 13 de la Ley 6238 -texto consolidado-.

¹⁵⁰ Decreto 646/1, artículo 19: “Para el goce de la asignación por cónyuge, no se requerirá antigüedad en el empleo, y se abonará para al agente varón, por esposa legítima a su cargo residente en el país aunque ésta trabaje en relación de dependencia o al agente mujer, por esposo legítimo a su cargo residente en el

reglamentario de la Ley de Empleo Público de aplicación subsidiaria para el personal judicial- en tanto consideró que sus disposiciones relativas a la asignación por cónyuge, resultaban contrarias al principio de supremacía constitucional por contener una clara discriminación en razón del sexo.

Asimismo, ordenó a la Secretaría Administrativa de la Corte a instrumentar el procedimiento necesario para abonar la asignación por cónyuge a todos los agentes, tanto varón como mujer, que acrediten su matrimonio con el acta respectiva y cuyo cónyuge resida en el país, aunque trabaje en relación de dependencia¹⁵¹ y dispuso exhortar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Tucumán a la modificación de la normativa que resolvía inaplicar (estos es, del Decreto Reglamentario 646/1, art. 17, inc. “c”, y 19).

Efectivamente, el referido decreto contiene una clara discriminación basada en el sexo del agente, por lo cual entra en evidente contradicción con los arts. 14 bis, 16, 31, 43, 75, inc. 22 y 23 de nuestra Constitución Nacional, con los distintos Tratados internacionales incorporados, contra las Leyes Nacionales n° 23.451¹⁵², n° 24.632¹⁵³, n° 23.592¹⁵⁴ y contra el plexo normativo local¹⁵⁵.

6.2 Otros casos.

En la Provincia de Tucumán, la Ley N° 3470 -Estatuto del Docente- en su artículo 13 establece los requisitos exigidos para el ingreso a la docencia y, entre ellos, se encuentra el de no poseer más de treinta y cinco años de edad¹⁵⁶. Resulta claro que, según

país, septuagenario o con incapacidad laboral total y permanente, total y temporaria por más de tres (3) meses a determinarse en cada caso por Inspección Médica”

¹⁵¹ Entiendo que ello implicaría –al menos en el ámbito del Poder Judicial- a un control de constitucionalidad y/o convencionalidad con efecto expansivo, que no comparto.

¹⁵² Mediante la Ley 23.451 se aprueba el "Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de tratado entre trabajadoras y trabajadores: Trabajadores con responsabilidad familiares" Convenio 156, adoptado por la sexagésima séptima reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo del 23 de junio de 1981, cuyo texto forma parte integrante de dicha ley.

¹⁵³ Por medio de la Ley 24.632 se aprueba la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -"Convención de Belem Do Para"-, suscripta en Belem do Pará - República Federativa del Brasil-, el 9 de junio de 1994, que consta de veinticinco (25) artículos, cuyo texto forma parte de la citada ley.

¹⁵⁴ La Ley 23.592 dispone la adopción de medidas para quienes arbitrariamente impidan el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional.

¹⁵⁵ A la fecha de este trabajo (finales del año 2017) y, a pesar de la exhortación por parte del Poder Judicial y de algunos antecedentes en igual sentido por parte de la Dirección General de Recursos Humanos de la Provincia, el Poder Ejecutivo no modificó la citada disposición.

¹⁵⁶ Ley 3470, artículo 13: “Para ingresar a la docencia son condiciones generales y concurrentes: 1. Ser argentino nativo o naturalizado. En este último caso tener cinco (5) años como mínimo de residencia continuada en el país y dominar el idioma castellano; 2. Poseer la capacidad física, conducta y moralidad inherente a la función educativa; 3. Tener como máximo treinta y cinco (35) años de edad computados a la fecha en que se solicite la inscripción. Sin perjuicio de ello, podrán ingresar como titulares, interinos o suplentes, aquellas personas que no obstante haber superado dicha edad, acrediten como mínimo cinco (5) años de servicios docentes continuos o discontinuos, en cualquier carácter y jurisdicción siempre que la diferencia entre los años de edad y de servicios computables del aspirante no exceda de cuarenta (40) años.

la teoría sentada por la CS en los casos Hofit¹⁵⁷; Gottchau¹⁵⁸ y Mantecón Valdez¹⁵⁹, esta disposición es portadora de una presunción de inconstitucionalidad.

Dicha disposición fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de la Provincia en el marco de un recurso de casación interpuesto por el Gobierno Provincial en contra de la sentencia de la Cámara Contencioso Administrativa que hacía lugar al amparo y declaraba la inconstitucionalidad del requisito de edad aludido.

El alto tribunal, consideró que el límite de edad vulneraba el principio de igualdad y constituía una irrazonable reglamentación de dicho instituto jurídico que, conculcaba el artículo 16 de la CN¹⁵⁷.

Ahora bien, estando vigente la disposición en análisis y en el marco de la tesis que se postula, a tenor de la tesitura de quienes niegan la facultad de la Administración de inaplicar normas que vulneren la supremacía del bloque de juridicidad, cabría preguntar si en este caso el órgano administrador no podría designar a un postulante a un cargo docente cuya edad supere el máximo establecida por la citada norma; ¿correspondería, negarle la posibilidad de tomar el cargo? ¿Sería justo exigirle que inicie una acción tendiente a declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición con todo lo que ello implica? Y mientras tanto, ¿se debería designar a otro docente que cubra las horas vacantes hasta que aquel obtenga una medida cautelar o una sentencia definitiva? ¿Estaría el Estado cumpliendo con sus obligaciones internacionales si así lo resolviese? ¿Sería ello el ejemplo de la conducta a seguir por una Administración que reconozca de manera eficaz los derechos constitucionales de los ciudadanos? ¿se debe negar a la administración la facultad de proteger en su propia sede los derechos del derecho del particular y, por ende, exigir al administrado a que acuda ante el órgano jurisdiccional? ¿el acto administrativo que resolviera rechazar el pedido del particular, sería dictado conforme al régimen jurídico que lo condiciona?, ¿el órgano administrativo estaría en este caso cumpliendo con su función más elemental de garantizar la vigencia irrestricta de la juridicidad?. La respuesta negativa se impone a todos los interrogantes¹⁵⁸.

Otro supuesto previsto en la normativa local, es el que se plantea con los docentes que resultan electos legisladores o concejales. El artículo 9 del Decreto N° 785/14 (MGEyJ) -reglamentario del régimen de incompatibilidades docentes- dispone que “Es incompatible con el ejercicio de la docencia el desempeño de cargos de representación política, electivos o no en el orden nacional, provincial o municipal”. Por lo tanto, el

4. Poseer el o los títulos que correspondan; 5. Solicitar el ingreso y someterse a los concursos que establece este estatuto”.

¹⁵⁷ Corte Suprema de la Provincia de Tucumán – Sala Laboral y Contencioso Administrativo- Sentencia 191. Ortiz Daniel Alberto y Otros vs. Provincia de Tucumán S/ Amparo. Sentencia del 05 de abril de 2010.

¹⁵⁸ Resulta pertinente mencionar que a los fines prácticos, se otorgó a la sentencia de la Corte efectos derogatorios de la norma, ya el acto de designación no hace mención al requisito de edad ni fundamenta los motivos de su inaplicación; menos aún, se remitió algún proyecto de reforma de la Ley a la Legislatura.

agente electo debe tomar licencia por cargo de mayor jerarquía (previsto solo para quienes revistan el carácter de titular en el cargo¹⁵⁹) o bien, renunciar.

Ahora bien, el artículo 64 de la Constitución Provincial establece “Los agentes de la Administración Pública provincial o municipal que resulten elegidos legisladores, quedan automáticamente con licencia sin goce de sueldo desde su asunción, por el término que dure su mandato. Los agentes de la Administración Pública nacional no podrán asumir la banca sin obtener licencia sin goce de sueldo o renunciar al empleo. Las incompatibilidades establecidas por este artículo no se extienden al ejercicio de la docencia”.

