

# Revista Jurídica



Universidad de  
**San Andrés**

**N°8 | Dic 2019**  
**ISSN 2314-3150**

# REVISTA JURÍDICA

DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS 2019



Nº 8 | 2019

## **CUERPO EDITOR**

### **Codirectores**

*Matías Toselli*

*Luciana Tapia Rattaro*

### **Editores**

*Ailén Crespo Azconzábal*

*Ana Lucía Miranda*

*Antonella Pernigotti Rebullida*

*Florencia Sinatra*

*Joaquín Giménez*

*Lucía Belén de los Heros*

**COORDINACIÓN**  
**ACADÉMICA**

*Juan Agustín Otero*

**AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS**

**Rector**

*Lucas S. Grosman*

**Vicerrector**

*Martín Rossi*

**Directora del Departamento de Derecho**

*Florencia Saulino*

# ÍNDICE

ARTÍCULOS | RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS | ENTREVISTAS

## ARTÍCULOS

---

- La reforma constitucional de 1994 y la coparticipación federal  
**Por Diego Botana**..... 1
- Debido proceso colectivo: 25 años sin reglas. Síntesis de un (des)arreglo político-económico  
**Por Matías A. Sucunza**..... 31
- La Corte Suprema de Justicia de la Nación como agente del cambio social en materia de derechos previsionales  
**Por Luis Emilio Ayuso** ..... 60
- Derechos humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994  
**Por Antonela Ghisio y Silvina Junco** ..... 69

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- Marcelo Trucco y Franco Gatti (Coord.). Los casos argentinos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Historias, estándares jurídicos e impacto en el derecho interno. Rosario: Editorial Juris, 2019  
**Por Agustina N. Vázquez**..... 103

## ENTREVISTAS

---

- Martín Böhmer: “Uno puede cambiar la letra, pero lo que tiene que cambiar son las prácticas”  
**Por Martín Böhmer**..... 110
- Federico Rossi Rodríguez: “La autoridad de competencia no puede proceder en base a conjeturas o hipótesis”  
**Por Federico Rossi Rodríguez**..... 122



## La reforma constitucional de 1994 y la coparticipación federal

### The constitutional reform of 1994 and the federal tax

*Diego Botana<sup>1</sup>*

#### **Resumen**

La reforma constitucional de 1994 incorporó al texto constitucional la figura de la coparticipación federal de impuestos. A 25 años de su promulgación, Argentina no pudo cumplir el mandato constitucional de darse una nueva ley-convenio. La historia nos demuestra que este régimen se inició por razones meramente coyunturales, producto de las distintas crisis económicas de fin del Siglo XIX y comienzos del Siglo XX. La estructura propuesta ha demostrado rigidez e inflexibilidad para avanzar hacia un esquema más racional, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación de alguna manera ha consolidado –más allá del texto constitucional- esta circunstancia. El fracaso del sistema propuesto nos obliga a pensar esquemas superadores, para salir del actual régimen que nos rige desde 1988 con rasgos de transitoriedad.

#### **Abstract**

The constitutional reform of 1994 incorporated to its text the feature of the federal tax cosharing. After 25 years of its promulgation, Argentina could not fulfill the constitutional mandate to give itself a new law. The history shows us that this scheme was initiated for merely conjunctural reasons, as a result of the different economic crisis occurred at the end of the XIX century and the beginning of the XX century. The proposed structure has shown rigidity and inflexibility to move towards a more rational scheme, and the Supreme Court in some way consolidated –beyond the constitutional text- this circumstance. The failure of the proposed system compels us to think in overcoming structures, to move forward from the actual regime that applies since 1998 with traits of transience.

#### **Palabras claves:**

Derecho constitucional – coparticipación federal - impuestos internos – reforma de 1994 – impuesto a las ganancias.

#### **Key words:**

---

<sup>1</sup>Abogado y Doctor en Derecho UBA, LL.M. Duke University, Profesor de Cátedra, UdeSA.

Constitutional law – federal tax – internal taxes – 1994 reform – income tax.

## I. Introducción

Hace 25 años, la Convención Constituyente que debatió en la provincia de Santa Fe introdujo cambios de enorme importancia al texto constitucional entonces vigente. Entre las modificaciones votadas, se encuentra la incorporación del régimen de coparticipación federal como un sistema estructural de distribución de la recaudación impositiva, al que se le establecen diversas cualidades.

La más relevante, en nuestra opinión, es la característica de unanimidad (única en el texto constitucional) que dispone este mecanismo. Dicho de otro modo, toda creación o modificación del régimen transitorio vigente, requiere para su validez de la aprobación de la totalidad de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El paso del tiempo demuestra que la voluntad de los constituyentes no pudo plasmarse en la realidad. Como sabemos, el régimen de coparticipación federal se rige en la actualidad por la Ley N° 23.548 del año 1988, cuya nota principal al momento de su sanción fue la transitoriedad. Tanto la distribución primaria (entre la Nación y las provincias) como la secundaria (entre las provincias), se realizan en ese marco.

El propósito de este trabajo es analizar críticamente el sistema estructural de distribución tributaria ideado por los Convencionales de 1994. Esto teniendo especialmente en cuenta las circunstancias históricas por las cuales se llegó a un método que siempre revistió características de transitoriedad, y terminó constitucionalizado mediante un esquema que –a estar a la realidad- parece no haber resultado ni eficaz ni realista para cumplir con los objetivos planteados.

Por otra parte, el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor de la provincia de Entre Ríos, vinculado a la rebaja de ciertos tributos coparticipables dispuesta por el gobierno federal, nos obliga a enfocarnos en las consecuencias que puede tener la lectura –sobre la que no coincidimos- del sistema estructural de distribución de recursos que realiza el superior Tribunal.

Nos proponemos, en la primera parte, repasar los antecedentes históricos de la coparticipación, así como la manera en que la Constitución original intentó resolver la división de competencias para la formación del tesoro nacional, lo que no terminó de consolidarse y dio lugar a soluciones coyunturales y eclécticas que se robustecieron con el paso del tiempo.

En la segunda parte, analizaremos la estructura propuesta en 1994, la noción de unanimidad en el texto constitucional y los inconvenientes que presenta.

En la tercera parte, con el marco conceptual desarrollado precedentemente, analizaremos el fallo *Entre Ríos*, para finalmente delinear algunas conclusiones.

## II. ¿Un país federal en materia tributaria?

Los constituyentes de 1853 establecieron un sistema de división de fuentes tributarias, delegando, en palabras de Alberdi, “los medios de existir...”<sup>2</sup> al gobierno nacional.

El texto del Informe que la Comisión Redactora le elevó al Gral. Urquiza, en el que se explicaban los distintos elementos del texto constitucional que se proponían, es elocuente en punto a la justificación del sistema de formación del tesoro nacional:

“La Comisión confía en que V.H. hallará acertada la elección que se ha hecho de los ramos que han de formar el Tesoro nacional, los cuales se reducen casi exclusivamente a las contribuciones indirectas de origen aduanero y al producto que proporcionen las tierras de prosperidad nacional.”<sup>3</sup>

Agregó luego el Informe, el reconocimiento que el gobierno federal hace respecto del *deber primordial* de igualar el déficit de toda provincia confederada cuya renta no alcance a satisfacer sus necesidades interiores, de lo que resulta la justificación del inc. 8 del entonces art. 61.

Luego de un modesto debate, el texto propuesto por la Comisión Redactora como art. 4º se aprobó por unanimidad:

“El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos de Tesoro Nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación de las aduanas, del de la venta ó locacion de tierras de propiedad nacional, de la renta de correos, de las demas contribuciones que equitativa y proporcionalmente á la poblacion imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación ó para empresas de utilidad nacional.”<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 208.

<sup>3</sup> Constitución Nacional de 1853 – Edición facsimilar y documentada- Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2006. pág. 48.

<sup>4</sup> Constitución Nacional...cit. supra. Este artículo fue modificado en 1866, dando origen al vigente, que dice “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional.”



Puede leerse del artículo transcrito la voluntad de las provincias de otorgar al gobierno federal los ingresos tributarios provenientes de las aduanas y de las demás contribuciones que imponga el Congreso. A su vez, completan las fuentes de ingresos, cuestiones vinculadas a la tierra y a la renta de correos.

En cuanto a las atribuciones del Congreso, el entonces art. 61 inc. 2 reglamentó la facultad de imponer contribuciones directas por tiempo determinado y que estas sean proporcionales, siempre que así lo exija la defensa, la seguridad común y el bien general del estado.

En oportunidad de fundamentar el texto mencionado precedentemente, que resultó promulgado sin modificaciones, Gorostiaga mencionó que –en definitiva- el único recurso que se le otorgaba al gobierno federal eran las rentas de aduanas, puesto que, respecto de las contribuciones, sostuvo:

“Que siendo el 2, ...(De las contribuciones que equitativa y proporcionalmente á la población imponga el Congreso General) uno de los recursos que quedaba á las provincias, era natural que no se echase mano a él sino en circunstancias muy excepcionales.”<sup>5</sup>

El inc. 8 del mismo artículo es relevante en nuestro análisis, ya que menciona: “[a]cordar subsidios del tesoro nacional á las Provincias cuyas rentas no alcance, según sus presupuestos, á cubrir sus gastos ordinarios.”<sup>6</sup>

Como sabemos, la ausencia de Buenos Aires en las deliberaciones y posterior formación de la Confederación tornó este esquema en puro voluntarismo. Es elocuente en ese aspecto Ozlack, cuando explica que: “...la autoexclusión de Buenos Aires privó a las autoridades de la Confederación de la única fuente significativa de recursos fiscales que existía en el territorio.”<sup>7</sup>

De esta manera, el texto constitucional de 1853 otorgó al gobierno nacional una fuente sustancial (al menos teóricamente) de recursos. Asimismo, las provincias conservaron la capacidad directa de imposición, salvo cuando, excepcionalmente y por tiempo limitado, el Congreso resolviera lo contrario.

---

<sup>5</sup> Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, T° 4, Buenos Aires, Jacobo Peuser, Ltda., 1937, pág. 502.

<sup>6</sup> Constitución Nacional, cit. supra.

<sup>7</sup> Ozlack, Oscar, *La formación del Estado Argentino*, pag. 62, Ed. Ariel, 2014. En la nota al pie N° 34 al párrafo transcrito, el autor sostiene que la aduana de Buenos Aires representaba el 90% de los ingresos fiscales totales de la Confederación.

En materia de contribuciones indirectas, pese al interesante contrapunto entre Agustín de Vedia y Juan A. Gonzalez Calderón<sup>8</sup> en los albores del siglo XX, se terminó zanjando a favor de que resultaban una facultad concurrente de la nación y las provincias, como veremos más adelante.

Esto resultó también ratificado por Joaquín V. González en su *Manual*, cuando al referirse a las contribuciones directas que establece el art. 67 inc. 2 (hoy art. 75), deja en claro que se trata de: "...contribuciones especiales, además de las que los artículos 4° y 67 (inciso 1°) enumeran..."<sup>9</sup>

Las reformas de 1860, 1866 y 1898 son aclaratorias de algunos aspectos específicos, pero no cambian la estructura original de la formación del tesoro nacional.

Hay pues, en la idea de los constituyentes de 1853 y los revisores de 1860, 1866 y 1898, un sistema que dispone una cierta distribución de fuentes tributarias, siendo los recursos por importaciones y exportaciones los que generan el grueso de los ingresos fiscales federales.

Así las cosas, queda bien establecida la facultad no delegada de las provincias de legislar en materia de impuestos directos, los que pueden ser utilizados por el nivel federal siempre que circunstancias excepcionales (en palabras de Gorostiaga) y por tiempo determinado, así lo dispongan.

Finalmente, las imposiciones indirectas quedan en cabeza de manera concurrente de ambas potestades de gobierno (federal y provinciales).

De esta manera lo expone Alberdi cuando revisa la Constitución de 1953, en su obra *Sistema Económico y Rentístico*:

"[p]or resultado de ese estado de cosas consagrado por la Constitución en la Confederación Argentina, como en la de los Estados Unidos, tendremos dos administraciones distintas, dos sistemas de autoridades de hacienda, en lugar de uno solo unitario y central: el de la Confederación y el de cada provincia."<sup>10</sup>

Explica, asimismo, las bondades de este sistema de doble administración:

"Dejándose en cada provincia el gasto de lo que cuesta su progreso y gobierno, tiene en su mano la garantía de una inversión oportuna y acertada.

<sup>8</sup> Véase Juan A. González Calderón, *Derecho Constitucional Argentino*, T° III, Ed. J. Lajouane & Cía., 3 edición, 1931, pág. 86 y sigtes.

<sup>9</sup> González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, -actualizado por Humberto Quiroga Lavié - Ed. La Ley, 2001, pág. 379.

<sup>10</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pág. 358.

Por la regla muy cierta en administración de que gasta siempre mal el que gasta de lejos, porque gasta en lo que no ve ni conoce sino por noticias tardías o infieles...<sup>11</sup>

El derrotero de la Nación a partir de las crisis económicas de 1890 y 1930 mostraron la necesidad de echar mano a nuevos tributos (sean internos, directos o indirectos), con el objeto de suplir las necesidades fiscales del momento, lo que comenzó a provocar un cambio en el paradigma diseñado por los constituyentes en 1853.

En 1891, como medida de carácter excepcional y por tiempo limitado, el gobierno federal gravó con impuestos internos al alcohol, la cerveza y los fósforos.<sup>12</sup> Esta coyuntura, como ilustra Trevisan, no fue sencilla de aprobar en el parlamento "...pues los representantes de las provincias entendían que la aplicación de esa contribución era una facultad exclusiva de las mismas."<sup>13</sup>

Esta primera prueba sobre el alcance de la facultad concurrente de ambas potestades se fijó por un plazo limitado. Zorraquín Becú confirma lo expuesto al mencionar que:

"Su constitucionalidad fue muy discutida [se refiere a la Ley N° 2774], pero la Corte Suprema los aceptó declarando que eran una facultad implícita de la Nación utilizable en concurrencia con las provincias; y que su consagración en los hechos los había convertido en 'una fuente de recursos de que a la Nación acaso no le fuera dado prescindir sin afectar fundamentalmente su situación financiera'"<sup>14</sup>

El debate sobre la facultad concurrente en materia tributaria se dio de manera más intensa en oportunidad de proceder a su prórroga en 1894, cuando se produjo un intercambio muy interesante entre el Ministro Terry y el diputado Mantilla, en el que finalmente volvió a prevalecer la tesis de la concurrencia de potestades en materia de impuestos indirectos.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Alberdi, Juan Bautista, *Sistemas...* cit. supra, pág. 377.

<sup>12</sup> Ley N° 2774.

<sup>13</sup> Trevisan, Egidio C. "Unificación de los impuestos internos en Argentina", publicado en *El Trimestre Económico*, Vol. 13, N° 50 (Julio-Septiembre), 1946, pág. 322-328.

<sup>14</sup> Zorraquín Becú, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, T° II, Ed. Perrot, Segunda Edición, 1996, pág. 321. El autor cita un fallo de Corte Suprema resuelto en 1927 (Fallos, 149:260), momento en el cual el Tribunal Superior terminó de confirmar la facultad concurrente entre la Nación y las provincias en materia de impuestos indirectos.

<sup>15</sup> González Calderón, Juan A., "Derecho Constitucional...", cit. supra, T° III, pág. 88 y sigtes. Es relevante también, para este análisis, la cita que este autor hace del fallo *Fisco Nacional c. M.S. Berhó* (Fallos 121:273), donde la Corte declara constitucional la facultad del Congreso Nacional de legislar en materia de impuestos internos. En especial, el Tribunal se abstiene de intervenir en la materia, dejando en claro que "...no incumbe a los tribunales federales, creados para conocer de causas concretas, entrar en el examen amplio y complejo de las rentas de la Nación y de la naturaleza de los gastos a cargo de la misma, como debe hacerlo el poder legislativo con todos los informes y antecedentes necesarios para el acertado desempeño de sus funciones...".

Es usual, en este contexto, sostener que en materia fiscal la república navegó por una primera etapa de división de fuentes, la que podría presentarse como la más acorde al texto constitucional, en la que el gobierno federal se financió con las fuentes del art. 4 de la Constitución. En especial, con el ingreso proveniente de la aduana, los empréstitos y las eventuales rentas de correo y ventas de tierras fiscales. La historia económica da por concluido este período en 1890, año en que –producto de la crisis- comienza a operar la facultad concurrente de ambas jurisdicciones en materia de impuestos internos.<sup>16</sup>

Así, se origina una compleja superposición tributaria donde las provincias legislaban impuestos internos que afectaban su producción y las ventas (o intentaban promoverla frente a las de otras provincias), en tanto que el gobierno federal también comenzaba a imponer sobre tributos semejantes.

Como primera aproximación a este período, nos encontramos con que desde 1853-60 hasta 1891, el sistema de división de fuentes resultaba claro. Luego, a partir de ese año, se pasa a un esquema de concurrencia entre impuestos internos en el nivel nacional y provincial, que empieza a poner de manifiesto un enorme problema de gestión tributaria, con la consiguiente doble imposición. Estaba claro que el sistema requería ser pensado nuevamente.

Sin embargo, sabemos también que no es hasta la crisis mundial de 1930 que se comienzan a develar nuevas alternativas y cambios profundos en el plano impositivo, con el objeto de intentar enfrentar la crisis fiscal de ese momento. Además, esta década es rica en reformas estructurales en materia económica. Entre muchas medidas de alto impacto, se funda el Banco Central de la República Argentina.<sup>17</sup>

Desde un punto de vista político, la situación revestía enorme gravedad, pues el 6 de septiembre de 1930 había tenido lugar el golpe de estado contra el gobierno constitucionalmente elegido de Hipólito Yrigoyen. El General Uriburu, por decreto y con posterioridad el gobierno de Agustín P. Justo, con la anuencia del Congreso Nacional, legislaron sobre dos materias de enorme relevancia, las que serán tratadas a continuación.

## **II.A. La unificación de los impuestos internos**

---

<sup>16</sup> Véase, entre muchos otros, Cortés Conde, Roberto, *La economía política de la Argentina en el Siglo XX*, Ed. Edhasa, 2005, en especial el Capítulo 2. Para una muy breve descripción de las distintas medidas tomadas por Carlos Pellegrini y Vicente Fidel López (ministro de hacienda), véase Alemann, Roberto T., *Breve Historia de la Política Económica Argentina – 1500-1989*, Ed. Claridad, 1989, pág. 157 y ss.

<sup>17</sup> Ley N° 12.155.

Como dijimos, los denominados impuestos internos afectaban las ventas de determinados productos de consumo en todo el territorio nacional. La idea de coparticipar o distribuir su producido, encontraba sentido en que se trataba de impuestos cuya facultad de percepción era concurrente entre la nación y las provincias, y su dispersión y percepción en todos los niveles de gobierno no resultaban del todo eficaces.

Una somera revisión del texto votado en 1934 nos arroja una enorme cantidad de productos afectados por estos tributos, que con el correr del tiempo fueron parcialmente derogados.<sup>18</sup>

Lo interesante del caso es que la idea de coparticipar los tributos surge a partir de una decisión coyuntural del Congreso Nacional, impulsado por el Poder Ejecutivo, de unificar el volumen de tributos internos cuya percepción resultaba compleja, y que en algunos casos (en especial aquellos que causaban de manera indirecta alguna similitud con una aduana interior) tenían severos cuestionamientos constitucionales.<sup>19</sup> La ley fue votada por mayoría y requería la adhesión de las provincias, para que éstas sean receptoras de la masa coparticipable pactada en la ley.

La distribución de los impuestos recaudados originalmente correspondía en su mayoría al gobierno nacional, la que fuera lentamente equilibrándose hasta llegar a nuestros días, en los que por aplicación de la Ley N° 23.548, las provincias reciben un 54,66% de la masa coparticipable bruta.

Es interesante lo que manifestaban por ese entonces los autores provenientes de las distintas provincias, respecto de esa unificación y posterior distribución:

“[l]a Ley Nacional N° 12.139, llamada de unificación de los Impuestos Internos Federales, constituye en lo político, en lo jurídico, en lo económico, un paso trascendental en la evolución de la vida argentina... Dos realidades nacionales entrechocaban en la solución del problema creado por los impuestos a la producción y los consumos: la una puja por el mantenimiento del concepto federalista de gobierno, que informa la psicología de las provincias; la otra por el centralismo del Río de la Plata, fauce geográfica de la República, que cuenta con la dirección de la compuerta de las corrientes económicas de la Nación.”<sup>20</sup>

<sup>18</sup> En la actualidad, también se mantienen ciertos tributos, denominados internos. Véase Ley N° 24.674.

<sup>19</sup> Véase “S.A. Mataldi Simón Limitada c/Provincia de Buenos Aires”, Fallos, 149:260.

<sup>20</sup> Barraco Mármol, Rodolfo, “Córdoba y los impuestos internos federalizados”, publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Año 23, N° 1-2; Marzo-Abril 1936

Se trata entonces de un marco regulatorio que requería ser legislado y unificado, puesto que la situación imperante no parecía funcionar adecuadamente. Nació así, en 1934, la primera “Ley-Contrato” de distribución de impuestos nacionales, que requería la adhesión voluntaria de las provincias para ser acreedoras de los porcentajes de los impuestos sujetos a coparticipación.

## **II.B. El impuesto a los réditos**

Se legisló, asimismo, por primera vez en Argentina, el impuesto a los réditos (precursor del actual impuesto a las ganancias) mediante la Ley N° 11.682. Se trató de un tributo directo cuyo origen fue una coyuntura de emergencia, y se legisló en el marco de la excepción constitucional que establecía el entonces art. 67 inc. 2. En palabras de Gorostiaga, se trataba de una “situación excepcional”.

Ahora bien, el texto constitucional vigente en ese momento (que hoy se mantiene, perdido entre la complejidad de la coparticipación federal), disponía que el Congreso Nacional podía imponer impuestos directos por tiempo determinado, cuyo resultado iba directamente a las arcas del estado federal, siempre y cuando “...la defensa, seguridad común y bien general del estado lo exijan.”<sup>21</sup>

Asumiendo entonces que la crisis económica mundial y la estrechez fiscal debían ser obturadas mediante nuevos tributos directos, pareciera que nos encontrábamos dentro de la exigencia del bien general del estado.

Lo relevante del caso es que el texto constitucional (y así lo entendieron los constituyentes) otorgaba al Congreso federal la potestad de recaudar impuestos directos por plazo determinado, sin necesidad de participar a las provincias de esa recaudación.

Resulta bastante claro que en materia de recolección de impuestos internos por parte del estado nacional (los que revestían la calidad de indirectos), la distribución posterior parecía la única manera de promover la tan necesaria unificación, pues se trataba de una facultad concurrente de la Nación y las provincias.

