

TESIS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD AUSTRAL



Título:

Control de convencionalidad represivo sobre leyes y Administración. ¿Debe la Administración ejercer este tipo de control? Aportes para un análisis desde una perspectiva soberana.

Autora: Abog. Antonella Amadio.

Director: Mgter. Santiago María Castro Videla.

Tesis de dogmática jurídica para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

Buenos Aires, 2023.

A mis abuelos Leandro R. Amadio y Ma. del Lourdes Divito, Q.E.P.D.

*A mis profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral,*

Horacio D. Rosatti y Francisco F. Fernandez,

por el ejemplo y la inspiración.

A mi familia, y a Agustin, por siempre y por todo.

ÍNDICE

Resumen	5
Introducción	6
Capítulo 1	8
a) El control de convencionalidad. Nacimiento en la jurisprudencia de la Corte IDH.	8
b) La recepción de la doctrina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).	12
c) Control de convencionalidad y control de constitucionalidad.	13
1) Control de constitucionalidad. Nacimiento y características en nuestro sistema.	14
2) ¿Cuál es la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad?	15
3) Nuestra postura.	18
d) El control de convencionalidad (constitucionalidad) represivo como una potestad del Poder Judicial.	19
Capítulo 2	22
a) Evolución de la doctrina de la Corte IDH con relación a los órganos encargados de efectuar control de convencionalidad. Aclaraciones.	22
b) El sistema interamericano en la reforma constitucional de 1994.	25
c) Control de constitucionalidad (y de convencionalidad) por la Administración.	27
1) Posturas doctrinarias: la cuestión de la Administración frente a la ley inconstitucional.	28
2) Nuestra postura.	31
3) La doctrina sobre la Administración ejerciendo control de convencionalidad.	32
4) Nuestra postura.	35
Capítulo 3.	38
a) Los tribunales internacionales de derechos humanos y la soberanía jurídica de los Estados miembros. ¿Puede acudirse a la doctrina interamericana para fundar el apartamiento de la legalidad como un deber para la Administración?	38
b) La doctrina de la identidad nacional o constitucional.	39

1) La indefinición del concepto.	42
2) Su traslación a nuestro caso: ¿identidad nacional/constitucional en la CADH/ CN?	43
3) La funcionalidad del concepto.....	43
c) Doctrina de los contralímites.....	44
d) Doctrina del margen nacional de apreciación.	48
1) La Corte IDH y el margen de apreciación nacional.	51
2) La doctrina del margen nacional de apreciación en la jurisprudencia argentina.	52
a) Las ideas del Dr. Fayt con relación al papel del art. 27 de la CN y la existencia de un margen nacional de apreciación.	52
b) El caso “Fontevicchia” (2017)	56
c) El margen de apreciación nacional como expresión del art. 27 CN	58
e) Conclusiones	59
Bibliografía.....	61
Jurisprudencia	64

Resumen

El presente trabajo se centra en identificar y desarrollar argumentos constitucionales que conducen a negar que la Administración pública pueda ejercer control de convencionalidad represivo sobre leyes dictadas por el Poder Legislativo, en el entendimiento de que, en el actual esquema constitucional argentino, tal función corresponde en exclusividad a otro poder del Estado: el Judicial.

El presente trabajo no niega la doctrina del control de convencionalidad. Sí llama la atención respecto a ciertas deformaciones que podría implicar una extensión tal de dicha doctrina para el sistema argentino de división de poderes y funciones.

En última instancia, brega por reencauzar la función administrativa a aquella que surge del reparto constitucional de funciones, evitando de este modo un apartamiento del rol constitucional e institucional que cabe a la Administración. Apartamiento que, según sostenemos, en caso de producirse resulta contrario a los derechos y libertades constitucionales de la persona humana, por contribuir, de verificarse, a un desborde del poder que puede generar arbitrariedades contrarias a dichos derechos y libertades.

Introducción

Desde la reforma constitucional del año 1994, la doctrina emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha tenido un impacto trascendental en el derecho argentino en general, y en el derecho administrativo en particular.

Nos atrevemos a decir que casi todos los institutos estudiados por esta rama del derecho público han acusado recibo de dicho impacto. Baste para ello pensar en tópicos tales como el procedimiento administrativo, el acto administrativo, el empleo público, la responsabilidad del estado, el control judicial de la Administración, para obtener un paneo de diversas cuestiones típicas de esos temas que han debido reformularse al recibir aquel influjo interamericano.

En este trabajo nos proponemos estudiar un tópico específico que, pensamos, es controversial y decisivo para definir el modo en que entendemos lo que la Administración *es* y, aún más importante, lo que la Administración *debe ser*, en el esquema constitucional argentino. Nos referimos a la cuestión relativa a si la Administración puede -o no- ejercer el denominado control de convencionalidad.

Al existir distintos tipos de control de convencionalidad, y ser distintas las posibilidades de actuación -en nuestra óptica- de la Administración frente a cada uno de ellos, en este trabajo nos enfocamos exclusivamente en la posibilidad de que la Administración ejerza aquel que ha sido calificado por la doctrina como control de convencionalidad “represivo” sobre leyes. Es decir, aquel por el cual se deja de lado la fuente legal por considerarla inconvencional.

El tema ha sido abordado por la Corte IDH en diversos pronunciamientos, de los que surgiría, a grandes rasgos, una respuesta afirmativa a la pregunta de nuestro título. Incluso, para algunos autores, de tales fallos se derivaría un deber imperativo de la Administración de ejercer ese tipo de control.

Entendemos que la respuesta que se dé a esta cuestión debe partir de una reflexión profunda que tome como base del análisis a los preceptos de la Constitución Argentina (en adelante, CN). Para lograr tal objetivo, comenzaremos por analizar ciertas cuestiones que se presentan como necesarias de dilucidar en primer término a fin de sentar las bases del análisis posterior.

Así, deberemos primeramente definir si, al hablar de control de convencionalidad, estamos hablando de algo distinto -o no- al conocido control de constitucionalidad. Dar respuesta a este primer interrogante nos obligará -como en casi todas las cuestiones del

derecho- a tomar partido por una de las distintas posiciones posibles ante la temática, pero que entendemos es la correcta. La respuesta a este interrogante principal o básico de nuestro estudio determinará el resto del análisis.

Respondido entonces el primer interrogante, deberemos analizar cuáles son las directrices de la CN con relación a dos cuestiones derivadas: qué poder es el constitucionalmente habilitado para ejercer ese control, y cuál es el fundamento teleológico de dicha elección, que -en nuestro entendimiento- surge claro del texto constitucional.

En un segundo capítulo, sobre la base de la postura adoptada en el anterior, pasaremos a analizar la cuestión relativa a si la Administración puede (o debe) ejercer el denominado control de convencionalidad represivo de leyes. Analizaremos cuál es la posición adoptada en este asunto por la Corte IDH y la pondremos en debate con las directrices de la CN.

En un tercer capítulo, y a los efectos de dilucidar si la doctrina interamericana relativa a dicha cuestión tiene la fuerza vinculante que pretende tener para la Administración, introduciremos brevemente ciertas doctrinas que han surgido en Europa como reacción al impacto del derecho comunitario en los ordenamientos nacionales. Nos referimos específicamente a las doctrinas de la identidad nacional o constitucional, la doctrina de los contralímites y la doctrina del margen de apreciación nacional.

Un análisis de las ideas principales de estas doctrinas nos llevará a precisar que existe en el texto constitucional argentino, desde su sanción originaria, una reserva de soberanía que impide que se imponga a la Administración el ejercicio de funciones que, por directriz constitucional, pertenecen en exclusividad a otro poder del Estado.

En la Argentina, concluiremos, una doctrina de la Corte IDH que obligue a la Administración a ejercer control de convencionalidad represivo sobre leyes es inconstitucional y, por tanto, inexigible.

Capítulo 1

a) El control de convencionalidad. Nacimiento en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Para estudiar el control de convencionalidad necesariamente debemos referirnos a una serie de fallos de la Corte IDH, pues el nacimiento de la idea de este tipo de control fue, fundamentalmente, jurisprudencial.

En efecto, fue la Corte IDH quien lo concibió, desarrolló y fue progresivamente delineando sus contornos. Como toda creación jurisprudencial, la doctrina del control de convencionalidad se alimenta de distintos casos que sirven a los jueces de la Corte IDH para ir ampliando, completando o precisando su formulación.

Fue el juez Sergio García Ramírez quien por vez primera introdujo el concepto de control de convencionalidad¹ en sus votos razonados en los casos “Mirna Mack Chang vs. Guatemala”² y “Tibi vs. Ecuador”³.

En el primero, al referirse al Estado como un todo responsable en sede internacional, señaló que *“para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del*

¹ En verdad, desde los primeros casos contenciosos que resolvió la Corte IDH (los casos sobre desapariciones forzadas en Honduras, entre ellos el de más renombre, “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29/7/1988, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf) ya se efectuaba el ejercicio de comparar la actuación del Estado cuestionada, con las disposiciones de la CADH, y determinar si aquella era o no violatoria de las disposiciones de ésta. En definitiva, esa es la tarea de todo tribunal judicial, aunque ello no quita que haya sido el Juez García Ramírez, efectivamente, el que primero haya utilizado el término “control de convencionalidad”.

² Sentencia del 25/11/2003 (Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf). El caso era relativo a la ejecución extrajudicial de la víctima, una reconocida antropóloga guatemalteca.

³ Sentencia del 07/09/2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf). El caso era relativo a numerosas irregularidades en la detención del Sr. Daniel Tibi, comerciante de joyas ecuatoriano.

*'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional*⁴.

En el segundo, al referirse al rol de la Corte IDH como tribunal internacional de derechos humanos, el juez afirmó que *“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados-disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía”*⁵.

Como se puede observar, en este último razonar aparece ya un paralelismo entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad.

Luego de estas primeras introducciones al concepto de control de convencionalidad efectuadas por el juez García Ramírez, la Corte IDH en su totalidad va a receptar el concepto y comenzar a desarrollarlo a partir de los casos *“Almonacid Arellano v. Chile”*⁶ y *“Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú”*⁷.

En ambos aparece la que pasaría a ser la formulación típica de la Corte IDH para referirse al deber de los jueces de ejercer este tipo de control. Dijo la Corte en ambos casos que *“(…) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención*

⁴ Párrafo 27, voto razonado del juez García Ramírez en el caso *“Mirna Mack Chang”* (2003), ya citado. Todos los subrayados del presente trabajo nos pertenecen.

⁵ Párrafo 3, voto razonado del juez García Ramírez en el caso *“Tibi”* (2004), ya citado.

⁶ Sentencia del 26/09/2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). El caso era relativo a la falta de investigación y sanción de la ejecución extrajudicial de las víctimas (Elvira del Rosario Gómez Olivares, Alfredo Almonacid Gómez, Alexis Almonacid Gómez y José Luis Almonacid Gómez), hecho producido durante la dictadura chilena.

⁷ Sentencia del 24/11/2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf). El caso refería al despido ilegítimo de 257 trabajadores del Congreso peruano, que no contaron con un debido proceso para el cuestionamiento de dicha decisión.

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”⁸. Y en el segundo caso, además, agregó expresamente que el control debe realizarse por los jueces de oficio⁹.

Detendremos -por el momento- el análisis del instituto a lo definido por la Corte IDH en estos casos, en los que la figura aparecía de un modo si se quiere embrionario.

Se concibe en estos fallos al control de convencionalidad como una obligación que pesa sobre los jueces (tanto de la Corte IDH como de los Estados miembros)¹⁰, de analizar la compatibilidad entre las normas, actos, hechos u omisiones sometidas a juzgamiento, con lo dispuesto por el texto de la CADH y, agrega la Corte IDH, con la interpretación que del texto de la CADH ha efectuado ella misma, como su intérprete final.

Esta obligación funcionaría como una garantía del denominado “efecto útil” de las cláusulas de la CADH. Ello así pues, de no existir este control, el tratado caería en la problemática de los textos legales destinados a ser un catálogo de buenas intenciones. La

⁸ Párrafo 124 del caso “Almonacid Arellano” (2006), ya citado.

⁹ En el párrafo 128 del caso “Trabajadores cesados” (2006) -ya citado-, dice la Corte IDH: “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones*”. Énfasis agregado.

¹⁰ García Ramírez distingue entre lo que denomina el control de convencionalidad propio u originario, que corresponde a la Corte IDH original y oficialmente, y está destinado a dilucidar la compatibilidad entre las normas, actos, hechos u omisiones de los Estados sometidos al juzgamiento del tribunal internacional; y el control de convencionalidad interno, ejercido por los jueces de los Estados miembros, al analizar la compatibilidad entre las normas, actos, hechos u omisiones de las autoridades internas en relación con lo dispuesto en la CADH y la interpretación que de ella hace la propia Corte IDH. Cfr. García Ramírez, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista Ius*, Vol. 5, Núm. 28 (2011), pág. 124-159.

En el presente trabajo nos referimos, en la terminología del autor, al control de convencionalidad *interno*.

obligación está, entonces, relacionada con el deber del Estado parte de garantizar los derechos de la Convención (art. 1.1, CADH) y de adecuar las normas o prácticas domésticas (art. 2, CADH) a lo dispuesto en la Convención, como modo de cumplir la obligación del art. 1.

Como explica la doctrina¹¹, el control asumiría un doble papel, represivo y constructivo. Por el primero, se obligaría a los jueces a inaplicar normas que resulten incompatibles con las disposiciones de la CADH o con la interpretación que de ella hizo la Corte IDH. Por el segundo, se obligaría a los jueces internos a interpretar el derecho local, que están llamados a aplicar, en concordancia con lo dispuesto en la CADH y la interpretación que de ella hizo la Corte IDH, en lo que se denomina interpretación “armonizante” o “conforme”¹².

Lo anterior refiere al control visto desde la perspectiva de su ejercicio por los jueces internos. Sin embargo, como se expresó más arriba¹³, el control también es ejercido -de modo originario- por la Corte IDH. En estos supuestos, el control también ejercería aquél doble papel, sólo que, en el caso de detectarse la incompatibilidad entre la norma, acto, hecho u omisión sometido a juzgamiento internacional, la Corte IDH declarará su inconventionalidad y obligará al Estado a adecuar su ordenamiento o su conducta a lo dispuesto por la CADH, o a la interpretación que de la CADH ha hecho o haga la propia Corte.

Vinculado a esto último, y ello es fundamental, al ejercer control los jueces interamericanos *construyen* los parámetros de convencionalidad, puesto que ellos mismos

¹¹ Abalos, María Gabriela (2013) “El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia interamericana y su recepción en el derecho argentino”, ponencia presentada en Jornadas de Sociología de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UN Cuyo: La Sociología frente a los nuevos paradigmas en la construcción social y política.

¹² Como destaca Sagués, la doctrina de la interpretación conforme fue creada por la Corte IDH en el caso “Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 23/11/2009, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf, específicamente en el párrafo 339 de ese fallo. Cfr. Sagués, María Sofía, “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, “Control de Convencionalidad”, Max-Planck-Institut, en prensa, 2017, punto 3.

Vale aclarar que nos referimos a la interpretación conforme en el sentido interamericano, y no a la interpretación conforme a la que se refiere la teoría del derecho procesal constitucional (en el sentido de presunción de constitucionalidad de las leyes, y deber del juez constitucional de interpretar primeramente todas las normas de modo que resulten armoniosas con la CN). Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Las sentencias de los tribunales constitucionales”, Editorial Adrus SRL, Lima, 2009, pág. 31 y sgtes.

¹³ Ver nota 9.

han decidido, como hemos visto, que el control incluye tanto lo que la CADH dice expresamente como a lo que los jueces dicen que la CADH dice.

b) La recepción de la doctrina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Luego de la formulación inicial de la doctrina del control de convencionalidad a través de los fallos de la Corte IDH mencionados antes, la CSJN receptoría también sus premisas en el caso “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”¹⁴, que involucró indultos otorgados por el Poder Ejecutivo durante la década de los 90’ en favor de acusados de cometer delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar.

Allí, al declarar la CSJN que los deberes de investigar y enjuiciar este tipo de delitos se encontraban por encima de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem*, y considerar entonces que los indultos presidenciales resultaban inconstitucionales, recepta, repitiendo textualmente lo dicho por la Corte IDH en “Almonacid” (2006), la doctrina del control de convencionalidad. Afirmó la CSJN, en efecto, que “(...) *por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que ‘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 mermados 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 (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo.124)”¹⁵.