Surge a las claras que la norma del citado decreto establece una restricción para el ejercicio de la docencia en abierta contradicción a lo dispuesto en una cláusula constitucional. En este caso, la norma que se presenta manifiestamente contraria a la supremacía constitucional es una disposición reglamentaria, con lo cual, en virtud del principio de la inderogabilidad singular del reglamento¹⁶⁰, su inaplicación a través de un acto administrativo particular se encontraría prohibido, debiéndose procurar la derogación de la disposición inconstitucional y/o inconvencional.

Sin embargo, comparto el criterio de Sammartino¹⁶¹ en cuanto a que en el Estado Constitucional, un principio formal, como es la inderogabilidad singular del reglamento, no puede anteponerse a la fuerza normativa de la Constitución, a la juridicidad por los valores consagrados en los derechos fundamentales que integran el bloque constitucional argentino. Como se ve, frente a un óbice jurídico formal, el principio *pro homine* proyecta la competencia inherente de la Administración para proteger de modo concreto e inmediato un derecho fundamental¹⁶².

¹⁵⁹ Conforme artículo 30 del Decreto 505/5 (MEd).

¹⁶⁰ En virtud de este principio, el acto particular no puede transgredir lo establecido por un acto de alcance general normativo; con prescindencia de la posición jerárquica del órgano emisor (es decir, si quien dicta el acto particular es el mismo órgano o si es jerárquicamente inferior).

¹⁶¹ Sammartino, Patricio M.E., Ob. cit. En la obra, Sammartino analiza la posición de la Administración ante una disposición portadora de una presunción de inconstitucionalidad. Sin embargo, considero que su teoría es válida para todos los supuestos en los que se encuentren involucrados derechos y garantías fundamentales.

¹⁶² Entiendo que para quienes no se enfrentan a diario con casos concretos, no tengan en cuenta la verdadera noción del tiempo que insume el reconocimiento de un derecho en sede judicial. Para ilustrar, se puede mencionar el caso caratulado “Comolli, Rubén Edgardo vs. Provincia de Tucumán S/ Amparo” que tramita ante la Cámara Contencioso Administrativo de la Provincia, iniciado en el mes de julio de 2017 por un docente que, habiendo sumido como concejal, planteó la inconstitucionalidad del citado artículo 9 del Decreto N° 785/14 (MGEyJ). Al mes de diciembre de dicho año, la justicia no dictó sentencia en relación a la medida cautelar solicitada por el actor y, ergo, tampoco dictó sentencia de fondo.

4. Conclusión parcial

De lo expuesto en este capítulo, se puede concluir la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicación constituyen figuras distintas, y que ello fue reconocido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación -como la Corte Suprema de Justicia de Tucumán-, al resolver inaplicar normas contrarias al bloque de juridicidad en ocasión de ejercer de facultades de titulares de la superintendencia de administración de justicia¹⁶³. Así, se reconoce que todos los órganos del Estado deben tomar las medidas que sean necesarias (en el marco de sus competencias) para garantizar la vigencia de la supremacía constitucional.

Por su parte, se concluye que en forma casi unánime los autores que participan de la teoría a favor de la facultad de la Administración para inaplicar normas que en un caso concreto se presenten como contrarias al bloque de juridicidad, consideran la contradicción o vulneración al mismo se debe presentar como manifiesta e incuestionable, es decir que no admita opinión en contrario o, como dijo la CSJN en “Simón” que simplemente se adelante lo que a la postre se resolvería en sede judicial.

Estimo, que la acordada de la Corte de la Provincia de Tucumán, es ilustrativa de la teoría a favor de la inaplicación de normas en sede administrativa, en tanto que lo resuelto no atañe a la garantía de la función judicial -utilizada como fundamento para la inaplicación resuelta por la mayoría de las acordadas de la Corte Nacional- sino a una serie derechos vinculados con el principio de igualdad y no discriminación en razón del sexo u orientación.

Destaco la exhortación al Poder Ejecutivo que formula la Corte Provincial en su acordada 307/16 a efectos de la derogación de la disposición inaplicada, toda vez, que el control de constitucionalidad en sede administrativa no puede concluir con la sola abstenerse de aplicar la norma que vulnera el bloque de juridicidad sino que se debe instar el procedimiento correspondiente para su modificación o derogación (independientemente de que se trate de una ley en sentido estricto o de un reglamento). Caso contrario, no se estaría cumpliendo adecuadamente con las funciones que se le asignaron constitucionalmente.

¹⁶³ Recuérdese que la mayoría de los autores que rechazan la facultad de inaplicar normas que vulneren la supremacía constitucional, estiman que no existe diferencia entre la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicación.

CAPÍTULO III

Fundamentos que refuerzan la facultad de inaplicar

1. Introducción.

En la introducción de este trabajo se dijo que se partía de una rica elaboración doctrinaria -desarrollada principalmente por Julio Rodolfo Comadira- y de los dictámenes de la PTN, vinculada a la actitud que debe asumir la Administración frente a una disposición que vulnere el principio de supremacía constitucional.

En ese contexto, lo que se pretende demostrar es que los principios tradicionales pueden ser reinterpretados desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho y de los principios que lo informan, en particular, del paradigma de la “buena administración”. Todo lo cual, permitirá reforzar la postura a favor de la inaplicación de normas consideradas inconstitucionales y/o inconventionales en sede administrativa.

2. Los principios generales del derecho.

En el capítulo primero se mencionó que se prefería usar la denominación “principio de juridicidad” y no de “legalidad” para referir la sujeción del obrar de la Administración a los principios generales del derecho, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales con jerarquía internacional y a los principios que surgen de ellos, a la ley formal, a los reglamentos y a los precedentes administrativos, en la medida en que su seguimiento está comprometida la igualdad.

Los principios del derecho -que integran el principio de juridicidad- forman parte de nuestro orden jurídico y, por lo tanto, constituyen también el fundamento y límite de la actuación administrativa.

Como enseña Jaime Rodríguez Arana¹⁶⁴, los principios generales del derecho constituyen la proyección en el ordenamiento de la idea de justicia, y constituyen criterios inspiradores del sistema normativo, que ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el Poder Público en todo momento se mueva y actúe dentro del marco del Derecho. Pueden ser entendidos también como mandatos de optimización, es decir, obligan a hacer todo lo posible para alcanzar el objetivo.

Estos principios existen por sí mismos, son transversales a todas las ramas del derecho y no requieren estar positivados para ser exigibles. Esto, independientemente de

¹⁶⁴ Son esenciales y permeables a todo sistema jurídico y, en consecuencia, su aplicación es directa. Ampliar en: Rodríguez Arana, J. (2013). *El principio general del derecho de confianza legítima*. *Ciencia Jurídica*, 2(2), 59-70.

que la mayoría de las Constituciones modernas han recogido muchos de ellos en sus disposiciones.

En carácter de fuentes del derecho cumplen una función esencial: establecen reglas que necesariamente deben ser consideradas al momento de la elaboración y dictado de las normas jurídicas -leyes y reglamentos-; permiten suplir las lagunas e insuficiencias de las normas que integran el ordenamiento jurídico; brindan criterios para determinar las normas aplicables en cada situación; permiten la adecuada interpretación de cada una de las normas, integrándolas al resto del ordenamiento jurídico, y superar las contradicciones que muchas veces ocurren entre las normas aplicables y los conflictos entre jurisdicciones y competencia de diversos órdenes; posibilitan medir la razonabilidad y justicia de los resultados; indican límites al alcance de las normas frente a situaciones particulares¹⁶⁵.

Muchos de los principios generales de derecho, trasladados al ámbito del derecho administrativo generan a su vez otros principios centrales de esta rama del derecho. Así, por ejemplo el principio de confianza legítima encuentra raíz en el principio de buena fe; el deber de gobernanza -que exige eficacia y eficiencia en el obrar estatal- deriva del principio general de razonabilidad del artículo 28 de la CN¹⁶⁶, al igual el principio de motivación suficiente y del debido proceso sustantivo. Muchas veces, también, representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que puedan incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

En esa línea, se ha sostenido que el Derecho Administrativo del Estado de Derecho debe mucho a los principios generales¹⁶⁷. En efecto, se podría afirmar sin temor a equivocarnos, que aquel nace de la mano de un conjunto de principios que hacen de él un derecho diseñado para que el poder público se ejerza de acuerdo con el Estado de Derecho y con miras a cumplir con su función constitucional de servicio objetivo a los intereses generales.