Por el contrario, la recaudación de impuestos directos por “tiempo determinado”<sup>22</sup> no requería de su coparticipación, ya que se suponía que durante el lapso de su vigencia, su producido se aplicaría a las razones de bien general exigidas por la norma.

<sup>21</sup> Art. 67 inc. 2, Constitución Nacional de 1853-60.

<sup>22</sup> Así lo establecían los textos legales de creación de estos impuestos.

No obstante, en 1935, en oportunidad de prorrogar el gravamen, el Poder Ejecutivo propuso su coparticipación de la misma manera que los tributos internos (Ley N° 12.147). Dicho de otro modo, aquello que resultaba coyuntural y exclusivo del gobierno nacional, al integrarlo a la masa coparticipable comienza a tornarse en los hechos en un tributo con alguna característica de concurrencia (pese al texto constitucional), pues su recaudación era cedida al gobierno federal y se sujetaba su distribución a las reglas fijadas para los impuestos internos.

La coparticipación del producido de dicho impuesto, entonces, significó su consolidación y delegación, pese a que debería haberse mantenido por un plazo determinado. La ficción que se prorroga a su vencimiento de manera casi automática no es otra cosa que la confirmación de que se trata de un tributo que se percibe y distribuye por fuera de la estructura constitucional vigente.

Consecuentemente, la unificación de los impuestos internos existentes y la prórroga del impuesto a los réditos y su distribución mediante las Leyes N° 12.139 y N° 12.147 en 1934 y 1935, es lo que da origen al primer sistema de coparticipación federal de impuestos. En efecto, se trató de un esquema con las siguientes características:

- Al reconocer la facultad concurrente de la nación y las provincias en materia de impuestos indirectos, la superposición dio lugar a un sistema de recaudación único en cabeza del gobierno nacional, cuya distribución dependía de la adhesión voluntaria de las provincias. Asimismo, la contrapartida provincial, era la derogación lisa y llana de los impuestos internos oportunamente promulgados en los distintos territorios provinciales.
- En materia de impuestos directos (réditos principalmente), se trató de un gravamen que tomó para sí el gobierno nacional, justificado en su origen por la emergencia económica desatada a partir de 1930, que se consolidó luego en esa jurisdicción, pese a tratarse de una atribución de carácter excepcional. Pareciera que su distribución fue lo que justificó la delegación *sine die* por parte de las provincias de su recaudación.

De esta manera, las provincias cedieron al gobierno nacional la capacidad recaudatoria de los gravámenes, a cambio de una distribución conforme la norma adherida.

Así las cosas, se puede observaren este esquema una solución coyuntural que intenta paliar una crisis, cuyo origen es fiscal, mediante la unificación tributaria en cabeza del gobierno federal. Todo esto en detrimento de las autonomías provinciales que perdieron, no sólo parte de su capacidad tributaria indirecta (concurrente), sino también aquella que de manera excepcional podía cederse a la nación, con características distintivas.

Pareciera que la coparticipación del tributo de excepción fue aquello que sirvió de moneda de cambio para su prórroga indefinida. Este traslado en los hechos de las potestades tributarias fue lo que comenzó a construir la recaudación en cabeza del gobierno nacional, lo que evolucionara lentamente en el actual sistema de coparticipación federal.

En palabras de Asensio:

“La experiencia coparticipatoria posterior [se refiere a la que evoluciona a partir de 1934] mostraría una suerte de juego de compensaciones: mientras crecía el poder legiferante y normativo nacional, ascendía la participación del conjunto de provincias en la recaudación coparticipable.”<sup>23</sup>

Es interesante también observar que, en líneas generales, una posible reforma constitucional que ordenara las facultades de tributación de una manera más acorde a la realidad que comenzara a desarrollarse a partir de 1934 no estuvo en la agenda. Por el contrario, el sistema se mantuvo y consolidó a lo largo de los años, generando también –a través de estas leyes convenio- restricciones a las provincias respecto de los impuestos que podían crear y percibir.<sup>24</sup>

El texto constitucional de 1949, producto de una reforma integral promovida por el entonces gobierno peronista, si bien reformó el art. 4º, lo hizo en línea con el entendimiento de ese momento respecto de la participación del Estado en la economía. En este sentido, agregó como fuente de recursos, “...la propia actividad económica que realice, servicios que preste y enajenación o locación de bienes de dominio del Estado Nacional.”<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Asensio, Miguel Angel, *Federalismo Fiscal – fundamentos, análisis comparado y el caso argentino-*, Ed. Ciudad Argentina – USAL, Buenos Aires, 2000, pág. 158.

<sup>24</sup> Véanse en este sentido, las modificaciones legislativas al sistema de coparticipación federal introducidas en 1946 y en 1954.

<sup>25</sup> Constitución Nacional de 1949, art. 4º, en Sampay, Arturo, *La Constitución Democrática*, Ed. Ciudad Argentina, 1999, pag. 221, con notas y estudio preliminar de Alberto Gonzalez Arzac.



En lo que hace a las atribuciones del Congreso, la Constitución de 1949 no modificó la estructura existente, es decir, mantuvo la facultad de imponer contribuciones directas por tiempo determinado, pese a que el impuesto a los réditos mantenía su vigencia desde 1934.

Es recién en 1973, mediante la promulgación de la Ley N° 20.221 (se trató de una ley de facto), que se estableció un marco regulatorio integral, que consolida de manera definitiva la idea de coparticipación federal. Según el propio texto legal, dos razones impulsaron su promulgación:

(i) fortalecer en el plano financiero el efectivo ejercicio del sistema federal de gobierno; y;

(ii) facilitar el éxito de las gestiones de los nuevos gobiernos, ya que en 1973 se volvió al cauce institucional luego del golpe de estado de 1966.

La ley estableció su vigencia hasta 1980 e intentó fijar parámetros objetivos de distribución de los recursos coparticipables, por oposición a porcentajes fijos. Determinó tres criterios: población (65% de la masa coparticipable); proporción per cápita a la brecha de desarrollo según la fórmula establecida en la propia ley (25%) y promedio de densidad de población, beneficiando a las de menor densidad (10%). La distribución primaria se fijó en 48,5% para la Nación y un porcentaje igual para las provincias. La coparticipación secundaria se realizaría conforme con los parámetros objetivos descriptos. Este régimen (que fue modificado en detrimento de las provincias durante la dictadura militar de 1976-1983) caducó en 1984, para legislarse nuevamente en 1988 a través de la Ley N° 23.548.

Este último texto legal implementó un sistema “transitorio” de coparticipación federal, que modificó los criterios establecidos en el régimen anterior y estableció porcentajes fijos en materia de distribución secundaria. En efecto, aumentó la participación de las provincias (54,66%) respecto de la Nación (42,34%) en lo que hace a la distribución primaria y creó también la figura de los “aportes del tesoro nacional” (ATN, 1%), cuyo objetivo fue “atender situaciones de emergencia y desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales”. Finalmente, estableció que el monto a distribuir entre las provincias nunca podrá ser inferior al 34% de la recaudación de los recursos tributarios nacionales de la administración central, tengan o no el carácter de coparticipables.

La masa coparticipable estaba constituida por todos los impuestos nacionales, con excepción de los derechos de importación y exportación (constitucionalmente afectados al

estado nacional), impuestos y contribuciones con asignación específica y otros tributos menores con sistemas propios.

Inmediatamente después de la sanción de la norma en 1988, mediante distintas leyes-convenio, comenzó a afectarse paulatinamente la masa coparticipable, teniendo como causa principal el costo de la seguridad social, todo lo cual fuera revertido como consecuencia de su reestatización.<sup>26</sup>

Las tramas principales del sistema de coparticipación “afectado” por los pactos fiscales acordados a partir de la década de los 90 del siglo pasado son las siguientes (se explicitan de manera general):

- Los impuestos cuyo 100% forman parte de la “coparticipación bruta” son los impuestos internos.
- Del impuesto a las ganancias recaudado, el 64% formaba parte de la coparticipación bruta, en tanto que el 20% se destinaba a la seguridad social,<sup>27</sup> el 10% con un tope de hasta \$ 650 millones al fondo de reparación del conurbano bonaerense —el excedente de ese tope volvía a las provincias excepto Buenos Aires conforme índices de participación secundaria—<sup>28</sup>, y el 4% corría la misma suerte que el excedente. Finalmente, el 2% directo alimenta el fondo destinado a ATN.
- Del impuesto al valor agregado recaudado, el 89% forma parte de la coparticipación bruta, en tanto que el 11% restante se aplica a la seguridad social.

En este sucinto análisis, puede observarse que la “coparticipación bruta” no está integrada por el 100% de los tributos recaudados, sino que tanto el impuesto a las ganancias como el IVA tenían importantes desvíos con asignación específica, primeramente hacia la seguridad social.

Estos gruesos trazos del esquema de coparticipación, que omiten —en honor a la brevedad— muchos otros impuestos directos e indirectos, tasas y otros fondos y que no pretende ser exhaustivo, demuestran la enorme complicación de un sistema cuyo origen se

---

<sup>26</sup> Véase el Capítulo III siguiente, sobre el análisis que realiza la Corte Suprema de este tema.

<sup>27</sup> Esto resultó modificado de manera definitiva por el Decreto N° 406/2016, dictado como consecuencia de varios fallos de la Corte Suprema. Véase el Capítulo III siguiente.

<sup>28</sup> Este tope fue motivo de planteos por parte de la Provincia de Buenos Aires ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que motivó su actualización.

complejizó para tornarse en una maquinaria de recaudación centralizada en el gobierno nacional.<sup>29</sup>

En esta misma línea, aquello que se pensó como un sistema con fuentes de recaudación separadas, fue lentamente tornándose en un esquema distinto. Esto producto de la crisis económica y la estructuración de un sistema que intentó coordinar aquella porción concurrente de la recaudación y sumó otra parte netamente provincial en su origen. Finalmente, este sistema se convirtió en un modelo permanente, pese a la prohibición constitucional.

Nadie discute la necesidad de instrumentar un impuesto a las ganancias progresivo a nivel federal. Lo curioso del caso, y lo profundizaremos en el capítulo siguiente, es la manera en que se mantuvieron ciertas ficciones constitucionales, pese a que la práctica ha venido demostrando que no resultan viables ni convenientes para organizar un sistema de recaudación más consistente.<sup>30</sup>

### **III. La “constitucionalización” del sistema de coparticipación federal**

La ley de convocatoria a la asamblea constituyente de 1994 no incluyó la posibilidad de poner a consideración la reforma de la Parte Dogmática del texto constitucional,<sup>31</sup> razón por la cual el art. 4° se mantuvo en su redacción original.

En lo que hace a la materia que nos ocupa, el Núcleo de Coincidencias Básicas nada decía al respecto.<sup>32</sup> No obstante, el art. 3° de la ley de convocatoria habilitó el tratamiento de diversos temas más allá de los pactados originalmente, entre los que se encontraba el “fortalecimiento del régimen federal” y específicamente la consideración del régimen de coparticipación, quedando el debate constituyente habilitado en este sentido.

La reforma de mayor trascendencia quedó incorporada en el inciso 2 del art. 75, que quedó redactado de la siguiente manera:

---

<sup>29</sup> Para una actualización del esquema de coparticipación véase “El Laberinto de la Coparticipación”, en [www.cfi.gov.ar/docs/laberintocoparticipacion-version2019.pdf](http://www.cfi.gov.ar/docs/laberintocoparticipacion-version2019.pdf)

<sup>30</sup> Para un pormenorizado análisis de la evolución de la coparticipación impositiva en forma previa a la reforma de 1994, véase Hernández, Antonio María, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, pág. 70 y sgtes.

<sup>31</sup> Véase art. 7 de la Ley N° 24.309: “*La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional.*”

<sup>32</sup> Véase art. 2° de la Ley N° 24.309, donde se transcribe el Núcleo de Coincidencias Básicas.

“Corresponde al Congreso:... 2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional. La ley convenio tendrá como cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser unificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias. No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso. Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.”

El texto transcripto, como puede verse, es de una enorme complejidad, no solo en su redacción, sino en su implementación. Previendo esta circunstancia, los Constituyentes incorporaron también una disposición transitoria, que dice:

“Sexta – Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2 del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de la reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación. La presente cláusula no afecta los reclamos administrativos o judiciales en trámite originados por la distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias (Corresponde al art. 75, inc. 2).”

Cierra el nuevo esquema de coparticipación, el inc. 3 del art. 75, que dispone:

“3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

El convencional Ruben Marín es quien presentó el esquema que finalmente fue aprobado. Argumentó que se trató de una “*auténtica conquista federal*”.<sup>33</sup> En oportunidad de explicar el sistema propuesto, aclaró que:

“[l]as provincias no están delegando facultades de imposición a la Nación, sino que las provincias y la Nación comparten facultades de distribución para sentar las bases de un federalismo solidario. En la Constitución se establece el siguiente esquema. Por un lado, la separación de las fuentes, asignando al gobierno federal los impuestos aduaneros y los directos a las provincias. Por el otro, ha acogido la posibilidad de concurrencia en los impuestos indirectos y en los directos bajo ciertas condiciones.”<sup>34</sup>

Fijado el marco conceptual, justifica la reforma:

*“La inserción constitucional del régimen de coparticipación reconoce sucintamente varios fundamentos: ajustar el texto normativo constitucional a una práctica de distribución fiscal que desde hace aproximadamente seis décadas se ha consolidado en el país, eliminando de esta manera una situación de incertidumbre jurídica; conferir racionalidad a la administración y distribución de recursos financieros y fiscales entre las diferentes jurisdicciones; estructurar un espacio institucional de concertación federal desde donde se diseñe, en un marco de participación igualitaria, la matriz tributaria y la pauta de distribución de los fondos que se recauden; superar los inconvenientes que genera un sistema rígido de separación de fuentes tributarias; beneficiar al contribuyente individual, disminuyendo la presión fiscal global y reduciendo los costos de percepción, fundamentalmente dando posibilidad a las provincias chicas de poder compartir la recaudación de otras provincias; favorecer a los estados provinciales más pobres, que permite su subsistencia en este momento...”*<sup>35</sup>

Finalmente, a la hora de sostener la necesidad de la cláusula transitoria con un plazo perentorio para el tratamiento de la nueva “Ley-Convenio”, dice que:

“...se reafirma la inquebrantable decisión de salir de un régimen transitorio de distribución de recursos que lleva más de veinte años, y se ingresa definitivamente en un nuevo mapa de relaciones financieras y fiscales entre el gobierno federal y los Estados provinciales.”<sup>36</sup>

Para ratificar luego, para que no queden dudas:

“...se reafirma la voluntad de esta Convención de ir abandonando progresivamente el signo de transitoriedad que ha caracterizado al régimen fiscal de los últimos años para arribar, en un marco de concertación, a un

<sup>33</sup> Convención Nacional Constituyente, 24° reunión – 3° Sesión Ordinaria (Continuación) – 4 de Agosto de 1994 - Versión taquigráfica, pág. 3173

<sup>34</sup> Convención Nacional... cit. supra, pág. 3173.

<sup>35</sup> Convención Nacional... cit. supra, pág. 3174.

<sup>36</sup> Convención Nacional... cit. supra, pág. 3176.

acuerdo más perdurable en el contexto de los principios rectores enunciados.”<sup>37</sup>

La alocución del convencional Marín da el tono del debate constituyente. Se intentó – sin éxito- salir del régimen transitorio cuyo inicio, como vimos, podemos ubicarlo en 1934, mediante una cláusula constitucional con dos notas distintivas: i) complejidad, y ii) unanimidad.

No aclara el mantenimiento sin modificaciones del esquema original vinculado a los impuestos directos, que desde 1934 se tornó en una ficción constitucional. Se mantuvo en el texto sin siquiera intentar alguna fórmula que refleje la realidad imperante.

Queda claro, de la transcripción efectuada, que el sistema propuesto se enfoca de manera exclusiva en el modo de acordar la distribución de los recursos coparticipables, aclarando que los impuestos indirectos son facultad concurrente de la Nación y las provincias.

La lectura del inc. 2 transcripto nos muestra la voluntad del constituyente de fijar un mecanismo que supone la capacidad de acordar de manera unánime la distribución de la recaudación impositiva, con un piso de negociación, creando un mecanismo de enorme complejidad. Sería esta, en palabras de Marín, la “*auténtica conquista federal*”.

El texto constitucional, entonces, presenta el siguiente camino crítico:

- Acuerdos entre la Nación y las provincias, en forma previa al debate de la “Ley-Convenio”;
- El debate y aprobación de una “Ley-Convenio”, cuyo origen será el Senado de la Nación, y que “deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”;
- Posteriormente, el texto constitucional dice –lacrónicamente que “será aprobada por las provincias”;
- Finalmente, la disposición transitoria Sexta impide la modificación de la distribución de los “recursos vigentes” a la sanción de la reforma, hasta tanto se apruebe un nuevo régimen de la manera estipulada precedentemente.

La norma no aclara algunas cuestiones. La primera es el alcance de los “acuerdos” entre la Nación y las provincias y la manera de celebrarlos. ¿Se trata de reiterar las reuniones que

---

<sup>37</sup> Convención Nacional... cit. supra, pág. 3176.

convocaba en 1934 el Ministro Terry<sup>38</sup>, en las que explicaba los planes y mecanismos que proponía el Poder Ejecutivo para obturar la crisis económica y mejorar el sistema de recaudación tributaria? ¿Cabría reglamentar, mediante una ley simple, el procedimiento de “acuerdo”? ¿Resulta necesario formalizarlo, para avanzar luego con el debate de la Ley-Convenio? ¿O simplemente se trata de acordar sobre la posibilidad de debatir?

Cuando el texto constitucional habla de que la “Ley-Convenio” debería construirse “*sobre la base*” de acuerdos entre ambas jurisdicciones, parece estar requiriendo algo más que la sola aprobación para iniciar un debate. En otras palabras, aquella provincia que no adhiere a esta base pareciera invalidar la posibilidad de debatirlo en su cámara de origen (el Senado).

Quiroga Lavié, en este sentido, confirma la laguna normativa cuando aclara que “[n]ada se dice acerca del número de aceptaciones necesario para estos acuerdos”.<sup>39</sup>

Suponiendo por un instante que el silencio del texto permite avanzar y acordar con una mayoría relevante de provincias en la discusión de las bases para una eventual Ley Convenio, y se obtiene la mayoría agravada prevista en la misma norma, queda un último valladar que es la aprobación por parte de “*las provincias*”.

Nuevamente, la orfandad textual es elocuente. No obstante, una interpretación sistemática del texto nos permitirá concluir que la validez de la Ley-Convenio está sujeta a la aprobación de la totalidad de las provincias. Si nuevamente enfocamos la lente en el origen de la coparticipación federal y en su evolución hasta 1994, siempre se trató de mecanismos legales de distribución que contaban con la adhesión voluntaria de las provincias. Los incentivos que las leyes proponían (participación en la distribución a partir de la adhesión, por ejemplo), eran los que provocaban su incorporación a las estructuras propuestas.

No obstante, el sistema de 1994 propone un sistema de protección que la torna en un mecanismo pétreo.<sup>40</sup> En otras palabras, inconvencible. Esta rigidez, entendemos, no lo es por las razones que invocaba Bidart Campos en su conocida doctrina sobre los contenidos

---

<sup>38</sup> Véase el Capítulo I de este trabajo.

<sup>39</sup> Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel, y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, T° II, Rubizal-Culzoni Editorial, 2001, pag. 939.

<sup>40</sup> Véase, en este sentido, Sola, Juan Vicente, *Derecho Constitucional*, Ed. Lexis Nexis – Abeledo-Perrot, 2006, pag. 568.

pétreos<sup>41</sup> del texto constitucional, sino por la incapacidad real para llevar adelante aquello que propone el texto constitucional en materia de coparticipación federal.

Por otra parte, como sostiene Gelli,

“...ha desaparecido de la Constitución Nacional el principio en virtud del cual gasta quien recauda, sustituido, básicamente, por criterios de solidaridad y equidad para el desarrollo igualitario de las provincias”.<sup>42</sup>

El jurista Antonio M. Hernández nos presenta una mirada que merece la pena destacar. Sostiene que la Convención obró con “realismo institucional” al consagrar el “*mejor sistema posible*”.<sup>43</sup>

Agrega luego, que:

“La incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución es, para nosotros, una trascendental reforma destinada a afianzar el federalismo de concertación, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre Nación y provincias.”<sup>44</sup>

Si bien puede coincidir con la necesidad de tener presente el “realismo institucional”, resulta relevante analizar, a 25 años de su promulgación, qué fue lo que en definitiva se cristalizó como mecanismo de distribución de los recursos coparticipables.

Como primer comentario relevante, entendemos que el dispositivo de 1994 de algún modo debilitó el principio general en materia impositiva que todos conocemos.<sup>45</sup> También, modificó la idea de decisión mayoritaria que atraviesa la parte orgánica del texto constitucional, para así conformar una nueva garantía a favor de las provincias que paradójicamente no es otra que el porcentaje transitorio de distribución establecido por un régimen aprobado en 1988, llamado a ser “pasajero”.

Hay, pues, un esquema que originalmente fue acusado de centralista y que tendía a debilitar el poder de las provincias, que ahora resulta consolidado y cristalizado en pos de un

---

<sup>41</sup> Bidart Campos sostiene que “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.” En *Manual de la Constitución Reformada*, T° I, Ed. Ediar, 1998, pág. 379.

<sup>42</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina –comentada y concordada-* Ed. La Ley, Tercera Edición, 2005, pág. 652

<sup>43</sup> Hernández, Antonio M., *Federalismo...* cit. supra, pág. 74.

<sup>44</sup> Hernández, Antonio M., *Federalismo...* cit. supra, pág. 75.

<sup>45</sup> “No taxation without representation”. En igual sentido, Sola, Juan Vicente, *Derecho...* cit. supra, pag. 568 “...también se puede señalar los incentivos negativos que se generan cuando no existe una relación directa entre el gasto y los recursos (se tiende a un mayor nivel de gastos).



reemplazo cuyas características enunciadas en el texto constitucional parecen no resultar suficientes para avanzar en un esquema superador.

Pareciera que la inserción constitucional de la “Ley-Convenio”, ha provocado un derecho inmodificable (salvo expreso consentimiento) de las provincias a mantener su porcentaje de recaudación impositiva, conforme fuera fijado en 1988. En consecuencia, el “federalismo de concertación” se traduce en un derecho con características contractuales más típico de una confederación que de una república federal.