Tres años después, en el caso “Videla Jorge Rafael y Massera Emilio Eduardo s/ recurso de casación”¹⁶, que involucró un asunto similar al resuelto en “Mazzeo” (2007), la CSJN

¹⁴ Fallos: 330:3248. Como destaca la doctrina, ya en los casos “Ekmedján c/ Sofovich” (Fallos: 315:1492), “Giroldi” (Fallos: 318:514) y “Nardelli” (Fallos: 319:2557) la CSJN había reconocido el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH para la interpretación de la CADH. Abalos, M. Gabriela (2013) “El Control de Convencionalidad...”, op cit., pag. 10-11.

¹⁵ Fallos: 330:3248, considerando 21.

¹⁶ Fallos: 333:1657.

ratificaría nuevamente su posición anterior, reafirmando el deber de los jueces nacionales de ejercer el control de convencionalidad, así como también que la jurisprudencia de la Corte IDH es una pauta insoslayable de interpretación para todos los poderes en el ámbito de sus competencias. Sostuvo allí textualmente que *“a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que 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”*¹⁷.

Posteriormente, en el caso “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”¹⁸, relativo a la compatibilidad del régimen indemnizatorio previsto en la normativa sobre el servicio militar con el principio de reparación integral, la CSJN, receptando nuevamente lo dicho por la Corte IDH -en esta oportunidad, en el caso “Trabajadores cesados” (2006)-, agregó el requisito de que el control debe ejercerse de oficio por los jueces locales. Sostuvo allí la CSJN textualmente que *“(…) los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”*¹⁹.

Podría concluirse de este somero análisis de la jurisprudencia de la CSJN, que del trinomio “Mazzeo” (2007), “Videla” (2010) y “Rodríguez Pereyra” (2012) surge la recepción, en el derecho argentino, de la doctrina del control de convencionalidad, como obligatoria para los jueces locales, que deberán incorporarla a su modo de razonar y fallar en los casos sometidos a su juzgamiento, e incluso aplicarla de oficio.

c) **Control de convencionalidad y control de constitucionalidad.**

Resulta ahora necesario preguntarnos cuál es la relación entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad. Para ello, primero haremos una breve referencia al control de constitucionalidad, para luego analizar cuál es esa relación y, finalmente, exponer nuestra postura al respecto.

¹⁷ Idem, considerando 8.

¹⁸ Fallos: 335:2333.

¹⁹ Idem, considerando 12 in fine.

1) *Control de constitucionalidad. Nacimiento y características en nuestro sistema.*

La doctrina sobre el control de constitucionalidad, como es sabido, nació bajo la pluma del Juez Marshall en su voto en el conocido caso “Marbury vs. Madison”, fallado en el año 1803.

La Suprema Corte de los Estados Unidos, en sus albores, se vio enfrentada al dilema de si le correspondía observar impávida la existencia de una ley contraria a la constitución, sin contar con el poder de inaplicarla al caso so riesgo de conculcar el principio constitucional de división de poderes, o si le correspondía hacer efectiva la supremacía constitucional (sin que exista en la constitución estadounidense un artículo similar a nuestro art. 31). Ante el dilema, dicho tribunal optó -en una decisión que iba a marcar el rumbo de la historia política americana y de los países que, como Argentina, siguieron su modelo constitucional- por la segunda opción²⁰.

La CSJN, por su parte, receptoría desde el año 1887 la doctrina jurisprudencial sentada a partir de Marbury por su par estadounidense. Lo hizo, en efecto, a partir de los casos “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación”²¹ y “Municipalidad de la Capital c/ viuda de Elortondo”²².

En el primero, se discutía -de modo similar al caso Marbury- si una ley del Congreso podía o no modificar la jurisdicción originaria de la CSJN (establecida en el entonces art. 101 de la CN). La CSJN citó expresamente las palabras de Marshall al decir que “(...) *Es oportuno también citar el caso de “William Marbury vs. James Madison”, en confirmación de la doctrina sostenida invariablemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, de que el Congreso no puede asignar jurisdicción originaria a la Suprema Corte en casos diferentes de los especificados en la Constitución. En dichos casos se establecieron las decisiones siguientes: “Una ley del Congreso repugnante a la Constitución, no es ley”. “Cuando la Constitución y una ley del Congreso estén en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren” (...)*”²³.

En el segundo caso mencionado, relativo a la validez de la ley que disponía la expropiación de la casa de la Sra. Elortondo con el fin de construir una importante avenida porteña, la CSJN ratificó su postura al respecto y ratificó la existencia en nuestro sistema del control de constitucionalidad como una atribución y un deber de los tribunales de

²⁰ Para un análisis completo del fallo y sus implicancias, ver, entre otros, Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Abaco, Buenos Aires, (2002), Tomo 1, pags. 72-92.

²¹ Fallos: 32:120

²² Fallos: 33:162

²³ Fallos: 32:120

justicia. Afirmó allí la CSJN -en una formulación que devendría clásica en la materia- lo siguiente: “*Que 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, comparándolos con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos*”²⁴.

De tal modo, como puede observarse, desde su mismo nacimiento el control de constitucionalidad fue concebido como lógicamente ínsito a la existencia y vigencia misma de la CN, y como un medio necesario a fin de resguardar su efecto útil, esto es, su supremacía como norma fundamental del ordenamiento jurídico (art. 31 CN). Desde su nacimiento, también, fue concebido como una facultad inherente al Poder Judicial.

Las características y particularidades de este tipo de control han sido estudiadas y definidas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Sin entrar en un análisis pormenorizado del asunto, a los fines de este trabajo destacaremos que en nuestro sistema el control es, a rasgos generales, judicial, difuso, para el caso concreto y de carácter excepcional.

2) *¿Cuál es la relación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad?*

La pregunta impone, como requisito previo, adoptar una determinada postura sobre lo que el control de convencionalidad *es*, cuestión que está lejos de tener una respuesta unánime y definitiva, atento al ya recalado carácter jurisprudencial de su construcción doctrinaria, que hace a una teoría, por decir lo menos, confusa.

A los efectos de este trabajo, y en consonancia con lo que fue la formulación inicial de la doctrina del control de convencionalidad por la Corte IDH, lo definiremos como aquella potestad judicial de examinar normas, actos, hechos u omisiones estatales, comparándolas con lo dispuesto en la CADH (o con lo que la Corte IDH interpreta en relación al texto de la CADH), a fin de dilucidar la compatibilidad de aquellos con ésta, y, si se determina una incompatibilidad, así declararlo, imponiendo la adecuación de la conducta estatal con el objeto de garantizar la vigencia de los derechos y garantías consagrados en la CADH.

24 Fallos: 33:162

Volviendo a nuestra pregunta inicial, nos concentraremos en analizar si ambos tipos de control se integran o si deben ser considerados como autónomos el uno del otro, puesto que, de considerar viable la segunda opción, podríamos argüir que la Administración puede ejercer el uno (control de convencionalidad) sin estar ejerciendo el otro (control de constitucionalidad). La respuesta entonces aparece como trascendental para la lógica de nuestra argumentación.

Un cierto sector de la doctrina, que Rosatti denomina²⁵ “ultra-convencionalistas”, entiende que el control de convencionalidad es autónomo del control de constitucionalidad y puede incluso prevalecer sobre este último.

Sagués podría considerarse como uno de los abanderados de esta posición, pues ha sostenido²⁶ que estamos frente a dos dispositivos distintos, con objetivos distintos, y que prevalece -siempre- el primero sobre el segundo.

En sus palabras, *“se puede afirmar que se trata de 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. Tienen en común manejar —en el fondo— un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En el caso de confrontación entre una ley y la Constitución, ello es evidente. En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido, pero de todos modos, si el Estado debe cumplir con la Convención a todo costo, y no puede alegar su Constitución para incumplir al Pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto está jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto: la consecuencia del control de convencionalidad es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada (...). Si se desea, desde otra perspectiva, puede constatarse que en tanto que el pacto puede lesionar jurídicamente a la Constitución, en tanto que su derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir la modificación de ella (...) en cambio la Constitución no puede válidamente lesionar al pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo a tal estado de cosas”*²⁷.

²⁵ Rosatti, Horacio “El llamado “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad” en la Argentina”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 13/02/2012.

²⁶ Sagués, Néstor Pedro, “El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales”, LA LEY, 2009-B, 761.

²⁷ Sagués, Néstor Pedro, “El “control de convencionalidad”, en particular...”, op. Cit., pag. 5-6 (versión digital).

El autor referido manifestó que *"la tesis del control de convencionalidad quiere que siempre prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución, y que ésta sea interpretada 'conforme' y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto"*²⁸.

En similar sentido, Hitters ²⁹ sostiene que ambos tipos de control son paralelos, con lo que en definitiva se admite que además del control de constitucionalidad, existe el control de convencionalidad, por lo que válidamente uno podría ejercerse de modo independiente del otro. Así, dice el citado autor que: *"(...) Lo cierto es que los organismos judiciales internos antes que nada -y esto es obvio- deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisivos se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina (arts. 1.1 y 2 CAHD)"*³⁰ énfasis agregado.

En la otra vereda, Rosatti ha sostenido que no puede desvincularse el control de convencionalidad del tradicional control de constitucionalidad. Así, el actual juez de la CSJN manifiesta que: *"En definitiva (y con expresa referencia a lo que creo de buena fe era la intención de la Convención reformadora de 1994) sostengo que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22) y 116 de la C.N"*³¹.

Observamos en el razonamiento de este último autor cómo se introducen justificaciones constitucionales para refutar la pretendida supremacía del control de convencionalidad.

Así, la cláusula que establece que nunca los tratados podrían ir en contra de los principios de derecho público de nuestra CN (art. 27), el mecanismo de modificación de la CN -estático³²- (art. 30), la supremacía constitucional (art. 31), el modo de inserción de los

²⁸ Sagués, Néstor P., "Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano", LA LEY, 11/08/2010, pag. 4 (versión digital).

²⁹ Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", Estudios Constitucionales, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128.

³⁰ Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad...", op cit., punto III, "Conclusiones", segundo párrafo, versión digital, disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-52002009000200005&script=sci_arttext

³¹ Rosatti, Horacio, "El llamado...", op cit., pag. 7.

³² Como se sabe, nuestra CN (art. 30), en lo referente a su sistema de reforma, se incluye dentro del grupo de aquellas que no pueden reformarse sino por un órgano y siguiendo un procedimiento por ella misma establecido, lo que se denomina doctrinariamente como sistema de constitución rígida o estática. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Tomo I, págs. 377-380.

tratados internacionales de derechos humanos en la CN (art. 75 inc. 22) y el carácter de suprema de la CSJN (art. 116), funcionarían como impedimentos para una subordinación absoluta del derecho argentino al régimen interamericano (esto es, el texto de la CADH más la interpretación que de él haga la Corte IDH).

Bianchi, por su parte, tampoco admite una autonomía del control de convencionalidad sobre el de constitucionalidad, sino que entiende al primero como complementario del segundo, siendo una herramienta a la que los tribunales locales pueden acudir si entienden que las reglas sentadas en sede interamericana resultan de aplicación³³.

3) *Nuestra postura.*

Siempre refiriéndonos al control de convencionalidad interno, esto es, al que están llamados a efectuar (por creación pretoriana de la Corte IDH, receptada como vinculante por nuestra CSJN según la evolución repasada anteriormente) los jueces argentinos, nos inclinamos por la postura que no lo diferencia del “tradicional” control de constitucionalidad.

Esto, fundamentalmente, porque entendemos que la constitucionalización del derecho interamericano de los derechos humanos (art. 75 inc. 22) no pudo significar una modificación estructural de nuestro esquema constitucional, tema sobre el que volveremos en profundidad en el capítulo siguiente.

Entonces, coincidimos con los autores que entienden que el control de convencionalidad nunca puede ejercerse por fuera de los parámetros de la norma suprema, y sí funcionará, en todo caso, como complementario para aquellos casos en los cuales la respuesta no surja clara de nuestro texto constitucional, o de la interpretación que de él hayan hecho sus intérpretes originarios (Poder Legislativo -en primer lugar- y Judicial, CSJN en particular); o bien para el caso en que la respuesta que surja de dichas fuentes resulte de modo contundente como contraria a lo dispuesto en el texto de la CADH.

El control de convencionalidad quedará reservado, entonces, para aquellos supuestos en los que el texto constitucional o los parámetros legales o jurisprudenciales locales no traigan respuestas certeras, o las respuestas que se extraigan de dichas fuentes, como dijimos, sean contundentemente contradictorias con los parámetros convencionales.

De modo que, a los fines de intentar una respuesta a lo planteado en el título de este acápite, consideraremos al control de convencionalidad como una sub-especie del control de constitucionalidad. Al preguntarnos si la Administración puede ejercer control de

³³ Bianchi, Alberto B. “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, *La Ley, Sup. Const.* 2010 (septiembre), 426.

convencionalidad represivo sobre leyes, nos estamos preguntando entonces si puede la Administración ejercer ese tipo de control de constitucionalidad.

Con esa mirada pues, abordaremos someramente la pregunta respecto a qué poder es, en nuestro esquema constitucional, el legitimado para ejercer control represivo sobre leyes dictadas por el Poder Legislativo.

d) El control de convencionalidad (constitucionalidad) represivo como una potestad del Poder Judicial.

Como se repasó en los acápites anteriores, tanto el control de convencionalidad como el control de constitucionalidad nacieron como creaciones jurisprudenciales destinadas a asegurar la vigencia práctica, o “efecto útil”, de los instrumentos normativos cuya supremacía se quiere preservar (CADH y constituciones nacionales). En ambos supuestos, asimismo, originariamente se concibió a la potestad de declarar la inconstitucionalidad-inconvencionalidad, como perteneciente a la órbita del Poder Judicial.

Sin embargo, en un cierto momento de la evolución de la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH, como veremos, comenzó a insinuar que ese control debía ser ejercido no sólo por los jueces sino por todas las autoridades estatales.

Atento a que hemos tomado postura por considerar a ambos tipos de control en una relación de género a especie, si admitiésemos que el control de convencionalidad debe ser (como aparentemente quiere decirnos la Corte IDH) ejercido por todas las autoridades estatales, deberíamos también admitir que el control de constitucionalidad -incluso el represivo sobre leyes- puede ser ejercido por la Administración.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento para considerar al Poder Judicial como el único legitimado para ejercer este control? La doctrina, especialmente la norteamericana, ha discutido de modo arduo la cuestión, principalmente por el hecho de que no existe una cláusula constitucional (en el texto americano³⁴) de la que se desprenda expresamente el poder de ejercer este control.

Como destaca Bianchi³⁵, a partir de esa falta de reconocimiento explícito en la constitución americana, y por el hecho de que los jueces serían el poder de menor

³⁴ Como destaca Bianchi, desde la reforma constitucional de 1994 en nuestro esquema constitucional encontramos una referencia expresa al control de constitucionalidad en el art. 43, que reconoce el poder del juez para, en el caso concreto, declarar la inconstitucionalidad de la norma, acto, hecho u omisión lesiva. Bianchi, Alberto B., *Control...*, op. cit., Tomo 1, p. 29, especialmente nota 1.

³⁵ Para un repaso de las distintas posturas doctrinales en los Estados Unidos y en la Argentina, ver Bianchi, Alberto B., *Control...*, op. cit., Tomo 1, capítulo 2.

legitimidad democrática (en tanto no cuentan con respaldo electoral *directo*), se cuestiona que puedan ejercer control sobre actos de los otros dos poderes del Estado, que sí cuentan con respaldo democrático directo.

El autor citado, a quien seguimos en el desarrollo del punto, luego de dar por cierta la necesaria existencia del control, se pregunta qué órgano es el más apto para ejercerlo.

Habiendo dejado sentado que ninguna de las posiciones (a favor y en contra) de la legitimación judicial serán enteramente convincentes, pues, según dice con razón “(...) *el sistema no es perfecto, como no lo es ninguna realización humana y el nuestro, en todo caso, no es ni mejor ni peor que los restantes. Como muchas otras instituciones, será bueno o malo según cómo se lo emplee*”³⁶, encuentra cuatro argumentos para justificar esta legitimación en cabeza del Poder Judicial.