Por su parte, muchos de los paradigmas del Estado Constitucional de Derecho, constituyen nuevas formulaciones de los principios generales del derecho que han sido recogidos en los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 inc. 22) o en disposiciones de las denominadas “soft law”¹⁶⁸, que si bien no tienen fuerza de tratado, constituyen pautas de interpretación. Ello conduce a la necesidad de aplicar en nuestro

¹⁶⁵ Pozo Gowland, Héctor M. “*Los principios generales del proceso administrativo*”. La Ley 31/08/2011, 31/08/2011, 1 – La Ley 2011-E, 785. Cita Online: AR/DOC/2491/2011.

¹⁶⁶ Gelli, María Angélica. Lectura constitucional de la Ley de Responsabilidad del Estado. Sup. Const. 2014 (agosto), 25/08/2014, 33 – La Ley 2014-E, 659. Cita Online: AR/DOC/2725/2014.

¹⁶⁷ Rodríguez Arana, Jaime. Ob. cit.

¹⁶⁸ Se denominan “soft law” (derecho amplio, flexible, no necesariamente vinculante) por contraposición a “hard law”, que es concebido como una ley promulgada por autoridad competente con efecto vinculante y sanción adecuada. Ejemplos de “soft law” serían la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano y el Código Iberoamericano de Buen Gobierno.

derecho administrativo no sólo las normas y principios de estos tratados sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

Cabe agregar que la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ha determinado la expansión cualitativa y cuantitativa del elenco de derechos implícitos y la consolidación de los principios *pro homine*; *pro actione*; el de la buena fe en el cumplimiento de los tratados *-pacta sunt servanda-*; los atinentes al objeto y fin de los mismos; así como lo relativo a imposibilidad de alegar normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; entre otros.

Como se dijo anteriormente, algunos de estos principios generales del derecho permiten reforzar la teoría a favor de la inaplicación por parte de la Administración de normas contrarias al bloque de juridicidad, en particular, los que se analizarán a continuación.

3. La dignidad de la persona humana y el principio *pro homine*.

En todo Estado Constitucional y Social de Derecho, el ser humano ocupa el eje central del ordenamiento y la mejora de su calidad de vida es el timón que direcciona la actuación de los poderes públicos.

En la dignidad de la persona se fundamentan los demás principios generales del derecho, ya sean comunes a todo el derecho como el principio de buena fe, los de “pro homine” y “pro libertate” junto con los propios y típicos del derecho público, como el principio de confianza legítima y la tutela administrativa efectiva, que constituye nuevos paradigmas del derecho administrativo¹⁶⁹.

El principio *pro homine* -derivado directo de la centralidad de la dignidad del ser humano- puede ser visto desde dos ópticas diferentes. Así, puede verse como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho, en virtud del cual toda aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia la solución que proteja en mayor medida a la persona. Desde otra óptica, dicho principio se debe entender del modo de armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado a los sujetos comprendidos.

¹⁶⁹ Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del Derecho Público:(constitucional y administrativo)*. La Ley. Pag. 48.

La CSJN¹⁷⁰, ha reconocido la consagración de este principio en el artículo 29 de la CADH¹⁷¹ y en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos¹⁷².

En relación a este principio, la Corte IDH ha dicho que “En el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana (...) ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), al que infra se hace referencia, y la regla pro homine, inherente al Derecho internacional de los derechos humanos -frecuentemente invocado en la jurisprudencia de la Corte-, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos¹⁷³.”

Así, todo operador jurídico -tanto a la hora de crear normas como de aplicar e interpretarlas- debe tener como guía a este principio central que constituye la esencia que nutre todo nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, cuando se trate del reconocimiento y ejercicio de derechos fundamentales por parte de todas las autoridades públicas¹⁷⁴, el standard interpretativo deberá ser el que más eficazmente permita garantizar el reconocimiento y ejercicio de tales derechos.

¹⁷⁰ En ese sentido, manifestó que “a nivel internacional también se ha consagrado el principio "pro homine". De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85).” Ver: CSJN. Fallos: 332:1963. Arriola Sebastián y otros. Sentencia del 25 de agosto de 2009.

¹⁷¹ El artículo 29 de la CADH consagra varias prohibiciones dirigidas a los Estados: a) Suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de esos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y d) Excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹⁷² El artículo 5° del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos establece que “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”

¹⁷³ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez). Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹⁷⁴ Recuérdese lo resuelto por la Corte IDH en el ya citado caso “Gelman vs. Uruguay” respecto a que por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos deben ejercer en un control de convencionalidad tanto en la emisión como en la aplicación de normas internas.

3. El derecho a la buena administración.

Ya se ha mencionado que el eje central del Estado Constitucional de Derecho es el ser humano y, una lógica consecuencia de ello, es la necesidad de un sistema jurídico más centrado en la dignidad humana y en la efectividad de sus derechos fundamentales.

En efecto, el ciudadano ha dejado de ser un sujeto inerte para convertirse en el protagonista y la Administración es la garante (no ya la dominadora) de la efectividad de los derechos fundamentales y de la mejora de su calidad de vida.

El derecho a la buena administración constituye un derecho subjetivo de naturaleza fundamental y, por lo tanto, su cumplimiento constituye un deber de la Administración. Es que si se tiene en cuenta que las instituciones públicas existen a efectos de satisfacer el interés general y el de cada uno de los ciudadanos que las preceden, resulta lógico pensar que el derecho a la buena administración constituya un derecho exigible aún sin regulación expresa¹⁷⁵.

Este nuevo paradigma del derecho administrativo, se presenta como un modelo a seguir por todas las instituciones públicas, combinando una serie de principios y herramientas vinculadas por ejemplo, a la ética, al acceso a la información, participación, control social, eficacia, eficiencia, transparencia, comunicación con la sociedad, que en mayor o menor medida se ponen en práctica¹⁷⁶.

El derecho a la buena administración cuenta con regulación normativa desde el año 2000 en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 41).

Por su parte, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (en adelante, CLAD), aprobó en el año 2013, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano. En ella se consagra a la buena administración como un derecho fundamental del ser humano y una obligación inherente a todos los poderes públicos, en cuya virtud en el quehacer público deben armonizar criterios de objetividad, imparcialidad, justicia, equidad, y plazo razonable orientados a garantizar que la administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano.

Asimismo, en el Preámbulo establece que la buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad: 1) Es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo; 2) es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático

¹⁷⁵ Se recomienda profundizar en: Rodríguez-Arana, J. (2010). El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 10 (40), 117-149.

¹⁷⁶ Ivanega, Miriam M. *Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales*. Sup. Const. 2013 (abril), 09/04/2013, 3 - La Ley2 013-B, 989. Cita Online: AR/DOC/1176/2013. Ver también: Ivanega, Miriam M. *Control Público*. 2016. Editorial Astrea. Buenos Aires. pag. 33.

de Derecho y 3) se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental, del que se derivan, una serie de derechos concretos que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.

El capítulo segundo de la Carta, desarrolla los principios que privilegian la relación con el ciudadano al imponer reglas vinculadas al funcionamiento interno y a los procedimientos administrativos (celeridad, debido proceso, objetividad), la actuación de los servidores públicos (responsabilidad, imparcialidad, independencia, buena fe), el trato que debe recibir el ciudadano (amabilidad, igualdad), la transparencia (previsibilidad, participación ciudadana, publicidad, prohibición del abuso o exceso de poder, acceso a la información pública), los servicios públicos (universalidad, asequibilidad y calidad), entre otros¹⁷⁷.

En esa misma línea, ya en el año 2006, el CLAD había aprobado el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, en el cual se estableció como compromiso de los países firmantes que los miembros del Poder Ejecutivo deben actuar de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, celeridad, equidad y eficiencia, vigilando siempre la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos del Estado¹⁷⁸.

Este derecho a la buena Administración -o deber de gobernanza- ya está empezado a tener reconocimiento normativo en nuestro país¹⁷⁹.

Por su parte, si bien la CSJN no se refirió literalmente al derecho a la buena Administración y/o a deber de gobernanza, sí tuvo presente los principios de eficacia y eficiencia que deben presidir el obrar estatal. Así, en el caso “Q. C. S. Y”¹⁸⁰ expresó que “aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de “bajo costo”, en los términos que recomienda el Comité citado de Naciones Unidas”.