Si, entonces, estamos ante un “derecho contractual”, pareciera que la Ley-Convenio nos ubica en un estadio preconstitucional en lo que hace a la coparticipación federal. En efecto, es verdad conocida que, en los sistemas federales como el argentino, determinadas entidades estatales resignan y delegan ciertos poderes a un órgano superior encargado de gestionar y administrar aquello que fuera delegado. Estas entidades delegantes (las provincias), conservan todo aquello que no fuera entregado, de manera de constituir la tan ansiada unión nacional.

En palabras de *El Federalista*:

“[d]espués de haber experimentado de modo inequívoco la ineficacia del gobierno federal vigente, sois llamados a deliberar sobre una nueva Constitución para los Estados Unidos de América. No es necesario insistir acerca de la importancia del asunto, ya que de sus resultados dependen nada menos que la existencia de la Unión...”<sup>46</sup>

Cuando Alberdi escribió las *Bases*, uno de sus propósitos era colaborar para “crear un gobierno nacional y una constitución general que le sirva de regla”.<sup>47</sup> Cuando propone su “federación practicable”, aclara que:

“[u]na simple federación no es otra cosa que una alianza, una liga eventual de poderes iguales e independientes absolutamente. Pero toda alianza es revocable por una de las partes contratantes, pues no hay alianzas perpetuas e indisolubles...La simple federación excluye la idea de un gobierno general y común a los confederados, pues no hay alianza que haga necesaria la creación de un gobierno para todos los aliados.”<sup>48</sup>

Es evidente que hoy Argentina es una república federal, y las provincias no parecen tener ninguna ambición de tornarla en una simple federación. No obstante, sirve la cita del genial tucumano para comprender que la reforma constitucional de 1994, exclusivamente en la

<sup>46</sup> Hamilton, Alexander. Madison, James y Jay, John, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, Quinta reimpresión, 1994, pág. 3.

<sup>47</sup> Alberdi, Juan B., *Bases...* cit. supra, pág. 16.

<sup>48</sup> Alberdi, Juan B., *Bases...* cit. supra, pag. 110.

materia de coparticipación federal de impuestos, nos traslada en el tiempo a los debates constituyentes. No se trata de cuestionar la autonomía provincial (típica de los regímenes federales), sino de identificar si este modelo de coparticipación federal es compatible con el esquema institucional vigente o si, por el contrario, nos lleva a una estructura distinta.

Esta circunstancia nos obliga a evaluar críticamente la reforma constitucional y a poner en duda la expectativa fijada por el Convencional Marín, cuando puso de manifiesto que con la reforma propuesta se ingresaba “definitivamente” en un “nuevo mapa de relaciones financieras” entre la Nación y las provincias.

Se trata entonces, de un sistema de distribución de ingresos tributarios con las siguientes características. En primer lugar, resulta claro que tanto las provincias como la Nación tienen la plena facultad para legislar en materia de impuestos indirectos. En el caso de la Nación, los mismos deben ser coparticipables, con excepción de aquellos que por tiempo limitado no formen parte de la masa coparticipable (inc. 3 del art. 75 de la Constitución Nacional).

En segundo lugar, en materia de impuestos directos, se mantiene el concepto de que son una facultad impositiva no delegada, y que excepcionalmente pueden ser legislados por el gobierno federal, “por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, la seguridad común y el bien general del Estado lo exijan” (art. 75 inc. 2 de la Constitución Nacional). La reforma mantuvo la ficción jurídica que legalmente comenzó a construirse en 1934, cuando se legisló temporalmente el impuesto a los réditos, para mantenerse sin solución de continuidad hasta nuestros días. Agrega simplemente que son coparticipables.

En tercer lugar, los tributos indirectos externos (importación y exportación), mantienen su lugar tanto de recaudación como de gasto, en cabeza del gobierno nacional.

Respecto a la modificación del actual sistema “transitorio” de coparticipación federal de impuestos, el mismo se encuentra cristalizado y no puede ser modificado sin la anuencia de la totalidad de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El transcurso de 25 años desde la reforma sin que se pudiera siquiera haber comenzado a evaluar una nueva Ley-Convenio, confirma la rigidez de la fórmula propuesta.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> La Ley N° 24.621 (1996) intentó formalizar un procedimiento para iniciar el proceso de negociación y sanción de la Ley-Convenio, que no resultó fructífera.

#### IV. La Corte Suprema y los recursos coparticipables

A partir de la caracterización del sistema de coparticipación federal incorporado al texto constitucional en 1994, nos detendremos a analizar la lectura que la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizara en casos vinculados a esta problemática.

El primer grupo de casos no reviste mayor complejidad (fallos *Santa Fe*<sup>50</sup> y *San Luis*<sup>51</sup>). El máximo tribunal ordenó al Poder Ejecutivo la devolución de aquellos porcentajes que habían sido detraídos de la masa coparticipable para: i) afectar porcentajes de la recaudación a la gestión de la Administración Federal de Ingresos Públicos, y ii) hacer frente a cierto déficit en el sistema de la seguridad social, que en 1994 había sido modificado estructuralmente.<sup>52</sup>

El origen de estas deducciones se vinculó mayormente con la promulgación de la Ley N° 24.241 que implementó el sistema de jubilaciones privadas, provocando un desfinanciamiento del sistema de seguridad social respecto de las jubilaciones de reparto vigentes a la fecha de vigencia de esa legislación. Si bien este esquema pudo haber tenido una justificación temporal hasta tanto el sistema mixto implementado en 1994 alcanzara su equilibrio, no lo es menos que en 2008 el sistema fue derogado, volviéndose al sistema de reparto tradicional.

La Corte ordenó, como dijimos, la devolución de dichos fondos a la masa coparticipable, que fue definitivamente consolidado mediante el dictado del Decreto N° 406/2016.<sup>53</sup>

El caso que, por el contrario, reviste mayor complejidad tuvo lugar hace algunos meses en oportunidad de resolver sobre el pedido de una medida cautelar por parte de la provincia de Entre Ríos. Dicha provincia se opuso a las regulaciones que estableció el entonces

---

<sup>50</sup> Véase Fallos, 338:1356, en lo que hace a la detracción del 15% de la recaudación del Impuesto a las ganancias; y Fallos, 338:1389, respecto de la detracción porcentual que se afectara a la Administración Federal de Ingresos Públicos.

<sup>51</sup> Véase Sentencia CSJ 191/2009 del 24/11/2015 en lo que hace a la detracción del 15% de la recaudación del Impuesto a las ganancias; y Sentencia CSJ 1039/2008 del 24/11/2015, respecto de la detracción porcentual que se afectara a la Administración Federal de Ingresos Públicos.

<sup>52</sup> Se trató de los recursos que fueron afectados de manera directa a la seguridad social, para cubrir el lapso de transición entre el sistema de reparto vigente en ese entonces, y el nuevo sistema de capitalización propuesto por la Ley N° 24.241. Tal detracción perdió su razón de ser con la modificación del sistema en 2008, y la vuelta al sistema de reparto. Vencido el plazo pactado para afectar la detracción, y su falta de renovación y aprobación por la provincia, provocó el caso ante la Corte Suprema.

<sup>53</sup> El voto en disidencia del Dr. Carlos F. Rosenkrantz distingue de manera precisa los alcances de los Fallos *Santa Fe* y *San Luis*, de la petición de la provincia de Entre Ríos. Véase Fallo Entre Ríos, Considerando 4°, pág. 22 y siguientes.

presidente Macri tendientes a rebajar el Impuesto al Valor Agregado sobre ciertos productos de la canasta básica y a diferir el pago de anticipos del impuesto a las ganancias, y otras medidas similares. Según la actora, tales medidas producirían una merma en la recaudación de la masa coparticipable.<sup>54</sup>

La provincia demandante, entendió que, entre otras cuestiones, tales normas violaban el:

“sistema de derecho intrafederal basado en el federalismo de concertación, propio del régimen de coparticipación tributaria vigente, como consecuencia de lo cual se producen importantes perjuicios económicos al erario provincial.”<sup>55</sup>

La provincia también alegó que el Poder Ejecutivo se había extralimitado en sus facultades, y que se había violado el principio de legalidad en materia tributaria. Como bien lo expone el voto en disidencia, parece claro que la provincia *per se* carecía de legitimación activa directa respecto de las normas atacadas, puesto que –como resulta obvio– no era el sujeto incidido por el impuesto (o su rebaja). La eventual afectación, en todo caso, estaría dada por el eventual detrimento indirecto en la masa coparticipable.<sup>56</sup>

El voto mayoritario encontró configurado el requisito de verosimilitud en el derecho porque entendió que las medidas del Poder Ejecutivo habían efectivamente afectado este “sistema contractual” al que hacíamos referencia en el Capítulo II anterior, dándole –desde nuestro punto de vista– una lectura que va más allá de lo que los constituyentes pensaron en 1994.

El voto mayoritario destaca tres principios generales que fundamentan el derecho vulnerado para otorgar la medida cautelar planteada por Entre Ríos:<sup>57</sup>

1. El principio de *integralidad*;
2. El carácter *convencional o concertado* de la decisión; y
3. La *intangibilidad* de los recursos provinciales.

El principio de *convencionalidad* surge con claridad del texto constitucional y es aquello que describimos en el Capítulo II anterior, respecto a la necesaria unanimidad para que un

---

<sup>54</sup> Las normas atacadas eran los Decretos 561/2019 (reducción de la base de cálculo de retenciones en el impuesto a las ganancias de determinados sujetos) y N° 567/2019 (alícuota del 0% en el IVA para determinados alimentos de la denominada “canasta básica”).

<sup>55</sup> CSJ 1829/2019/1 – ORIGINARIO- “Entre Ríos, Provincia de c/Estado Nacional s/Acción declarativa de inconstitucionalidad – incidente de medida cautelar”, Considerando 1°, pág. 3. En adelante, nos referiremos a esta decisión como el Fallo Entre Ríos.

<sup>56</sup> Véase Fallo Entre Ríos, voto en disidencia, pág. 15 y siguientes.

<sup>57</sup> Fallo Entre Ríos, considerando 5°, pag. 7.

régimen pueda ser legitimado. No obstante, desde nuestro punto de vista, el alcance que le otorga el voto mayoritario excede el otorgado por los Convencionales. En efecto, como bien lo destacara el voto en minoría, de lo que se trata con el régimen de coparticipación es de pactar una manera de distribuir la masa coparticipable.

El inciso 2 del art. 75 de la Constitución Nacional describe los tributos que integran aquello cuya recaudación se distribuirá (de allí este principio de *integralidad* que destaca la mayoría). Esta cuestión nadie parece ponerla en duda puesto que no se trató de eliminar de la masa coparticipable un tributo, sino de modificar las alícuotas aplicables.

Finalmente, el entendimiento que la mayoría realiza de ese principio de *intangibilidad*, que surge de la disposición transitoria sexta, es el que (combinado con el principio de convencionalidad) permite al superior tribunal realizar una lectura extendida del nuevo régimen de coparticipación.

En nuestra opinión, resulta claro que el convencional constituyente en 1994 intentó proteger la distribución de recursos vigente a la fecha de sanción de la reforma. En modo alguno entendemos que se trató de fijar pisos monetarios de distribución de dinero, sino que se protegió la posibilidad de que, por mayorías circunstanciales, se modifique aquello que desde 1988 fue fijado y aprobado por todas las provincias.

El principio de convencionalidad o concertación, sumado a la intangibilidad de los porcentajes pactados originalmente, es lo que en nuestro entendimiento generó este derecho contractual a la distribución de la masa coparticipable.

El voto de la mayoría, por el contrario, va un paso más allá y parece indicar que la intangibilidad no solo se refiere a los porcentajes y al derecho a tal distribución, sino también a los recursos propiamente dichos. La diferencia, entendemos, es de enorme magnitud y agrava aún más el bloqueo constitucional en el que se encuentra el sistema de conformación del tesoro nacional. Esta interpretación se ve confirmada cuando el voto mayoritario, para justificar esta construcción, cita alegaciones de Entre Ríos cuando menciona que:

“...la actora impugna las mencionadas normas en cuanto entiende que el Impuesto a las Ganancias y el Impuesto al Valor Agregado son contribuciones coparticipables y, por ende, las decisiones instrumentadas por el Poder Ejecutivo Nacional, a través de sendos decretos, importarían una modificación que erosiona la masa a distribuir y genera una

disminución en los recursos provinciales, realizada por quien carecería de competencia para ello.”<sup>58</sup>

Luego, concluye que:

“...la pretensión de la actora tendría base prima facie verosímil en la medida en que la mengua de la masa coparticipable denunciada podría haberse adoptado sin respetar los principios y reglas constitucionales enunciados”.

Finalmente, la decisión termina confirmando esta lectura constitucional en la que el “derecho contractual” en cabeza de las provincias parece tornarse absoluto cuando obliga al Poder Ejecutivo a que los efectos fiscales de las medidas atacadas “sean asumidas con recursos propios del Estado Nacional, sin afectar la coparticipación que corresponde a la Provincia de Entre Ríos.”<sup>59</sup>

En otros términos, el voto de la mayoría construye una intangibilidad rígida no solo de los porcentajes de distribución, sino también de los montos coparticipables, a partir de una interpretación de los principios que guiarían el sistema estructural de distribución de recursos coparticipables.

Entendemos que este concepto de “intangibilidad” tal y como fuera establecido por la Corte Suprema, no surge de la propia letra ni del espíritu de lo que establece el texto constitucional. Muy por el contrario, teniendo en consideración las razones que revisamos en el capítulo I y lo expuesto en el Capítulo II respecto del debate constitucional, la “coparticipación federal” desde su origen en 1934 nunca puso en juego sumas de dinero o la integración de la masa coparticipable, sino su efectiva distribución.

Cuando el texto constitucional habla de “integralidad”, se refiere a aquellos impuestos que integran la masa coparticipable, no así sus alícuotas, sujetos, hechos imposables o exenciones. Esta integración de la masa coparticipable es de características genéricas, pues habla de impuestos directos e indirectos, sin otro detalle.

El principio de “convencionalidad” se refiere a la necesidad del acuerdo de la totalidad de las provincias y la Ciudad autónoma de Buenos Aires para la aprobación de un nuevo régimen de coparticipación. No se refiere a los eventuales montos recaudados.

<sup>58</sup> Fallo Entre Ríos, Considerando 5, pág. 8.

<sup>59</sup> Fallo Entre Ríos, parte dispositiva, pág. 12.

Finalmente, la aludida “intangibilidad” parece surgir de la cláusula transitoria sexta que indudablemente se refiere a los actuales porcentajes de coparticipación (primaria y secundaria) que son los que fija la ley vigente.

El voto en disidencia deja en claro dos puntos relevantes. En primer lugar, cuestiona la legitimación activa de la provincia de Entre Ríos cuando afirma que las normas vinculadas a la coparticipación federal se refieren de manera específica a la distribución de recursos y no a su conformación. De esta manera, expresamente el voto especifica que:

“...lo cierto es que la relación jurídica derivada del régimen de coparticipación entre la Nación y las provincias no otorga a estas últimas derecho ni expectativa alguna respecto de un determinado nivel de recaudación por parte del Estado nacional, ni tampoco confiere un derecho a que se establezcan determinados impuestos, ni a que determinadas actividades se vean alcanzadas por tal o cual impuesto coparticipable o estén exentas de él.”<sup>60</sup>

En segundo lugar, mantiene la inveterada doctrina del Tribunal Supremo respecto de la necesidad de un “caso o controversia”, para excitar su intervención. Sostiene que:

“...la inconstitucionalidad de una norma, aunque parezca patente a primera vista, no habilita por sí sola a reclamar la intervención de los tribunales pues ello implicaría que los tribunales están habilitados a pronunciarse sobre una cuestión teórica o abstracta”.<sup>61</sup>

Entonces, la eventual inconstitucionalidad de los decretos cuestionados debe ser reclamados por aquel que tenga una afectación directa y demostrable, cosa que –según Rosenkrantz- no se encuentra presente en el caso.

En consecuencia, puede observarse del fallo en análisis una lectura que va más allá de lo que los constituyentes legislaron en materia de coparticipación federal. Llevado al absurdo, cualquier modificación de las alícuotas de los impuestos coparticipables requerirá para su validez la conformidad de las provincias. Esta conclusión tiene su razón de ser en que resulta irrelevante el instrumento utilizado, puesto que el voto mayoritario no cuestiona la validez legal, y eventualmente constitucional, de los decretos atacados, sino sus consecuencias.

La razón parece ser sencilla: las provincias, como entes jurídicos federales, no tienen legitimación activa para atacar la inconstitucionalidad del decreto, puesto que no las afecta de manera directa. De allí, como dijimos, la relevancia del voto en disidencia respecto de la legitimación de la que adolece la demandante.

<sup>60</sup> Fallo Entre Ríos, voto en disidencia del Dr. Carlos F. Rosenkrantz, Considerando 5º, pág. 20

<sup>61</sup> Fallo Entre Ríos, voto en disidencia del Dr. Carlos F. Rosenkrantz, Considerando 3º, pag. 18.

El voto mayoritario extiende la interpretación constitucional del sistema de distribución de recursos a la recaudación. Aplicando en puridad el argumento utilizado, da igual si quien resuelve –por razones de política económica- reducir un impuesto coparticipable es el Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo o la Administración Federal de Ingresos Públicos en uso de sus facultades y competencias.

La extensión interpretativa agrega un condimento más –de enorme magnitud- al ya complejo sistema legislado por la Convención Constituyente en 1994.

### V. ¿Un sistema posible?

Los sistemas tributarios son de una enorme complejidad. Aquellos, como el argentino, que contienen tres niveles de imposición<sup>62</sup> complican aún más aquello que de por sí no resulta sencillo. Las distintas cargas impositivas, tipos de tributos, alícuotas, etc. son materia de debate permanente. No es el motivo de este trabajo analizar los regímenes de imposición vigentes o sus bondades. Por el contrario, de lo que se trata es de analizar la estructura institucional vigente del llamado “federalismo de concertación” en materia de distribución de los recursos coparticipables.

Hay estudios de enorme alcance sobre el sistema de coparticipación, sus efectos y los problemas desde el punto de vista tributario y de relaciones entre las provincias y la Nación.<sup>63</sup> La pregunta que atraviesa el presente trabajo es si el esquema propuesto en 1994 resulta adecuado para lidiar con estos temas que de por sí representan un gigantesco desafío. El recorrido histórico nos permitió ver los orígenes del régimen de coparticipación federal, para concluir en que se trató de un mecanismo que surgió a partir de las diversas crisis coyunturales por las que atravesó nuestra República. Para su funcionamiento, hubo que echarse mano a algunas ficciones constitucionales para justificar la cesión de atribuciones constitucionales favoreciendo el centralismo, dejando de lado cualquier apetito reformista que pudiera pensar un sistema que sea más eficiente.

En su origen, como también repasamos, se persiguió un sistema de división de fuentes, que parecía resultar el más adecuado a la naciente República Federal. Alberdi así lo destaca

---

<sup>62</sup> Federal, provincial y municipal.

<sup>63</sup> Véase, entre muchos otros, Asensio, Miguel Angel, *Federalismo Fiscal...*, cit. supra; Cetrángolo, Oscar, Jiménez, Juan Pablo y Vega, Daniel, “Algunas reflexiones sobre el federalismo fiscal en la Argentina. Apuntes para el diseño de un nuevo sistema de coparticipación federal de impuestos”, publicado en *Desarrollo Económico*, Vol. 38, pag. 293-327; los trabajos e informes publicados por IERAL, de la Fundación Mediterránea ([www.ieral.org](http://www.ieral.org)), o por CIPPEC ([www.cippecc.org/tag/politica-fiscal/](http://www.cippecc.org/tag/politica-fiscal/)).



cuando habla de “*dos administraciones*”. Asimismo, los constituyentes de 1853 pensaron en que sea el Congreso Nacional el que supla cualquier desequilibrio, cuando aprobaron el entonces art. 61 inc. 8, hoy vigente como art. 75 inc. 9.<sup>64</sup> Se reconocen posibles variaciones entre las distintas jurisdicciones y se le otorga al parlamento la herramienta para su solución.

Las necesidades fiscales, como vimos, fueron desdibujando las fronteras constitucionales para comenzar a crear el sistema que actualmente nos rige, que cambia de manera estructural lo ideado originalmente. Pensar si hubieran cabido otras soluciones sería un contrafáctico que no tiene demasiado sentido plantear. No obstante, nos interesa evaluar si la manera en que se jerarquizó constitucionalmente este “sistema coyuntural” resulta viable para alcanzar el “federalismo de concertación” del que se habló en la Convención Constituyente de 1994.

El sistema propuesto, con sus notas de inflexibilidad y unanimidad, no ha demostrado ser capaz de provocar los acuerdos necesarios para salir del sistema “transitorio” que hoy nos rige y que intentó conjurar la reforma que justificó el convencional Marín. Por otra parte, la lectura que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Entre Ríos* consolida, sin mayores fundamentos, la rigidez de un sistema de por sí inflexible, restando al gobierno federal las atribuciones en materia de recaudación impositiva que le otorga el texto constitucional y sobre las cuales –hasta ahora- no había discusión.

El análisis que someramente realizamos en este trabajo ratifica la idea que siempre subyació en la creación del sistema de coparticipación federal: un esquema de distribución de recursos recaudados por el gobierno nacional. Del repaso realizado, nunca surgió la voluntad de la Nación o de las provincias de condicionar la recaudación. Tampoco esta circunstancia surgió de los debates constitucionales de 1994, ni de la interpretación posterior. Por el contrario, tanto el esquema inflexible propuesto en ese año como la cristalización de los porcentajes vigentes desde 1998, se refieren de manera exclusiva a la distribución de recursos ya recaudados.

Entonces, la construcción extensiva que realiza la Corte Suprema consolida aún más un sistema que –como dijimos- contaba con suficientes elementos para hacerla difícil

---

<sup>64</sup> “Art. 75.- Corresponde al Congreso: ...9. Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios.” El texto actual es idéntico al original votado en 1853.

operativamente, transformándola en un mecanismo que no solo condiciona la distribución, sino también la recaudación de los recursos tributarios.

A 25 años de la incorporación de las normas de coparticipación federal en el texto constitucional y a la luz de su falta de efectiva aplicación, pareciera que merece la pena pensar en esquemas superadores que, respetando las autonomías provinciales, puedan de una vez madurar un sistema tributario federal equilibrado con los incentivos democráticos ubicados en el lugar adecuado.