En primer lugar, dice, es de la esencia misma del Poder Judicial -en tanto poder del Estado- la facultad de verificar la validez de las normas que va a aplicar. En segundo lugar, la necesidad de los jueces de resolver correctamente los casos, por lo que, si se enfrentan a una norma contraria a la CN, necesariamente deberán aplicar ésta última. En tercer lugar, el hecho de que el control de constitucionalidad judicial tiende a favorecer el equilibrio de poderes, máxime porque el Poder Judicial aparece, en comparación con los demás poderes, como el que representa un menor peligro para las libertades individuales, y por lo tanto sería el más apto para garantizar aquel equilibrio. En último lugar, porque el sistema de control de constitucionalidad es difuso y para el caso concreto, por lo que en verdad el juez no posee poder derogatorio de la norma, sino tan sólo aparta su aplicación para la solución del caso concreto³⁷.

Por nuestra parte, entendemos que el mayor fundamento para la justificación de la potestad de ejercer control de constitucionalidad (y convencionalidad) en el Poder Judicial reside en una combinación de los argumentos 1° y 3° del citado autor.

En efecto, en tanto poder del Estado, el Judicial debe contar con la potestad de analizar si las leyes, actos, hechos u omisiones que se someten a juzgamiento encuadran o no dentro de los parámetros constitucionales. De lo contrario, perdería su condición de poder del Estado, puesto que se convertiría en el juez boca de la ley que pregonaba Montesquieu, un autómeta.

Por otro lado, en tanto la CN establece el régimen republicano de gobierno (arts. 1 y 5), y en cuanto es parte integrante de lo que se concibe como república, un sistema de

³⁶ Bianchi, Alberto B., *Control...*, op. cit., Tomo 1, p. 219.

³⁷ Cfr. Bianchi, Alberto B., *Control...*, op. cit., Tomo 1, p. 219 y ss.

división, equilibrio y control recíproco entre poderes, es claro que es el Judicial -por las garantías constitucionales de independencia e inamovilidad- el más neutro (al menos en la teoría) a la hora de juzgar si los demás poderes del Estado han sobrepasado o no el límite de sus atribuciones, de modo tal de asegurar ese equilibrio.

Es importante resaltar entonces que tanto el sistema de control de constitucionalidad como la atribución de los jueces argentinos para ejercerlo cuentan con fundamento constitucional explícito e implícito.

Explícito pues desde la reforma constitucional de 1994, se reconoce -en el marco del amparo (art. 43, CN)- la facultad *judicial* de declarar la inconstitucionalidad de las normas.

Implícito, pero no por ello menos trascendental, en uno de los pilares de nuestra organización constitucional, esto es, el régimen republicano de gobierno y, con él, el esquema de división, equilibrio y control recíproco entre los poderes.

El régimen republicano es, a nuestro entendimiento, y en los términos del art. 27 de la CN, uno de los más importantes principios de derecho público de nuestra Constitución, y que el control de constitucionalidad sea ejercido por el Poder Judicial, vendría a ser una característica fundamental de la división de poderes y, por tanto, de la república. Volveremos sobre el punto, pero conviene ya dejarlo sentado.

Pensamos también que el fundamento constitucional de la atribución judicial de ejercer control de constitucionalidad es el aseguramiento de la eficacia de aquel sistema de división de poderes.

En tanto la CN quiere establecer un régimen republicano de gobierno, del cual la potestad de los jueces de verificar la constitucionalidad de las normas y actos de los demás poderes del estado forma parte integrante, esta potestad -y su titularidad exclusiva en cabeza del Poder Judicial- se convierte en un fin constitucional a asegurar.

Capítulo 2

a) Evolución de la doctrina de la Corte IDH con relación a los órganos encargados de efectuar control de convencionalidad. Aclaraciones.

Ya hemos analizado que, en un principio, la doctrina establecida por la Corte IDH con relación al denominado “control de convencionalidad” concibió a este tipo de control como un deber de los órganos judiciales. También la CSJN concibió a este control como un deber judicial.

Sin embargo, la Corte IDH, en una evolución expansiva de la doctrina del control de convencionalidad, ha llegado a estipular que todas las autoridades estatales deben ejercer control de convencionalidad. Veamos.

Fue en el caso “Gelman vs. Uruguay”³⁸, relativo a la ley de amnistía por delitos de la dictadura uruguaya, que había tenido doble referéndum popular legitimador de su validez, y al declarar -no obstante dicha manifestación contundente de la soberanía popular uruguaya-, que las mencionadas leyes de amnistía eran contrarias a la CADH, que la Corte IDH afirmó expresamente que el control de convencionalidad constituye una función y tarea de cualquier autoridad pública, no solo del Poder Judicial.

En efecto, afirmó allí la Corte -en clara referencia al referéndum uruguayo- que *“La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”*³⁹ - énfasis agregado-

Con posterioridad, esta fórmula fue repetida por la Corte IDH, entre otros, en los casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”⁴⁰, en la supervisión de sentencia del caso

³⁸ Sentencia de 24/02/2011 (Fondo y Reparaciones, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf).

³⁹ Párrafo 239 de la sentencia de la mayoría en “Gelman” (2011), ya citado.

⁴⁰ Sentencia del 30/11/2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf), párrafo 142.

“Gelman” (2011)⁴¹, en el caso “Liakat Ali Alibux vs. Surinam”⁴², en el de “Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”⁴³, en la opinión consultiva 21/14⁴⁴, y en el caso “Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador”⁴⁵.

Más recientemente, también reiteró esta posición en los casos “Andrade Salmón vs. Bolivia”⁴⁶, “Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala”⁴⁷ y en el caso “Petro Urrego v. Colombia”⁴⁸. En todos ellos, la Corte IDH se encarga de dejar sentado que, en su interpretación, “*todas las autoridades*” de un Estado Parte en la Convención tienen a su cargo ejercer control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Cabe resaltar que la Corte IDH reconoció, sin embargo, que ese ejercicio del control de convencionalidad que estaría en cabeza de cualquier autoridad pública, debía ser efectuado “en el marco de sus respectivas competencias” y “de las regulaciones procesales correspondientes”⁴⁹.

Este podría ser, como veremos más abajo, un argumento central -de entre los varios que serán expuestos- para justificar que en nuestro país la Administración nunca podría ejercer control de convencionalidad represivo sobre leyes atento a que, en nuestro esquema constitucional y como dijimos más arriba, aquella no se encuentra habilitada constitucionalmente para tal función. De tal modo, y por esas razones, el ejercicio del control de convencionalidad está fuera del ámbito de las competencias de la

⁴¹ Caso “Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20/03/2013, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf especialmente en el párrafo 97.

⁴² Sentencia del 30/01/2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf) párrafo 25.

⁴³ Sentencia del 28/08/2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf), párrafo 471.

⁴⁴ Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19/07/2014, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf párrafo 31.

⁴⁵ Sentencia del 17/11/2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf) párrafo 103.

⁴⁶ Sentencia del 01/12/2016 (Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf), párrafo 93.

⁴⁷ Sentencia del 14/10/2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_387_esp.pdf) párrafo 58.

⁴⁸ Sentencia del 08/07/2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf) párrafo 103 in fine.

⁴⁹ Párrafo 193, “Gelman” (2011) ya citado.

Administración local -y tampoco ha sido reconocido en alguna regulación procesal- en términos de la propia Corte IDH.

Por otro lado, llamamos la atención respecto a que en ninguno de los casos en los que la Argentina ha sido parte la Corte IDH ha estipulado que sea deber de cualquier autoridad pública -y no solo del Poder Judicial- ejercer el control de convencionalidad.

Podríamos entonces sostener, en línea con aquellos que niegan el valor *erga omnes* de las decisiones de la Corte IDH y que sólo aceptan que las sentencias del tribunal son obligatorias en aquellos casos en que la Argentina ha sido parte⁵⁰, que no es exigible para la Administración argentina el ejercicio del control de convencionalidad represivo sobre leyes, e incluso podríamos decir que no es exigible que ésta ejerza ningún tipo de control de convencionalidad. Sin embargo, este razonamiento es fundamentalmente temporal, porque bastaría que la Corte IDH deslice un párrafo en este sentido para que el argumento caiga.

Volviendo a nuestro tema, parecería que a partir de la doctrina de la Corte IDH sentada en la serie que comenzó con “Gelman” (2011) podría sostenerse que, a criterio de dicho tribunal, todos los poderes del Estado deben ejercer control de convencionalidad, una de cuyas facetas más salientes sería, como vimos en el Capítulo 1, la inaplicación de leyes que, según parámetros interamericanos, sean inconvencionales.

Así, para el supuesto que es objeto de este trabajo, podría sostenerse que la Administración -como poder del Estado o “autoridad pública”, en los términos de la Corte IDH- tendría la obligación de efectuar un análisis de convencionalidad de las leyes que aplica, apartándose de ellas -es decir, dejando de aplicarlas- en caso de que resulten contrarias al texto de la CADH o a la interpretación que de ella realiza la Corte IDH.

Estamos en contra -como adelantamos- de dicha interpretación. Ya hemos sostenido, en los párrafos anteriores, dos argumentos para quitarle eficacia⁵¹. Analizaremos ahora otro

⁵⁰ Postura que se basa en la redacción del art. 68 de la CADH. En Argentina, uno de los más lúcidos expositores de la postura ha sido el ex Procurador Esteban Righi, quien en el punto 5° de su Dictamen emitido en el caso “Acosta”, correspondiente a Fallos: 335:533, analizó, entre otras, esta cuestión.

⁵¹ (i) La propia Corte IDH reconoce que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todas las autoridades públicas en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales locales; (ii) no ha estipulado en ningún caso en que la Argentina sea parte, al menos hasta ahora, este deber de toda autoridad pública. El segundo argumento es estrictamente temporal, y en el último capítulo esbozaremos nuestra postura frente a una sentencia interamericana que imponga a la Administración local el deber de ejercer control de convencionalidad represivo sobre leyes.

argumento, relacionado con el modo en que se incorporaron los TIDH a la CN en la reforma del 94’.

b) El sistema interamericano en la reforma constitucional de 1994.

La reforma constitucional de 1994 vino a constitucionalizar un tema que era hasta entonces debatido en doctrina, y a cuyo respecto los fallos de la CSJN habían ido marcando una evolución que finalmente se plasmaría en el conocido art. 75 inc. 22 de la norma fundamental: la jerarquía normativa de los tratados internacionales⁵².

En lo que aquí interesa, esto es, la constitucionalización de una serie de tratados que versan sobre derechos humanos, el artículo citado expresa lo siguiente: “(...) *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 Cruelles, 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 (...)*” (se agrega el subrayado).

¿Qué significa que esos tratados, entre ellos la CADH, “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”? La doctrina argentina ha discutido arduamente sobre el asunto. Específicamente, las controversias doctrinarias giran en torno a la frase “en las condiciones de su vigencia”.

⁵² Para un repaso de la evolución jurisprudencial del máximo tribunal respecto a la jerarquía de los tratados con relación a la norma legal, ver, por ejemplo, el resumen que hace de la cuestión el Dr. Fayt en su voto en disidencia en el caso “Simón” (Fallos: 328:2056 especialmente considerandos 51 a 56).

Para un sector de la doctrina, esta fórmula implica que la República, al incluir a los textos en el denominado “bloque de constitucionalidad federal”⁵³, se habría obligado no sólo a las disposiciones que surjan del texto del tratado, sino también a las interpretaciones que del texto realicen los órganos internacionales que los tratados crean.

Esta es la postura de Gelli, quien nos dice que “[l]as condiciones de vigencia de los tratados indican tanto el modo en que fueron aprobados y ratificados por la República Argentina, es decir, con las reservas respectivas, como el alcance interpretativo dado a las cláusulas del tratado por la jurisprudencia internacional”⁵⁴.

Desde otra postura, para Haro⁵⁵ la frase alude a los términos en que las convenciones internacionales se encuentran en vigor en nuestro país a partir de su ratificación.

En similares términos, también Rosatti⁵⁶ critica a la postura que interpreta a la frase concluyendo que no sólo el texto sino también la interpretación de los tratados serían incorporados al sistema argentino, obligando así a los jueces locales a seguir la interpretación dada en sede internacional, que incluso prevalecería (para la tesis que critica) sobre toda otra disposición o interpretación nacional.

Coincide con Haro en que la frase alude a las condiciones en que el país signa el tratado: con o sin reservas, y según éstas, si las hubo. Además, resalta que el fundamento histórico de la incorporación de la frase, fue el deseo de un grupo de convencionales constituyentes, de elevar a jerarquía constitucional la reserva efectuada por la Argentina al firmar la Convención Sobre los Derechos del Niño, en relación al concepto de niño (“todo ser

⁵³ La expresión fue acuñada por Bidart Campos (Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, Segunda reimpresión, EDIAR, Buenos Aires, 1996, pág. 342).

⁵⁴ Ver Gelli, Ma. Angélica, *Constitución Argentina comentada*, Segunda edición, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 593.

⁵⁵ Haro, Ricardo, “Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, *Revista Ius et Praxis* · Año 9 · N° 1. Nos dice el autor que “*En los Tratados Internacionales, existen instituciones como la «reserva» que según la Convención de Viena de 1969, se trata de «una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado».*

En este sentido y respecto de los mencionados en el citado inc. 22 art. 75, cabe recordar que nuestro Estado ha formulado «reservas» a los siguientes Documentos: a) «Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio», de 1948 y ratificado en 1956; b) «Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966 y ratificados con reservas en 1986; c) «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer», de 1979 y ratificado en 1985; d) «Convención sobre los Derechos del Niño», de 1989 y ratificado en 1990”. Ibídem, punto 6.a), núm 31, versión digital, disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100006

⁵⁶ Rosatti, Horacio “El llamado...”, op cit., pag. 2 (versión digital).

humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad”, según la reserva referida) y al discutido tema del aborto⁵⁷.

Sagués, por su parte y desde un enfoque similar, ha expresado al respecto que “[s]u rango constitucional lo es ‘en las condiciones de su vigencia’, vale decir, al día en que fueron asimilados por la Convención a la Constitución. Habrá que meritar, entonces, las reservas, declaraciones interpretativas, salvedades o demás excepciones realizadas por la Argentina al ratificar tales instrumentos”⁵⁸.

Coincidimos con la postura que entendemos es la mayoritaria, por el argumento histórico (lo que los convencionales constituyentes quisieron decir), y porque, en nuestro entendimiento no se condice con nuestro sistema de reforma constitucional que es rígido o estático (art. 30 CN), la posibilidad de que interpretaciones jurisprudenciales efectuadas por organismos internacionales, tengan un efecto mutativo sobre las cláusulas constitucionales. Ello implicaría justamente lo contrario a lo que -según hemos visto- quisieron asegurar los convencionales del 94’ al aditar la frase “en las condiciones de su vigencia” finalmente incorporada al texto constitucional.

Sobre esta base, a nuestro entender, no podría sostenerse válidamente que la doctrina de la Corte IDH que estipula que cualquier autoridad debe ejercer control de convencionalidad, es vinculante -con fundamento constitucional en el art. 75. Inc. 22- para la Administración.

En efecto, aun cuando aceptemos la doctrina del control de convencionalidad -del modo en que ha sido aceptada por el máximo tribunal argentino- nunca podríamos otorgarle un alcance semejante que haga quebrar la base misma del esquema constitucional argentino de separación de poderes que, como vimos, pone el ejercicio del control de constitucionalidad/convencionalidad en cabeza del Poder Judicial.

Otorgarle a la doctrina interpretativa de la Corte IDH tal poder expansivo y mutativo del sistema constitucional argentino, no se condice, como vimos, con la intención del convencional constituyente al consagrar la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, ni con el carácter rígido de nuestra CN (art. 30), que no fue reformado en el 94’.

c) Control de constitucionalidad (y de convencionalidad) por la Administración.

⁵⁷ Cfr. Rosatti, Horacio “El llamado...”, op. Cit., pag 2 (Versión digital).

⁵⁸ Sagués, Néstor P., *Manual de derecho constitucional*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 168.

1) Posturas doctrinarias: la cuestión de la Administración frente a la ley inconstitucional.