En el mismo sentido, en “CIPPEC”¹⁸¹ expresó que “...el control social de las decisiones estatales en punto a la racionalidad, eficacia y eficiencia de la instrumentación

¹⁷⁷ Ivanega, Miriam M. Ob. cit.

¹⁷⁸ En el mismo sentido, se mencionan los principios básicos que guiarán la acción del buen gobierno son el respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana; la búsqueda permanente del interés general, el respeto por los derechos humanos, entre otros. Asimismo, se establece como regla de la gestión pública que la misma tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados.

¹⁷⁹ Se puede citar la Ley 25.188 (de ética pública), Ley 27.275 (de información pública) y el reciente Decreto N° 891/2017 en cuyos considerandos establece expresamente que su finalidad es la readecuar la estructura gubernamental en función de atender los objetivos prioritarios definidos para cada área de gestión, reorganizando funciones con el propósito de tornar más eficiente y predecible la gestión pública.

¹⁸⁰ CSJN. Fallos: 335:452. Q.C.S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/Amparo. Sentencia del 24/04/2012. Los antecedentes fácticos de este caso, constituye un claro ejemplo de que el derecho a la buena Administración constituye un derecho fundamental en tanto se presenta como un medio esencial para garantizar el desarrollo del hombre en condiciones de vida digna.

¹⁸¹ Fallos: 337:256. CIPPEC c/ EM M° Desarrollo Social Dcto. 1172/03 s/Amparo Ley 16986. Sentencia del 26 de marzo de 2014. Conf. Considerando treinta de los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda.

de los planes sociales puede contribuir significativamente a valorar la equidad de aquéllas".

Julio Rodolfo Comadira ya había advertido que “en un Estado de Derecho la inconstitucionalidad no deja de ser una variante de la ineficacia¹⁸²”, a lo que se puede agregar que la ineficacia en el reconocimiento de un derecho fundamental no deja de ser una variante de la injusticia.

En este escenario, la buena Administración tanto como derecho fundamental, como deber de gobernanza y como principio general permite reafirmar la facultad y el deber de inaplicar una norma inconstitucional y/o inconvencional en sede administrativa si con ello se logra el efectivo goce de un derecho fundamental.

5. Plazo razonable.

Vinculado íntimamente con el derecho a la buena Administración, se encuentra la exigencia de un plazo razonable como un mandato de optimización y un objetivo de la organización, de forma tal que la eficiencia y la eficacia no se logran si los tiempos que insumen son desproporcionados. Por ende el plazo deja de ser un requisito o condición independiente, para constituirse en un presupuesto de estos principios¹⁸³.

Por otro lado, el “plazo razonable” constituye una de las garantías generales consagradas en el artículo 8.1 de la CADH y tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como la Corte Suprema de la Nación reconocieron su aplicación en toda clase de instancias procesales a efectos que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos¹⁸⁴.

Estimo, además, que cuando se trate del reconocimiento y goce de derechos fundamentales, el plazo forma parte del núcleo del derecho mismo y la dilación injustificada de las actuaciones atenta contra el principio de dignidad humana.

Asimismo, si se sienta en cuenta que el reclamo administrativo previo no interrumpe el curso de la prescripción, el plazo razonable adquiere una mayor trascendencia, llegando incluso a erigirse como un requisito esencial de toda actuación administrativa¹⁸⁵.

¹⁸² Comadira, Julio R. *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios*. Segunda Edición actualizada y ampliada. LexisNexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Pag. 638.

¹⁸³ Ivanega, Mirian M. Ob. cit.

¹⁸⁴ Corte IDH. Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C. N° 72 y CSJN. Fallos: 335:1126. Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05. Sentencia del 26 de junio de 2012, entre otros. En este pronunciamiento, la Corte Suprema manifestó que “el derecho obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta ser un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional”.

¹⁸⁵ En el ámbito de mi desarrollo profesional puedo observar cómo se diluyen derechos vinculados con la dignidad humana (vinculados con el pago de haberes) como resultado de la dilación en los trámites administrativos de reconocimiento y pago. El panorama se empeora, si se tiene en cuenta que con la

Resulta evidente que el plazo razonable se vincula con la facultad de la Administración de inaplicar normas contrarias al bloque de juridicidad a fin de garantizar el inmediato goce de un derecho fundamental.

6. Confianza legítima.

El principio de confianza legítima es la variante en el derecho administrativo del de buena fe. En virtud de aquel, la Administración debe ser coherente con los precedentes, y con las expectativas que genera de acuerdo con los principios de certeza, previsibilidad y seguridad jurídica¹⁸⁶.

En ese contexto, entiendo que este principio exige a la Administración una actuación acorde con las perspectivas creadas por conductas anteriores o con el mantenimiento de políticas públicas en cierta dirección, en un procedimiento para la elaboración de normas administrativas que atiendan a parámetros razonables y la debida publicidad de las mismas. Una buena administración pública actúa siempre en el marco de la confianza legítima de sus ciudadanos.

Pero fundamentalmente -y vinculada a la materia de esta investigación- este principio se vincula la confianza que tiene el ciudadano de que su derecho constitucional y/o convencional no se verá afectado por una norma de rango inferior. En un Estado Constitucional de Derecho, es lógico pensar que en el fuero íntimo de los hombres se encuentra la convicción de que el poder administrador desarrollará su actuación dentro del marco del derecho, respetando el principio de supremacía legal.

3. Criterios para definir la competencia en el Estado Constitucional de Derecho.

La competencia asignada a los órganos administrativos, debe ser entendida como el conjunto de facultades, poderes y atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico a los órganos y entes estatales que desarrollan función administrativa para el cumplimiento de los fines de interés público perseguidos por la norma habilitante y según los estándares que fija el Estado Constitucional y Convencional de Derecho¹⁸⁷.

modificación del Código Civil y Comercial los plazos de prescripción se han visto acotados y que la Corte Suprema de la Provincia de Tucumán se pronunció a favor del efecto suspensivo -y no interruptivo- del reclamo administrativo previo. Ver: Corte Suprema de Justicia –Sala Laboral y Contencioso Administrativo- Sentencia: 954. Olaya Gerardo Juan vs. Provincia de Tucumán s/ Daños y Perjuicios. Sentencia del 24 de julio de 2017.

¹⁸⁶ Rodríguez Arana, J. (2013). *El principio general del derecho de confianza legítima. Ciencia Jurídica*, 2(2), 59-70.

¹⁸⁷ Por su parte, Comadira entiende que la competencia es el conjunto de facultades, poderes y atribuciones que, conferidas por el ordenamiento jurídico a los órganos y entes estatales, determina el alcance material, territorial, de grado o temporal de la potestad asignada al órgano de que se trate. Ver: Comadira, Julio R: *Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos del Estado* en AA VV, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derechos, (2004), Buenos Aires, Ediciones Rap.

Es que con la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, la actividad administrativa sujeta al principio de juridicidad se renueva en la satisfacción del bien común, cuyo alcance, desde la perspectiva del régimen de derechos humanos, debe "interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad"¹⁸⁸.

Administrar es, entonces, satisfacer de manera concreta, inmediata, directa y permanente el interés público comprometido con la vigencia de la juridicidad permitiendo el libre desarrollo de la persona humana en forma plena y completa.

En esa línea, se ha sostenido que toda la acción administrativa se presenta como el ejercicio de un poder atribuido en forma previa por la ley, que lo delimita y construye. Por lo tanto, la norma constituye el título mismo de esa acción¹⁸⁹.

En tanto la competencia del órgano se presenta como una habilitación legal para desarrollar determinada función, también implica una obligación positiva de actuación en tanto tiene el deber de resolver todas las peticiones de los particulares sin poder excusarse en el instituto del silencio administrativo.

Ahora bien, en la doctrina se han perfilado diversos criterios para delimitar la competencia de un órgano. En tal sentido, se encuentra el "postulado de la permisión amplia", conforme al cual la competencia surge de lo expresamente previsto en la norma como de lo razonablemente implícito en ella.