## Debido proceso colectivo: 25 años sin reglas. Síntesis de un (des)arreglo político-económico

*Matías A. Sucunza\**

### Resumen

La reforma constitucional de 1994 consagró el derecho al debido proceso colectivo. Ello supuso un cambio paradigmático en términos de exigibilidad y justiciabilidad de derechos. Sin embargo, a veinticinco años de su reconocimiento constitucional, no contamos con reglas adecuadas para discutir colectivamente. Consideramos que eso está directamente vinculado con la potencia de los procesos colectivos para poner en crisis un aspecto esencial de la reforma constitucional: el (des)arreglo político-económico propio del pacto liberal-conservador de base.

**Palabras clave:** Debido Proceso - Derechos colectivos – Exigibilidad – Rendición de cuentas – Participación - Crisis

### Abstract

The 1994 constitutional reform enshrined the right to collective due process. This meant a paradigmatic change in terms of enforceability and justiciability of rights. However, twenty-five years after its constitutional recognition, we do not have adequate rules to discuss collectively. We believe that this is directly linked to the power of collective processes to put into crisis an essential aspect of the constitutional reform: the political-economic derangement of the liberal-conservative base pact.

**Key Words:** Due Process – Class Actions – Enforceability –Accountability – Participation – Deep problems

## I. Planteo

La reforma constitucional de 1994 no se limitó a incorporar el amparo colectivo, sino que hizo mucho más que eso. Al reconocer la existencia de conflictos y derechos

---

\* Abogado por la UNLP, distinguido con diploma de honor al mejor promedio (2008). Especialista en Derecho Administrativo Económico por la UCA, en Derecho Procesal Profundizado por la UNA y en Derechos Humanos por la UNLP (tesis en elaboración). Consultor externo del CEJA.

colectivos, institucionalizó el debido proceso colectivo como derecho fundamental.<sup>1</sup> Ello supuso un cambio radical de paradigma en los esquemas de empoderamiento, exigibilidad y justiciabilidad de derechos. Significó una bisagra fundacional ya que, a partir de ese momento, la garantía del debido proceso ya no es meramente individual, sino también colectiva.

Esa ruptura paradigmática exige el desarrollo de toda una estructura (recursos, medios y reglas) que garantice el ejercicio adecuado de los derechos involucrados en esa clase de conflictos. Estos son, cabe aclarar, totalmente distintos de aquellos de carácter *individual* que habían eclipsado el entendimiento e interpretación constitucional-convencional hasta entrado el siglo XX.

¿Qué pasó con ello? A veinticinco años de su consagración constitucional ni siquiera contamos con reglas adecuadas que permitan procesar estos conflictos de forma, no solo coherente, sino *válida*.

Esto dispara otros interrogantes. Si el debido proceso colectivo es una obligación *jurídica* del Estado de cumplimiento *inmediato*, entonces ¿por qué a veinticinco años vista no existen reglas adecuadas? ¿Qué razones explican esa circunstancia? ¿Qué exigencias supone, cómo incide y qué interpelaciones genera al *status quo* político-económico?

Este trabajo se inscribe en esa preocupación y se propone:

a) Coadyuvar en la identificación, conceptualización y consolidación de la noción de derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo, como garantía fundamental *formalizada* por la reforma de 1994.

b) Enfatizar las consecuencias que ese reconocimiento constitucional supone en términos de derechos y obligaciones.

c) Evidenciar la potencia de los procesos colectivos como herramientas de participación, rendición de cuentas y cambios (estructurales) en relación a conductas lesivas de agentes públicos o privados. En especial, de aquellas asociadas a la planificación, ejecución y monitoreo de “políticas públicas” desde un enfoque de

---

<sup>1</sup> Matías A. Sucunza, “El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad”, *Revista de Derecho Público, RubinzalCulzoni*, 2016-I (2016): pp. 105-163.

derechos, (re) interpretándola como una de las razones determinantes para explicar la ausencia de regulación a veinticinco años de su consagración constitucional.

Para el logro de dichos propósitos, identificaremos en el texto de la Constitución Nacional los elementos que permiten afirmar, directa e indirectamente, la existencia de un derecho constitucional al debido proceso colectivo, recuperando algunos conceptos del debate constituyente y señalando ciertas interpretaciones de autoridades que ratifican la posición sostenida.

Acto seguido, conceptualizaremos en qué consiste y por qué aludimos a una ruptura paradigmática y, además, cuáles son sus elementos arquetípicos. También precisaremos las diferentes obligaciones jurídicas que el mencionado reconocimiento conlleva para el Estado, haciendo especial hincapié en los deberes de reglamentación y de aplicación e interpretación judicial.

Posteriormente, trataremos de señalar los principales hitos que evidencian que la omisión legislativa es deliberada y las razones que podrían explicar dicha circunstancia. En especial, nos interesa mostrar cómo los procesos colectivos son un instrumento que deja al descubierto y tensiona al máximo dos de los desarreglos más profundos del armado constitucional: la organización de poder político y económico.

Asimismo, ya que esos desarreglos no son patrimonio excluyente de nuestro país, sino propios del pacto liberal-conservador que ha caracterizado al constitucionalismo latinoamericano, trataremos de mostrar cómo este desfasaje entre reconocimiento constitucional y ausencia de reglamentación adecuada se replica en diferentes países de la región.

## **II. Derecho constitucional al debido proceso colectivo**

### **A. Recepción constitucional**

Más allá de las disquisiciones en torno a las etapas que marcaron la evolución en la materia, podemos afirmar que recién hace poco más de tres décadas la “cuestión colectiva” ha irrumpido en la escena y agenda institucional/ciudadana nacional.

Pensemos, siguiendo a Verbic, que la primera fase histórica puede ubicarse a comienzos del año 1983 con el dictado del fallo *Kattan*.<sup>2</sup> Sin embargo, a pesar de ser un fenómeno reciente de enorme actualidad y potencia, existe un hito que marcaría un antes y después: su expreso reconocimiento constitucional en 1994.<sup>3</sup>

En esa inteligencia, la mención en el artículo 43 de una serie enunciativa de derechos colectivos,<sup>4</sup> constituye el elemento determinante que nos permite sostener la existencia de un derecho constitucional al debido proceso colectivo. Ello así porque no puede existir (normativa, fáctica y lógicamente) derecho/conflicto colectivo alguno, sin garantías de similar naturaleza que posibiliten discutir colectivamente.

En términos normativos, porque la recepción de esta “categoría o clase” de derechos supone como condición necesaria la potestad de demandar su exigibilidad y justiciabilidad en clave colectiva y el correlativo deber de garantizar su ejercicio de igual forma. Asimismo, trae consigo una ruptura paradigmática en la construcción de las categorías de derechos, rompiendo con el molde de la individualidad. De esta forma, obliga a pensar a todas las demás prerrogativas asociadas a su exigibilidad en forma colectiva, sean estas de carácter sustancial (por ejemplo, la propiedad o titularidad, y disponibilidad de esos derechos) o procesal (por ejemplo, acceso a la justicia, derecho de acción o defensa).

En términos fácticos, en primer lugar, porque la aprehensión jurídica de esta categoría de derechos tiene como hecho antecedente la existencia de *conflictos colectivos*. Tanto es así que, aun cuando no se contase con ese reconocimiento constitucional expreso, su preexistencia constreñiría a instrumentar las formas para canalizarlos. En segundo lugar, porque este tipo de conflictos (policéntricos, complejos, masivos y de alto impacto) son totalmente diversos de los individuales. Por último, porque las problemáticas involucradas y el proceso como espacio de exigibilidad/disponibilidad de potestades jurídicas, rompen con la lógica de un procesamiento estructurado para

---

<sup>2</sup> Francisco Verbic, “Tutela Colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia”, *Revista de Derecho Procesal* número especial, Conferencia IAPL-IIDP (mayo 2012).

<sup>3</sup> Antes de la reforma podían admitirse implícitos en la fórmula del artículo 33 de la CN.

<sup>4</sup> Recordemos que la citada manda reconoce expresamente ciertos derechos colectivos (v.gr., al medio ambiente, usuarios y consumidores, entre otros), pero clausura la fórmula de reconocimiento con la frase “así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

conflictos individuales, demostrando así sus inconsistencias y la necesidad de reglas propias de discusión.

En términos lógicos, porque es incoherente e irrazonable reconocer la existencia de derechos colectivos y no garantizar una adecuada estructura para su correcto ejercicio; y pretender, al mismo tiempo, tramitarlos válidamente en términos procesales a través de medios pensados para conflictos individuales.

Adicionalmente, otros elementos directos que nos permiten afirmar la existencia del derecho constitucional al debido proceso colectivo son el reconocimiento de la potestad de accionar colectivamente a través del amparo<sup>5</sup> y la nominación de una serie de legitimados extraordinarios a tal fin, tales como el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones que propendan a su defensa o el Ministerio Público.<sup>6</sup>

A la luz de todo lo expuesto, estimamos central eliminar un reduccionismo problemático de la parte de la doctrina vernácula: creer que la Constitución de 1994 simplemente incorporó el *amparo colectivo*. El amparo es solo un medio más dentro de una pluralidad de vías que componen el debido proceso colectivo. Inclusive, en el caso de los conflictos colectivos, suele ser el medio menos idóneo para canalizarlos. Tal vez, la aludida simplificación entre género (debido proceso colectivo) y especie (amparo), y la ausencia de regulación adecuada, sean dos razones de peso para explicar por qué -a pesar de ser el amparo colectivo el medio más problemático por regla- es el más usado.

Como argumentos indirectos del texto constitucional, cabe sumar:

1) La recepción de una serie de *colectivos* como *sujetos de derechos* (por ejemplo, mujeres, personas mayores o con discapacidad, niños/as y pueblos originarios), preferentemente tutelados.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Hace ya 16 años, Sabsay sostenía que “El amparo, luego de la reforma constitucional del ’94 ha obtenido un nuevo perfil institucional que lleva a una importante ampliación de la figura, la que hoy comprende dos tipos distintos: uno de corte individual y otro colectivo. La segunda modalidad constituye *per se* uno de los aspectos más innovadores de la labor del constituyente de reforma. En efecto, las características de los derechos cuya protección se persigue con su interposición, como así también las consecuencias que ello provoca en materia de legitimación para el acceso a la justicia, llevan a modificar las concepciones tradicionales en la materia. De lo contrario, no se podrían obtener los objetivos pretendidos con su institucionalización” [Daniel A. Sabsay, “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en *Ambiente, derecho y sustentabilidad*, Walsh, Juan Rodrigo (ed.) (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2000), p. 80]

<sup>6</sup> Arts. 43, 86, 120 y concs., Constitución Nacional.

<sup>7</sup> Arts. 14, 16, 18, 75 incisos 12, 22 y 23 y concs., Constitución Nacional; 10, 11, 12 incisos 3 y 4, 15, 20, 28, 36, 38 y concs., Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 4, 8, 24, 25 y concs., Convención Americana sobre los Derechos Humanos; 1, 2, 7, 8, 10, 25, 28 y concs., Declaración Universal de Derechos Humanos; I, II, V, XVIII y concs., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 2, 6,

2) La ampliación expresa de derechos y materias justiciables, las cuales involucran a diversos colectivos o incluso a la colectividad toda (por ejemplo, la defensa de la legalidad en cabeza del Ministerio Público o la exigibilidad de derechos en clave estructural).

3) El incremento y desarrollo de las vías y canales de discusión en términos de participación democrática.

4) El hecho de que tanto el debido proceso como los restantes derechos asociados a él (por caso, acceso a la justicia, derecho de defensa, etc.), constituyen derechos humanos. En consecuencia, deben ser garantizados de manera *inmediata y efectiva*, toda vez que forman parte del núcleo de derechos insuspendibles. Ello así porque más allá de que consideremos que no existen jerarquías de derechos en función de su indivisibilidad e interdependencia, los pactos gemelos receptan fórmulas de reconocimiento distintas. Luego, tratándose estos de derechos “civiles”, deben ser satisfechos bajo esas condiciones, sin que puedan alegarse justificaciones de ningún orden, ni siquiera presupuestarias.

5) El derecho al debido proceso y las demás garantías receptadas en el artículo 18 de la Constitución Nacional, parte que recordemos no podía ser modificada en la reforma de 1994, deben ser aplicados implícitamente en clave colectiva. De igual manera, la nominación “persona” a la que aluden los disímiles tratados de derechos humanos, obliga a leer a ese sujeto (la “persona”) como el colectivo de que se trate, tal como la propia Corte Interamericana ha hecho al abordar los conflictos asociados a comunidades originarias.

## **B. Debates constituyentes**

No nos interesa ni creemos que tenga sentido hacer en esta oportunidad originalismo interpretativo. El único dato que pretendemos recuperar del debate constituyente es la amplitud de la recepción de la dimensión colectiva. En otras palabras, dejar en claro que cuando los convencionales discutían en torno al amparo colectivo no se limitaban a este, sino que -partiendo de la existencia de conflictividad colectiva- estaban instituyendo los derechos colectivos y la correlativa garantía de su debido proceso. Para poder constatarlo,

---

14 y conscs., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1, 2, 12 y conscs., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.



basta con recorrer las manifestaciones vertidas con motivo de la aprobación del artículo 43 de la Ley Suprema.

El convencional Pizzurno afirmó que

la participación popular resulta insoslayable en el desarrollo de las democracias modernas. La vía de acceso más propia de los ciudadanos a su gobierno está en la posibilidad de injerencia sobre aquellos temas que le atañen en particular y cotidianamente. El único control efectivo para estas cuestiones reside en la gestión de estos micropoderes difusos que resultamos ser todos nosotros en nuestra convivencia. Si no dotamos a las organizaciones sociales de las herramientas más aptas para esta función, estaremos cometiendo dos errores gravísimos. Por un lado, mantendremos una estructura de gestión superestructural, por regla alejada de los problemas concretos y mucho más permeable a las presiones de los poderes concentrados, que podemos identificar con los grupos de poder económico. Y por el otro, alejaremos a los ciudadanos de la posibilidad de compromiso con el manejo de la cosa pública, que ha llevado a la sensación de ajenidad y desconfianza que hoy se tiene para con la política y quienes la desempeñamos. Sin una legitimación activa de todos los ciudadanos para solucionar los problemas que les atañen y, en particular, de las asociaciones a las que nos referíamos anteriormente -para actuar en su representación y con un efecto *erga omnes*, asegurando la gratuidad del acceso a dichas vías jurisdiccionales- no podremos garantizar en modo alguno que los objetivos que nos fijamos con este nuevo texto tengan alguna posibilidad de llegar a buen puerto.

En similar sentido, Schroder manifestó que

[h]ace instantes, una señora convencional preguntaba cuáles eran estos derechos. Aunque es una cuestión tan obvia, la voy a explicar. Lo importante es destacar quiénes son los que no quieren que imperen estos derechos, que son los mismos que siguen hablando de la industria de los juicios. Quien dice esto toma una posición totalmente hipócrita, porque no se puede avanzar a contramano de lo que señalan los principales documentos a nivel internacional, por ejemplo, la Carta Mundial de la Naturaleza en su principio 23 y la Declaración de Río en su principio 10. Además, si no se conocen cuáles son los intereses colectivos o los intereses difusos, sugiero que vayan a la biblioteca y consulten algunas constituciones provinciales, por ejemplo, la de Salta, en su artículo 84; la de Tierra del Fuego, en su artículo 49; la de Río Negro, en su artículo 43; la de La Rioja, en su artículo 66; la de San Juan en sus artículos 40 y 58 referidos a la acción de amparo; y la de Córdoba en su artículo 53. Resultaría contradictorio, que si estos derechos están contemplados en las constituciones provinciales, no los incorporáramos a la Constitución Nacional. No podemos elaborar una Constitución para el pasado. Tenemos que defender los derechos colectivos, como lo hacen muchas provincias, los tratados internacionales y varios países latinoamericanos. Debemos redactar una Constitución para el futuro.

Asimismo, en torno a la amplitud en la categorización introducida por el artículo 43 de la Constitución, Quiroga Lavié sostuvo que

a partir de una discusión para determinar si se trata de derechos difusos, de intereses difusos, de derechos públicos o colectivos -como los defino- o de derechos de incidencia colectiva, creo que es el concepto que utiliza el convencional Rosatti, cuya propuesta de ponencia con relación a la protección del medio ambiente tiene una excelente factura al utilizar el concepto de derecho o interés difuso no en el sentido de la individualización o debilitamiento del derecho sino en cuanto al alcance para toda la entidad colectiva, con lo cual viene a coincidir con mi concepto de derecho colectivo.

A partir de la ampliación de la dimensión colectiva de la herramienta, su vinculación con la protección de los derechos humanos y la necesidad de fortalecer la efectividad de la protección de los derechos reconocidos, Barcesat afirmaba que

[n]o hay un derecho humano argentino ni un amparo argentino. Hay derechos humanos para los argentinos y habrá también una acción de amparo para esos derechos humanos. Pero estas acciones, al igual que los derechos que tutelan, vienen impresos en el cuño de la universalidad y del ‘para todos’; de ninguna manera, se puede pretender presentarlos como que nos son propios o que han sido gestados desde nuestra individualidad. En todo caso, ha sido la tragedia de nuestra historia individual la que ha convocado la incorporación de esos textos en la Constitución Nacional.

Recuperando la trayectoria jurisprudencial existente y algunos de los elementos arquetípicos del debido proceso colectivo, la convencional Ancarani aseveró que

en rigor de verdad, no estamos siendo sinceros porque no estamos creando absolutamente nada, sino que al respecto sólo proponemos la recepción de un extenso y medular tratamiento doctrinario. Obviamente todo esto está generado, en primera instancia, en la actuación de la justicia ordinaria y, después, en la de la Corte. Al incorporar esta cláusula le estamos dando un lugar distinto, pero no estamos creando nada nuevo. Esto es producto de una larga y fecunda tradición jurídica Argentina e internacional. Además, el proyecto contempla la procedencia de esa acción contra cualquier forma de discriminación, como medio de protección de los derechos de incidencia colectiva, como son, por ejemplo, el medio ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor, que están expresamente consagrados en esta Constitución y respecto de los cuales se hace dos tipos de legitimación: la personal, que se refiere a todo habitante, y la especial procesal, que habla, por ejemplo, del defensor del pueblo o de las asociaciones que propendan a estos fines. [sic]

### C. Ratificación interpretativa

La existencia de un derecho constitucional al debido proceso colectivo y el deber de regularlo ha sido reconocida por diversas autoridades públicas. A efectos meramente ilustrativos, haremos referencia a algunas de ellas.

Comenzaremos con la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”), la cual ocupa un lugar determinante, tanto por lo hecho en ejercicio de su función judicial como materialmente legislativa. Esta intervención tuvo lugar a través de tres movimientos graduales, vinculados y superpuestos.

En un primer momento, intervino al decidir en innumerables conflictos colectivos de interés público y alto impacto social. Aquí podemos encontrar una serie de pronunciamientos que reconocieron la “problemática colectiva” y su consagración constitucional. Entre ellos, la resolución de casos asociados al acceso a la información pública,<sup>8</sup> condiciones de detención,<sup>9</sup> al agua potable<sup>10</sup> o al aborto seguro no punible<sup>11</sup>.

En un segundo estadio, ante la persistencia en la omisión legislativa, lo hizo construyendo, vía jurisdiccional, una dogmática de los derechos colectivos, exhortando a los Poderes Legislativo y Ejecutivo a su debida reglamentación y fijando reglas para su procesamiento. De esa manera, en el *leading case Halabi*, la Corte sostuvo la plena vigencia de la garantía de debido proceso colectivo establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional, al afirmar que esa norma constitucional “es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular”.<sup>12</sup>

En un tercer momento, mediante la reglamentación de distintas herramientas o institutos que permitieron, siquiera parcialmente, dotar a esta clase de conflictos de otro marco de discusión. En concreto, se resolvieron algunas de las objeciones vinculadas a la vulneración de las garantías constitucionales-convencionales colectivas involucradas y se robusteció la participación ciudadana, la publicidad del debate, su transparencia y la legitimidad de la intervención judicial. Sin dudas, la reciente Acordada N° 12/2016, por la cual se sanciona un “Reglamento de actuación en procesos colectivos”,<sup>13</sup> constituye el

---

<sup>8</sup> CSJN, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Gil Lavedra, Ricardo y otro c/ Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios s/ Amparo*, sentencia, causa G.397.L (14 de octubre de 2014).

<sup>9</sup> CSJN, *Gutiérrez, Alejandro s/ Causa n° 11.960*, sentencia, CSJ 713/2010 (46-G) (19 de febrero de 2015).

<sup>10</sup> CSJN, *Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo*, sentencia, CSJ 42/2013 (49-K) (2 de diciembre de 2014).

<sup>11</sup> CSJN, *F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva*, sentencia, F.259.XLVI (13 de marzo de 2012).

<sup>12</sup> CSJN, *Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16986*, sentencia, Fallos 332:111 (24 de febrero de 2009: considerando 12 del voto de la mayoría).

<sup>13</sup> La reglamentación efectuada, en función de lo estatuido en los artículos 1, 5, 14, 17, 18, 31, 75 inc. 12, 22, 23, 99, 116, 121 y concs. de la Constitución Nacional, puede ser objeto de múltiples objeciones constitucionales en términos de competencias. La Corte Suprema, como en otras ocasiones, en el contexto

punto culmine de este *proceso de construcción*, que ratifica la necesidad de reglas adecuadas, ordena las existentes, consolida la posición de la Corte en el punto y reitera la interpelación a los poderes naturalmente políticos acerca de su deber de reglamentación.<sup>14</sup>

Asimismo, en cada apertura judicial, el propio presidente del mencionado Tribunal ha reconocido la importancia de la discusión colectiva, participación ciudadana e intervención del Poder Judicial. Por caso, en el año 2013 expresó que

[h]ace muchos años que la Corte creó nuevas acciones procesales para los derechos fundamentales: el amparo y el derecho de réplica. Nosotros ampliamos esta tendencia y hemos abierto las puertas a las *acciones de clase*, lo que significa que cuando un solo acto injusto afecta a miles de personas, no es necesario promover miles de juicios; hay que hacer más simple y sencillo el reclamo de justicia.<sup>15</sup> (la *itálica* nos pertenece)

Por su parte, los propios proyectos legislativos frustrados tienen como dato disparador el expreso reconocimiento constitucional.

El por entonces Ministro de Justicia, al momento de explicitar las reformas al proyecto de Código Civil y Comercial, reconoció la raigambre constitucional de la clasificación de los derechos colectivos, establecida por la reforma de 1994. Asimismo, negó que el Poder Ejecutivo se halle en contra de las acciones de clase, aunque, citando a la Corte en el caso *Halabi*, recordó que, al ser materia procesal, la competencia legislativa corresponde a las provincias.<sup>16</sup>

---

de ausencia de reglas, fundó su ejercicio en la existencia de funciones materialmente legislativas y en los arts. 18 de la Ley N° 48, 10 de la Ley N° 4055 y 4 de la Ley N° 25488.