Teniendo en cuenta que hemos asimilado al control de constitucionalidad con el control de convencionalidad, concibiendo a éste como una especie de aquél, corresponde ahora hacer un breve repaso de las posturas doctrinales que existen en relación a si la Administración puede o no ejercer control de constitucionalidad. Esto es necesario e ineludible en razón de que, por la referida asimilación, la posición que se adopte ante ese dilema condicionará también la respuesta que deba darse al interrogante de si la Administración puede o no ejercer control de convencionalidad represivo sobre leyes.

El tema del acápite ha sido abordado profundamente por la doctrina administrativista argentina, a la que cabe remitir⁵⁹. A los efectos de este trabajo, baste destacar que las aguas se dividen entre aquellos que aceptan y aquellos que no aceptan que la Administración deje de aplicar una ley por considerarla inconstitucional.

Marienhoff⁶⁰, a partir de la distinción entre la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicación de la ley inconstitucional, admitía que Administración solo podía hacer esto último, puesto que la primera opción, en su entendimiento, sería resorte exclusivo del Poder Judicial. El fundamento para el reconocimiento de la potestad administrativa en el segundo caso, esto es, la potestad administrativa para “inaplicar” la ley considerada inconstitucional sin “declarar” su inconstitucionalidad, era encontrado por el autor en la sujeción de la Administración a la CN.

Julio Pablo Comadira⁶¹, sostiene que un elemento central del bien común o interés público es 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, admitiendo entonces que la Administración inaplique leyes por considerarlas inconstitucionales o inconventionales, y entendiendo que la Administración tiene un poder inherente a tales efectos, en tanto estaría así cumpliendo con el art. 31 CN, dando pleno efecto a la CN.

⁵⁹ Ver, entre otros: Villaruel, María Susana, “La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional” en *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Buenos Aires, RAP, 2013, AA. VV., págs. 415-421; Buteler, Alfonso, “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, 2015, vol. 2, n° 3, pág. 169-182.

⁶⁰ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5° edición actualizada reimpresión, Tomo I, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2000, pág. 430-431.

⁶¹ Ver en Comadira, Julio Pablo, “La Administración Pública frente a la ley inconstitucional o inconventional en el Procedimiento Administrativo”, en Pozo Gowland, Héctor, *Procedimiento Administrativo, La Ley*, Tomo II, pág. 846.

En la otra vereda, autores como Gordillo, Bianchi, y Balbín han negado la posibilidad de que la Administración ejerza control de constitucionalidad, principalmente bajo argumentos que se fundan en la división de poderes, el principio de legalidad, la presunción de validez de las leyes y la función constitucional de la Administración.

Gordillo, en un primer momento había criticado la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) que no aceptaba que la Administración inaplique una ley inconstitucional, sosteniendo que “[m]ás lógico es, en cambio, que el Poder Ejecutivo, confrontado con la inconstitucionalidad de una ley que debe ejecutar, dicte un acto conforme a las normas constitucionales; pero como ello a su vez comporta el peligro de que el Poder Ejecutivo, con la excusa de que a su criterio la ley es inconstitucional, no cumpla tampoco las leyes verdaderamente constitucionales, debe adoptarse una solución equidistante. En consecuencia, el Poder Ejecutivo puede y debe apartarse de la legislación sólo cuando la inconstitucionalidad de la misma está razonablemente demostrada”⁶².

Sin embargo, posteriormente el autor, admitiendo que “[e]l tiempo no hace sino ratificar la sabiduría que animó al criterio tradicional de la Procuración del Tesoro de la Nación”⁶³, niega la posibilidad de que la Administración inaplique una ley inconstitucional.

Bianchi⁶⁴, por su parte, entiende que la función constitucional de la Administración, su cometido primordial, es la ejecución de las leyes, por lo que realizar un juicio de valor acerca de la constitucionalidad de las normas implica un ejercicio que no está llamada a realizar, y que además implicaría un descalabro en el sistema de división de poderes y en el principio de presunción de legalidad de las leyes.

Critica el autor la diferenciación efectuada por Marienhoff al distinguir entre el control de constitucionalidad y la inaplicación de la ley, pues no se encuentra una distinción entre ambos supuestos en la práctica, siendo evidente que cuando se inaplica una ley se está ejerciendo control de constitucionalidad sobre la misma. Por nuestra parte, no podemos sino coincidir con el autor, por la clara lógica de su razonamiento, que no requiere mayores indagaciones.

⁶² Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho administrativo*, primera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 64 y siguientes.

⁶³ Ver en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, capítulo VII- pág. 16, en especial nota 41.

⁶⁴ Bianchi, Alberto, *Control...*, op. cit., pág. 245.

Balbín⁶⁵, por último, encuentra como argumentos principales para negar que la Administración inaplique una ley inconstitucional, la presunción de legitimidad de las leyes y el hecho de que el Poder Ejecutivo cuenta con otras herramientas constitucionales -entre ellas, el veto, la presentación de un nuevo proyecto de ley- para “eliminar” la norma cuestionada del mundo jurídico, herramientas que sí encuentran fundamento en la Constitución y que no implican arrogarse funciones propias de otro poder del Estado.

La doctrina de la PTN también ha acusado recibo de ambas posturas⁶⁶, aunque en los últimos dictámenes parece prevalecer la postura negativa.

Así, con Balbín como Procurador General, en el año 2017, se emitió el dictamen publicado en Dictámenes 300:158, en el cual se sostiene que, si bien el Poder Ejecutivo puede resolver la inaplicabilidad valiéndose de un precedente resuelto por la CSJN, ello requiere que no exista ninguna diferencia apreciable entre el marco fáctico y jurídico del caso judicial y aquel en cuyo marco debe adoptar la decisión la Administración, situación que es de acaecimiento prácticamente imposible, pues los casos a resolver nunca son “idénticos”.

Refiere luego a los supuestos en que, pese a no verificarse una identidad total, 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 estos supuestos “*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)*”⁶⁷.

Ahora bien, ¿son trasladables estos argumentos -a favor y en contra- para el análisis de si la Administración puede o no ejercer el denominado “control de convencionalidad”? Recordemos que, en nuestra postura, el control de convencionalidad es una especie del

⁶⁵ Balbín, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 116.

⁶⁶ Tradicionalmente la PTN sostuvo la imposibilidad constitucional de la Administración de inaplicar una ley inconstitucional, resorte exclusivo del poder judicial. Así, por ejemplo, en dictámenes: 67:189; 72:137; 64:100; 64:105; 70:118, se 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 CN: veto legislativo, presentación de un proyecto de derogación de ley, o plantear la inconstitucionalidad de la ley ante el Poder Judicial.

Luego, con Marienhoff como Procurador General, se acepta la tesis positiva. Ver Dictámenes: 84:182; 186:140; 168:28; 159:83; 186:140; 176:116, entre otros.

⁶⁷ Dictámenes 300:158, disponible en: <https://api.ptn.gob.ar/files/300-158.PDF> .

control de constitucionalidad, no revistiendo autonomía frente a este último. Si esto es así, entonces, la respuesta positiva se impone, y los mismos argumentos utilizados para admitir -o negar- la posibilidad de que la Administración inaplique una norma por considerarla inconstitucional -o, lo que es lo mismo, que declare su inconstitucionalidad- podrían ser válidamente utilizados para admitir -o negar- que la Administración inaplique una norma por considerarla inconvencional, o, lo que es lo mismo, que declare su inconvencionalidad.

2) *Nuestra postura.*

Coincidimos con los autores que niegan la posibilidad de que la Administración ejerza control de constitucionalidad-convencionalidad.

En primer lugar, creemos que bajo la utilización doctrinaria, a estos efectos, del denominado “principio de juridicidad” (por oposición a la tradicional *legalidad*) se esconde una trampa.

Resulta de toda lógica admitir que la Administración -como todo poder del Estado, y como cualquier persona humana o jurídica- se encuentra sometida al conjunto del ordenamiento jurídico, compuesto por leyes, pero también por la Constitución, los TIDH con jerarquía constitucional, los principios generales del derecho, la costumbre, la jurisprudencia, y todo el sistema de fuentes. Nadie puede negar eso.

Ahora bien, que por sobre las leyes formales se encuentre la CN -o el “bloque de constitucionalidad”- no podría implicar nunca que todos los sujetos del ordenamiento tengan vía libre para interpretar y decidir si el sistema de jerarquía de fuentes es acorde o no con las fuentes superiores en gradación, pues, de suceder eso, el concepto mismo de jerarquía normativa perdería toda razón de ser.

Por otro lado, la propia CN establece un sistema para la decisión de si una norma ha violado o no lo dispuesto en su texto, y lo pone en cabeza del Poder Judicial (art. 116 y sgtes, art. 43 CN). Es la propia CN la que delimita las competencias constitucionales de cada poder del Estado, y lo hace con miras a restringir los poderes estatales a un ámbito delimitado, para evitar que los posibles desbordes de las autoridades atenten contra las libertades individuales.

Creemos que, si se acepta la posibilidad de que la Administración ejerza control de constitucionalidad-convencionalidad bajo el argumento de que ella *debe* velar por la preservación del bloque de constitucionalidad, en verdad se le está atribuyendo un poder que la propia CN ha reservado a otro estamento del Estado. Así, reconocer ese poder a la Administración bajo esos fundamentos, en última instancia, atenta a nuestro criterio

contra la propia CN, que precisamente existe para que a cada poder actúe en el limitado y específico ámbito de las atribuciones que ella misma establece, para la mejor satisfacción de los intereses de toda la población. Es ese el fundamento básico y último del esquema de división de poderes.

En cuanto al argumento que entiende a la función administrativa asociada indisolublemente con la gestión de un "bien común" en el que estaría comprometido la vigencia irrestricta de la CN, las ideas trazadas en los párrafos anteriores son trasladables.

No hay mayor bien común que el comprometido en el respeto del reparto constitucional de las funciones, y, por otro lado, todos los poderes del Estado, justamente *en el ámbito de sus atribuciones*, deben velar por el logro de ese bien común. Sin embargo, de esta afirmación no podría nunca admitirse que el Judicial administre, o el Ejecutivo dicte una ley, o el Legislativo juzgue, pues no son sus funciones constitucionales. Ello, claro está, a menos que estuviera previsto expresamente en la CN.

De igual modo, no puede bajo el argumento de la satisfacción del "bien común" admitirse que la Administración juzgue la constitucionalidad de leyes, resorte constitucional del Judicial, cuando ello no está previsto en la CN.

Sentado lo dicho, veamos ahora cómo ha abordado la doctrina administrativista la posibilidad de que la Administración ejerza control de convencionalidad.

3) *La doctrina sobre la Administración ejerciendo control de convencionalidad.*

A partir de la doctrina que inició con el caso "Gelman" (2011), distintos autores han abordado la cuestión de nuestro título.

Sagués⁶⁸ comienza por diferenciar los roles represivo y constructivo del control de convencionalidad: el primero consiste en la inaplicación de la norma considerada inconveniente (lo que es lo mismo, según dijimos, a la declaración de su inconstitucionalidad/inconveniente), y el segundo en realizar lo que el autor denomina un "reciclaje" de las normas internas, para que sean compatibles con la normativa y la jurisprudencia interamericana.

Admitiendo que la Administración debe realizar control de convencionalidad, aún de oficio, distingue dos supuestos en los que la tarea del administrador será distinta: aquél

⁶⁸ Sagués, Néstor P. "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XXI. Bogotá, 2015, DR © Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., pág. 141-149.

en el cual la Administración ejerce función materialmente legislativa, y aquél en el cual la Administración realiza función típicamente administrativa, esto es, aplica normas.

Para el primer supuesto, Sagués nos dice que la Administración deberá emitir normas (de las que está habilitada constitucionalmente para emitir, tales como decretos, conf. Arts. 76, 99.1, 99.2, y 99.3 CN) conformes con la CADH y la interpretación que de él hace la Corte IDH, y también debe dejar sin efecto aquellas normas que ella misma dictó y que sean contrarias a ese cuerpo normativo/interpretativo.

Coincidimos plenamente con el autor en este punto y creemos que no existen mayores discusiones al respecto pues, tal como lo admitió la CIDH, cada autoridad, en el marco de sus competencias y de acuerdo a los procedimientos internos de cada Estado, debe ejercer control de convencionalidad. Entonces, la Administración al ejercer sus funciones constitucionales puede y debe ejercer este control, pero siempre dentro del límite que la propia CN establece para esas funciones o competencias.

Para el segundo supuesto, esto es, la Administración como aplicadora de normas, vuelve a utilizar las categorías control represivo- control constructivo de convencionalidad.

Respecto al control constructivo, nos dice que los órganos de la Administración deberán *“hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la “interpretación conforme” ya reseñada. En otras palabras (...), tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar “construcción de interpretaciones” por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas con el citado Pacto y jurisprudencia regional”*⁶⁹.

Respecto al control represivo, el referido autor admite que la cuestión es ríspida cuando se presenta el supuesto de colisión ley-parámetros convencionales, dado el principio de legalidad al que la Administración está sometida.

Atento a que el control de convencionalidad se debe ejercer, de acuerdo con la propia jurisprudencia interamericana, *“según el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo realiza”*, si en un país el Ejecutivo no está habilitado para efectuar un control represivo de constitucionalidad, tampoco lo estará para ejercer el control de convencionalidad bajo esta variante, esto es, el control de convencionalidad

69 Sagués, Nestor P., “Notas...” op. cit., pag. 146.

que conduce a inaplicar una ley o, lo que es lo mismo, repetimos, declarar su inconstitucionalidad.

Al no admitir que el Ejecutivo tenga esa facultad, el autor considera forzoso, en ese supuesto, reconocerle a la Administración legitimación judicial para postular la inconvencionalidad, atento a la jurisprudencia inmutable de la CSJN que establece, en nuestro país, la inexistencia de una acción para el mero control de legalidad o “acción popular”⁷⁰.

Gutiérrez Colantuono⁷¹, al preguntarse si las Administraciones Públicas pueden declarar inconvencional y/o inaplicar una ley en su propia sede, recepta la distinción propuesta por Marienhoff entre inaplicación de la ley y declaración de inconstitucionalidad, aceptando como posible la primera, pero negando la segunda, con fundamento en el art. 109 de la Constitución Nacional.

Nos dice el autor: *“La inaplicabilidad sea por razones de inconvencionalidad o por razones de inconstitucionalidad no nos parece ser un tema complejo, es ello posible en el reparto constitucional argentino de división de poderes. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad parece tener algún grado de mayor complejidad justamente por la exclusiva y excluyente actividad de control que en este punto ejerce el poder judicial en un sistema judicialista como el argentino. Por principio general le corresponde a este y no a las Administraciones Públicas la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, pero ello con algún matiz. En efecto, si se registran por fuera del poder judicial órganos que desarrollan materialmente actividad judicial, son estos entonces quienes también podrán, ejerciendo el debido control de convencionalidad, declarar inconvencional una norma”*⁷².

Pero esta interpretación, a nuestro criterio, carece de justificación y no permitiría justificar la posibilidad de que la Administración inaplique leyes que considera inconstitucionales. Es que, en efecto, ya hemos dejado en claro que esa diferenciación -entre la inaplicación de una ley y su declaración de inconstitucionalidad- es en rigor falaz por carecer de efectos prácticos. ¿Por qué motivo podría la Administración dejar de aplicar una ley si no es porque la considera inconstitucional? ¿No es de toda lógica admitir que al no aplicar la ley, está previamente declarando –aunque sea de modo tácito- su inconstitucionalidad?

⁷⁰ El criterio tradicional del máximo tribunal en la materia establece que quien reclama debe acreditar un especial interés digno de protección, a los efectos de la configuración de un caso contencioso que habilite la función jurisdiccional (Fallos: 1:27; 1:292; 95:51 y 115:163, de entre los más añejos).

⁷¹ Gutiérrez Colantuono, Pablo A. “El control de convencionalidad interno y el rol preventivo de las Administraciones Públicas”, tesis doctoral, Universidade Da Coruña, 2020, pág. 190.

⁷² Gutiérrez Colantuono, Pablo A, “El control...” op cit., pág. 190.