Desde otra posición, se ha propuesto la teoría del "principio de especialidad" como criterio autónomo de asignación de competencias. De manera que la competencia del órgano surge tanto de lo expresa o implícitamente establecido en la norma así como de los fines fijados en el acto de creación del órgano, en la enunciación de sus objetivos, de principios de formación y de las facultades inherentes.

Por su parte, Julio Rodolfo Comadira¹⁹⁰ elabora un criterio más amplio por el cual toma al principio de especialidad como criterio de interpretación. Así, entiende que para determinar el alcance de la potestad atribuida a un órgano o ente se debe, en primer lugar, estar al texto expreso de la norma atributiva de la competencia, sin dejar de tener en cuenta que cuando se trata de normas infraconstitucionales, es inexcusable el examen de su

¹⁸⁸ Corte IDH. "La expresión 'leyes' en el art. 30 Convención Americana sobre Derechos Humanos". Opinión Consultiva 6/1986, del 9 de mayo de 1986. Parr. 29.

¹⁸⁹ Ivanega, Miriam M. *Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración*. EDA, 2006-362.

¹⁹⁰ Comadira, Julio R., Escola Héctor J. y Comadira, Julio P. (Coordinador, colaborador y actualizador). Ob. cit. Pag. 235. Téngase en cuenta que muchas de las normas atributivas de competencia contienen cláusulas generales de apoderamiento. Ver también en: COMADIRA, J. R. (2005). Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y entes del Estado. *Organización administrativa, función pública y dominio público*. Pag. 32.

constitucionalidad. En segundo lugar, corresponde estar a los componentes razonablemente implícitos en la norma, los que, a su vez, pueden resultar de lo expresamente implícito como de lo implícito propiamente dicho. En tercer lugar, cabe acudir a la categorización de los poderes inherentes -diferenciándolos de los implícitos- que son aquellos que resultan de la naturaleza o esencia del órgano, son las potestades propias y originarias de éste, que no requieren, por tanto, de una expresa enunciación normativa.

Respecto al principio de especialidad, Comadira no lo considera como un principio autónomo de atribución sino un criterio de interpretación de las normas que crean el ente o el órgano y, asimismo, de construcción o integración de norma cuando estas no contemplan la situación a resolver.

Descriptos de manera sumaria¹⁹¹ los criterios atinentes a la delimitación de competencia de órganos o entes estatales, corresponde expresar que comparto el criterio del profesor Comadira sobre este punto. Sin embargo, considero que el principio de especialidad como pauta de interpretación ha sido desbordado por los nuevos paradigmas del derecho administrativo y los postulados del sistema de protección de los derechos humanos.

En el marco del referido Estado Constitucional de Derecho, coincido con Sammartino¹⁹² en punto a que el principio de la especialidad como estándar teleológico de interpretación de lo expresamente establecido en la norma, lo razonablemente implícito en ella y los poderes inherentes del órgano o ente, debe ser asumido desde otro principio general del derecho -y fundamento mismo del derecho administrativo-, el principio *pro homine*, al que agrego: los principios de buena Administración, plazo razonable y confianza legítima.

Por otro lado, el postulado de “afianzar la justicia” previsto en el preámbulo de la Constitución Nacional -con fuerza operativa- determina que la competencia de los órganos en materia de reconocimiento de derechos humanos fundamentales se vea necesariamente expandida por tales premisas.

En lo que aquí interesa, esto es, si el Poder Ejecutivo cuenta con la facultad para inaplicar una norma que contradice preceptos constitucionales y/o convencionales, se debe tener en cuenta, por un lado, que la Constitución Nacional le asigna a aquel la

¹⁹¹ Ampliar en ob. cit. y en Sammartino, Patricio M. E.. *El principio de competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites*. En *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*. (2012). Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. RAP, Buenos Aires.

¹⁹² Ibidem. Este autor sostiene que el principio *pro homine* conduce a una interpretación más abierta de la norma competencial imputativa de poder cuando se trata de reconocer derechos humanos fundamentales protegidos por el bloque de constitucionalidad, e inversamente, a una interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer la supresión o limitaciones sobre su ejercicio.

función de responsable de la administración general del país¹⁹³ y, por el otro, que el ejercicio de la función administrativa implica necesariamente la misión y el deber de garantizar la vigencia irrestricta del principio de juridicidad.

Una adecuada hermenéutica de las disposiciones constitucionales a la luz de los principios mencionados, permite afirmar sin hesitación que el poder administrador cuenta con la facultad inherente -y la obligación- de inaplicar una norma de esas características. Afirmar lo contrario, implicaría ni más ni menos que negarle facultades para cumplir con la misión constitucionalmente encomendada.

1. La inaplicación y el principio de división de poderes.

Respecto a las consideraciones vertidas por parte de la parte de la doctrina que rechaza la referida facultad de la Administración por considerarla violatoria al principio republicano de gobierno, en virtud del cual el Poder Judicial es el único y exclusivo órgano encargado del control de constitucionalidad de las normas, cabe remontarse a lo expuesto anteriormente respecto a los mecanismos de control de la supremacía del bloque de constitucionalidad y la diferencia entre inaplicación y declaración de inconstitucionalidad.

Asimismo, tal como ya se expuso en el capítulo primero, el propio Poder Judicial en ejercicio de función administrativa -en calidad de órgano encargado de la superintendencia de la administración de justicia- resolvió la inaplicación de normas que consideraba manifiestamente contrarias al bloque de juridicidad.

Por otro lado, resulta importante tener en cuenta que en el sistema de la república democrática, la separación de poderes fue dispuesta para controlar el poder, posibilitar la libertad y garantizar los derechos de las personas¹⁹⁴.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, en virtud de la cual se afianza -por medio de la jerarquización de los tratados de derechos humanos- el postulado del respeto por la dignidad del ser humano, de la cual se desgranar una serie de derechos, obligaciones y principios orientados a garantizar el goce de los derechos fundamentales, la concepción tradicional de la división de poderes como compartimentos estancos debe dar lugar a una nueva modulación.

En ese punto aparece como concepto central el de la "tutela efectiva" de los derechos fundamentales, la cual ha sido entendida por la Corte Suprema como un deber no sólo de los jueces sino también de la Administración.

¹⁹³ La administración general del país debe ser entendida con los alcances otorgados en este mismo acápite al concepto de "administrar".

¹⁹⁴ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, 4ta. edición ampliada y actualizada, Tomo I.

Con meridiana claridad, se ha sostenido que la división de atribuciones no puede ser invocada por con el fin de desatender la protección de un derechos fundamental¹⁹⁵.

En esa dirección, el principio de división de poderes debe ser concebido a partir de los siguientes postulados: 1. Debe tener como punto de partida el principio *pro homine*. 2. Debe permitir la eficacia y eficiencia del obrar estatal, orientado siempre a la efectividad de los derechos fundamentales, 3. El centro de gravedad de la división de poderes debe girar en torno a la dignidad humana y la igualdad, 4. La noción del equilibrio dinámico de los poderes a fines de proteger la efectividad de los derechos fundamentales se convierte en el eje central de la doctrina y 5. El principio de división de poderes debe construirse sobre la base de nociones de flexibilidad, complementariedad, equilibrio dinámico, interrelación, interdependencia, y entrelazamiento¹⁹⁶.

En ese escenario, si mediante la inaplicación de una norma la Administración consigue garantizar el goce de un derecho fundamental la finalidad perseguida por medio de la división de poderes no se encuentra afectada. Por el contrario, aquella coadyuvó a lograr tal finalidad.

Para ilustrar tal afirmación, se puede volver al caso expuesto más arriba, referido a un decreto reglamentario se impedía el ejercicio de la docencia a quienes ostenten cargos electivos, en abierta violación a lo establecido por la Constitución Provincial respecto a que el ejercicio del cargo de legislador y concejal no es incompatible con cargos docentes. La contradicción entre ambas normas resulta evidente, por lo que con seguridad sería declarara inconstitucional en sede judicial.

Ahora bien, el órgano de la Administración aplica directamente la norma constitucional y permite al docente/legislador continuar en ejercicio de sus funciones¹⁹⁷ ¿se estaría afectando la libertad de las personas y el ejercicio de sus derechos? ¿Se estaría violando el principio de inderogabilidad singular del reglamento? La respuesta negativa es la que más se ajusta al principio de juridicidad y tutela de los derechos fundamentales de manera eficaz y en plazo razonable.