<sup>14</sup> El considerando 10° de la citada Acordada precisa que “(...) *por último, cabe recordar que este Tribunal, desde el año 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos - considerando 12° de Fallos: 322: 111-, no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regule esta materia. Por tal motivo, resulta indispensable fijar reglas orientadas ordenar la tramitación de este tipo de procesos fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento*”.

<sup>15</sup> Allí también expuso que “En nuestro país y en casi todo el mundo, hay dos preocupaciones centrales de la población: el acceso a justicia y la demora en la resolución de los pleitos. Las tragedias colectivas se transforman en tragedias judiciales porque las normas de procedimiento son antiguas, no están pensadas para las mega causas. Por eso es imprescindible convocar a los demás poderes del Estado, tanto nacional como provincial, para discutir un régimen procesal especial para estas tragedias, para que no veamos grupos de personas reclamando justicia año a año” (<http://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>).

<sup>16</sup> Ver <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-21-08.html>.

### III. Conceptualización, ruptura paradigmática y elementos arquetípicos

Siguiendo con el análisis, Verbic expone que la identificación y determinación de los alcances del derecho a un debido proceso colectivo -que encuentra su raíz fundamental en el art. 43 de la Constitución- configura una tarea conceptual útil para establecer las características esenciales que debería tener una legislación adecuada en la materia (cuya sanción se presenta como algo urgente). También lo es para disponer, en el mientras tanto, de la mínima seguridad jurídica<sup>17</sup> que exigen las trascendentes discusiones desarrolladas en este tipo de procesos sobre delicados asuntos sociales, políticos y económicos que involucran a grandes grupos de personas.<sup>18</sup>

Ahora bien, ¿qué implica este derecho al debido proceso colectivo?

El debido proceso legal, en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional, y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido entendido como “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto (del Estado) que pueda afectarlos”.<sup>19</sup> Dicho en otros términos, el conjunto irreductible, ampliable y estricto de garantías procesales que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho de forma efectiva, accesible, útil y adecuada.<sup>20</sup>

Esta idea es común a todo tipo de conflictos y derechos involucrados. No obstante ello, nos interesa destacar tres puntos: a) la idea de *conjunto* de garantías; b) de

---

<sup>17</sup> Al fundamentar la sanción de la Acordada N° 12/2016, la Corte Suprema alude expresamente a la “(...) necesidad de precisar algunos aspectos y fijar y reglas que ordenen la tramitación de este tipo de procesos a fin de asegurar la eficacia práctica del Registro y la consecución de los objetivos perseguidos con su creación para, así, garantizar a la población una mejor prestación del servicio de justicia” (Considerando 6°).

<sup>18</sup> Francisco Verbic, “La Corte Suprema Argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo”, *Int’l Journal of Procedural Law*, vol. 5, no. 1 (2015).

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 27; *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, párr. 69; *NadegeDorzema y otros vs. República Dominicana*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre de 2012, Serie C N° 251, párr. 156.

<sup>20</sup> Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de junio de 2002s Serie C N° 94, párr. 147; *Caso Mohamed vs. Argentina*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 noviembre de 2012, Serie C N° 255, párr. 80, entre otras.

observancia *imperativa*; y, c) que se garantice un *adecuado* ejercicio y defensa del derecho involucrado.

Los conflictos colectivos importan una ruptura o cambio de paradigma, para el cual las reglamentaciones e instituciones existentes -pensadas y estructuradas para resolver disputas individuales, de escasa complejidad, con intereses bilaterales contrapuestos, eminentemente privadas y con un fuerte sesgo patrimonialista-, resultan impropias e inadmisibles.

En consonancia con lo expuesto, el derecho constitucional al debido proceso colectivo sería aquella prerrogativa –en sí instrumental– que reconoce y garantiza que todo conflicto en el que se disputen derechos colectivos deba ser tramitado observando las garantías propias del procesamiento colectivo. Este comprende un conjunto de reaseguros (comunes y especiales) tendientes a efectivizar el ejercicio, defensa, discusión y resolución adecuada, útil y eficaz del conflicto colectivo en clave colectiva.

Lo que llamamos los recaudos propios del debido proceso colectivo, en tanto elementos arquetípicos del sistema de procesamiento de esa naturaleza, son todas aquellas modulaciones reglamentarias que este derecho adquiere para poder desarrollar en debida forma la discusión que un conflicto colectivo exige. Entre esas pautas razonables y adecuadas, que surgen de la Constitución Nacional convencionalizada, la labor jurisprudencial y reglamentaria de la CSJN, los antecedentes normativos existentes y la doctrina especializada, podemos identificar:

a) El efectivo acceso a la discusión y solución de conflictos colectivos en sede judicial. Esto es, la existencia de vías y reglas de debate adecuadas. Resultan determinantes aquí las nociones de acceso colectivo a la justicia, derecho de defensa colectivo, derechos individuales homogéneos como especie del género “derechos de incidencia colectiva”, legitimación colectiva y causa o controversia colectiva.

b) La necesidad de una temprana determinación de las reglas del juego para permitir a las partes saber si el proceso tramitará en clave individual o colectiva.

c) La exigencia, cumplimiento y control de la representatividad adecuada del grupo o clase, por parte de las partes y el juez de la causa.

d) La instrumentación de un procedimiento apto para garantizar la adecuada publicidad y notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, a fin de garantizar el derecho de los miembros del grupo en participar,

oponerse o excluirse de este. Ello contribuye a maximizar la utilidad del proceso colectivo y respetar, al mismo tiempo, la autonomía individual de las personas involucradas en tales conflictos.

e) Un análisis de la admisibilidad de la pretensión o certificación de este tipo de acciones.

f) Mecanismos procedimentales que garanticen un debate amplio, público, robusto, informado y preferentemente oral, el cual incluya la participación efectiva de actores socialmente relevantes en los conflictos por resolver y la consideración obligatoria de sus argumentos relevantes.

g) Dispositivos procedimentales que aseguren una amplia difusión hacia la sociedad de información relativa a la existencia y evolución de este tipo de procesos.

h) Incorporación de herramientas procesales que permitan la adquisición, procesamiento y evaluación de información asociada a la toma de decisión y su impacto, especialmente, económico y social.

i) Reconfiguración de las condiciones de procedencia y tramitación de las medidas cautelares colectivas.

j) Un deber calificado de motivación en las decisiones que se adopten en el marco de estos procesos, especialmente aquellas que involucren la discusión de políticas públicas.

k) Una sentencia colectiva efectiva, con carácter de cosa juzgada colectiva y cuyos mecanismos de implementación o ejecución sean acordes a la complejidad de las soluciones que demandan esta clase de conflictos.

#### **IV. Obligaciones jurídicas derivadas del reconocimiento constitucional-convencional**

El reconocimiento constitucional-convencional del derecho al debido proceso colectivo supone para el Estado, la obligación jurídica de adoptar una serie de medidas (negativas o positivas) tendientes a respetar, promover y garantizar tal prerrogativa. De ese modo, cada una de las funciones de Estado deberá llevar adelante cometidos con el objeto de no impedir y/o facilitar su ejercicio, mediante la no obstaculización, reglamentación, asignación y prestación concreta y efectiva de recursos y medios.

¿Qué pasaría si, en pleno siglo XXI, no existiese una reglamentación adecuada para procesar conflictos individuales, para el caso en que las partes o el juez no supieran las reglas a las cuales atenerse? Sin lugar a dudas sería un escándalo jurídico, social y político. Esto es lo que ocurre con los conflictos colectivos.

A lo expuesto, debemos agregar que esta obligación/derecho en juego, en función de su naturaleza y lo estatuido en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es de cumplimiento inmediato, lo cual implica que el Estado no puede alegar ningún tipo de justificación para diferir o postergar su cumplimiento. En consecuencia, su omisión e inobservancia supone la violación del derecho al debido proceso colectivo en sí y a todos los demás que, de manera indivisible e interdependiente, se encuentran vinculados, lo cual, a su vez, genera responsabilidad internacional.

Entre las derivaciones que la garantía del derecho al debido proceso colectivo produce, destacamos:

#### **A. Deber de reglamentación**

Este supone para el Estado, como dato de doble vía, la imposibilidad de desconocer esta clase de derechos y el deber de reglamentar su ejercicio. Es decir, es su obligación sancionar una ley que regule adecuadamente los procesos colectivos de manera *general* y *común*, incorporando las reglas especiales que sean necesarias para atender las especificidades propias de ciertos conflictos, sea dentro de cada institución o como apartados diferenciados (por ejemplo, toma de decisiones, ejecución de sentencias y alteración de cosa juzgada en el caso de políticas públicas).

En relación con ello, la Corte Interamericana ha fijado dos responsabilidades concretas por parte del Estado. Por un lado, el deber de “consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas” (*sic*).<sup>21</sup> Por otro lado, también ha fijado la obligación del Estado de instrumentar los medios que permitan ejecutar las decisiones emitidas por las autoridades competentes, de manera tal que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos, por

---

<sup>21</sup> CIDH, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, párr. 237; CIDH, *Mohamed vs. Argentina*, párr. 83.



cuanto el proceso debe tender a la materialización de la protección de dichos derechos a través de su aplicación idónea.<sup>22</sup>

Como mencionamos, al sancionar la Acordada N° 12/2016, la Corte Suprema recuerda que desde el año 2009 *manifestó la necesidad* de una ley que regule los procesos colectivos. Inclusive, en su artículo cuarto dispone que “el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos que se aprueba tendrá vigencia hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule este tipo de procesos”, ordenando comunicarla y darla a conocer al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación.

### **B. Deber de adopción de medidas adecuadas (políticas, acciones y decisiones)**

La reglamentación del debido proceso colectivo, su operatividad y la de los derechos claves asociados debe ir acompañada de una serie de políticas, acciones y decisiones, provenientes especialmente del Poder Ejecutivo y Legislativo, tendientes a garantizar su ejercicio y observancia en clave colectiva. De ese modo, deberán hacerse las políticas y asignarse los recursos que permitan viabilizar la estructura necesaria para llevar adelante una discusión colectiva. Entre ellos, capacitar a los operadores jurídicos involucrados; difundir, promocionar y educar en la exigibilidad y justiciabilidad de estos derechos, adaptar el sistema de notificaciones e infraestructura, garantizar la gratuidad en el acceso de ciertos grupos desaventajados, generar reglas especiales en torno a los honorarios.

### **C. Deber de aplicación e interpretación judicial**

El reconocimiento constitucional de este derecho genera para la judicatura el deber de aplicarlo e interpretarlo, independientemente de la existencia de normas reglamentarias. Inclusive, la ausencia de reglas adecuadas genera mayores obligaciones para los jueces, pues no hay manera de que procesen un conflicto colectivo en legal forma, sin reglas de discusión de esa naturaleza. Para dar respuesta a ello, los magistrados deben acentuar su rol de gestores del caso, el uso de las facultades que detentan a tal fin, las pocas normas existentes en los distintos ordenamientos y la analogía, a fin de dotar a la discusión colectiva de instituciones acordes.

---

<sup>22</sup> Gustavo Maurino y Matías Sucunza, “Acceso a la justicia”, en *Constitución Nacional Comentada*, eds, Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (Buenos Aires: Thomson Reuters Editores, 2016). Corte IDH, *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de fondo, 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párr. 65; *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia sobre competencia, 28 de noviembre de 2003, Serie C, N° 104, párr. 73.

La gran mayoría de las precisiones que tenemos en torno a este derecho, sus componentes y alcances -más allá de las señaladas objeciones o reparos que puedan efectuarse en relación a la interferencia competencial-, son el resultado de la labor jurisdiccional o reglamentaria del Poder Judicial.

La Acordada N° 12/2016 es la mejor expresión ello: ordena parte del conjunto de reglas fijadas, sumando otras de interés -aunque de regulación cuestionable-, pero omite un sinnúmero de cuestiones fundamentales para la adecuada regulación de estos procesos (por ejemplo, objetivar cuándo se considera adecuada la representación, modalidades de ejecución y alcance, etc.). Respecto de ellos, hasta tanto se sancione una ley coherente y sistémica, seguirá siendo la judicatura, en cada caso, la encargada de escrutar y *construir* soluciones acordes.

## V. De la deliberada omisión legislativa

A pesar de haber irrumpido institucionalmente hace casi cuatro décadas y de su reconocimiento constitucional en 1994, en el orden federal no contamos con mecanismo procesal colectivo alguno. Es decir, no existe una regulación sistémica e integral en la materia. A grandes rasgos, lo mismo sucede a nivel local (salvo algunas contadas excepciones no exentas de críticas).

Las únicas regulaciones federales o comunes disponibles en la actualidad para tratar en clave colectiva conflictos de esta naturaleza son la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675), la Ley de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación. Pueden mencionarse otras, pero son solo tangenciales.<sup>23</sup>

Las dos primeras normas pueden ser caracterizadas como leyes de fondo, aunque en ambas podemos encontrar ciertas disposiciones procesales que resultan aplicables a casos que involucran conflictos colectivos en esas áreas particulares del derecho. Sin embargo, en ambos supuestos se trata de reglas aisladas y parciales, carentes de sistematicidad, las cuales omiten el abordaje de un cúmulo de cuestiones imprescindibles para poder afirmar

---

<sup>23</sup> Otra norma que trae alguna referencia al respecto o que tiene incidencia es la Ley de Asociaciones Sindicales (arts. 23 y 31). En su Decreto Reglamentario N° 467/88 se dispone que “para representar los intereses individuales de los trabajadores deberá acreditar el consentimiento por escrito, por parte de los interesados, del ejercicio de dicha tutela”.

la validez de cualquier sistema de procesamiento colectivo (v.gr., publicidad y notificación, control de representatividad adecuada, entre otras).

Por su parte, la gran mayoría de las disposiciones sustantivas y procesales atinentes a la problemática colectiva que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación traía fueron suprimidas por el Poder Ejecutivo al momento de aprobar el proyecto definitivo que fuese remitido y aprobado por el Congreso Nacional. De ese modo, lo más significativo que quedó plasmado fue la reafirmación de la categoría de derechos colectivos (aunque también de forma cuestionable a la luz de la jurisprudencia que, para ese momento, había consolidado la CSJN).<sup>24</sup>

Esta omisión reglamentaria es totalmente *deliberada*. En otras palabras, existe una clara intencionalidad de los poderes naturalmente políticos en no darnos reglas adecuadas. Ello queda en evidencia cuando visibilizamos y contrastamos ciertos datos o hitos:

a) Su expreso reconocimiento constitucional-convencional hace más de veinticinco años.

b) El avance y consolidación jurisprudencial y reglamentario de la Corte Suprema, sumado a los reiterados mandatos exhortativos.

c) La importancia de los conflictos colectivos y las tensiones que genera su abordaje en razón de los intereses que concitan y ponen en juego.

d) La violación en sí y derivada que supone la inexistencia de reglas para el sistema de procesamiento todo (v.gr., utilidad jurisdiccional, seguridad jurídica, etc.).

e) Los fallidos proyectos que se promovieron para regular los procesos colectivos y el desinterés/bloqueo evidenciado en el Congreso.

Con relación a este último punto, más allá de celebrar su interés, lo cierto es que todos ellos adolecían de serios déficits. En su gran mayoría, eran réplicas de regulaciones tales como la Regla 23 estadounidense (es decir, no existía una “adaptación responsable”)

---

<sup>24</sup> Giannini sostiene que “el Código Civil y Comercial unificado, perdió la oportunidad de incorporar provisiones fundamentales en esta materia, que habrían clarificado aspectos significativos de la tutela de los derechos de incidencia colectiva y que resultaban necesarios para dotar de eficacia al tipo de derechos materiales reconocidos en los arts. 14, inc. b) y ccs. de dicho cuerpo normativo. Si bien el Anteproyecto de la Comisión Redactora de la reforma había incorporado normas acertadas en este campo, el Poder Ejecutivo las suprimió al elevar el proyecto ante el Congreso Nacional. La supresión se basó en motivos discutibles, que no parecen conciliarse con la fisonomía del resto del articulado finalmente aprobado” (Leandro Giannini, “La necesidad de una reforma integral de la justicia colectiva. Avances y retrocesos en la tutela de derechos de incidencia colectiva de usuarios y consumidores (a seis años del caso “Halabi”)” (XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015).

o regímenes con prescripciones sumamente criticadas, tanto por el contenido de lo regulado como por lo omitido. A mayor abundamiento, no preveían cómo la nueva ley habría de operar en la práctica con relación a otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional que también se ocupan del asunto (por ejemplo, las leyes N° 25.675 y N° 24.240). Ninguno de los proyectos parece haber pensado en esta necesaria articulación entre la nueva norma y el contexto donde habrá de operar.<sup>25</sup>

Respecto de las consideraciones que merece el *borrador* de anteproyecto de ley sobre procesos colectivos generado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación como parte de su Programa de Justicia 2020, nos expediremos en el próximo apartado.

f) Las diversas reformas integrales que existieron, en las cuales no se abordó seriamente el tema o se suprimieron las reglas relevantes que se preveían bajo pretextos cuestionables.

Esta omisión deliberada comporta un verdadero problema de orden estructural o estado inconstitucional de cosas, el cual genera disfuncionalidades serias en términos de justiciabilidad de derechos colectivos. Entre otras, compromiso grave de las garantías constitucionales-convencionales de dicha naturaleza involucradas; ineficacia del sistema en términos de resolución real y adecuada de conflictos; o riesgo de adjudicaciones inconsistentes.

## **VI. ¿Por qué no regular? Los procesos colectivos como amenaza para el (des)arreglo político y económico**

La ausencia de regulación sistémica obedece a un conjunto de razones, las cuales parecerían tener como denominador común su conveniencia para el mantenimiento del (des)arreglo político-económico que constituye el ADN del constitucionalismo nacional.

La hipótesis que me interesa insinuar es que la no regulación de los procesos colectivos está directa y principalmente vinculada con su condición de herramienta de participación democrática, rendición de cuentas y cambio estructural de conductas o

---

<sup>25</sup> Francisco Verbic, “Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina”, *Revista de Proceso*, no. 216 (febrero 2013).

distribución de bienes. En tanto tal, visibiliza y disputa el armado político-económico constitucional y los intereses a los que responde.

En términos políticos, tenemos una declaración de derechos del siglo XXI y una organización de poder del siglo XVIII. Como señala Gargarella, lo que hicieron estas nuevas constituciones fue, en todo caso, un esfuerzo importante para incorporar demandas e integrar grupos sociales, hasta entonces básicamente postergados por el constitucionalismo: desde los grupos indígenas a los grupos de consumidores, desde las demandas de género a las demandas multiculturales. No obstante, las nuevas constituciones permanecieron, en un sentido importante, idénticas a lo que ya eran. Ellas siguieron afirmando su vocación democrática e inclusiva en la sección referida a los derechos, y su vocación jerárquica y verticalista en la sección referida a la organización del poder. En resumen, ya entrados en el siglo XXI, puede afirmarse que, después de doscientos años de vida constitucional, el legado liberal-conservador del siglo XIX resultó modificado de un modo relevante, a la vez que resultó preservado, también, de un modo relevante.<sup>26</sup>

El modo en que pensamos las instituciones es similar a como lo pensaban las élites liberales conservadoras del siglo XIX: poder concentrado, desconfianza en la ciudadanía, ausencia de controles y limitación a la participación popular. La organización de poder existente dificulta y contraría el ideal igualitario y democrático que el fenómeno de la constitucionalización consolida. Especialmente, porque las palancas del poder -esto es, la lucha por la exigibilidad de derechos- están en la organización de poder y no en su mera declaración. Pensemos acaso en el desbalance de poder en el Ejecutivo o en la transferencia de poderes adicionales al Poder Judicial en razón de la consolidación del enfoque de derechos, sin herramientas de control y participación adecuadas.

En términos económicos, podemos verlo en la no regulación por parte de la Constitución de 1994 de los poderes económicos no estatales. Esa decisión supuso mantener intacta la matriz de poder del capital privado, invisibilizando que el programa de gobierno que reconocía la Constitución como parte de su ideario exigía la redistribución de responsabilidades en todos los agentes públicos y privados que detentan

---

<sup>26</sup> Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Madrid: Katz Editores, 2014), p. 354.

poder e intervienen en la administración de bienes y servicios para la satisfacción de derechos.

Como señala Benente:

si la misión del constitucionalismo es, supuestamente, la limitación del poder, resulta problemático reducir el poder al Estado, y descuidar la tarea de limitar y regular poderes no estatales, en particular los poderes económicos privados. Este descuido se percibe con notoriedad en los debates suscitados con motivo de la reforma constitucional de 1994 pero (...) es una matriz que se reitera en buena parte de los proyectos de reforma constitucional que se presentaron desde 1990 a la actualidad. Este descuido no solamente deja al capital privado en una situación de salvajismo, sino que también relativiza la supuesta misión del constitucionalismo, que ya no parece cumplir -si es que alguna vez lo hizo- el objetivo de la limitación y regulación del poder.<sup>27</sup>

Sin dudas que la relación existente entre el tipo de arreglo político y económico es parte de una misma matriz que tiene su punto originario en el pacto liberal-conservador fundacional. En ese entendimiento, se determinan y modelan recíprocamente. Daré dos simples referencias que sintetizan y retratan esa vinculación.

Llegó ante la CSJN la causa *Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/Acción ambiental meramente declarativa*.<sup>28</sup> Esta causa se inició en instancia originaria en el año 2009. El caso tiene como demandados a la Provincia de San Juan, el Estado Nacional, Barrick Gold Corporation y diversas empresas locales y subsidiarias que participan de la explotación de la mina de oro Veladero. El principal argumento de la demanda de FUCI es que la mina se encuentra ubicada en un área periglacial, circunstancia expresamente prohibida por la Ley de Glaciares N° 26639. La CSJN *no se ha expedido* sobre su competencia ni en relación con las medidas cautelares solicitadas desde el año 2009.

En septiembre de 2015 ocurrió en Veladero el incidente ambiental más grave del que se tenga registro en la historia argentina: el derrame tóxico de más de 1.000.000 de litros de solución cianurada. El 8 de septiembre de 2016 se produjo otro incidente similar en el mismo emprendimiento minero producto de la caída de un “*bloque de hielo de aproximadamente una tonelada*”. Se presentaron más de una decena de escritos denunciando estos hechos, exigiendo la resolución de la cuestión de competencia y

<sup>27</sup> Mauro Benente, “El olvido del poder económico en la reforma constitucional de 1994”, en *Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994. A 25 años*, comp. Mauro Benente (José C. Paz: Edunpaz, 2019).