El profesor Sammartino⁷³, analizando la temática de las normas legales con “categorías sospechosas”, entiende que la Administración debe en dichos casos inaplicar las normas, en seguimiento de la doctrina sentada por la CSJN, pues haciendo eso, está en verdad aplicando el antecedente de derecho (causa, art. 7 inc. d) LNPA) válido, esto es, la constitución convencionalizada, que tiene, en sus palabras, fuerza normativa y obliga a la Administración a su aplicación directa.

Niega Sammartino que en esos supuestos la Administración esté ejerciendo control de constitucionalidad, pues no estaría definiendo conflictos con fuerza de verdad legal, y niega también que con esa interpretación se afecte la división de poderes, pues sólo admite que la Administración inaplique una ley en aras a ampliar derechos, con lo que, en su entender, se están protegiendo las libertades individuales, fin último del principio de división de poderes, que no podría entonces decirse afectado.

Otros autores, como Castilla Juárez⁷⁴, aun admitiendo que todos los órganos del Estado deben ejercer control de convencionalidad -según la doctrina de la Corte IDH-, encuadran el ejercicio de ese control en las funciones específicas de cada órgano, delimitadas a su vez por cada ordenamiento interno.

4) *Nuestra postura.*

Repetimos aquí las consideraciones efectuadas al criticar las posturas doctrinales que admiten que la Administración ejerza control de constitucionalidad sobre las leyes. Ello es de toda lógica, pues desde el inicio del trabajo planteamos al control de

⁷³ Sammartino, Patricio, “La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado Constitucional”, en Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales. Departamento de Derecho, 2009, págs. 55-90.

⁷⁴ Castilla Juárez, Karlos A., “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, Revista IIDH, San José, vol. 64, jul/dic. 2016, pág. 87-125. Sostiene el autor que “*el CCI (sic: control de convencionalidad interamericano) ejecutivo o administrativo se traduce en un sentido amplio en tener presente y en su caso aplicar los contenidos de la Convención Americana y demás tratados interamericanos, en la organización y dirección de la política y Administración pública; en el diseño e implementación de políticas públicas y demás actos de gobierno que tengan como finalidad la protección de cualquier derecho humano. (...) Insistiendo en este punto que, se deberá tener en cuenta la organización, competencias y procedimientos que cada sistema nacional establezca para la coordinación de los diferentes órganos o autoridades, a fin de no crear sistemas complejos que dificulten o impidan un correcto desarrollo de la Administración.*

Por tanto, la operación jurídica a desarrollar en el CCI ejecutivo o administrativo para cumplimiento de obligaciones primarias dependerá de las competencias de cada órgano o autoridad a nivel interno y de la naturaleza y fuerza que tengan los tratados interamericanos en el sistema jurídico nacional.

Por lo que los efectos que producirá dependerán también de lo anterior, aunque lo deseable es que con independencia de lo anterior, en el ejercicio de sus funciones, tengan presentes como una norma integrante de su sistema jurídico nacional a dichos tratados”.

convencionalidad como una especie del control de constitucionalidad, por lo que no podríamos admitir que la Administración ejerza uno sin ejercer el otro.

La doctrina estudiada, como hemos visto, tiene distintos enfoques sobre lo que significaría el deber de ejercer control de convencionalidad por la Administración. Ello obedece a la característica de inexactitud del concepto mismo de control de convencionalidad, también resaltada desde el inicio del trabajo. Como se desarrolló, la mayoría de las posturas doctrinales se ocupan de distinguir el tipo de control de convencionalidad que estaría habilitada a desarrollar la Administración.

En este punto, es importante resaltar que a lo que nos oponemos es a la posibilidad de que la Administración ejerza el tipo control de convencionalidad que implica la inaplicación de una norma legal por considerarla inconveniente -en la terminología de Sagués, control “represivo” de convencionalidad-, atento a que consideramos que, constitucionalmente, esa función (determinar que una norma es inconstitucional/inconveniente y en consecuencia disponer su inaplicación) es resorte exclusivo del Poder Judicial.

En relación a la postura que entiende a la CN como antecedente de derecho primordial del acto administrativo, y que habilita entonces a la Administración a no tener en cuenta la ley que ella misma considera inconstitucional/inconveniente al dictar un acto administrativo, entendemos que resulta cuanto menos peligrosa, por el siguiente motivo.

Es obvio, pues nadie discute, que toda la actividad estatal puede encontrar fundamento en la CN. Ahora bien, nos resulta al menos extraño que se quiera justificar la inaplicación de la ley por la Administración recurriendo al argumento de que los actos administrativos encontrarán su fundamento de derecho (causa-antecedente de derecho, conf. art. 7 inc. D) LNPA) último (o primero) en la CN.

No podemos ser más enfáticos en lo obvio: todo acto puede encontrar fundamento en la CN. Sin embargo, es la propia CN la que organiza un sistema de división de poderes y reparto constitucional de funciones, así como de jerarquías normativas, de cuyo resultado surge que la Administración debe someterse a las leyes, a los efectos de evitar los desbordes del poder.

Lo que intentamos decir es que al sostener que la Administración debe aplicar directamente la CN, omitiendo el sistema constitucional de reparto de funciones y división de poderes, que está diseñado para que cada poder del Estado cumpla una específica función -ello como garantía de los derechos y libertades constitucionales- se contribuye a los no queridos desbordes del poder, en tanto cualquier Administración de turno, so pretexto de estar cumpliendo directamente con la CN, podría omitir la fuente

legal, distorsionando de este modo aquel sistema constitucional de reparto de funciones y su fin -el preservar las libertades y derechos de las personas-.

¿Qué sentido constitucional tendría la función del Poder Legislativo si la Administración va a estar habilitada, acudiendo al argumento constitucional, para dejar de lado las leyes cuando las considere inconstitucionales o inconvencionales? ¿No es esta una postura contraria a los derechos y libertades constitucionales de la persona? ¿Qué garantías tendría el administrado frente a un Ejecutivo habilitado a no aplicar leyes? ¿No es más conteste con el respeto irrestricto a esos derechos y libertades, tratar, aunque sea desde nuestro lugar de estudiosos, pensar y trabajar para re encauzar a cada poder del Estado al cumplimiento –ni más ni menos- que de las funciones que le han sido otorgadas por la CN?

Habiendo efectuado estas reflexiones, nos plantearemos en el punto siguiente la cuestión relativa al valor que puede otorgarse en nuestro ordenamiento a una doctrina de la Corte IDH que pretendiese que la Administración inaplique leyes por ser contrarias a los parámetros convencionales.

Capítulo 3.

a) **Los tribunales internacionales de derechos humanos y la soberanía jurídica de los Estados miembros. ¿Puede acudirse a la doctrina interamericana para fundar el apartamiento de la legalidad como un deber para la Administración?**

Como hemos visto en el capítulo anterior, un argumento importante para aquellos que sostienen que la Administración sí puede -e incluso debe- inaplicar una norma de rango legal por considerarla inconvencional, podría pasar a ser -desde el caso “Gelman” (2011)- el hecho de que la Corte IDH haya establecido que “todos los órganos del Estado” o “cualquier autoridad estatal” está obligada a ejercer control de convencionalidad.

Como hemos resaltado anteriormente, la Corte IDH admitió desde un primer momento, aunque esto puede resultar soslayado por aquellos que con Rosatti denominamos “ultra-convencionalistas”, que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todas las autoridades *en el marco de sus competencias y de acuerdo con los procedimientos internos*.

Con esta salvedad, podríamos intentar una interpretación que armonice lo dicho por la Corte IDH desde “Gelman” (2011) con el esquema de división de poderes y funciones diseñado por nuestra CN, y concluir que la Corte IDH no exigiría a la Administración el ejercicio de control represivo de convencionalidad sobre leyes, atento a que las competencias constitucionales de la Administración en el sistema argentino impiden tal ejercicio.

Sin embargo y como hemos visto, la sola mención por la Corte IDH del deber de todos los órganos del Estado de ejercer control de convencionalidad podría implicar, para algunos, que en cumplimiento de sus obligaciones internacionales la Administración debe inaplicar leyes consideradas inconvencionales.

Frente a esta posibilidad, nos preguntaremos si la Corte IDH puede, con su doctrina, imponer lo que, en nuestro entendimiento, vendría a significar el quiebre de un principio constitucional argentino esencial, cual es el régimen republicano de gobierno, con su esquema de división de poderes o funciones.

Plantearé una serie de doctrinas que, en el marco conceptual descrito anteriormente, entendemos sirven de argumento para contrarrestar fundadamente y de manera efectiva aquella interpretación de la doctrina de la Corte IDH que pretende imponer a la Administración el deber de ejercer un control represivo de convencionalidad sobre leyes,

función para la que, según venimos sosteniendo, no está habilitada en nuestro esquema constitucional.

b) La doctrina de la identidad nacional o constitucional.

Siguiendo la definición de la Real Academia Española para la palabra identidad (dejando de lado la acepción relativa al álgebra, materia que nos excede)⁷⁵, puede entenderse por “identidad” a aquel término que refiere a dos cosas iguales o semejantes, o bien aquel que alude a lo que especifica o diferencia a una cosa de otra.

Ahora bien, el agregar a la palabra identidad el adjetivo nacional/constitucional, traslada la discusión del marco etimológico al marco sociológico, político y jurídico. Específicamente nos interesa el último ámbito, por lo que ahondaremos en el desarrollo de la idea de identidad nacional o constitucional –tomando ambos como sinónimos- desde el derecho. *¿Cuándo apareció el concepto? ¿En qué contexto? ¿Puede definírsele?*

La doctrina refiere a la aparición de la idea de identidad nacional o constitucional en Europa en momentos en que se iniciaba o se pretendía consolidar la integración de los distintos Estados nacionales a un bloque supranacional (primero la Comunidad Europea, y luego la Unión).

El autor Pierre Bon⁷⁶- a quien seguimos fundamentalmente para el desarrollo de este punto- destaca que primero apareció el término en fallos de los tribunales constitucionales, para luego adquirir carta de ciudadanía en algunos de los tratados más importantes del proceso de integración europeo. El orden de aparición, siguiendo al autor, es lógico, pues “(...) *los Tribunales Constitucionales nacionales, defensores por naturaleza de la Constitución, han visto aquí un medio de evitar que ésta última se convierta en una cáscara vacía*”⁷⁷.

Aunque la Corte Constitucional Italiana refirió de modo implícito a la identidad nacional o constitucional, dando nacimiento a lo que sería la denominada doctrina de los contralímites -que desarrollaremos en el punto siguiente-, fue el Tribunal Constitucional

⁷⁵ Las acepciones serían las siguientes (que son las primeras tres de la RAE): 1) cualidad de idéntico; 2) conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás; 3) conciencia que una persona o colectividad tiene de ser ella misma y distinta a las demás (<https://dle.rae.es/identidad?m=form>).

⁷⁶ Bon, Pierre, “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, traducción de Alicia Martorell, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 100 (enero/abril 2014), pags. 167-188.

⁷⁷ Bon, Pierre, “La identidad...”, op. Cit., pag. 180-181.

Alemán, en la serie de casos “Solange I” (1974) y “Solange II” (1986), el que delineó la idea.

En término “solange” puede ser traducido del alemán al español como “mientras que” o “en tanto”, o *as long as*, en inglés. En esta serie de casos, el Tribunal Alemán fijó una doctrina que, en términos simples, lo coloca a sí mismo como guardián último del standard de protección de los derechos fundamentales y la identidad constitucional establecidos en la constitución alemana, atento a que, según dice el Tribunal, aceptará la vigencia de la legislación y decisiones europeas, “solange” “mientras que/en tanto” ó “as long as”, el producto europeo respete o garantice el respeto de los derechos fundamentales y la identidad constitucional consagrados por la norma fundamental alemana.

En el primero de los casos, el Tribunal afirmó que el artículo 24 de la constitución alemana (relativo a la transferencia de poderes soberanos a instituciones interestatales⁷⁸), “no permite que la estructura fundamental de la Constitución que les confiere su *identidad* sea modificada sin revisión constitucional y en particular por la legislación de la institución interestatal”⁷⁹ (énfasis agregado).

En el caso Solange II (1986), afirmaría que “el artículo 24 (sic: 23.1) no permite enajenar, mediante la atribución de derechos soberanos a instituciones interestatales, la *identidad del orden constitucional* de la República Federal Alemana. Entre los elementos inalienables esenciales que forman parte de los fundamentos del orden constitucional actual, cabe incluir en cualquier caso los principios de derecho que están en la base de la parte de la Ley fundamental consagrada a los derechos fundamentales”⁸⁰.

78 Actual artículo 23 de la Constitución Alemana, punto 1, que establece lo siguiente: “Artículo 23: Unión Europea – protección de los derechos fundamentales – principio de subsidiariedad] (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones”.

Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. Traducción de los Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón) y Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

79 Sentencia BVerfGE 37, pág. 271

80 Sentencia BVerfGE 73, pág. 339. Los párrafos han sido tomados del trabajo de Bon, Pierre, “La identidad nacional o constitucional...”, op. cit., pag. 171. Para un interesante análisis de la relación general entre las Cortes nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ver: Mayer, Franz C., “*The European Constitution and the Courts: Adjudicating European Constitutional Law in a multilevel system*”,

Señala Bon, que posteriormente, en la sentencia conocida como “Sentencia-Lisboa”⁸¹, el Tribunal Constitucional recuerda la “cláusula pétrea” contenida en el art. 79.3 de la ley fundamental⁸², que, en palabras de los jueces “prohíbe disponer de *la identidad del orden constitucional liberal*, y, en particular, ir contra la esencia misma de los *principios que estructuran el Estado –democracia, estado de derecho, estado social, república, estado federal, sustancia de los derechos fundamentales y elementos indispensables para el respeto de la dignidad humana-* y también marca límites a la integración europea, en tanto no se podrá quebrantar esa *identidad constitucional inalienable*” (énfasis agregado).

El autor que seguimos también destaca casos del Tribunal Constitucional Español y el Consejo Constitucional francés en los cuales se planteó la existencia de una identidad nacional o constitucional a proteger por los órganos nacionales.

Así, respecto del caso español, el autor menciona básicamente a la declaración 1/2004 (13/12/04) en la cual el Tribunal Constitucional analiza el art. 93 de la Constitución española (relativo a la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución). En la decisión, se establece que la cesión de competencias “*que el artículo 93 posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Estos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia*”⁸³.

Tales serían, para Bon, los elementos de *identidad constitucional española* que debería respetar una Constitución de la UE.

Respecto del caso francés, el autor considera la decisión 2006-540-DC del Consejo Constitucional francés, en la cual se analiza la cuestión de la transposición de una directiva comunitaria al derecho interno de los Estados.

Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Heidelberg, 24-27 February 2003. Para el análisis de los casos Solange I y II, ver págs. 21 y sgtes.

81 Sentencia BVerfGE 89, pag. 155.

82 El art. 79 de la ley fundamental refiere a su mecanismo de reforma, y, en su apartado 3, se lee: No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 (dignidad humana y derechos fundamentales) y 20 (fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia).

83 BOE num 3 de 04 de enero de 2005, disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6945>

En principio, el Consejo niega la posibilidad de revisar la ley por la que se implementa la directiva, excepto “*cuando se alega que la ley es contraria a una norma o a un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo en el caso que el constituyente lo haya aceptado*”⁸⁴. En este supuesto, el Consejo acepta revisar la ley, lo cual, de modo indirecto, implica revisar la directiva (derecho comunitario). No define, sin embargo, qué elementos constituyen dicha identidad nacional.

Habiendo sido planteada la cuestión por los tribunales nacionales, textos europeos como el Tratado de la Unión Europea-Maastricht (modificado parcialmente por el Tratado de Lisboa), estableció una referencia al respeto debido, por parte de la Unión, a las identidades nacionales de los estados miembros.

Así, se lee en su art. 4.2, que: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su *identidad nacional*, inherente a las *estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos*, también en lo referente a la autonomía local y regional (...)” (énfasis agregado).

1) *La indefinición del concepto.*

Del somero acercamiento a la doctrina de la identidad nacional o constitucional efectuado, destacamos aquí un rasgo que a nuestro entender caracteriza el concepto, esto es, su indefinición. No resulta posible extraer, inferir o dilucidar de él un listado de cuestiones taxativas que integren, en cada ordenamiento, la identidad constitucional del Estado.