En el mismo sentido, volviendo sobre el supuesto del requisito de edad para ingresar a la docencia previsto en la Ley Provincial y la posible inaplicación en sede administrativa de dicha disposición, la pregunta sería: ¿la emisión de un acto administrativo en tal sentido, estaría vulnerando los fundamentos del principio de división de poderes?. La respuesta negativa se impone.

¹⁹⁵ Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. *Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo*. Cita Online: 0003/013388.

¹⁹⁶ Corvalán, Juan Gustavo. *Estado constitucional y división de poderes*. 2016. Buenos Aires. Astrea. Pag. 175.

¹⁹⁷ Claro está, que ello debe efectuarse mediante la emisión del correspondiente acto administrativo debidamente motivado.

Por supuesto que en ambos casos el acto que resuelva la inaplicación debe contener un exhorto al órgano competente a efectos de la modificación y/o derogación de la disposición inaplicada.

Asimismo, el acto administrativo que resuelva la inaplicación de una disposición legislativa debe ser emitido por el Presidente o, en su caso, por el Gobernador. En ambos supuestos, previa intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación y de Fiscalía de Estado¹⁹⁸, respectivamente.

Tomando dichos recaudos, y teniendo presente que la decisión del poder administrador será siempre susceptible de revisión en sede judicial -a diferencia de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, aquella no constituye un pronunciamiento acerca de la validez de la norma en el caso concreto- tengo la plena convicción de que la inaplicación de normas contrarias al bloque de juridicidad no puede ser tildada de violatoria del principio de división de poderes.

Pensar en que en un caso como los mencionados, el ciudadano deba necesariamente acudir a la justicia para que se le reconozca el goce de un derecho me parece contrario a todo el sistema de protección de los derechos fundamentales.

En resumidas cuentas, a la luz de los criterios atributivos de competencia vigentes en el Estado Constitucional de Derecho, tengo la convicción de que la Administración no sólo tiene la facultad inherente para inaplicar una norma como la analizada sino además la obligación garantizar sin dilación la vigencia del interés público comprometido en la juridicidad, lo que, en este caso implica el reconocimiento *in natura* del derecho del ciudadano.

¹⁹⁸ Conforme lo establece la Ley 8896 de la Provincia de Tucumán, la Fiscalía de Estado es el órgano superior de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo, de defensa y contralor legal de la administración y de estudio de la legislación para su mejoramiento, teniendo entre sus competencias específicas la de “intervenir necesariamente en los asuntos administrativos en los que esté comprometida la interpretación de normas vigentes”.

Conclusiones

Es por ello, que considero que llevada a la práctica la tesis postulada podremos avanzar hacia una buena y mejor Administración Pública, en la que el reconocimiento del ciudadano como protagonista del interés general implique el real reconocimiento y goce de sus derechos fundamentales en un plazo razonable acorde a los postulados constitucionales y convencionales. Con ese horizonte como meta, es que ha pretendido “subir a hombros de gigantes” y profundizar la teoría elaborada por la doctrina, en particular, por el Dr. Julio Rodolfo Comadira.

A partir del análisis realizado podemos concluir que la facultad del Poder Ejecutivo para inaplicar una norma que resulte contraria al bloque de juridicidad, se ve consolidada por los principios generales del derecho reinterpretados desde la perspectiva de la protección de la dignidad humana, como esencia misma del ordenamiento. En ese marco, confluyen derechos fundamentales y exigencias de la “buena administración”, pues ambos aspectos se unen como sustento necesario del actual Estado de derecho.

Los argumentos que permiten afianzar nuestro criterio, pueden sintetizarse en:

- La "tutela efectiva" de los derechos fundamentales, es un fundamento de primer orden para justificar la inaplicabilidad, máxime a partir de los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la ubican como un deber no sólo de los jueces sino también de la Administración.
- La facultad de inaplicar se reafirma como consecuencia inevitable de la centralidad del ciudadano en el Estado Constitucional y Social de derecho y el rol del Estado como garante y gestor del sistema de protección de los derechos humanos, que lleva implícito la competencia para garantizar el goce in natura y sin dilaciones de los mismos.
- La inaplicación se erige también como una obligación cuyas bases se encuentran en el derecho a la buena Administración que exige que los derechos de los ciudadanos sean atendidos con eficacia y eficiencia. y en los principios de plazo razonable y confianza legítima.
- Los principios de la dignidad humana, buena Administración, plazo razonable y confianza legítima, constituyen criterios de interpretación de la competencia de los órganos de poder público y premisas que deben guiar la gestión administrativa encaminada hacia la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

- La gestión administrativa, definitivamente, debe encontrarse guiada en todo momento por la premisa que de tutela efectiva del derecho cuya protección se requiere sea atendido con la mayor eficacia y eficiencia.
- El principio de división de poderes no puede válidamente ser invocado con el fin de desatender la protección del derecho fundamental de un ciudadano.
- Deben diferenciarse las figuras de la “declaración de inconstitucionalidad” de la “inaplicación”, máxime a partir de los criterios de Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en ejercicio de función administrativa, puso fin a la discusión al sostener que “en supuestos como el que convoca este acuerdo (Fallos 306:8; 308:1519; 310:6; 314:948; acordada 6/96), no es necesaria la presencia de un caso en los términos requeridos por los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional ni, por ende, son trasladables las exigencias requeridas para dichos asuntos en torno a la declaración de inconstitucionalidad”.
- En el contexto de la Constitución convencionalizada y de los compromisos asumidos por el Estado en materia de Derechos Humanos, la competencia de los organismos públicos debe ser interpretada a la luz de la protección de la dignidad humana que se proyecta sobre todos los órganos del Estado, del principio *pro homine* y del derecho a la buena Administración y de los principios que lo informan.
- La facultad postulada no podrá ser ejercida para restringir derechos del ciudadano atento que, además de ir en contra de los principios postulados, una decisión de tal naturaleza se apartaría de la Opinión Consultiva N° 6 de la Corte IDH.
- La inaplicación encuentra su límite en la afectación de derechos de terceros.
- El cumplimiento del deber del poder administrador del respeto irrestricto del principio de juridicidad no se agota con la inaplicación de la norma contraria al bloque de juridicidad, sino que debe arbitrar los medios tendientes a expulsarla del mundo jurídico, ya sea remitiendo un proyecto de ley al Poder Legislativo en caso de una norma formal o, derogándolo, si se trata de un reglamento emitido en el ámbito de la administración centralizada o, proponiendo esa acción en caso de una norma emanada de un ente autárquico.
- El acto administrativo que resuelva inaplicar una norma de las características mencionadas debe ser el titular el Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, por ser el responsable de la administración general en cada esfera de gobierno así como por la importancia institucional de la cuestión a decidir. Todo, previa intervención de su servicio jurídico permanente.
- Atento a la índole de la cuestión que resuelve, dicho acto debe contar con una fundamentación por demás exhaustiva y contener como mínimo las siguientes