<sup>28</sup> Expte. N° CSJ 121/2009 (45-F)/CS1, originario.

cautelares. Las respuestas sistemáticas de la CSJN fueron “*agréguese y téngase presente*”, salvo un pedido de informes y otra dirigida a apercibir a la actora por supuestos excesos verbales en sus planteos. Al cierre de este trabajo no existe resolución alguna sobre la competencia ni sobre los pedidos urgentes y cautelares efectuados.<sup>29</sup>

La segunda referencia es la causa *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*.<sup>30</sup> La decisión involucró cuestiones de relevancia institucional, política, social y jurídica, tales como la determinación del sistema de fuentes de derecho, su alcance e interpretación, los criterios de autoridad imperantes y su incidencia en la exigibilidad y justiciabilidad de derechos.

Si esta decisión expresó un desacuerdo significativo sobre esos aspectos y nuestra pertenencia al sistema interamericano al desafiar la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, ¿cómo se supone que nosotros el pueblo participamos en ella? ¿Cómo somos parte? ¿Cómo controlamos esta u otra decisión? No se activó ninguno de los mecanismos instituidos por la propia CSJN para robustecer la participación o mejorar su legitimidad.<sup>31</sup> Existía una regla interpretativa previa de la CSJN que postulaba lo contrario ¿Qué dice la Corte acerca de ello? ¿Cómo se explica su apartamiento? Los votos mayoritarios y concurrentes no se hacen cargo de nada. Ni siquiera se los cita. Lorenzetti y Highton de Nolasco integraban la otra mayoría y ahora aparecen firmando la decisión sin siquiera dar un solo argumento que explique su cambio.<sup>32</sup>

La CSJN reglamentó formas de participación (*amicus* o audiencias públicas), que utilizó cuándo y cómo quiso, siendo contadas las veces que siquiera citó su realización o se hizo cargo de algún tipo de argumento. En ese sentido, la investigación desarrollada por Benedetti y Sáenz es elocuente. Algunos de los elementos definatorios que se destacan

---

<sup>29</sup> Matías Sucunza y Francisco Verbic, “La CSJN y el art. 32 de la Ley General del Ambiente: una práctica arbitraria que se consolida”, *ReDA, en prensa*. Un informe detallado de la causa desde el derrame tóxico de septiembre de 2015 en <https://classactionsargentina.com/2018/02/27/el-conflicto-colectivo-ambiental-provocado-por-barrick-gold-corporation-en-san-juan-tres-derrames-toxicos-en-menos-de-dos-anos-omisiones-estatales-y-falta-de-respuestas-de-la-csjn-en-la-causa/>.

<sup>30</sup> CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, sentencia, 368/1998 (34-M), 14 de febrero de 2017.

<sup>31</sup> Matías Sucunza, “Soberanía judicial: la (des)obediencia como reafirmación de autoridad”, *Revista de Derecho Público (Tomo 1)*, Editorial Rubinzal Culzoni (julio 2017).

<sup>32</sup> Por solo citar un ejemplo, ambos han afirmado que “(...) idéntica opinión ha trasuntado esta Corte, en cuanto a que, conforme surge de la propia Convención, las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias, sosteniendo que ello surge de manera expresa de la Convención” (CSJN, *Recursos de hecho en la causa C.594.XLIV “Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut”*, sent. del 6-VIII-13, voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti, Considerando 10 y 11).

son: la discrecionalidad en el uso, su subutilización, la obliteración de voces y la asimetría de trato.<sup>33</sup>

Como el anverso y reverso de una moneda, los procesos colectivos son una herramienta de poder y una amenaza. Para los ciudadanos, son una herramienta de empoderamiento formidable, ya sea que se la aborde desde una visión sustantiva o procedimentalista de la justicia. Para los grupos de interés, corporaciones y el Estado, en cambio, son una amenaza al (des)arreglo político-económico aludido.

Entre esas dificultades que los procesos colectivos suponen para la preservación de los privilegios de las estructuras de poder, podemos mencionar:

(i) Una ingente cantidad de demandas al Estado, grupos concentrados de poder (v.gr., corporaciones) u otros actores sociales, que motorizan cambios en clave más igualitaria.

(ii) Una amenaza y riesgo real para ciertas conductas, formas y medios indebidos de obtener ventajas o riqueza por parte de ciertos sectores (por ejemplo, cargos administrativos indebidos por sumas individualmente irrisorias).

(iii) Promoción de litigios estructurales vinculados a sujetos de especial prevalencia y/o situaciones de desigualdad histórica, que jaquean el orden de cosas instituido y su legitimación (por caso, la distribución de bienes y servicios, su legalidad y justicia).

(iv) La disputa en la asignación presupuestaria en razón de las prioridades constitucionales-convencionales.

(v) Un mayor empoderamiento ciudadano, participación y acceso a la información, que favorece y mejora el escrutinio público de las acciones de gobierno y sus *razones*.

(vi) El (re)planteo de la organización y distribución del poder y roles en el espacio (público/privado), al incentivar y promover lecturas e intervenciones más equitativas, entre otras.

Cuando aludimos a *estructuras de poder* nos estamos refiriendo a todos aquellos grupos, sectores o personas que tienen una posición de privilegio por resguardar, la cual se halla legitimada por cierto tipo de interpretación y práctica jurídico-política. Respecto de estas estructuras, la exigibilidad y justiciabilidad de derechos en clave igualitaria supone una amenaza.

---

<sup>33</sup> Miguel Ángel Benedetti y María Jimena Sáenz, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2016).



Hablamos de las corporaciones económicas, de grupos empresarios, de gremios y sindicatos, la Iglesia y el Estado. Es decir, los actores hegemónicos del sector público y privado que monopolizan o detentan el poder real en términos de fuerza pública, imposición de prácticas, regulación económica, social y/o política. Ellos son quienes, en principio, más se favorecen de la inexistencia de un sistema de procesamiento colectivo adecuado.

En ese sentido, creemos que los conflictos que conformaron la agenda social y judicial de las últimas dos décadas, nos permiten leer que, en parte, su no regulación en términos *políticos* (de gobierno) obedece a que los procesos colectivos tienen una incidencia gravitante en la definición de las políticas públicas.

Esta circunstancia incomoda a los poderes naturalmente políticos. Ello es así porque los pone de cara a problemas que no quieren abordar de forma estructural; porque condiciona la actual forma de gestionar o administrar (focalizada y mayormente asistencial); porque limita el uso discrecional de fondos y el manejo presupuestario y aumenta la rendición de cuentas y responsabilidades; o porque rompe con la lógica del caso a caso individual que, en la administración del problema estructural, no solo le es más económica al Estado, sino que pospone o suspende dificultades más relevantes en términos de discusiones reales acerca de la distribución del dinero público en función de los valores constitucionalmente prevalentes. Asimismo, no podemos obviar que esa resistencia e inercia del *gobierno* que administra el Estado es sostenida por los factores de poder que lo condicionan y se benefician de esa situación, funcional a sus intereses (por ejemplo, corporaciones financieras o mineras).

Sin embargo, en el caso del Estado -a diferencia de los agentes “privados”-, creer que existe algún tipo de beneficio es un grave error. Esto así, no solo porque supone violentar derechos que debería resguardar generando responsabilidad estatal, sino porque el hecho de darnos reglas significaría ordenar, fijar pautas y delimitar competencias que permitan garantizar una discusión democrática más seria, responsable, robusta y comprometida. En especial, con una CSJN que -más allá de los avances jurisprudenciales y reglamentarios- hizo y deshizo a conveniencia y con abierta discrecionalidad, tanto sobre el fondo (imponiendo un recaudo inconstitucional para el reclamo de derechos individuales homogéneos) como en las formas (administración de audiencias y *amicus*).

En línea con lo expuesto, consideramos que lo sucedido con el anteproyecto de ley sobre procesos colectivos que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación elaboró como parte de su Programa de Justicia 2020, es una muestra del (des)arreglo político-económico puesto de manifiesto, la importancia del tema y todo lo que se juega a través de los procesos colectivos. Dicho borrador fue puesto a disposición de la sociedad civil para su análisis y se dejó por sentado que fue el producto de arduos meses de trabajo.

Sin embargo, fue duramente criticado por una pluralidad diversa de actores, los cuales pusieron de manifiesto que el anteproyecto procuraba no solo limitar a los procesos colectivos como herramientas para la exigibilidad de derechos colectivos, sino favorecer a esas mismas estructuras de poder que mencionábamos. Inclusive, dentro de ellas, a aquellas que conformaban el “capital privado”.

Valga como ilustración de ese rechazo la presentación efectuada por un grupo relevante y calificado de organizaciones de la sociedad civil al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Allí manifestaron una “profunda preocupación por el contenido del borrador de proyecto de ley sobre acciones colectivas”, solicitando “que se abstengan de impulsar la presentación de un proyecto de ley con dicho contenido ante el Congreso Nacional”.

Entre sus argumentos destaca que

las entidades que representamos, usuarias habituales de las acciones colectivas, con la experiencia que deviene del ejercicio continuo de dicha herramienta constitucional desde hace más de veinte años, nos vemos en la obligación de hacer llegar nuestras apreciaciones críticas ante un proyecto que de prosperar tendrá el efecto de limitarlas y esterilizarlas, porque el borrador no sólo no resuelve ni reduce los graves problemas en el acceso a la justicia que afectan a las personas, y en particular a los grupos más desfavorecidos, sino que además los profundiza, en tanto limita seriamente el uso de las acciones colectivas y afecta su operatividad. Contiene disposiciones inconstitucionales que son un enorme retroceso tanto en relación con legislación actualmente vigente como con las prácticas jurisprudenciales desarrolladas en nuestro país. Es por ello que constituye, en la práctica, un recorte de todos los derechos consagrados constitucionalmente que, de ser presentado y aprobado, obstaculizará e impedirá la presentación de acciones colectivas para su defensa y protección. [*sic*]<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Disponible en <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/07/nota-de-osc-sobre-borrador-acciones-colectivas.pdf>

## VII. Reconocer y no reglamentar en Latinoamérica: las huellas del pacto liberal-conservador

Los desarreglos en la organización de poder tanto político como económico no son patrimonio excluyente de nuestro país, sino propios del pacto liberal-conservador que ha caracterizado el constitucionalismo latinoamericano.

Como señala Gargarella, para quienes siguen favoreciendo el doble compromiso igualitario con el autogobierno colectivo y la autonomía individual, el constitucionalismo contemporáneo resulta doblemente decepcionante. Por una parte, las constituciones americanas mantienen una estructura de poder concentrada, con escasa atención a los órganos deliberativos y poca apertura efectiva a la participación popular. Al mismo tiempo, las declaraciones de derechos se extienden, pero con poca apoyatura institucional destinada a su realización. Por otra parte, las extensas declaraciones de derechos que distinguen a muchas constituciones de la región parecen ser hijas de la idea reduccionista según la que la batalla por la justicia social encuentra su principal terreno de disputa en la sección dogmática del campo constitucional.<sup>35</sup>

Las constituciones de los distintos países de la región receptan expresamente la categoría de derechos colectivos y, consecuentemente, de debido proceso colectivo. Ello se manifiesta de modo diverso. En algunos casos, mediante el reconocimiento del derecho mismo de petionar o acceder a la justicia colectivo. En otros, a través de la enunciación de intereses o bienes colectivos particulares, legitimados colectivos o mecanismos específicos tales como las acciones de clase.

En ese sentido, Brasil y Colombia instituyen en sus textos constitucionales las denominadas acciones populares y las de grupo o clase. De esta forma, reconocen al ciudadano, las asociaciones o al Ministerio Público como legitimados extraordinarios para actuar en beneficio de la clase o grupo.<sup>36</sup>

Bolivia recepta los intereses colectivos, regula la acción popular como un dispositivo concreto, legitima a cualquier persona para ejercerla, asigna al defensor del pueblo el

---

<sup>35</sup> Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, p. 362-363.

<sup>36</sup> Arts. 5.LXX y LXXIII, 129 y 134, Constitución de Brasil; y arts. 86, 88, 89, 277 y concs., Constitución Política de Colombia.

carácter de responsable en la protección de derechos colectivos y destaca al ambiente como un bien de singular tutela.<sup>37</sup>

Ecuador reconoce que las personas, comunidades, pueblos y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, pudiendo ejercerlos, promoverlos y exigirlos de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes.<sup>38</sup> Costa Rica y Nicaragua también garantizan la libertad de petición individual o colectiva, destacando los consumidores, usuarios y ambiente como sujetos y bienes especialmente protegidos.<sup>39</sup>

El Salvador y Honduras tienen referencias más austeras, aunque no por ello menos relevantes. Por ejemplo, nominar a la salud o al ambiente como bienes públicos, o dotar al Ministerio Público de legitimación extraordinaria para su defensa.<sup>40</sup>

Sin embargo, como sucede en el orden nacional argentino, la regulación de los procesos colectivos en la mayoría de ellos es problemática.<sup>41</sup> Ello se agrava, dado que los países citados han producido modificaciones integrales a sus códigos procesales no penales durante la última década.

En general, lo que se puede constatar es la ausencia de reglamentación legal o, en los casos en que existen regímenes marco o por materias, un deficitario tratamiento. En ese sentido, es común observar que se reglamenten ciertos elementos propios de esta clase de procesos (por ejemplo, enunciación de legitimados), pero se omitan otros esenciales sin los que es imposible sostener la validez del sistema, del procesamiento y resolución del conflicto colectivo.

Por ejemplo, en el caso boliviano, no hay referencias en el Código Procesal Civil. La única vía existente es la acción popular, regulada en el Código Procesal Constitucional (arts. 68 a 71). Sin embargo, esta no comprende el universo de la conflictividad colectiva ni resulta idónea para juzgar los distintos tipos de responsabilidades. Menos aun podría considerarse una regulación adecuada, dado que omite reglamentar elementos esenciales

---

<sup>37</sup> Arts. 135, 218 y 349, Constitución Política del Estado.

<sup>38</sup> Arts. 10, 11, 16, 34, 95, 98 y 439, Constitución de la República de Ecuador.

<sup>39</sup> Arts. 27, 10, 46, 48, 50 y 82, Constitución Política de Costa Rica y 30, 52, 60 y concs., Constitución de Nicaragua.

<sup>40</sup> Arts. 63, 65, 69, 70, 101, 117, 191, 193 y concs., Constitución de Nicaragua; y, 15, 145 y 183, Constitución de Honduras.

<sup>41</sup> La lectura es más crítica aún si valoramos que los procesos colectivos no constituyen un tema nuevo. Por el contrario, es una problemática que lleva décadas de desarrollo y que las estructuras de poder resisten colocar en la agenda pública.

de cualquier proceso colectivo (por ejemplo, representatividad adecuada, medidas de publicidad, cosa juzgada o ejecución).

En Costa Rica, en su proyecto de Código Procesal Civil, se habían regulado los procesos colectivos. No obstante, durante su tramitación y aprobación la regulación fue eliminada, quedando solo algunas normas aisladas. Entre ellas, el reconocimiento de que pueden ser parte los grupos organizados a los que se les reconocen legitimación de grupo y cualquiera que en interés de la colectividad haga valer intereses difusos (art. 19.6 y 7).

El Salvador tampoco tiene una regulación particular ni sistémica en el Código. Solo podemos encontrar algunas referencias. Por ejemplo, dentro de las diligencias preliminares, la posibilidad de determinar judicialmente el grupo de afectados o afectadas en los procesos para la defensa de los intereses colectivos de personas consumidoras y usuarias (art. 256.6). Lo mismo acontece en el caso de Ecuador, que solo incorpora en la normativa respecto de las partes la posibilidad de que comunidades, pueblos o colectivos puedan demandar o ser demandados (art. 30.3).

En contrapartida, Nicaragua, Honduras, Brasil y Colombia sí cuentan con regulaciones especiales. Estas tienen pretensión de sistematicidad, aun cuando adolezcan de déficits u objeciones de distinto orden.

Nicaragua y Honduras incorporan las pretensiones colectivas como una especialidad dentro de los procesos de conocimiento ordinarios, evidenciando una singular preocupación por la defensa de consumidores y usuarios (lo cual repercute en algunas deficiencias regulatorias).<sup>42</sup> No obstante, en ambos casos la concepción y reglamentación permitiría exigir, discutir y resolver cualquier conflicto-derecho colectivo.

Brasil y Colombia cuentan con tradición en la materia, siendo el primero un referente en la región. Colombia tiene la ventaja de que ha condensado la regulación sobre acciones de grupo y clase en la Ley N° 472. Brasil presenta una dispersión normativa que, en cierto punto, conspira contra su sistematicidad y el adecuado ejercicio de derechos.

Lo llamativo en ambos casos es que en las reformas procesales que promovieron en los años 2015 y 2012, no se hubiese incorporado la cuestión de modo sistémico dentro del propio Código. Esto es, haber aprovechado la ocasión para trabajar desde la conflictividad, unificando regulaciones, integrando mecanismos plurales y regulando

---

<sup>42</sup>Arts. 485 a 499, CPC de Nicaragua y arts. 566 a 582, CPC de Honduras.

adecuadamente la dimensión individual y colectiva. Las prácticas y desarrollos preexistentes pueden explicar, pero no justificar una decisión del tipo. Especialmente en el caso de Brasil, cuyo Código del Proceso Civil (CPC) está estructurado desde una mirada constitucional-convencional, con eje en el conflicto y pretensión de integralidad entre mecanismos de resolución. Pensemos que Brasil incorpora un modelo de resolución de casos repetitivos a través de incidente o recurso en su CPC, pero mantiene en dicho Código y en las restantes regulaciones un régimen colectivo de tipo representativo.

De allí que también resulten cuestionables las regulaciones que ambos Códigos Procesales receptan a lo largo de su articulado. Primero, porque resulta incoherente con la decisión de mantener una regulación autónoma y diferenciada. Segundo, porque la reglamentación es parcial y fragmentaria, sin que se advierta un propósito integrativo ni herramientas que coadyuven en ese sentido.

## VIII. Palabras finales

La intención de las líneas precedentes fue reflexionar acerca del derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo, en tanto garantía fundamental reconocida por la reforma constitucional de 1994.

El propósito del trabajo fue enfatizar la (deliberada) inexistencia de una adecuada reglamentación a veinticinco años de su consagración constitucional y las razones que podrían ayudar a explicarla. De esa manera, intentamos identificar, conceptualizar y consolidar esta noción, la ruptura paradigmática que supone en relación al esquema *individual* y la obligación jurídica del Estado de garantizar de forma inmediata su vigencia.

Ello nos permitió afirmar el estado inconstitucional de situaciones reinantes en la materia, en razón de las sistémicas y graves afectaciones que generan a *todos* los actores involucrados en la discusión y defensa de derechos colectivos.

Al mismo tiempo, permitió constatar que esa decisión es funcional al mantenimiento del (des)arreglo político-económico que constituye el ADN del constitucionalismo nacional y regional. La no regulación de los procesos colectivos está directa y principalmente vinculada con su potencia para poner en crisis un aspecto esencial de esa

misma reforma constitucional: el (des)arreglo político-económico propio del pacto liberal-conservador de base y la conservación de sus intereses.

## La Corte Suprema de Justicia de la Nación como agente del cambio social en materia de derechos previsionales

Luis Emilio Ayuso\*

**Sumario:** 1.- Introducción. 2.- La jurisprudencia de cambio social. 2.1.- La facultad-deber del Congreso; 2.2.- El contenido constitucional de la movilidad; 2.3.- El problema de la omisión. 2.4.- La remoción de obstáculos procedimentales. 4.- Consideraciones finales

### I. Introducción

La incorporación en la reforma constitucional de 1994 de diversos institutos y mecanismos tendientes a lograr la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales en los diferentes sectores de la sociedad<sup>1</sup> otorgan a nuestro sistema constitucional un claro cariz social y democrático.<sup>2</sup> En este sistema, las acciones positivas resultan imprescindibles para transformar la retórica del derecho internacional de derechos humanos en normas que garanticen su cumplimiento.<sup>3</sup>

Sin embargo, puede ocurrir que quienes tienen la responsabilidad constitucional de realizarlas no lo hagan, pudiendo tornarse tal inacción en una “omisión normativa inconstitucional”.<sup>4</sup>

Ante esta situación, es importante que la jurisdicción constitucional, en especial nuestro máximo tribunal, asuma un rol protagónico, mostrando los caminos a seguir y dando certeza a toda la comunidad. En esta línea, desde hace tiempo que nuestra Corte, con sus distintas

---

\* Profesor Adjunto Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y de Derecho Constitucional, Derechos y Garantías Constitucionales y Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

<sup>1</sup> Entre estos institutos y mecanismos podemos mencionar los tratados internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), la consagración de los nuevos derechos y garantías constitucionales (arts. 41, 42, 43 CN), el tratamiento especial dado a los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17 CN) y el establecimiento de las denominadas “acciones positivas” (art. 37 y art. 75 inc. 2, 1 y 23 CN).

<sup>2</sup> Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, (Buenos Aires: Editorial Editar, 1996), p. 330; Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional, 3ª Edición actualizada y ampliada*, Tomo I (Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999), p. 250.

<sup>3</sup> *Obra De La Convención Nacional Constituyente*, Tomo IV (Buenos Aires: La Ley, 1995), p. 3848.

<sup>4</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Recurso Extraordinario, 4ª Edición actualizada y ampliada*, Tomo I (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002), p. 177 y sigs.



integraciones, viene delineando su posición respecto de la vigencia de los derechos sociales,<sup>5</sup> lo que ha generado cambios en las instituciones, leyes, en el propio funcionamiento de la jurisdicción y en los comportamientos y los valores de la sociedad.

La idea de este trabajo es analizar cómo nuestra Corte federal ha actuado como agente de cambio en materia de derechos previsionales. Para ello se analizarán diversos fallos emblemáticos que han tenido repercusión no solo en la sustancia del derecho, sino en los procedimientos judiciales para hacerlos efectivos.

## II. La jurisprudencia de cambio social

De los distintos fallos de la Corte nacional haremos hincapié en diversos argumentos que implicaron o consolidaron cambios sociales. Así, analizaremos la facultad-deber del Congreso de legislar en materia de jubilaciones y movilidad, el contenido constitucional de la movilidad de las jubilaciones, las consecuencias de la omisión del Legislativo y la remoción de normas procesales que impedían la efectiva tutela de los derechos previsionales.

### A. La facultad-deber del Congreso

La Corte desde antaño ha reconocido la autoridad legislativa en materia de seguridad social, con el entendimiento de que son facultades propias de la competencia funcional de ese poder. Ello con el fin de cumplir con el objetivo establecido en el Preámbulo de "promover el bienestar general".<sup>6</sup> Asimismo, esta autoridad deviene del mandato constitucional genérico de reglamentar el ejercicio de los derechos constitucionales mediante el dictado de leyes (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional) y, en particular, del art. 14 bis de la Constitución Nacional que dispone que "*la ley establecerá (...) jubilaciones y pensiones móviles*".