Como se observó, en los casos analizados por los tribunales nacionales, el concepto se utilizó básicamente para dejar en claro la existencia de una reserva o espacio contenido - expresa o implícitamente- en los textos fundamentales de cada ordenamiento, que serviría para prevenir o impedir que los organismos internacionales a los que el Estado cedió porciones de su soberanía, asuman competencias que en última instancia impliquen desvirtuar el diseño constitucional interno.

Entonces, el concepto, pese a ser a priori un concepto abierto y a todas luces maleable, serviría como una barrera para preservar, frente a eventuales excesos o interpretaciones contrarias de estos órganos internacionales, derechos fundamentales que cada

84 Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information, considerandos 17 a 20, disponible en : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2006/2006540DC.htm> Para la versión en español, ver Cerda Guzmán, Carolina y Guglielmi, Gilles G., Las sentencias básicas del consejo constitucional francés, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES Madrid, 2021, pag. 130-135.

ordenamiento nacional asegura a sus habitantes, o el esquema de distribución de poder y funciones efectuado en cada ordenamiento nacional respecto de los poderes internos.

Estamos, en conclusión, frente a una construcción que sirve en definitiva a los tribunales constitucionales para tomar partido por la controvertida cuestión de quién tiene la palabra final con relación a temáticas debatidas en el ámbito de los organismos supraestatales.

2) *Su traslación a nuestro caso: ¿identidad nacional/constitucional en la CADH/CN?*

Como hemos destacado, en el viejo continente se ha llegado incluso a consagrar explícitamente el deber de los organismos supraestatales de respetar las identidades constitucionales. Empero, el texto de la CADH no consagra tal tipo de respeto a las identidades nacionales o constitucionales de los Estados miembros del sistema interamericano.

En nuestro texto constitucional, sin embargo, sí podemos observar la existencia expresa de esta reserva, principalmente, en las disposiciones de los arts. 27 y 75 inc. 24.

Como la cuestión del papel del art. 27 en nuestro esquema constitucional será desarrollada *in extenso* en los apartados siguientes, nos limitaremos aquí a dejar sentado que en el art. 75 inc. 24, introducido como se sabe por la convención reformadora de 94', el Estado Argentino dejó establecido que resultan integrantes de su identidad nacional o constitucional, el respeto al orden democrático y los derechos humanos, al estipular -de un modo que recuerda al texto de la Constitución Alemana reseñado *supra*- que es competencia del Poder Legislativo de la Nación "(...) *Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos (...)*".

3) *La funcionalidad del concepto.*

El autor que hemos seguido, destaca que el concepto -aunque, como se puso de resalto, es indefinido- tiene dos funciones principales: por un lado, plantear unos límites al poder de revisión constitucional⁸⁵, y, por el otro, plantear unos límites a los procesos de

⁸⁵ Bidart Campos ha planteado que en el caso argentino existen los que denomina contenidos pétreos. En palabras del autor, "*En nuestra constitución, los contenidos pétreos no impiden su reforma, sino su abolición. Ellos son: la forma de estado democrático, la forma de estado federal, la forma republicana de gobierno, la confesionalidad del estado. Lo prohibido sería: reemplazar la democracia por el totalitarismo; reemplazar el federalismo por el unitarismo; sustituir la república por la monarquía, suprimir la confesionalidad para imponer la laicidad. Este endurecimiento que petrifica a los mencionados*

integración, o, en otras palabras y como ya adelantamos, aportar un elemento para responder a la cuestión -debatida- de quién es el competente para controlar los actos de los organismos supranacionales.

A los efectos de este trabajo, nos interesa la segunda función del concepto, esto es, la de reforzar, a partir de una visión soberana, la idea de que son los Estados (que voluntariamente delegan competencias -o porciones de soberanía- a los organismos supranacionales), los que tienen la atribución de decidir si aquellos se han excedido o no al ejercer sus propias competencias.

En este sentido, creemos que ideas básicas relativas a la delegación sirven para acercarse de modo simple a la cuestión. Así, como ha desarrollado la doctrina administrativista, al existir delegación, por definición misma del concepto es el delegante quien define las competencias del delegado. En nuestro caso, serían los Estados que, -al voluntariamente decidir integrarse a un organismo supranacional con el consecuente poder de luego desintegrarse-, delegan porciones de su soberanía a tal organismo supranacional, los que conservarían en última instancia el poder de decidir si lo establecido en dicho ámbito infringe o no la identidad nacional o constitucional.

Lo contrario -esto es, que el delegado se erija a sí mismo como órgano final juzgador de sus propias competencias- no tiene sentido lógico pues sería como admitir que el controlado se controle a sí mismo, quedando la soberanía estatal reducida a una ilusión o quimera.

c) Doctrina de los contralímites

Siguiendo a Jorge A. Amaya⁸⁶, el primero que utilizó la expresión “contra-limitaciones” fue el italiano Paolo Barile, refiriéndose a *“los instrumentos con los cuales el orden constitucional italiano habría protegido sus principios fundamentales ante la apertura del ordenamiento jurídico italiano al renovado sistema de relaciones entre los Estados después de la Segunda Guerra Mundial”*⁸⁷.

contenidos subsistirá mientras la estructura social de la cual derivan conserve su misma fisonomía; en cuanto la estructura social donde se soporta un contenido pétreo cambie fundamentalmente, el respectivo contenido pétreo dejará de serlo.

Por supuesto que nuestra interpretación reconoce que los contenidos pétreos no están explícita ni expresamente definidos como tales en la constitución. Los valoramos como tales y los descubrimos implícitos...”. Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución...op. Cit.pág. 294-295 y 379.

⁸⁶ Amaya, Jorge A., “La teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿a dónde vamos?”, publicado en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 17/ N° 50-2020. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386, pag. 205-225.

⁸⁷ *Ibidem*, pag. 205.

El mismo autor nos enseña que, al igual que la idea de identidad nacional o constitucional, el concepto de “contra límites” cumpliría aquella doble función ya referida: servir como límites -expresos o implícitos- al poder de reforma constitucional y, también, como límite interno o soberano (agregamos nosotros) a las decisiones de órganos internacionales a los que los Estados han adherido. Al igual que en el acápite anterior, nos interesa esta segunda faceta de la teoría.

Como señala el autor citado, la doctrina de los contra-límites fue desarrollada por el Tribunal Constitucional Italiano, en lo que podrían considerarse dos etapas: primero, esbozando la teoría pero sin aplicarla (como una suerte de obiter dictum), y segundo, llevándola a la práctica. En la primera etapa, encontramos los casos “Frontini” (1973) y “Granital” (1984), y, en la segunda, la sentencia 238/2014 (2014) y el conocido caso “Taricco” (2015). Veamos.

En la sentencia del caso “Frontini” (1973), que -como explica Amaya- involucró la potestad reglamentaria de la Comunidad Económica Europea (CEE), dice el tribunal italiano que *“con base en el art. 11 de la Constitución fueron consentidas limitaciones de soberanía únicamente para el logro de las finalidades de allí; y debe entonces excluirse que tales limitaciones [...] puedan de todas formas implicar para los órganos de la CEE un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, o los derechos inalienables de la persona humana. Si esto ocurriera, siempre estaría asegurada la garantía del control jurisdiccional de esta Corte sobre la continua compatibilidad del Tratado con los referidos principios fundamentales”*. Esta doctrina es reiterada literalmente, según nos enseña Amaya, en el caso “Granital” (1984).

La sentencia 238/2014 (2014), según el autor, *“(...) trató de un episodio que involucró a algunos ciudadanos italianos, quienes reclamaron una compensación por los daños sufridos durante la Segunda Guerra Mundial como deportados y obligados a trabajos forzados por el Tercer Reich y el Estado alemán en calidad de continuador formal del primero. En 2012 la sentencia de la Corte Internacional de Justicia ‘Jurisdictional Immunities of the State Germany v Italy: Greece Intervening’, relativa a este caso, había considerado que el principio de inmunidad de la jurisdicción civil de los Estados era aplicable a sus propios actos, privando así al juez italiano de la facultad de decidir la controversia. Recordando, una vez más, que los principios fundamentales del orden constitucional y los derechos inalienables de la persona actuaban como un límite a la entrada de las normas de otros sistemas, ya que representan ‘los elementos identificables e inalienables del orden constitucional’, los jueces constitucionales Italianos declararon la ilegitimidad constitucional del artículo 3 de la l. n. 5/2013*

(adhesión de la República a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados de 2004) y del artículo 1 de la l. n. 848/1957 (Ejecución del Estatuto de la ONU de 1945) con referencia al artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas ‘en la parte en la que obliga al juez italiano a cumplir con la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIG) de 3 de febrero de 2012, denegando su jurisdicción con respecto a los actos de un Estado extranjero que consisten en delitos de guerra y contra la humanidad, dañando los derechos inviolables de la persona’”⁸⁸ énfasis agregado.

Como se observa, el juez italiano acude a argumentos de orden constitucional interno, para quitar efecto a normas y decisiones internacionales que implicaban, en su entendimiento, una violación a principios constitucionales inalienables, preservando así la soberanía estatal frente a ese tipo de normativa y decisiones.

Posteriormente, se decidió en Italia el caso “Taricco” (2015), relativo a la interpretación de normas relativas a la prescripción de la acción penal. El juez italiano, puesto en la difícil tarea de elegir si prevalece la interpretación europea o el respeto al principio de legalidad en materia penal del modo en que es entendido por el ordenamiento italiano, esto es, como un principio supremo del orden constitucional interno y un derecho inalienable de la persona, se erige a sí mismo como último guardián de este orden constitucional, al reservar para sí el poder de preservarlo frente a interpretaciones

⁸⁸ Amaya, Jorge A., “La teoría de los contra-límites ...”, op. cit., pag. 207-208

contrarias del organismo supranacional⁸⁹. La doctrina de los contralímites, entonces, encuentra en el caso “Taricco” (2015) una aplicación práctica palpable.⁹⁰

⁸⁹ Por su complejidad, transcribimos aquí la explicación de Amaya sobre el caso. Explica el autor que *“Finalmente, el caso Taricco constituyó una nueva aplicación concreta de la teoría. El problema nació cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ordenó al juez italiano (ante una consulta) no aplicar los artículos 160 y 161 del Código de Procedimiento Penal italiano relativos a la prescripción de la acción penal por considerarlos contrarios a la legislación de la Unión Europea.*

El acatamiento de la decisión del Tribunal internacional conducía al juez italiano a apartar las reglas de su derecho interno sobre la interrupción del plazo de prescripción. El efecto inmediato de esta decisión se proyectaba en la extensión de los plazos de prescripción previstos en el momento de la comisión del hecho evaluado por el juez penal. Este efecto se enfrentaba con la naturaleza sustantiva, según el enfoque tradicional del derecho penal italiano, de las normas sobre prescripción, violentándose el principio constitucional de legalidad en materia penal consagrado en el artículo 25 de la Constitución Italiana.

La Corte Constitucional Italiana propuso inicialmente una cuestión preliminar de interpretación del derecho de la Unión Europea al Tribunal de Justicia. Posteriormente, obtenida la sentencia, rechazó la cuestión planteada inicialmente.

El auto de la Consulta pidió al Tribunal de Justicia que volviera a la interpretación del Tratado, con el fin de verificar si realmente se impone o no aplicar las reglas sobre la prescripción con referencia a los fraudes que afectan a los intereses financieros de la Unión.

A finales de 2017, la Gran Sala del Tribunal de Justicia reiteró, por un lado, la obligación del juez interno de no aplicar su propia legislación nacional, en el aspecto que dificulta la imposición de sanciones penales efectivas por los fraudes que afectan a la UE, pero, por otro, limitó esta no aplicación a la hipótesis en la que esto no ‘implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción’. Los jueces del Tribunal de Justicia habían dispuesto la no aplicación de la normativa italiana en relación con la prescripción en razón que era considerada como causa de la ineficacia del sistema italiano en la lucha contra los fraudes del IVA en la Unión (un porcentaje de los ingresos del IVA de los diversos Estados constituye una fuente importante e indispensable de financiación de la UE).

El resultado final quedó definido en la sentencia de la Corte Constitucional N.º 115/2018, donde, por un lado, la Corte Constitucional reclamó el papel exclusivo como único órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo el control exigido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; por otro, reconoció la primacía del derecho de la Unión Europea, pero a condición que se observen ‘los principios supremos del orden constitucional italiano y los derechos inalienables de la persona’. Si no fuera así ‘sería necesario declarar la ilegitimidad constitucional de la ley nacional que autorizó la ratificación e hizo que los Tratados fueran ejecutivos, por la única parte en la que permite realizar esa hipótesis normativa’.

Sostuvo que el principio de legalidad en el derecho penal italiano se identifica como un ‘principio supremo del ordenamiento, puesto en defensa de los derechos inviolables del individuo’, incluida la prohibición de la efectividad retroactiva de las leyes penales (como las relacionadas con la prescripción). Afirmó que, si hipotéticamente, por la aplicación del artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) pudiese derivar una violación del principio anterior, sería un deber para la Corte Constitucional intervenir para que esto no suceda. De hecho, ‘el derecho de la Unión y las sentencias del Tribunal de Justicia que especifican su significado, a los efectos de una aplicación uniforme, no pueden interpretarse en el sentido de imponer al Estado miembro la renuncia a los principios supremos de su orden constitucional’ Amaya, Jorge A., “La teoría de los contralímites...” op. Cit., pag. 208-209.

Volviendo a Amaya, el autor identifica las dos funciones antes mencionadas como límites internos (en cuanto límites al poder de reforma constitucional) y externos (en cuanto operan sobre decisiones de los órganos internacionales, frente a principios constitutivos de la identidad constitucional de los países, o ante la presencia de tensiones competenciales en el marco de los sistemas jurídicos). Trae como ejemplo de la primera situación al caso “Schiffrin”⁹¹ de la CSJN y de la segunda, al caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” -en adelante “Fontevecchia”-⁹², que será analizado en profundidad más adelante.

En cuanto a la relación identidad constitucional-doctrina de los contralímites, el autor citado entiende que la primera sería “*el fondo, la sustancia, y la teoría de los contra límites la forma o la herramienta procesal y argumentativa para su reconocimiento y protección*”⁹³.

Por nuestra parte, entendemos que ambas configuran construcciones argumentativas a las que los órganos jurisdiccionales internos pueden acudir cuando se presentan aquellas situaciones de tensión entre el texto constitucional y el internacional, o entre las decisiones de los tribunales internacionales y las decisiones locales.

d) Doctrina del margen nacional de apreciación.

La última de las doctrinas traídas a colación para tratar de llegar a nuestro punto ha recibido, a diferencia de las dos anteriores, mayor atención por parte de la doctrina local. Nos referimos a la denominada doctrina del margen nacional de apreciación.

Todos los autores que la han estudiado resaltan su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Resaltan también, al igual que en los casos anteriores, las imprecisiones de la teoría -debidas en gran parte a su origen pretoriano- y las controversias doctrinarias existentes a su respecto, atento a que existen férreos defensores y tenaces detractores de esta doctrina que sumariamente desarrollaremos. Como en todos los temas tratados a lo largo de este trabajo, nos encontramos, entonces, en un terreno movedizo, pero no por ello imposible de adentrar.

⁹⁰ Para un análisis profundo del caso, sus antecedentes e implicancias, remitimos al trabajo de Romboli, Silvia, “Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la corte constitucional italiana”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, Año 14, Número 28, julio-diciembre de 2017, páginas 145-184.

⁹¹ Fallos: 340:257

⁹² Fallos: 340:47

⁹³ Amaya, Jorge A., “La teoría de los contralímites...” op. Cit., pag.210.

Respecto a la aparición del concepto, aunque se destacan algunos casos en que el mismo aparecía esbozado⁹⁴, es a partir del caso “Handyside c/ Reino Unido”⁹⁵ que el TEDH en pleno utiliza el concepto. Los hechos referían a la multa y rechazo de la protección judicial que sufrió el actor, un editor que había publicado un libro destinado a los niños y con contenidos que fueron considerados inapropiados por las autoridades locales. Aduciendo la existencia de un margen de apreciación estatal, el TEDH resuelve que el Estado no había violado el art. 10.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), relativo a la libertad de expresión, utilizando dos criterios que luego aparecerían para ayudar a definir cuándo puede utilizarse -o no- la doctrina del margen: (i) el criterio de la existencia de un consenso europeo en la materia debatida, y (ii) el criterio del mejor posicionamiento de las autoridades locales para definir la cuestión.