disposiciones: 1. la inaplicación al caso concreto de la disposición contraria al bloque de juridicidad, 2. la aplicación de la cláusula constitucional y/o convencional que corresponda y 3. la instrucción a los órganos nacionales o provinciales competentes para articular los mecanismos jurídicos tendientes a la modificación y/o derogación de aquella.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- Ábalos, María Gabriela. *Justicia constitucional, derechos humanos y control de convencionalidad. Desafíos para las jurisdicciones locales*. La Ley 15/12/2016, 15/12/2016. Cita online: AR/DOC/3094/2016.
- Ábalos, María Gabriela. *Diálogo jurisprudencial y valor del precedente. Desafío de los superiores tribunales de justicia en el federalismo argentino*. La Ley 20/09/2017, 20/09/2017, 1. Cita Online: AR/DOC/2406/2017.
- Ábalos, María G. *Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana*. La Ley 2017-B, - Sup. Const. 2017 (marzo), 29/03/2017, 3. Cita Online: AR/DOC/709/2017.
- Álvarez Álvarez, Fernando D. *La cuestión del control de constitucionalidad para la Administración pública*, en Comadira, J. P., & Ivanega, M. M. (2009). *Derecho administrativo: libro en homenaje al profesor doctor Julio Rodolfo Comadira*. Ad-Hoc.
- Ávila Montequín, Marina. *Algunas reflexiones sobre la posición de la Administración frente a la Ley inconstitucional*. En RAP N° 330 en Comadira, Julio Pablo, *La Administración Pública frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo*, en Héctor Pozo Gowland, *Procedimiento Administrativo*, La Ley, Tomo II.
- Badeni, Gregorio. *La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad*. La Ley 18/05/2017, 18/05/2017, 4 – La Ley 2017-C, 168. Cita Online: AR/DOC/1260/2017.
- Badeni, Gregorio. *Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia*. La Ley, 2009-E, 1018.
- Badeni, Gregorio. *El caso "Simón" y la supremacía constitucional*. La Ley 2005-D, 639 - Sup. Penal 2005 (julio), 9. Cita Online: AR/DOC/2132/2005
- Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2° edición actualizada y ampliada, La Ley, Tomo I.
- Bazán, Víctor, *"Control de convencionalidad. Influencias jurisdiccionales recíprocas"*. La Ley 04/04/2012, 04/04/2012, 1- La Ley, 2012-B, 1027. Cita Online: AR/DOC/659/2012.
- Bianchi, Alberto B. *Algunas reflexiones sobre los efectos de las sentencias*. Cita Online: 0027/000084.

- Bianchi, Alberto B. *¿Está en crisis el sistema clásico de control de constitucionalidad? - Las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho (Oliver W. Holmes)*. La Ley 1990-E, 1089. Cita Online: AR/DOC/16587/2001.
- Bianchi, Alberto, *De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema.(una reflexión sobre la aplicación del stare decisis).*(2001). *El Derecho: Serie Especial de Derecho Constitucional*.
- Bianchi, A. *Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública*. Suplemento administrativo.
- Bianchi, Alberto B., *Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad*, La Ley 2010-E, 1090.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Bs. As., 2002, Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 270/271.
- Bianchi, Alberto B., *Puede la Corte Ejercer control de constitucionalidad por vía de acordada?*. La Ley 2001-B, 112.Cita online: AR/DOC/19085/2001.
- Bianchi, Alberto B. *Algunos aspectos del control de constitucionalidad (A veinte años de la reforma constitucional)*. Sup. Const. 2014 (octubre), 02/10/2014, 25 – La Ley 2014-E, 1053. Cita online: AR/DOC/3320/2014.
- Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución reformada*. Ediar.
- Bottoni, María Alejandra y Navarro, Marcelo Julio. *El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la última década*. La Ley 21/04/2011, 21/04/2011, 1 y La Ley 2011-B, 1112. Cita Online: AR/DOC/5545/2010.
- Buteler, Alfonso. *Presunción de inconstitucionalidad de derecho administrativo*. Buenos Aires. La Ley, 2011-C, 705.
- Canda, Fabián Omar, “Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de “tutela administrativa efectiva”. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la Jurisprudencia de la Corte Suprema nacional”, *El Derecho*, “Número especial en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira (1947-2005), N° 13.828, Año LIII, Ed 264, pp. 1-6.
- Cassagne, Ezequiel, *El dictamen de los servicios jurídicos de la Administración*, La Ley, 15/12/2012.

- Cassagne, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 8º edición. (2006). Lexis Nexis. Tomo I.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derechos de incidencia colectiva. Los efectos 'erga omnes' de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva.* La Ley 06/04/2009, 06/04/2009, 4 – La Ley 2009-B, 646. Cita Online: AR/DOC/1440/2009 en Comadira, Julio Pablo, *La Administración Pública frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo*, en Héctor Pozo Gowland, *Procedimiento Administrativo*, La Ley, Tomo II.
- Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del Derecho Público:(constitucional y administrativo).* La Ley.
- Comadira, Julio R. (2003). *La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional.* Derecho Administrativo. 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Comadira, Julio R (2004): *Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos del Estado*, en AA VV, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap.
- Comadira, Julio R., Escola Héctor J. y Comadira, Julio P. (2012) *Curso de Derecho Administrativo.* Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Comadira, Julio R. *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros estudios. Segunda Edición actualizada y ampliada.* LexisNexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Comadira, J. R. (1996). *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad.* Abeledo-Perrot.
- Comadira, Julio Pablo, *La Administración Pública frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo*, en Héctor Pozo Gowland, *Procedimiento Administrativo*, La Ley, Tomo II.
- Corvalán, Juan Gustavo. *Estado constitucional y división de poderes.* 2016. Buenos Aires. Astrea. Pag. 175.
- Dalla Via, Alberto R. *Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados.* La Ley 08/05/2017, 08/05/2017. Cita Online: AR/DOC/1174/2017.
- Duperut Morellato, Fabiana. *Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales e inconvencionales.* En Derecho Administrativo.

Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Director: Juan Carlos Cassagne. Mayo/Junio 2013. Abeledo Perrot.

- Echen, Diego. *Control de constitucionalidad por parte del Poder Ejecutivo sobre las leyes consideradas en contradicción con la ley suprema*. En V y VI Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo “Dr. Antonio Pedro Chede”, organizadas por la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. RAP 405, Número Espacial en Homenaje a Violeta Castelli de Chede.
- Gelli, María Angélica (2018) *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Tomo I y II.
- Gelli, María Angélica, *Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte* La Ley 23/02/2017, 23/02/2017, 5, cita online: AR/DOC/500/2017.
- Gelli, María Angélica - Gozaíni, Osvaldo A. - Sagiés, Néstor P. *Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*. LA LEY 16/03/2011, cita online AR/DOC/639/2011.
- Gelli, María Angélica. *Criterios de interpretación y posiciones institucionales de la Corte Suprema (2004-2009)*. La Ley 19/10/2009, 19/10/2009, 1 – La Ley 2009-F, 946. Cita online: AR/DOC/3647/2009.
- Gil Domínguez, Andrés. *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*. La Ley 19/12/2012 y La Ley 2013-A, 31. Cita online; AR/DOC/5968/2012.
- Gil Domínguez, Andrés. *El control de constitucionalidad concentrado: ¿es incompatible con el control de convencionalidad?*. La Ley 08/08/2013, 08/08/2013, 1 - LA LEY2013-D, 1345. Cita Online: AR/DOC/3026/2013.
- Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1996, p. 64 y sigtes., íd *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, 1974, nota 11, ps. V-36/37 y en *Tratado de derecho administrativo*, 5º edición, 1998, Tomo I, ps. VII-31/32.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10º edición, 2009, Tomo I, ps. VII-14/15, en especial nota 39.
- Gozaíni, Osvaldo, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina*, en obra colectiva *El control de convencionalidad*. Susana Albanese Coordinadora. (2008). Buenos Aires. Ediar. Pag. 115.

- Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. *El control de la Administración Pública y el reto de la incorporación de los criterios internacionales en materia de protección de los derechos humanos*. Cita Online: 0003/014295.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. *Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo*. Cita Online: 0003/013388.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Á. *La dimensión dinámica y abierta de los DD.HH., la Constitución Nacional y las administraciones públicas*. Sup. Adm.2018 (febrero), 1 - LA LEY2018-A, Cita Online: AR/DOC/3268/2017.
- Ivanega, Miriam M. *Reflexiones acerca del ciudadano y la Administración Pública para Obra Colectiva en Homenaje al Profesor Hebert Schmidt Assmann*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p.51/70.
- Ivanega, Miriam M. *Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración*. EDA, 2006-362.
- Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5° edición actualizada, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, Tomo I, ps.430/431.
- Linares, Juan Francisco. (1986). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Astrea. En Duperut Morellato, Fabiana. Control de constitucionalidad e inaplicación de normas inconstitucionales e inconventionales. En *Derecho Administrativo*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Director: Juan Carlos Cassagne. Mayo/Junio 2013. Abeledo Perrot.
- Oyhanarte, J. (1972). *Historia del poder Judicial*. Revista Todo es historia. 61. (1972). Pag. 145.
- Pozo Gowland, Héctor M. “*Los principios generales del proceso administrativo*”. La Ley 31/08/2011, 31/08/2011, 1 – La Ley 2011-E, 785. Cita Online: AR/DOC/2491/2011.
- Quiroga Lavié, Humberto (1978). *Derecho Constitucional*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires.
- Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel, & Cenicacelaya María de las Nieves. (2001). *Derecho constitucional argentino*. Rubinzal-Culzoni Ed.
- Rodríguez Arana, J. (2013). *El principio general del derecho de confianza legítima*. *Ciencia Jurídica*, 2(2), 59-70.