En este último artículo se revela la voluntad del constituyente de que dicho departamento del Estado sea el que disponga la extensión y las características del sistema de seguridad social, con el objeto de otorgar "sus beneficios" a los habitantes de la Nación, en virtud de su carácter

---

<sup>5</sup> Véase: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A.*, 14/09/2004, DJ 22/09/2004, 266; CSJN, *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.*, 21/09/2004; CSJN, *Milone, Juan A. c. Asociart S.A. ART*, Diario La Ley, 29/10/2004, p. 4; CSJN, *Itzcovich, Mabel c. Anses s. reajuste varios*, 29/03/2005, voto de los Dres. Zaffaroni y Maqueda, consid. 15; CSJN, *Sánchez, María del Carmen c. Anses s. reajuste varios*, S. 2758. XXXVIII, 17/05/2005, consid. 3.

<sup>6</sup> Fallos: 170:12; 173:5; 179:394; 326:1431; 328:1602 y 329:3089.

representativo de la voluntad popular. A partir de esta premisa, en el precedente *Sánchez*,<sup>7</sup> en el voto del Dr. Maqueda, se expresa que el legislador es el que tiene la facultad de establecer los criterios que se estimen adecuados a la realidad para determinar los haberes previsionales y los respectivos sistemas de movilidad, en la medida que resultan razonables.<sup>8</sup>

Este criterio, luego, fue reafirmado por la Corte en el precedente *Badaro I*,<sup>9</sup> con el agregado de que dicha facultad resulta, además, un deber constitucional a la luz de la especial protección constitucional que el art. 75 incs. 19 y 23 establece en favor de los derechos sociales. Sobre todo con respecto a los de los ancianos, para lo cual debe legislar.

Siguiendo con esta línea, la doctrina de la facultad-deber del Congreso de fijar el contenido concreto de los beneficios de la seguridad social, fue reiterada por el tribunal en el caso *Badaro II*<sup>10</sup> y, recientemente, en el caso *Blanco, Lucio*.<sup>11</sup>

En síntesis, resulta una obligación constitucional del Poder Legislativo establecer un sistema que realmente garantice los beneficios de la seguridad social y su movilidad; de modo tal que no se tornen una ilusión ni dependan del uso de facultades discrecionales. En otras palabras, existe un deber constitucional de hacer efectiva la cláusula de la seguridad social que no puede ser obviado por el Poder Legislativo, en pos de la plena vigencia de los derechos sociales, en particular, de los de los ancianos (art. 75 inc. 23 CN).

## **B. El contenido constitucional de la movilidad de las jubilaciones**

Si bien esta atribución-deber del Poder Legislativo de determinar el sistema de beneficios de la seguridad social queda librada a su arbitrio,<sup>12</sup> el sistema a fijar debe cumplir con ciertas pautas para ser constitucionalmente válido. Estas han sido reafirmadas por la Corte Suprema en diversos fallos.

En primer lugar, la determinación del haber inicial debe realizarse respetando el principio de proporcionalidad previsional. Ello obliga a que se mantenga una razonable proporción entre el ingreso de los trabajadores y los del sector pasivo para que el nivel de

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sánchez, María del Carmen c. Anses s. reajuste varios*, S. 2758. XXXVIII, 17/05/2005, Fallos 328:1602.

<sup>8</sup>Véase considerando 5 del voto del Dr. Maqueda en *Sánchez*.

<sup>9</sup>Véase considerandos 4º y 17º del fallo *Badaro, Adolfo* del 8/08/2006, La Ley 14/08/2016.

<sup>10</sup>Véase considerandos 15º del fallo *Badaro, Adolfo*, 26/11/07, Fallos 330:4866.

<sup>11</sup>Véase considerandos 8º, 9º, 13º, 14º, 20º y 21º del fallo *Blanco, Lucio*, CSS 42272/2012/CS1-CA1, 18/12/2018.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 295:694 y 300:194, entre muchos otros.

vida del jubilado guarde una relación justa y razonable con el que alcanza un trabajador y su familia por el ingreso que percibe de su labor.<sup>13</sup>

En segundo lugar, el sistema debe prever un régimen de movilidad que asegure a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo,<sup>14</sup> en virtud del carácter sustitutivo que tienen las jubilaciones respecto de los salarios del activo. Es decir, el sistema de movilidad debe garantizar que siempre exista una razonable proporcionalidad entre lo que gana un trabajador en actividad con la prestación jubilatoria. Se deberá descartar todo sistema que en la práctica desconozca los cambios que afectan en el estándar de vida que debe resguardarse, que no es otro que el mismo nivel que se tenía en actividad respecto de la alimentación, vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna.<sup>15</sup> En efecto, un sistema que no considere el cambio del costo de vida resulta inconstitucional por no garantizar el precepto constitucional de “jubilaciones y pensiones móviles”.

En tercer lugar, el sistema debe funcionar de tal forma que no produzca un achatamiento de la escala salarial, que actúe en desmedro del derecho a cobrar su haber de acuerdo con el mayor esfuerzo contributivo realizado.<sup>16</sup> En otros términos, la movilidad debe aplicarse a todos los beneficios sin importar el monto de cada uno.

En cuarto lugar, resulta constitucionalmente posible el cambio de sistema de movilidad, en la medida en que tales modificaciones no produzcan reducciones confiscatorias en los haberes.<sup>17</sup>

Finalmente, el sistema de movilidad podría llegar a postergarse, pero no eliminarse, ante la existencia de muy graves circunstancias de orden económico y financiero que impidan materialmente cumplir con la directriz constitucional de la movilidad,<sup>18</sup> realizando una interpretación previsora de la Constitución Nacional.<sup>19</sup>

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Elliff* (Fallos 332:1914) y *Blanco, Lucio*, 18/12/2018.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 279:389; 280:424; 292:447; 293:235; 300:84, 571; 305:866; 328:1602.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re *Sánchez, María del Carmen c. Anses s. reajuste varios*, S. 2758. XXXVIII, 17/05/2005.

<sup>16</sup> Véase considerandos 3º y 11º del fallo *Badaro II*, 26/11/07.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 158:132; 170:394; 179:394; 234:717; 253:783; 258:14; 300:616; 303:1155.

<sup>18</sup> Véase considerando 18º del caso *Badaro II*, 26/11/07.

<sup>19</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de Derecho Constitucional, 3ª Edición actualizada y ampliada, Tomo II* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999), p. 698.

Al respecto, cabe decir que la Corte no define cuáles serían esas “muy graves circunstancias de orden económico y financiero” que admitirían la postergación. No obstante, podría definírselas como circunstancias que pongan en peligro la subsistencia del sistema de seguridad social en su conjunto.

### C. El problema de la omisión

La Constitución Nacional impone un mandato al legislador de establecer un régimen de seguridad social que garantice “jubilaciones y pensiones móviles”, quedando a criterio de este la determinación del sistema. Sin embargo, el legislador no puede establecer cualquier régimen, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que solo se da asegurando a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo, evitando sancionar normas que afecten los derechos sociales (art. 75 inc. 23).

El problema se genera cuando el Poder Legislativo no asume su facultad constitucional.

Ante esta situación, la Corte, en el fallo *Badaro I*, lo intimó para que cese esa omisión legislativa adoptando las medidas que estime pertinentes en materia de movilidad jubilatoria. Sin embargo, la omisión de corregir el desfasaje producido en los haberes superiores a \$ 1.000 en el período que va desde el 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2006 se mantuvo y las medidas de la ley de presupuesto del año 2007 no estaban destinadas a subsanarlo. Por ello, la Corte, en el caso *Badaro II*, previa declaración de inconstitucionalidad del sistema, directamente instrumentó un nuevo régimen: la movilidad por el índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.<sup>20</sup>

Esta decisión de llenar el vacío legal nos lleva a la teoría de la inconstitucionalidad por omisión.<sup>21</sup> La Constitución no solo puede ser violada por el obrar contrario a ella, sino también por la omisión de realizar lo que ella manda hacer.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional alemán, en fallo del 29 de enero de 1969, sentó las bases para que el Poder Judicial actúe ante la inconstitucionalidad por omisión. Así,

<sup>20</sup> Véase considerandos 20° y 21° del caso *Badaro II* (Fallos 330:4866).

<sup>21</sup> Ver, entre otros, Néstor Pedro Sagüés, *Teoría op. cit.*, p.264 y sigs; Germán J. Bidart Campos, *La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, *El Derecho*, pp. 78-785; Víctor Bazán, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en *Desafíos del control de constitucionalidad*, ed. Víctor Bazán (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996), pp. 175/201.

se debe dar: a) transcurso de un tiempo prudente; b) regla constitucional clara y concreta; y c) posibilidad de que el Poder Judicial pueda razonablemente cubrir el vacío legal.<sup>22</sup>

Esta parece ser la solución adoptada por la Corte en los casos *Badaro I* y *Badaro II*. En efecto, habían pasado más de once presupuestos sin que el Poder Legislativo efectivice la movilidad jubilatoria, pese a la existencia de reglas constitucionales claras y concretas - garantía de movilidad y protección especial de los derechos sociales- que así lo exigían ante el cambio de la realidad social a partir del 2002. Asimismo, existía la posibilidad de que el Poder Judicial pueda cubrir el vacío legal, fijando concretamente el mecanismo de movilidad para el caso concreto.

Sin embargo, en una primera oportunidad (6/8/2006), la Corte no cubrió el vacío directamente, sino que comunicó la sentencia al Congreso y Ejecutivo para que ellos la realicen en un plazo razonable de tiempo, dejando para sí la posibilidad de control posterior sobre la razonabilidad de lo realizado.

Posteriormente, ante la inacción de los otros poderes del Estado respecto de la movilidad durante el período 2002-2006 a partir de la sanción de la ley 26.198 –ley de presupuesto 2007-, el Poder Judicial decidió adoptar directamente las medidas necesarias para garantizar la movilidad jubilatoria.

Cabe destacar que, si bien, bajo nuestro ordenamiento, las medidas correspondientes tienen efecto exclusivamente para el caso concreto,<sup>23</sup> la Corte resaltó dicho alcance especialmente en el considerando 23º.<sup>24</sup> Es así que, teniendo en cuenta las consecuencias de este tipo de resoluciones, la Corte exhortó al Poder Legislativo al reemplazo del sistema de movilidad de la ley 24.463 por otro que cumpla con los postulados constitucionales. Y ello, finalmente, tuvo su efecto en el año 2008, cuando el Congreso sancionó un nuevo régimen de movilidad jubilatoria mediante la ley 26.417, el cual vino a zanjar el problema.

Recientemente, en la causa Blanco, la Corte tuvo la posibilidad de expedirse en materia de determinación del monto del haber inicial. Esta vez, el tribunal no solo exhortó al Poder Legislativo a fijar un sistema de determinación del haber que respete los principios constitucionales de la seguridad social, sino que estableció el índice de actualización de los

---

<sup>22</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Teoría* op. cit., p.266.

<sup>23</sup> Maximiliano Toricelli, *El sistema de control constitucional argentino*, (Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2002), pp. 164 y ss.

<sup>24</sup> Véase también: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 303:917; 310: 267; 319:1416.

salarios hasta tanto el Congreso lo haga.<sup>25</sup> De esta forma, lo decidido en este último caso, nuevamente, fue más allá de lo resuelto en *Badaro I*, en el que solo se había instado a establecer el mecanismo de actualización, bajo apercibimiento de hacerlo la Corte. Sin perjuicio de ello, se debe resaltar que la Corte sigue insistiendo en que la tarea corresponde al Poder Legislativo, y no al Ejecutivo.

#### **D. La remoción de obstáculos procedimentales**

En materia de los derechos y garantías constitucionales, en especial los derechos previsionales, no basta con que la jurisdicción constitucional determine su alcance y contenido, sino que, además, debe actuar con celeridad en la resolución de los conflictos.<sup>26</sup>

Muchas veces el poder político busca que las soluciones se diriman varios años después, cuando el gobernante de turno ya no está en su cargo, logrando así ejercer el poder de manera discrecional. Con dicho objetivo se sancionan normas de procedimiento que obstaculizan el acceso a la jurisdicción o la resolución rápida de los conflictos. En el marco de esas ideas, en el año 1996 se sancionó la ley 24.463 -mal llamada de solidaridad previsional- por la cual se estableció el procedimiento administrativo y judicial para reclamar cuestiones vinculadas con los haberes de jubilación y pensión, en especial los reclamos de reajuste.

La mencionada ley contaba con dos institutos que realmente eran un obstáculo para la efectiva tutela de los derechos. Por un lado, establecía que todos los recursos de apelación de las causas previsionales que tramitaban en los juzgados federales del interior del país debían tramitarse ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, con sede única en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 18). Por el otro, luego de ello, obligaba a la ANSES a interponer apelación ordinaria ante la Corte Suprema en todo caso adverso (art. 19).

Con ello se aseguraba que todas las causas del país, independientemente de su radicación en primera instancia, ante la apelación de cualquiera de las partes, continuaran tramitando ante un solo Tribunal: la Cámara Federal de la Seguridad Social con sede en la ciudad de Buenos Aires. Luego, si la sentencia de este tribunal resultaba favorable al jubilado o

---

<sup>25</sup> Véase considerando 22° del fallo *Blanco, Lucio*, CSS 42272/2012/CS1-CA1, 18/12/2018.

<sup>26</sup> Maximiliano Toricelli, *Organización Constitucional del Poder*, Tomo I (Buenos Aires: Ed. Astrea, 2010), p. 61.

pensionado, debía obtenerse pronunciamiento de la Corte nacional para poder efectivizar el derecho reconocido.

Claramente el sistema, como estaba ideado, generaba un “cuello de botella” en las resoluciones definitivas del conflicto, perjudicándose principalmente al reclamante que, presumiblemente, se encontraba en situación de vulnerabilidad. Con el correr de los años y el obrar de la ANSES se fue confirmando que ambos institutos lo único que buscaron fue postergar indefinidamente la tutela de los derechos previsionales, al punto tal que muchos de los reclamantes fallecieron antes de ello.

En el año 2005, la Corte advierte esta situación en la causa *Iztcovich*.<sup>27</sup> En dicha oportunidad, declaró la inconstitucionalidad de la apelación ordinaria obligatoria del ANSES ante la propia Corte. Para así decidirlo se basó en estadísticas que demostraban que el recurso era utilizado como un mecanismo injustificado de postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que ya había sido reconocido en las instancias anteriores. De los datos surgía que la gran mayoría de estas acciones recursivas eran rechazadas o declaradas desiertas por falta de fundamento suficiente.<sup>28</sup>

A ello agregó

que el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y, en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional. El fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia.<sup>29</sup>

En definitiva, dadas las características de los derechos en juego, expresó que las leyes de procedimiento no solo deben simplificarse, sino que, también, deben poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional.<sup>30</sup>

Nueve años después, en el 2014, la Corte termina de desbaratar la intención de obstrucción de la ley 24.463 al declarar inconstitucional el art. 18 que obligaba a tramitar ante la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social con sede en Buenos Aires, los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en las causas de competencia de los Juzgados del

---

<sup>27</sup> Corte Suprema De Justicia De La Nación, *Iztcovich, Mabel*, 29/03/2005.

<sup>28</sup> Véase considerando 9, caso *Iztcovich*.

<sup>29</sup> Véase considerando 11.

<sup>30</sup> Véase considerando 14.

interior del país.<sup>31</sup> De esta manera, nuevamente la Corte, basándose en estadísticas, entendió que el procedimiento establecido producía una acumulación de causas provenientes de diferentes jurisdicciones federales del país que derivaba en el colapso del sistema. A su vez, ese colapso afectaba en forma decisiva la posibilidad de que ciudadanos que se encontraban en situación de vulnerabilidad obtuviesen, en forma rápida y eficiente, una respuesta jurisdiccional a sus reclamos de contenido netamente alimentarios.<sup>32</sup>

En síntesis, expresó que el artículo 18 de la ley 24.463 no permitía efectivizar la pretensión fundamental del legislador de garantizar acciones y vías procesales que posibiliten un efectivo acceso al servicio de justicia y a la tutela jurisdiccional adecuada. Por consiguiente, personas que se encontraban en condiciones de vulnerabilidad y formulaban pretensiones de carácter alimentario -relacionadas con su subsistencia y su mejor calidad de vida-, se veían obligadas a acudir a tribunales ordinarios que se hallaban a centenares o miles de kilómetros del lugar donde residen, debiendo afrontar los costos que el cambio de sede implicaba.<sup>33</sup>

### III. Consideraciones finales

La Corte Suprema, en sus distintas integraciones, al ejercer la jurisdicción constitucional, ha adoptado un rol activo a fin de hacer efectivos los derechos humanos fundamentales, en especial respecto de sujetos vulnerables como son los beneficiarios de los sistemas de seguridad social.

Ese rol activo, como hemos visto, ha producido cambios de importancia en el sistema previsional argentino, al punto que ha fijado el rumbo a los propios tribunales, a los otros poderes y a la sociedad. Para algunos resultará insuficiente y para otros excesivo, pero, en concreto, el accionar de la Corte ha sido altamente positivo como agente de cambio social, produciendo modificaciones relevantes en materia de vigencia de los derechos de la seguridad social.

---

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pedraza, Héctor Hugo C. ANSeS s/ acción de amparo*, 6/05/2014.

<sup>32</sup> Ver considerando 10.

<sup>33</sup> Ver considerando 12 y 13.



## Derechos humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994

*Antonela Ghisio\* y Silvina Junco†*

### Resumen

La reforma constitucional del año 1994 supuso la constitucionalización de una serie de tratados y declaraciones de derechos humanos, y la consecuente obligación del Estado de respetar esos derechos, adoptar medidas de acción positiva para su cumplimiento y la responsabilidad internacional por la violación de derechos no reparada.

Uno de los cambios fundamentales que trajo aparejado dicha reforma fue la jerarquización de todo el sistema interamericano que la Convención Americana de Derechos Humanos organiza a través de sus órganos protectores: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, los tribunales argentinos tienen una doble fuente normativa para realizar sus interpretaciones judiciales. En este sentido, nuestros tribunales deben congeniar sus decisiones con la interpretación emanada de tales órganos. Ello implicó la posibilidad de que tanto la Corte como la Comisión ejerzan un control sobre el cumplimiento de esas obligaciones.

Esta circunstancia produjo posturas contrapuestas en la doctrina y en la jurisprudencia respecto de la obligatoriedad de las resoluciones procedentes de los órganos internacionales. En este trabajo se repasará la interpretación que nuestro Máximo Tribunal ha realizado hasta el día de hoy sobre la aplicación del orden internacional de los derechos humanos instaurado en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

**Palabras clave:** derechos humanos – control de convencionalidad – decisiones judiciales – Corte Suprema.

### Abstract

The constitutional reform of 1994 meant the constitutionalization of a set of international treaties and declarations of human rights, and the consequent obligation of the State to

---

\* Abogada (UBA), Especialista en Derecho de Familia –tesis pendiente de entrega– (UCA).

† Abogada (UBA), Especialista en Derechos Humanos, Estado y Sociedad (ECAE).

respect those rights, adopt positive action measures for their fulfillment and international responsibility for the violation of rights not repaired.

One of the fundamental changes brought about by this reform was the hierarchy of the entire inter-american system that the American Convention on Human Rights organizes through its protective organs: the Commission and the Inter-American Court of Human Rights. In such way, the Argentine courts have a double normative source to carry out their judicial interpretations, having to match the national jurisprudence with the international one emanated from these organs. This implied the possibility that both the Court and the Commission exercise control over the fulfillment of these obligations.

This circumstance produced opposing positions in doctrine and jurisprudence, regarding the obligatory of the resolutions from the international organs. This paper will analyze the interpretation that our Supreme Court has done to date, regarding the application of the international human rights order established in the article 75 inc. 22 of the National Constitution.

**Key words:** human rights – conventionality control – judicial decisions –Supreme Court.

## I. Introducción

El ordenamiento jurídico argentino se encuentra organizado por el art. 31 del texto constitucional del año 1853, denominado “Constitución histórica”. Dicho texto establece que la Constitución Nacional (CN) se ubica en la cúspide de la pirámide normativa, y junto con los tratados, integran el concepto de “ley suprema de la Nación”. Sin embargo, la relación de jerarquía entre las leyes de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras fue un tema que ocupó gran parte de la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). En ese desarrollo jurisprudencial se fue delineando la prelación normativa entre el derecho interno y el derecho internacional.

En los precedentes *Merck*,<sup>1</sup> *Martin y Cía. Ltda.*<sup>2</sup> y *ESSO*<sup>3</sup> se pueden observar las posiciones más concluyentes respecto de la posición dualista focalizada en el derecho interno - derecho internacional.<sup>4</sup> En el primero de los precedentes mencionados nuestro Máximo Tribunal sostuvo que durante el estado de paz el orden interno se rige por las disposiciones constitucionales. Pero, cuando se penetra en el estado de guerra en causa propia, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría “dualista” y debe cumplir los tratados internacionales con el mayor rigorismo posible.<sup>5</sup>

En el caso *Martín Cía. Ltda.*, la Corte Suprema señaló que no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras por sobre las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Respecto de ambos rige el principio de que las normas posteriores derogan a las anteriores (cons. 4, 6 y 8), criterio mantenido en el caso *ESSO* (cons. 11). La CSJN comenzó a dejar de lado esta posición en el precedente *Cabrera*,<sup>6</sup> en el que sostuvo que las normas del derecho internacional aprobadas por el Poder Legislativo, debidamente ratificadas, se incorporan

---

<sup>1</sup>CSJN, *Merck Química Argentina c/ Gobierno Nacional*, 09/06/1948, Fallos: 211:162.

<sup>2</sup>CSJN, *Martin y Cia. Ltda. S.A. c/ Administración Gral. de Puertos sobre Repetición de pago*, 06/11/1963, Fallos: 257:99.

<sup>3</sup>CSJN, *Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación*, 05/06/1968, Fallos: 271:7.

<sup>4</sup>Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y jurisprudencia. Doctrina y legislación argentina e internacional* (Buenos Aires: EUDEBA, 1998), p. 21.

<sup>5</sup>Esta tesis sostenida por Anzilotti –entre otros autores– plantea que el Derecho Internacional y el Derecho interno son sistemas jurídicos diferentes e independientes el uno del otro. Por tal motivo las normas internacionales no pueden influir sobre el carácter obligatorio de las normas internas [Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, 2da. Ed. (Buenos Aires: Heliasta, 1996), p. 115].