Aunque existen muchos otros casos en los que el TEDH utilizó la doctrina del margen, a los efectos de este somero repaso, destacaremos dos: el caso “Leyla Sahin c/ Turquía”⁹⁶ y el caso “Lautsi c/ Italia”⁹⁷.

Por el primero, el TEDH, acudiendo -entre otros argumentos- a la doctrina del margen, entendió que la Universidad de Estambul (en cuanto perteneciente a la estructura estatal y por lo tanto enjuiciable ante el sistema europeo de derechos humanos) no había violado cláusulas del CEDH, al estipular que los estudiantes que llevaran velo o barba islámica no serían admitidos en clases, puesto que dicha medida puede llegar a ser justificada, proporcionada, y necesaria en una sociedad democrática.

En el segundo caso, y nuevamente acudiendo a la doctrina del margen como uno de los elementos fundamentales del razonamiento del tribunal internacional, la Gran Sala decidió que Italia no violaba los derechos a la enseñanza ni a la libertad de pensamiento, conciencia o religión, al permitir la colocación de crucifijos -símbolo eminente de la religión cristiana- en las escuelas públicas. El TEDH decidió, en lo que aquí interesa, que carece de competencias para entender qué es para el Estado Italiano un símbolo nacional o religioso.

Cabe destacar que el TEDH -aunque de modo ecléctico y a veces contradictorio- utiliza ciertos criterios para decidir si aplica o no la doctrina del margen, y, en su caso, si la

⁹⁴ Así por ejemplo en los casos “Lawless c/ Irlanda” (sentencia del 01/07/1961); “De Wilde, Ooms y Versyp c/ Bélgica” (sentencia del 18/06/1971) “Lingüístico Belga” (sentencia del 23/07/1968). Ver en Vargas Balaguera, Humberto G., “El margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica Región Cuyo, Argentina, N° 10, Mayo 2021, IJ-MCCXXVI-691.

⁹⁵ Sentencia del 07/12/1976.

⁹⁶ Sentencia del 29/06/2004

⁹⁷ Sentencia del 18/03/2011

aplica con una vara más estricta (menor margen de maniobra reconocido al Estado) o más leve o deferente hacia las medidas estatales.

Estos criterios, como destaca la doctrina⁹⁸, son: (i) la existencia de un “consenso europeo” en la materia; (ii) la naturaleza del derecho en juego⁹⁹; (iii) la mayor o menor restricción al derecho que implica la medida enjuiciada (a mayor restricción, menor margen, y viceversa); (iv) reconocer la mayor proximidad de las autoridades locales para el análisis y percepción de las distintas aristas de la temática, por lo que se les reconoce una mayor “legitimidad” para su análisis -criterio de la autoridad nacional mejor posicionada-; y, (v) como una suerte de válvula de escape, el criterio de las circunstancias particulares del caso.

Como se ha resaltado, al referirnos al margen de apreciación nacional, nos referimos a un cierto espacio (figurativo) o campo de acción con el que cuentan los Estados signatarios de tratados internacionales de derechos humanos, para determinar cómo se aplican los derechos garantizados en dichos tratados, en los propios Estados. El concepto se relaciona a todas luces tanto con el principio de subsidiariedad¹⁰⁰, como con la soberanía de los Estados.

Rosatti¹⁰¹ define al margen de apreciación como “*la potestad inherente a la soberanía de los Estados Nacionales, ejercida en concordancia con el orden público internacional, para evaluar si una norma, decisión o interpretación internacional emitida en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada, o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional*”, resaltando que lo que se aprecia es “*(...) si las consecuencias -sea que involucren normas sustantivas como adjetivas o procesales- derivadas del ejercicio de*

⁹⁸ Vargas Balaguera, Humberto G., “El margen...”, op cit,

⁹⁹ Como surge de los análisis doctrinarios, aparentemente el TEDH es más reactivo a reconocer margen de apreciación cuando se trata de derechos que considera absolutos (tales como el derecho a la vida, la prohibición de torturas) o principios fundamentales del orden europeo (como la democracia). Sin embargo, como también destaca la doctrina, en cada uno de estos tópicos existen matices, y la casuística es inagotable, por lo que no se pueden establecer criterios definitivos.

¹⁰⁰ En el derecho internacional de los derechos humanos, el principio de subsidiariedad implica que el sistema entrará en actuación si, y solo si, antes se le dio al Estado la posibilidad de remediar la conducta mediante sus mecanismos internos. En el texto de la CADH, la idea se refleja en su preámbulo, cuando dice que la protección internacional tiene una naturaleza convencional *coadyuvante o complementaria* de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; y en la regla del *previo agotamiento de los recursos internos* para recién luego acceder al sistema interamericano (art. 46.a).

¹⁰¹ Rosatti, Horacio, “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local”, Revista de Derecho Público 2018-2: derechos humanos y nuevas tecnologías-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 653-671.

*una competencia -ya sea proveniente del orden internacional, o disputada entre éste y el orden nacional, o insuficientemente regulada por aquél, o que ofrece múltiples interpretaciones, incluso contradictorias o inconsistentes- y destinadas a regir en el ámbito nacional, respetan (o lesionan) normas, principios o valores de la Constitución Nacional”.*¹⁰²

Al concebirla como una potestad, el autor que seguimos nos enseña que *“es una potestad de aquellos Estados que han optado por una forma de vinculación entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional, en función del cual el primero no queda diluido en el segundo sino que éste es atraído por aquél conforme a pautas que no importan una renuncia incondicional y definitiva de la soberanía nacional”*¹⁰³.

1) *La Corte IDH y el margen de apreciación nacional.*

A diferencia del gran desarrollo por parte del TEDH de la doctrina del margen, la Corte IDH ha sido más reacia a su recepción.

Hizo referencia a la posible existencia de un margen nacional de apreciación en cabeza de los Estados signatarios de la CADH, por ejemplo, en el párrafo 62 de la Opinión Consultiva 4/84¹⁰⁴, en el que deslizó que *“la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla (...)”*. En el caso *“Herrera Ulloa v. Costa Rica”*¹⁰⁵, la Corte IDH, en lo que aquí interesa, reconoció el margen de apreciación de los Estados para configurar el derecho al recurso contra las resoluciones judiciales (párrafo 161); en *“Castañeda Gutman v. México”*¹⁰⁶ junto con el

¹⁰² Rosatti, Horacio, “El margen...”, op. Cit., pag. 653-654.

¹⁰³ Rosatti, Horacio, “El margen...”, op. Cit., pag. 656.

¹⁰⁴ Por ella, y según el mecanismo receptado por el art. 64.2 de la CADH, Costa Rica había solicitado a la Corte IDH opinión consultiva respecto de la compatibilidad entre ciertas reformas propuestas a la Constitución (entre otras, condiciones de preferencia para obtener la nacionalización costarricense por naturalización en favor de centroamericanos, iberoamericanos y españoles) con varias disposiciones de la CADH (en particular, garantías de igualdad y no discriminación). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

¹⁰⁵ Sentencia del 02/07/2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf). En este caso, se sometió a decisión de la Corte IDH si Costa Rica había violado el art. 13 (libertad de pensamiento y de expresión) del CADH, en perjuicio de los señores Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser, por cuanto el Estado emitió una sentencia penal condenatoria, en la que declaró al señor Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, con todos los efectos derivados de la misma, entre ellos la sanción civil.

¹⁰⁶ Sentencia del 06/08/2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) El caso era relativo a la responsabilidad internacional del Estado por la inexistencia de un recurso adecuado y efectivo en relación

reconocimiento de la inexistencia de un modelo único electoral, la Corte IDH reconoció el margen de apreciación de los Estados para articular los requisitos y restricciones para ejercer los derechos políticos, dentro de la obligación de respetar el principio de proporcionalidad (párrafo 155).

También podemos encontrar referencias al margen en algún voto disidente¹⁰⁷. En el caso “Gelman” (2011), sin embargo, la Corte IDH en su totalidad viene a rechazar la posibilidad de un margen nacional de apreciación en cabeza de los estados que componen el sistema interamericano, al sostener, entre otros argumentos, que “*el Estado de Uruguay no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia*” (párrafo 102).

Lo cierto es que la Corte IDH es mucho más restrictiva que el TEDH a la hora de aceptar la doctrina del margen¹⁰⁸. Sin embargo, esto no ha impedido un cierto desarrollo de esta doctrina por parte de la jurisprudencia argentina, que desarrollaremos a continuación.

2) *La doctrina del margen nacional de apreciación en la jurisprudencia argentina.*

a) *Las ideas del Dr. Fayt con relación al papel del art. 27 de la CN y la existencia de un margen nacional de apreciación.*

El recordado ministro Fayt había ya esbozado -antes de la tormenta causada por “Fontevencchia” (2017)- la idea de un margen nacional de apreciación en cabeza de los Estados, que los habilitaría a analizar la inserción de los tratados en el derecho interno y el modo de resolver las eventuales incompatibilidades entre lo dispuesto en los instrumentos internacionales y lo establecido por el ordenamiento interno, comenzando por la CN.

En sus votos en los casos, “Espósito”¹⁰⁹ y “Derecho”¹¹⁰, sostuvo que la recta interpretación del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en cuanto dispone que los estados no pueden alegar disposiciones de orden interno

con el impedimento del Sr. Castañeda Gutman para inscribir su candidatura independiente a la Presidencia de México.

¹⁰⁷ Es el caso del voto disidente del juez Pérez Pérez en el caso "Atala Riffo vs. Chile" (Sentencia del 24/02/2012, Fondo, Reparaciones y Costas, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf), donde analiza distintos casos en los que el TEDH utilizó la doctrina del margen y entiende que esta resulta aplicable al caso “Atala Riffo”, reconociendo el Juez que los Estados tienen un margen de apreciación para definir el concepto de familia.

¹⁰⁸ Ver Nash Rojas, C., “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ACIDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional, 2018, 11, pags. 71-100.

¹⁰⁹ Fallos: 327:5668 específicamente en el considerando 13°.

¹¹⁰ Fallos: 334:1504.

para incumplir lo normado por los tratados, encuentra aplicación sólo para el ámbito de la responsabilidad internacional.

Por el contrario, en el entender de Fayt, en el orden interno el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión tal que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local. Señaló al respecto que *“el mencionado art. 27 de la CN debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los estados signatarios de un mismo Tratado y el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía”*.¹¹¹

En el caso “Derecho” (2011), concluyó que no podía la CSJN, como consecuencia de una decisión condenatoria de la Corte IDH, dejar sin efecto una sentencia que había pasado en autoridad de cosa juzgada en el derecho interno -cuestión que volvería a aparecer en “Fontevicchia” (2017)-, pues ello iría en contra de los principios de derecho público de nuestra CN.

Un especial desarrollo de las ideas del Dr. Fayt sobre la cuestión del margen nacional de apreciación de observan en su voto en el caso “Simón” (2005)¹¹², específicamente a partir del considerando 43°. Analizando la importancia del art. 27, Fayt decía en el voto que *“en el sistema constitucional argentino esta previsión determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”*¹¹³.

¹¹¹ Fallos: 327:5668, voto Dr. Fayt, considerando 13°.

¹¹² Fallos: 328:2056

¹¹³ Fallos: 328:2056, voto del Dr. Fayt, considerando 44.

Al analizar los orígenes del art. 27 de la CN, Fayt enseñaba en el caso “Simón” que *“(…) los alcances de dicha norma fueron motivo de examen en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859. El 30 de abril de 1860, al discutirse la enmienda 15 que abolía la esclavitud, los convencionales debatieron la cuestión de los tratados a raíz del que la Confederación había firmado con el Brasil y que permitía extraditar a los esclavos que habían ingresado al territorio de la república. Cabe recordar aquí al convencional Estévez Seguí, quien en esa oportunidad consideró que era suficiente con el art. 27 para declarar la nulidad de los tratados que no se ajustasen a los principios de derecho público establecidos por la Constitución”* “(…) y

El artículo citado, nos dice Fayt con cita del constitucionalista Joaquín V. González¹¹⁴, “*consagra la supremacía de la Constitución más precisamente, de los principios constitucionales frente a los tratados internacionales (...) En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, serán nulos ‘por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras’.* A través de esta cláusula, la Constitución Nacional condiciona a los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos...En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes” (Joaquín V. González, *op. cit.*, volumen IX, pág. 52; énfasis agregado). (...) Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución. Es, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importe un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tiene el derecho o la facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía. Luego es inadmisibles ‘toda cláusula o pacto que atente contra la integridad, moral, política y soberana de la Nación porque el Congreso no tiene facultad para dictarla, porque sería necesario convocar a una convención constituyente para reformar la Constitución y aprobar un pacto de esta naturaleza’ (Joaquín V. González, *ibídem*). En efecto, sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional, podría alterar este estado de cosas”.¹¹⁵

de él proviene la "cláusula constitucional" o "fórmula argentina" expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje "las cuestiones que afectan a las constituciones de cada país" Fallos: 328:2056, voto del Dr. Fayt, considerando 45.

114 Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, Sesión del 26 de agosto de 1909 y volumen IX de sus Obras Completas, págs. 306 a 309.

¹¹⁵ Fallos: 328:2056, voto del Dr. Fayt, considerandos 45 y 46.

Más adelante, ya ingresando de lleno en el análisis de la cuestión del margen nacional de apreciación, dice Fayt que *“en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente (...) lo que se denomina un ‘margen nacional de apreciación’(...) Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional.”*¹¹⁶ (...) *Es indudable entonces, que sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio "margen nacional de apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino”*¹¹⁷ énfasis agregado.

A lo dicho por Fayt en el considerando transcrito, nosotros nos permitimos agregar que, a la par de esos principios de derecho público que el ministro encuentra en los arts. 14, 16, 17, 18 y 20 de la CN y que podríamos denominar “sustanciales”, encontramos nosotros otros, que denominaremos “formales” o “procedimentales”, entre los cuales se incluyen aquellos que estructuran la división de funciones relacionadas con el Poder del Estado. En este sentido, adquiere fundamental importancia el principio republicano (art. 1 CN), a la par de otros como el sistema representativo y federal de gobierno (art. 1 CN).

Finalmente, con relación al impacto que sobre este estado de cosas pudo haber tenido la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos efectuada por la reforma constitucional del 94, sostiene el Dr. Fayt que *“(...) tampoco la reforma constitucional de 1994 que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, logra conmovier este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales, que de conformidad con el primer artículo citado es la que debe primar en caso de conflicto. En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor -dos*

116 Fallos:328:2056, voto del Dr. Fayt, considerando 48. Cita el Dr. Fayt el trabajo de Delmas-MartyMireille, «Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation », en AAVV, Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires, París, 2001, pp. 79 ss. y passim.

117 Ibidem, considerando 48. Cita Fayt en este pasaje a Alberdi, “El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853”, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277. Como se observa, el ex juez en su voto identifica a los principios de derecho público como aquellos consagrados en los arts. 14, 16, 17, 18 y 20 de la CN.

*declaraciones y siete tratados de derechos humanos- enunciados taxativamente gozaban de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión -con mayoría especial- para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban 'artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello **robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional: tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento. De allí que su jerarquización -de segundo rango- exija una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte -en tanto custodio e intérprete final de la Constitución- tiene el deber de salvaguardar. En efecto, es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación**".¹¹⁸ Énfasis agregado.*

b) El caso "Fontevicchia" (2017)

En el mes de febrero de 2017, la CSJN nos daría un nuevo episodio en la saga de jurisprudencia relativa a la importancia del art. 27 de la CN en el nuestro ordenamiento y la doctrina del margen nacional de apreciación.

Lo cierto es que el caso fue arduamente discutido en la doctrina argentina e interamericana, y sus implicancias lo trascienden. Fue defendido por algunos y controvertido por muchos otros, pero lo cierto es que generó una polémica que concluyó finalmente en una especie de armisticio entre la CSJN y la Corte IDH¹¹⁹.

¹¹⁸ Fallos: 328:2056, voto del Dr. Fayt, considerando 53.