- Rodríguez-Arana, J. (2010). *El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea*. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 10 (40), 117-149.
- Sammartino, Patricio M. E.. *El principio de competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo*. Alcance y límites. En Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público. (2012). Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. RAP, Buenos Aires.
- Sammartino, Patricio M. E. *La causa y objeto del acto administrativo en el Estado constitucional*. En Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo; Ediciones Especiales Rap, 2009, pp. 59-90
- Santiago, Alfonso. *Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra*. (2017). La Ley 23/02/2017, 23/02/2017, 13 – La Ley 2017-A, 472 - DFyP 2017 (abril), 6/04/2017, 145. Cita Online: AR/DOC/493/2017
- Sarmiento García, Jorge. *La Jefatura administrativa del presidente de la Nación*, en Guilhou, D. P. (1986). Atribuciones del Presidente argentino. Ediciones Depalma.
- Rennella, María Paula. *Facultades del Poder Ejecutivo ante una Ley inconstitucional: vigencia de la doctrina de la Procuración del Tesoro*. En Comadira, Julio R. (2005). *Elementos de derecho administrativo*. Buenos Aires. La Ley.
- Rosatti, Horacio D. *El llamado 'control de convencionalidad' y el 'control de constitucionalidad' en la Argentina*. Sup. Const. 2012 (febrero). La Ley 2012-A, 911. Cita online AR/DOC/6059/2011.
- Sagüés, Néstor. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Sagüés, Néstor P. *Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el diálogo y el "choque de trenes"*. La Ley 22/11/2017, 22/11/2017, 4, Cita Online: AR/DOC/3021/2017.
- Sagüés, Néstor P. De la Constitución Nacional a la Constitución "convencionalizada". Cita Online: AP/DOC/2001/2013.
- Sagüés, Néstor P. *Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*. Cita Online: AP/DOC/1497/2014.

- Sagüés, Néstor P. *El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales*. La Ley 19/02/2009, 19/02/2009, 1 – La Ley 2009-B, 761. Cita Online: AR/DOC/333/2009.
- Sagüés, Néstor P. *Sobre la "derogación" y "anulación" de leyes por el Poder Legislativo*. La Ley 2005-A, 518 - Sup. Penal 2004 (Diciembre), 1. Cita Online: AR/DOC/2896/2004.
- Trionfetti, Víctor R. *La función jurisdiccional y el veto judicial*. La Ley 29/05/2015, 29/05/2015, 1 – La Ley2015-C, 920. Cita Online: AR/DOC/1589/2015.
- Urrutigoity, Javier. *Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales*, en Cassagne, J. C. (1998). *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Abeledo-Perrot.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- CSJN. Fallos: 319:3148. Monges, Analía M. c/ UBA. - resol. 2314/95. Sentencia de fecha 26 de diciembre de 1996.
- CSJN. Fallos: Ministerio de Relaciones y Culto S/ Informe de sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y Damico vs. Argentina” por la Corte IDH. Sentencia de fecha 14 de febrero de 2017 y CSJN. Resolución 4015 del 05 de diciembre de 2017.
- CSJN. Fallos: 34:363. Sojo, Eduardo. Sentencia del 01 de enero de 1888.
- CSJN. Fallos: 14:425. Avegno, José Leonardo c/ Provincia de Buenos Aires. Sentencia del 01 de enero de 1874.
- CSJN. Fallos: 33-162. Municipalidad de la Capital c. Elortondo. Sentencia del 1º de enero de 1888.
- CSJN. Fallos: 324-3219. Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros vs. Provincia de Corrientes. Sentencia del 27 de septiembre del año 2001.
- CSJN. Fallos: 315:1492. Miguel Ángel Ekmekdjian vs. Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 7 de julio de 1992.
- CSJN. Fallos: 318:514. Giroldi, Horacio David y otro. Sentencia del 7 de abril de 1995.
- CSJN. Fallos: 330:3248. Mazzeo, Julio Lilo y otros. Sentencia del 13 de Julio de 2007.
- CSJN. Fallos: 333:1657. Videla, Jorge Rafael y otro. Sentencia del 31 de agosto de 2010.
- CSJN. Fallos: 335:2333. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otros. Sentencia del 27 de noviembre de 2012.
- CSJN. Fallos: 53:420. Cullen Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de Santa Fe c/ Doctor Baldomero Llerena. Sentencia del 01/01/1893.
- CSJN. Fallos: 328:2056. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete). Sentencia del 14 de junio de 2005.

- CSJN. Fallos: 311:460. Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo. Sentencia del 12 de abril de 1988.
- CSJN. Fallos: 298:511. Provincia de Mendoza c/ Nación. Sentencia del 23 de agosto de 1977.
- CSJN. Fallos: 319:1420. Sindicato Argentino de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c/ Ministerio de Trabajo. Sentencia del 13 de agosto de 1986.
- CSJN. Fallos: 327:5118. Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Sentencia del 16 de noviembre de 2004.
- CSJN. Fallos: 329:2986. Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo. Sentencia del 08 de agosto de 2006.
- CSJN. Fallos: 331:1715. Mantecón Valdés, Julio c/Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación - Corte Suprema de Justicia de la Nación - resol. 13/IX/04 (concurso biblioteca), Sentencia del 12 de agosto de 2008.
- CSJN. Fallos: 335:1126. Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05. Sentencia del 26 de junio de 2012.
- CSJN. Fallos: 269:243. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, S.A. c/ provincia de Salta. Sentencia del 8 de noviembre de 1967
- CSJN. Fallos: 239:459. Siri, Angel s/ Interpone recurso de habeas corpus. Sentencia del 27 de diciembre de 1957.
- CSJN. Fallos: 330:3160. Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados. Sentencia del 13 de julio de 2007.
- CSJN. Fallos: 340:345. Villamil, Amélia Ana c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios. Sentencia del 28 de marzo de 2017. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- CSJN. Fallos: 337:47. Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/ EN - JGM - SMC s/amparo ley 16986. Sentencia del 11 de febrero de 2014.
- CSJN. Fallos: 332:111. Halabi Ernesto C/ P.E.N.-Ley 25873-Dto. 1563/04 S/Amparo Ley 16.986. Sentencia del 24 de febrero de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH. Almonacid Orellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154. Parr. 124.
- Corte IDH. Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N° 158. Parr. 124.
- Corte IDH. Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Serie C N° 209. Parr. 339 al 341.
- Corte IDH. Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C. N° 72.
- Corte IDH. Fontevecchia y D'Amico c. Argentina. Sentencia del 29 de noviembre de 2011.

Corte Suprema de la Provincia de Tucumán

- Corte Suprema de la Provincia de Tucumán – Sala Laboral y Contencioso Administrativo- Sentencia 191. Ortiz Daniel Alberto y Otros vs. Provincia de Tucumán S/ Amparo. Sentencia del 05 de abril de 2010.

Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Acordada 4 del 9 de febrero de 1984.
- Acordada 42 del 8 de octubre de 1991.
- Acordada 45 del 23 de noviembre de 1995.
- Acordada 20 del 11 de abril de 1996.

Acordadas de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán

- Acordada 307/16 del 4 de abril de 2016.

Procuración del Tesoro de la Nación

- PTN. Dictámenes 67:189; 72:137; 64:100; 64:105 y 70:118.

- PTN. Dictámenes 84:182; 186:140; 168:28; 159:83; 186:140 y 176:116.
- PTN. Dictamen 242:626.
- PTN. Dictámenes 159:83; 168:28; 186:140; 242:626 y 251:339.
- PTN. Dictámenes 114:45; 159:83; 168:282, 236:25 y 251:339.
- PTN. Dictámenes 101:87 y 186:140.
- PTN. Dictámenes 176:116; 207:37 y 239:285.
- PTN. Dictamen 300.158.