¹¹⁹ Lo cierto es que la sentencia de la CSJN recibió una contundente réplica por parte de la Corte IDH (ver resolución de supervisión de cumplimiento de fecha 18/10/2017, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevicchia_18_10_17.pdf). Posteriormente, por resolución 4015/07 del 05/12/2017, la CSJN resolvió que la sugerencia del máximo tribunal interamericano -mantener la publicación de la sentencia de la CSJN en su página web pero realizando "algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la CADH"- no vulneraba los principios de derecho público establecidos por la Constitución de Argentina (art. 27), ordenando entonces que se adjunte al acceso web de la causa "Menem" la siguiente leyenda: "*Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia de 29 de noviembre de 2011)*". La Corte IDH, se dio por satisfecha con esta medida y declaró, mediante resolución de supervisión de cumplimiento de fecha 11/03/2020 (disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevicchia_11_03_20.pdf), que el Estado argentino había cumplido con el punto a) de la sentencia condenatoria interamericana.

Sintéticamente, los antecedentes del caso referían la existencia de una sentencia firme en el ordenamiento argentino que, consecuentemente, había adquirido el carácter de cosa juzgada. La CSJN había confirmado la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar al reclamo de daños y perjuicios promovido por el ex presidente Carlos Saúl Menem contra la Editorial Perfil S.A y sus directivos, J. Fontevecchia y H. D'Amico (de allí el nombre del fallo). Por dicha sentencia, se había decidido que la difusión periodística de datos relativos a un hijo no reconocido del ex mandatario habían resultado violatorias de su derecho a la intimidad. Como se dijo, la sentencia tenía firmeza.

Los periodistas condenados sometieron el caso al sistema interamericano, donde finalmente la Corte IDH entendió que la sentencia argentina resultaba contraria al derecho humano a la libertad de expresión y consecuentemente ordenó 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; b) publicar un resumen oficial de la sentencia en el Diario Oficial y en uno de amplia circulación nacional, por una sola vez, así como publicar la sentencia completa en la página del CIJ de la CSJN y; c) reintegrar a las víctimas las sumas pagadas por los montos de condena fijados por la CSJN, como los admitidos en concepto de reparaciones.

Al serle requerido a la CSJN -por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto- el cumplimiento de la parte relativa al punto a) de la condena en sede interamericana, la mayoría del máximo tribunal se expidió sosteniendo que no era posible “dejar sin efecto” una sentencia que, en el marco del ordenamiento interno, había pasado en autoridad de cosa juzgada.

En lo que aquí interesa, resaltamos que la mayoría dijo en el considerando 17 que “[r]evocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”¹²⁰.

El Dr. Rosatti, en su voto concordante, hace un mayor desarrollo del punto, al sostener en los considerandos 5° y 8°, que “[e]l 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 (...) deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o

¹²⁰ Fallos: 340:47, voto de la mayoría, considerando 17°.

jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional”; y que “*en un contexto de diálogo jurisprudencial que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (...) y a la CSJN como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (...), cabe concluir que la reparación ordenada en la sentencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción (...), no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional -si es ello lo que se pretende- sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional Argentina (...)*”¹²¹.

c) El margen de apreciación nacional como expresión del art. 27 CN

Del análisis que venimos efectuando, y a los efectos del presente trabajo, resaltaremos aquí las siguientes cuestiones que, a nuestro entender, permiten concebir al margen de apreciación nacional como una expresión del artículo 27 de la CN.

En primer lugar, que en el esquema constitucional argentino, el art. 27 de la CN resulta de fundamental importancia a la hora de analizar la cuestión relativa a la incidencia en el orden interno de los tratados internacionales -en lo que aquí interesa- de derechos humanos.

En segundo lugar, que el art. 27 CN establece la supremacía de la CN por sobre los TIDH que no se correspondan con los principios de derecho público locales consagrados en la CN.

En tercer lugar, y en consonancia con lo dispuesto en el art. 27 de la CN, que se ha establecido jurisprudencialmente en Argentina, a través de ciertos votos particulares, la doctrina del margen nacional de apreciación, cuya esencia vendría a ser garantizar la existencia de la autonomía estatal, por la cual el Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional.

En cuarto lugar, que el art. 27 vendría a ser, desde la sanción originaria de la CN, la consagración expresa en el ordenamiento local argentino de la existencia de un margen nacional de apreciación local, una especie de reserva de soberanía inserta en el texto constitucional.

Y finalmente, en quinto lugar, que el modo de inserción de los TIDH en la CN luego de la reforma constitucional del 94’, no modifica la situación hasta aquí descrita, en tanto

¹²¹ Fallos 340:47, voto del Dr. Rosatti, considerandos 5° y 7° respectivamente.

mantuvo la vigencia de los arts. 27 y 30 de la CN, e incluso aclaró que ellos adquieren jerarquía constitucional “*en las condiciones de su vigencia*” y sin derogar “*artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*” (art. 75 inc 22 CN).

e) **Conclusiones**

Las ideas explicadas anteriormente, en el contexto del resto del análisis efectuado en el presente trabajo, cuando son trasladadas a la discusión relativa a si debe la Administración, con fundamento en la doctrina interamericana que estipula que “todas las autoridades” del Estado deben ejercer control de convencionalidad, ejercer control de tipo represivo sobre las leyes de la Nación (esto es, inaplicarlas por considerarlas inconventionales), nos permiten llegar a las conclusiones que se sintetizan a continuación.

Así como con fundamento en el art. 27 de la CN un tratado internacional no puede establecer disposiciones contrarias a los principios de derecho público locales garantizados por la CN, menos aún podría admitirse como válida y vinculante la interpretación de un tratado internacional efectuada por su órgano de aplicación supremo -la Corte IDH- cuando resulte contraria (o genere efectos contrarios) a aquellos principios de derecho público locales especialmente protegidos por esa cláusula constitucional.

Por ello, trasladando el razonamiento al objeto de este trabajo, una interpretación de la Corte IDH de la cual se deduzca un deber en cabeza de la Administración de ejercer control de convencionalidad represivo sobre leyes dictadas por el Poder Legislativo, resultaría violatoria de un fundamental principio de derecho público argentino, cual es el régimen republicano de gobierno (art. 1, CN) con su esquema constitucional de separación de poderes, por lo que no puede reputarse válida constitucionalmente ni, por ende, vinculante para las autoridades públicas argentinas.

Y ello es así en razón de que, como fue desarrollado en el capítulo 1, en el sistema argentino el ejercicio del control de convencionalidad represivo sobre leyes -que, en nuestro entendimiento, no resulta distinto al control de constitucionalidad sino una especie de éste- está reservado de manera exclusiva al Poder Judicial, con fundamento en el respeto al principio republicano de separación de poderes.

En otras palabras, por la función constitucional encomendada a la Administración (cual es, simplemente y con todo lo que ello conlleva, administrar) ésta se encuentra constitucionalmente impedida de ejercer un control represivo sobre leyes, y una doctrina o interpretación que así lo exija, sería, por violación al principio de derecho público local

(art. 27 CN) relativo al régimen republicano de gobierno, inconstitucional y, consecuentemente, inexigible.

En efecto, nos permitimos concluir, en base a los argumentos desarrollados, que incluso si en algún caso en que la Argentina sea parte, la Corte IDH sostuviese que la Administración debe ejercer control de convencionalidad represivo sobre leyes, en nuestra postura, debería sostenerse que dicha sentencia interamericana, en tanto implica un quiebre en el sistema de división de poderes argentino, es inconstitucional y no resulta vinculante para el Estado argentino, por ser contraria a los principios de derecho público que estipula el art. 27 CN. Las doctrinas que hemos abordado en este último capítulo podrían servir como elementos coadyuvantes para negar efectividad a una interpretación que deduzca de lo sostenido por la Corte IDH en relación al deber de todas las autoridades de ejercer control de convencionalidad, un deber específico de la Administración de apartarse del principio de legalidad ejerciendo el control represivo sobre las leyes sancionadas por el Congreso.

Sin embargo, entendemos que el fundamento principal -en nuestro país- se encuentra desde antiguo en el art. 27 de la CN, que funciona como barrera de identidad nacional, contralímite o margen de apreciación nacional, frente a una interpretación semejante que, en nuestro entendimiento y por las razones desarrolladas en este trabajo, resultaría violatoria de un principio basal de orden público local, esto es: el principio republicano, con su esquema de separación de funciones o poderes.

Tal esquema de separación de poderes o funciones tiene implicancias sobre la función de la Administración, que constitucionalmente se ve impedida de ejercer funciones que corresponden por imperativo constitucional a otro poder del Estado.

En última instancia, bregar por limitar a la Administración al ejercicio de sus competencias constitucionales específicas, funciona como un límite frente a los no queridos desbordes del poder, y, consecuentemente, como una garantía de los derechos y libertades de las personas, que se verían afectados por tales desbordes.

Bibliografía

A

Abalos, María Gabriela (2013) “El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia interamericana y su recepción en el derecho argentino”, ponencia presentada en Jornadas de Sociología de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UN Cuyo: La Sociología frente a los nuevos paradigmas en la construcción social y política.

Amaya, Jorge A., “La teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿a dónde vamos?”, publicado en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 17/ N° 50-2020. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386, pág. 205-225.

B

Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Abaco, Buenos Aires, (2002), Tomo 1, pags. 72-92.

Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Tomo I, págs. 377-380.

Bianchi, Alberto B. “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, *La Ley*, Sup. Const. 2010 (septiembre), 426.

Buteler, Alfonso, “La interpretación de la Constitución en sede administrativa”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, 2015, vol. 2, n° 3, pág. 169-182.

Balbín, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 116.

Bon, Pierre, “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, traducción de Alicia Martorell, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 100 (enero/abril 2014), pags. 167-188.

C

Comadira, Julio Pablo, “La Administración Pública frente a la ley inconstitucional o inconveniente en el Procedimiento Administrativo”, en Pozo Gowland, Héctor, *Procedimiento Administrativo*, La Ley, Tomo II, pág. 846

Castilla Juárez, Karlos A., “Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre”, *Revista IIDH*, San José, vol. 64, jul/dic. 2016, pág. 87-125.

Cerda Guzmán, Carolina y Guglielmi, Gilles G., *Las sentencias básicas del consejo constitucional francés*, AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES Madrid, 2021, pag. 130-135

F

Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “Las sentencias de los tribunales constitucionales”, Editorial Adrus SRL, Lima, 2009, pág. 31 y sgtes.

G

García Ramírez, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista Ius*, Vol. 5, Núm. 28 (2011), pág. 124-159

Gelli, Ma. Angélica, *Constitución Argentina comentada*, Segunda edición, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 593.

Gordillo, Agustín, *Introducción al derecho administrativo*, primera edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 64 y siguientes.

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, capítulo VII- pág. 16, en especial nota 41.

Gutierrez Colantuono, Pablo A. “El control de convencionalidad interno y el rol preventivo de las Administraciones Públicas”, tesis doctoral, Universidade Da Coruña, 2020, pág. 190

H

Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, 2009, pp. 109-128.

Haro, Ricardo, “Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos”, *Revista Ius et Praxis* . Año 9 . N° 1

M

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

Mayer, Franz C., “*The European Constitution and the Courts: Adjudicating European Constitutional Law in a multilevel system*”, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Heidelberg, 24-27 February 2003. Para el análisis de los casos Solange I y II, ver págs. 21 y sgtes.

N

Nash Rojas, C., “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018, 11, pags. 71-100.

R

Rosatti, Horacio “El llamado “control de convencionalidad” y el “control de constitucionalidad” en la Argentina”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, 13/02/2012.

Romboli, Silvia, “Los contra-límites en serio y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la corte constitucional italiana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 14, Número 28, julio-diciembre de 2017, páginas 145-184.

Rosatti, Horacio, "El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local", *Revista de Derecho Público* 2018-2: derechos humanos y nuevas tecnologías-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 653-671.

S

Sagués, María Sofía, “Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”, “Control de Convencionalidad”, Max-Planck-Institut, en prensa, 2017, punto 3.

Sagués, Néstor Pedro, “El “control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales”, LA LEY, 2009-B, 761.

Sagués, Néstor P., “Dificultades operativas del "control de convencionalidad" en el sistema interamericano”, LA LEY, 11/08/2010, pag. 4 (versión digital).

Sagués, Néstor P., Manual de derecho constitucional, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 2012, pág. 168.

Sammartino, Patricio, “La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado Constitucional”, en Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales. Departamento de Derecho, 2009, págs. 55-90.

Sagués, Néstor P. “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XXI. Bogotá, 2015, DR © Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., pág. 141-149.

V

Villaruel, María Susana, “La posición de la Administración frente a la ley inconstitucional” en El Derecho Administrativo hoy. 16 años después, Buenos Aires, RAP, 2013, AA. VV., págs. 415-421

Vargas Balaguera, Humberto G., “El margen de apreciación nacional”, Revista Jurídica Región Cuyo, Argentina, N° 10, Mayo 2021, IJ-MCCXXVI-691.

Jurisprudencia

CSJN

“Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad” Fallos: 330:3248

“Videla Jorge Rafael y Massera Emilio Eduardo s/ recurso de casación” Fallos: 333:1657

“Ekmedján c/ Sofovich” Fallos: 315:1492

“Gioldi” Fallos: 318:514

“Nardelli” Fallos: 319:2557

“Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios” Fallos: 335:2333.

“Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación” Fallos: 32:120

“Municipalidad de la Capital c/ viuda de Elortondo” Fallos: 33:162

“Acosta” Fallos: 335:533

“Simón” Fallos: 328:2056

“Schiffrin” Fallos: 340:257

“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” Fallos: 340:47

“Espósito” Fallos: 327:5668

“Derecho” Fallos: 334:1504

Corte IDH

“Velásquez Rodríguez vs Honduras”, sentencia del 29/7/1988.

“Mirna Mack Chang vs. Guatemala” Sentencia del 25/11/2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

“Tibi vs. Ecuador” Sentencia del 07/09/2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Almonacid Arellano v. Chile” Sentencia del 26/09/2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Trabajadores Cesados del Congreso v. Perú” Sentencia del 24/11/2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 23/11/2009.

“Gelman vs. Uruguay” Sentencia de 24/02/2011 (Fondo y Reparaciones).

“Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” Sentencia del 30/11/2012 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones).

“Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20/03/2013.

“Liakat Ali Alibux vs. Surinam” Sentencia del 30/01/2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana” Sentencia del 28/08/2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Opinión consultiva 21/14-Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19/07/2014.

“Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador” Sentencia del 17/11/2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Andrade Salmón vs. Bolivia” Sentencia del 01/12/2016 (Fondo, Reparaciones y Costas).

“Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala” Sentencia del 14/10/2019 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Petro Urrego v. Colombia” Sentencia del 08/07/2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Opinión Consultiva 4/84-Propuesta de modificación a la constitución política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

“Herrera Ulloa v. Costa Rica” Sentencia del 02/07/2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Castañeda Gutman v. México” Sentencia del 06/08/2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

"Atala Riffo vs. Chile" (Sentencia del 24/02/2012, Fondo, Reparaciones y Costas).

PTN

Dictámenes 300:158

Dictámenes 67:189

Dictámenes 72:137

Dictámenes 64:100

Dictámenes 64:105

Dictámenes 70:118

Dictámenes: 84:182

Dictámenes 186:140

Dictámenes 168:28

Dictámenes 159:83

Dictámenes 186:140

Dictámenes 176:116

Tribunal Constitucional Alemán

“Solange I”, Sentencia BVerfGE 37.

« Solange II » Sentencia BVerfGE 73.

“Sentencia-Lisboa” Sentencia BVerfGE 89.

Tribunal Constitucional Español

Declaración 1/2004 (13/12/04) BOE num 3 de 04 de enero de 2005.

Consejo Constitucional Francés

Decisión 2006-540-DC, Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information.

Corte Constitucional Italiana

“Frontini” (1973).

“Granital” (1984).

Sentencia 238/2014 (2014).

“Taricco” (2015).

TEDH

“Lawless c/ Irlanda” Sentencia del 01/07/1961.

“De Wilde, Ooms y Versyp c/ Bélgica” Sentencia del 18/06/1971.

“Lingüístico Belga” Sentencia del 23/07/1968.

“Handyside c/ Reino Unido” Sentencia del 07/12/1976.

“Leyla Sahin c/ Turquía” Sentencia del 29/06/2004.

“Lautsi c/ Italia” Sentencia del 18/03/2011.