<sup>6</sup>CSJN, *Cabrera, Washington Julio Efraín c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, 05/12/1983, Fallos: 305:2150.

como regla al derecho interno, siendo aplicables dentro del Estado cuando revisten el carácter de autoejecutorias o autosuficientes (cons. 11).

Finalmente, en 1992 a partir del *leading case Ekmedjian s/ Sofovich* se consolidó la postura anterior y se estableció que un tratado internacional constituye un “acto complejo federal”.<sup>7</sup> En consecuencia, una ley del Congreso no puede derogar un tratado. Ello supondría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre las atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, encargado de conducir, exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores de la Nación [art. 86, inc. 14 CN; (cons. 17)]. Asimismo, se invocó que la ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) alteró el ordenamiento jurídico argentino y asignó primacía al derecho internacional frente al propio derecho interno.<sup>8</sup> El fundamento de dicha postura radica en el art. 27 que establece: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (cons. 18).

La Corte sentó su criterio de la siguiente manera: “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José” (cons. 21). Esta fue la línea jurisprudencial que se adoptó en *Fibraca*<sup>9</sup> y *Cafés La Virginia*<sup>10</sup> hasta la entrada en vigor del nuevo texto constitucional de 1994.

Según Loiano,<sup>11</sup> la reforma de 1994 produjo un cambio de paradigma. El derecho interno recibe el impacto del orden jurídico internacional que le impone accionar más allá de las decisiones de sus órganos constitucionales. A su vez, esto provoca el tránsito de la posición dualista a la monista.<sup>12</sup> La cláusula incorporada por el art. 75 inc. 22 de la CN

<sup>7</sup> CSJN, *Ekmedjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s. Recurso de hecho*, 07/07/1992, Fallos 315:1492.

<sup>8</sup> La CVDT fue adoptada en 1969 por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados. Ratificada por Argentina en 1972 por ley 19.865. Entró en vigencia en 1980. Disponible en: [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_doCSJN/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_doCSJN/convencion_viena.pdf)

<sup>9</sup> CSJN, *Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*, 07/07/1993, Fallos: 316:1669.

<sup>10</sup> CSJN, *Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)*, 13/10/1994, Fallos 317-3:1282.

<sup>11</sup> Adelina Loiano, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Paradigmas convencionales y adecuación de la ley civil”, *Revista de Derecho Público 2015-II: El Derecho Público y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015), pp. 11-38.

<sup>12</sup> La posición monista, defendida por Kelsen, sostiene que el derecho internacional no requiere ninguna transformación o recepción para darle fuerza obligatoria, por cuanto deroga de pleno derecho las reglas de derecho interno que sean incompatibles con él (Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, p. 116).

estipula nuevas pautas hermenéuticas en la aplicación del derecho interno. De este modo, se ha instituido un nuevo esquema en las relaciones entre el derecho internacional público, el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema jurídico interno.<sup>13</sup>

En función de las premisas expuestas, el objetivo de este trabajo es examinar cuál ha sido la recepción de este nuevo esquema normativo por parte de nuestro Máximo Tribunal. Principalmente, en relación con las tensiones que pueden surgir entre la interpretación del texto constitucional y los instrumentos de derechos humanos constitucionalizados. A tal fin, se propone analizar los antecedentes de la reforma constitucional de 1994. A partir de ello, abordar la conformación del bloque de constitucionalidad federal, describir la organización del sistema interamericano de protección de derechos humanos y su impacto en el derecho interno. Por último, identificar la manera en que la CSJN ha receptado este sistema de protección de derechos humanos, con especial énfasis en el acatamiento de las normas que lo integran y en la interpretación que de ellas han realizado la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## II. Nociones iniciales. El sistema de protección de derechos humanos

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) está conformado por el conjunto de normas sustantivas y procesales, los órganos y los mecanismos de denuncia. En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA),<sup>14</sup> cumple la función de promover y proteger los derechos humanos universales en América. Los dos organismos fundamentales del SIDH son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –con sede en Washington, D.C., Estados Unidos de América– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) –con sede en San José, Costa Rica–.

La conformación del SIDH tuvo como primer antecedente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre del año 1948. Con posterioridad, en el año 1959 se creó la CIDH y fue incluida en la Carta de la OEA como órgano permanente en 1967.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup>Juan A. Travieso, *Derechos Humanos y jurisprudencia*, p. 31.

<sup>14</sup>La OEA fue creada en 1948 con la suscripción de la Carta de la OEA en Bogotá, Colombia, que entró en vigencia en diciembre de 1951. La Organización fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia" (cfr. art. 1 Carta OEA). Los principales pilares de la OEA son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo. Disponible en: [http://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp)

<sup>15</sup>Ángela E. Ledesma, "El hábeas corpus y el Sistema Interamericano", *Revista de Derecho Procesal 2000-4: Amparo. Habeas datas. Habeas corpus-I*, 1ra. ed. Revisada (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2000), p. 315-350.

Con el tiempo, la Comisión fue orientando sus esfuerzos para garantizar la democracia, el estado de derecho, y las garantías y libertades individuales en la región. A través de sus decisiones ha tenido un rol fundamental para mantener incólume la dignidad de las personas. A su vez, también tuvo un papel sustancial en la elaboración de la normativa que integra el *corpus iuris* interamericano.<sup>16</sup> Particularmente, la CIDH propuso y sometió a consideración de los órganos de la OEA los proyectos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Protocolo de San Salvador y el Protocolo Adicional relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.<sup>17</sup>

Las funciones de la CIDH son la promoción y protección de los derechos humanos a través del examen de casos o situaciones de violación de tales derechos. Asimismo, realiza observaciones *in loco*, prepara y publica informes y actúa en todos los casos ante la Corte IDH (art. 41 CADH). La CIDH busca una solución amistosa (art. 48 inc. 1 f, CADH) y, si no la alcanza, debe redactar un informe y transmitirlo a las partes, si lo considera apropiado (art. 50 CADH). Posteriormente, está obligada a optar entre someter el caso a la Corte o preparar y publicar el informe final. Este sistema reconoce como regla general el derecho pleno del individuo a denunciar violaciones de derechos humanos, aun sin alegar la condición de víctima (arts. 44 y 45 CADH).

Por su parte, la Corte IDH es una institución judicial autónoma del SIDH, creada por la CADH. Su objetivo es la aplicación e interpretación de esa Convención (art. 1 Estatuto de la Corte IDH). La CADH le atribuyó competencia consultiva y contenciosa. La competencia

---

<sup>16</sup> El *corpus iuris* del SIDH comprende adicionalmente otros instrumentos normativos que constituyen la base jurídica de la CIDH y la Corte IDH: Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores [Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia* (San José de Costa Rica: IIDH, 2015), p. 35].

<sup>17</sup> Ricardo D. Monterisi, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: funciones y competencias", *Revista de Derecho Procesal 2015-1: jurisdicción y competencia- II*, 1ra. ed. Revisada (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015), pp. 425-454 y Edmundo Vargas Carreño, "Funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: observaciones 'in loco', informes sobre situaciones de derechos humanos", en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed. (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003), p. 508.

contenciosa se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 CADH y le permite decidir en los casos en que los Estados Partes hayan reconocido dicha competencia. En definitiva, su decisión es obligatoria, conforme al art. 68 CADH, en todos los casos en que el Estado sea parte en el litigio.

Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención. La Corte, a pedido de un Estado parte, realiza la interpretación de la CADH o de otros tratados sobre derechos humanos y opina acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Cabe señalar que la Argentina es Estado parte en la CADH desde el 5 de septiembre de 1984. También, en esa misma fecha, reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH.

### **III. La reforma constitucional de 1994**

En octubre de 1993, por medio del decreto 2181/93, el Poder Ejecutivo Nacional convocó a una consulta popular, voluntaria y no vinculante, para que los ciudadanos expresaran su opinión con respecto a la necesidad de la modificación de la CN. Sin embargo, antes de concretarse esa consulta, el 14 de noviembre de 1993, los representantes de los dos partidos mayoritarios del país (Menem por el justicialismo y Alfonsín por el radicalismo) suscribieron el llamado "Pacto de Olivos". En dicho acuerdo, se acordaron las bases de la convocatoria a la reforma de la Constitución. Luego, a través de la Ley N° 24.309, se formalizó la declaración de la necesidad de la reforma parcial de la Constitución (art. 1). En esta norma se reprodujeron los aspectos esenciales de los acuerdos alcanzados, bajo la denominación "núcleo de coincidencias básicas".<sup>18</sup> Se trataba de trece puntos de carácter indivisible y hermético sobre los que versaría la reforma. Por un lado, se prohibió introducir reformas en los treinta y cinco primeros artículos de la Constitución, y por otro, se dispuso que el núcleo de trece puntos debía votarse en bloque por la afirmativa o la negativa ("cláusula cerrojo").<sup>19</sup>

Asimismo, se habilitó el tratamiento del instituto para la integración y jerarquización de los tratados internacionales mediante incisos nuevos al artículo 67 de la CN (art. 3). Dicha cuestión implicó un fenómeno particular dado que incorporaba al texto constitucional una

<sup>18</sup> Néstor P Sagüés, *Manual de derecho constitucional* (Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2007), p. 140.

<sup>19</sup> Germán J. Bidart Campos, *Manual de la constitución reformada*, T. I (Buenos Aires: Ediar, 2005), pp. 383-384.

serie de tratados sobre derechos humanos cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales de las personas.<sup>20</sup>

De esta forma, tal como sostiene Hitters,<sup>21</sup> al consagrar la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos, la Convención Constituyente tuvo por objeto dignificar a la persona y ampliar su abanico de derechos. En efecto, la incorporación del art. 75 inc. 22 junto con el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías” en la nueva CN ha producido una verdadera actualización ideológica de la Ley Suprema, respetuosa de los derechos humanos y más atenta al derecho internacional.

#### **IV. El Bloque de Constitucionalidad Federal**

Tras la reforma constitucional de 1994, se establece una pauta general y expresa de interpretación normativa. Así, el art. 75 inc. 22 confiere jerarquía constitucional a dos declaraciones y diez tratados sobre derechos humanos<sup>22</sup> y prescribe que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.<sup>23</sup> Además, admite la jerarquización de otros tratados de derechos humanos a través de un procedimiento legislativo con mayorías calificadas.

Para Bidart Campos, este nuevo esquema normativo conforma el “bloque de constitucionalidad federal” (BCF), que está conformado por la constitución formal y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que integran el art. 75 inc. 22.<sup>24</sup> Esta denominación (BCF) surge en Francia a partir de la Decisión Constitucional 70/39 del año 1970. Luego, es replicada en 1982 por el Tribunal Constitucional Español y en 1990

---

<sup>20</sup> Ver Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párr. 29.

<sup>21</sup> Juan C. Hitters et al., “Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994”, *El Derecho* (1994): p. 1079.

<sup>22</sup> Los cuales son: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>23</sup> Adelina Loiano, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. ...”, p. 11-38.

<sup>24</sup> Néstor P. Sagüés, *Manual de derecho constitucional*, p. 82.



por la Corte Suprema de Justicia de Panamá.<sup>25</sup> La jurisprudencia de la CSJN acogió esta denominación en los precedentes *González de Delgado*<sup>26</sup> y *Verbitsky*<sup>27</sup>.

De esta forma, como señala Amaya, el principio de supremacía constitucional en la Argentina tiene en su cúspide una doble fuente: la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional tanto originaria como derivada.<sup>28</sup> Es decir, incluye aquellas declaraciones y tratados cuya jerarquía constitucional fue conferida por el art. 75 inc. 22 y los que posteriormente sean jerarquizados a dicho rango por el procedimiento legislativo establecido a tal fin. Actualmente, han obtenido esta categoría la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por Ley N° 24.820 de 1997, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad por Ley N° 25.778 de 2003 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por Ley N° 27.044 de 2014.

Autores como Herrera sostienen que las sentencias y opiniones consultivas que emite la Corte IDH integran el BCF.<sup>29</sup> Ello con fundamento en el reconocimiento de la competencia de los órganos creados por los instrumentos de derechos humanos y por lo dispuesto en el art. 27 de la CVDT. En efecto, el incumplimiento de la normativa internacional, conforme la interpretación que de ella ha realizado la Corte IDH, genera la correspondiente responsabilidad en el ámbito internacional.

En este sentido, García Ramírez explica que los criterios establecidos por la Corte IDH al interpretar la CADH –tanto en su función contenciosa como consultiva– son vinculantes para los Estados partes en la Convención.<sup>30</sup> Ello en virtud de que los Estados han acogido el instrumento soberanamente, lo que implica asumir los deberes que asigna, afrontar los derechos personales que reconoce, y aceptar que la Corte IDH es el órgano judicial llamado para interpretar las disposiciones convencionales. Según el autor citado precedentemente, existe una eficacia *erga omnes* de las sentencias y las opiniones consultivas, aunque solo

---

<sup>25</sup>Pablo L. Manili, *Manual de Derechos Humanos* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La ley, 2017), p. 352.

<sup>26</sup> CSJN, *González de Delgado, Cristina y otros s/Universidad Nacional de Córdoba*, 19/09/2000, Fallos: 323:2659.

<sup>27</sup> CSJN, *Verbitsky Horacio s/habeas corpus colectivo correctivo*, 05/06/2015, Fallos 328:1146.

<sup>28</sup> Jorge A. Amaya, *Control de constitucionalidad*, 2da. ed. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2015), p. 356.

<sup>29</sup> Marisa Herrera, *Manual de Derecho de la Familias*, 2a. ed. (Ciudad de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019), p. 3.

<sup>30</sup>Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, no. 28 (2011): p. 224

aplica a la interpretación de normas y fijación de sentido a las disposiciones convencionales. Por el contrario, no aplica respecto de los extremos específicos del caso sobre el que se hizo la interpretación (hechos y condenas puntuales), que solo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio.

Hitters, por su parte, señala que el acatamiento amplio de las sentencias de la Corte IDH no surge de la norma de la CADH, por lo que sus fallos no originarían una “doctrina legal” de aplicación obligatoria para los Estados.<sup>31</sup> Sin embargo, resalta el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31 de la CVDT, que dispone la obligación de los Estados de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales. Entiende que resulta preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados del derecho internacional de derechos humanos, de los que surge una obligatoriedad moral de acatamiento.

En este nuevo orden planteado por el art. 75 inc. 22 de la CN, toda la normativa que se encuentra por debajo del BCF es derecho infraconstitucional. El derecho internacional tiene prioridad sobre el derecho interno. Esto impone la obligación al Estado de implementar, de manera similar al control judicial de constitucionalidad difuso, el control de convencionalidad, para cotejar y compatibilizar de manera armoniosa las normas de derecho interno y los instrumentos de derechos humanos.<sup>32</sup>

## V. Control de convencionalidad

Señala Loianno que no es posible hablar del control de convencionalidad, sino a partir del *leading case* de la Corte norteamericana de 1803: *Marbury vs. Madison*.<sup>33</sup> En dicho precedente se desarrollaron las primeras bases jurisprudenciales de la competencia judicial para evaluar la compatibilidad de disposiciones normativas con respecto a instrumentos legales de jerarquía superior. Esta fue la primera ocasión en la que el poder judicial afirma

---

<sup>31</sup>Juan C. Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 10 (2008): p. 147.

<sup>32</sup>Adelina Loianno, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación...”, pp. 11-38.

<sup>33</sup>Adelina Loianno, “La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación...”, pp. 11-38.

de manera clara la supremacía de la Constitución frente a una ley y determina su inaplicabilidad por ser inconstitucional.<sup>34</sup>

De los postulados de esta sentencia se desprende que cualquier juez que se enfrente a una norma inconstitucional no debe aplicarla. Así, se establecieron las bases del denominado control difuso de constitucionalidad. Este refiere a la facultad de los jueces de verificar la constitucionalidad de las leyes, al momento de determinar cuál es el derecho aplicable al caso.<sup>35</sup>

Esta doctrina fue receptada por nuestra CSJN en los casos *Sojo*<sup>36</sup> y *Elortondo*,<sup>37</sup> en los que proclamó la capacidad de los tribunales de juzgar la conformidad de las leyes con la Constitución e invalidar aquellas que pudieran estar en conflicto con su texto. La Corte señaló que es un deber elemental de los tribunales de justicia examinar las leyes en los casos concretos. El juez debe analizar las leyes a partir del texto constitucional para verificar que guarden conformidad con este, y abstenerse de aplicarlas si encuentran contradicciones.

En palabras de Bianchi, el control de convencionalidad es a la Convención Americana lo que el control de constitucionalidad es a la Constitución.<sup>38</sup> Ello consiste en verificar la adecuación de un acto o norma de derecho interno –aplicados en casos concretos– a la CADH y a los estándares interpretativos fijados por la Corte IDH.<sup>39</sup> La jurisprudencia de la Corte IDH define al control de convencionalidad como la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de

---

<sup>34</sup>En un contexto político-social polarizado, asume la presidencia Jefferson y Madison es designado Secretario de Estado. Marbury había sido nombrado días antes por el saliente presidente como juez de paz, restando la certificación de su nombramiento. Madison se niega a entregar el nombramiento. Marbury pidió una orden de *mandamus* para que se obligue al gobierno a efectuar el nombramiento fundado en una disposición de la ley orgánica del poder judicial. El juez de la Suprema Corte Marshall resuelve que, si bien asistía un derecho a Marbury, la ley que habilitaba a la Corte a resolver un *mandamus* contrariaba las disposiciones de la Constitución. La *Judiciary Act* que habilitaba a la Corte a conocer ciertos *mandamus* en competencia originaria resultaba inconstitucional, pues la Constitución establecía la competencia de la Corte sólo por apelación.

<sup>35</sup>Miguel Carbonell, “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 5 (2006): pp. 289-300.

<sup>36</sup>CSJN, *Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación*, 22/09/1887, Fallos: 32:120.

<sup>37</sup>CSJN, *Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo*, 31/10/1984, Fallos: 32:162.

<sup>38</sup>Alberto Bianchi, “Algunos aspectos del control de constitucionalidad (a 20 años de la reforma constitucional)”, *La Ley* 2014-E (2014): p. 1053.

<sup>39</sup>Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014), p. 289.

la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la CADH y su jurisprudencia.<sup>40</sup>

La noción de control de convencionalidad encuentra su punto de partida en la regla internacional que impide a un Estado alegar normas de derecho interno para eximirse del cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. Tal prescripción se encuentra inserta en el art. 27 de la CVDT que, sumado a los principios básicos de buena fe y *pacta sunt servanda* (arts. 31 y 26, CVDT), importan carácter de *ius cogens*.

Entonces, a partir de la conformación del *corpus iuris* de protección de los derechos humanos en el ámbito del SIDH, los Estados se obligaron a respetar y garantizar esos derechos y a adoptar medidas de acción positiva para cumplir con esos compromisos internacionales. De esta manera, los Estados partes ya no podrán invocar su soberanía para incumplir esas obligaciones. Por el contrario, deberán adaptar las decisiones judiciales, legislativas y administrativas dispensadas en los escenarios locales a los precedentes de la CIDH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.<sup>41</sup>

Tal como observan Loianno,<sup>42</sup> Hitters<sup>43</sup> y Amaya,<sup>44</sup> el control de convencionalidad es una noción elaborada progresivamente por la Corte IDH a través de sus pronunciamientos. La primera referencia expresa fue en el voto razonado por el entonces juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el caso *Mirna Mack Chang vs. Guatemala*. Allí el magistrado sostuvo que:

[n]o 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 "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

<sup>40</sup> OEA, "Control de convencionalidad. Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7", 2015, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

<sup>41</sup> Alberto Bianchi, "Algunos aspectos del control de constitucionalidad...", p. 294.

<sup>42</sup> Adelina Loianno, "La regla de convencionalidad en el Código Civil y Comercial de la Nación...", pp. 11-38.

<sup>43</sup> Juan C. Hitters, "Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", *Estudios Constitucionales* 7, no. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile (2009):pp. 109-128

<sup>44</sup> Jorge A. Amaya, *Control de constitucionalidad*, p. 364.

Con posterioridad, en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*<sup>45</sup> y *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*,<sup>46</sup> la Corte IDH precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer *ex officio* el control, tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de este instrumento ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH.

En el precedente *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH amplió dicha obligación a los órganos vinculados a la administración de justicia.<sup>47</sup> Un año después, en el caso *Gelman*, la Corte IDH extendió la obligación de ejercer el control de convencionalidad a toda “autoridad pública”.<sup>48</sup> De esta manera, señaló que el derecho internacional de los derechos humanos es un límite a las decisiones de las mayorías en un sistema democrático.

De lo expuesto anteriormente, se puede extraer como primera conclusión que el “control de convencionalidad” es un concepto que ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte IDH. El mencionado control supone una obligación que recae sobre los Estados de ejercer un análisis de compatibilidad entre el derecho interno y el derecho internacional. Por último, su objetivo se orienta a darle efecto útil a las normas de la CADH en los casos concretos. Este control no solo debe ser ejercido por los operadores de justicia, sino que constituye una obligación *ex officio* que corresponde a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles e, incluso, a toda autoridad pública.<sup>49</sup>

En ese sentido, el jurista García Ramírez distingue dos tipos de controles de convencionalidad.<sup>50</sup> Por una parte, el propio u originario que recae en el tribunal supranacional llamado a dirimir la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales. Dicho control incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH. Por otra

---

<sup>45</sup>Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

<sup>46</sup>Corte IDH, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.

<sup>47</sup>Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

<sup>48</sup>Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, p. 239.

<sup>49</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia* (San José de Costa Rica: IIDH, 2015), p. 7.

<sup>50</sup>Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", p. 213.

parte, el control interno de convencionalidad, que se refiere a la potestad conferida o reconocida a los demás órganos jurisdiccionales para verificar la congruencia entre actos internos (constituciones, leyes, reglamentos, etc.) con las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos.

## **VI. La interpretación de la Corte Suprema con respecto a las decisiones emitidas por los órganos interamericanos**

En este apartado se analizará una selección de fallos emitidos por la CSJN con posterioridad a la reforma constitucional de 1994. Los ejes de estudio versarán sobre la primacía que la Corte otorga al derecho internacional de los derechos humanos. Principalmente, se desarrollará la posición adoptada por nuestra Corte en relación con las decisiones emitidas por la Corte IDH y la CIDH.

### **A. Permeabilidad del sistema constitucional al sistema internacional de derechos humanos**

Pinto destaca que la CSJN de los años 90<sup>51</sup> se involucró particularmente en la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado.<sup>52</sup> Alineada en una época en la que imperaba el derecho internacional de derechos humanos, la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado incidió particularmente en sus resoluciones. De este modo, la CSJN de los años 90 asumió un rol fundamental en la adecuación de las conductas del Estado a los requerimientos internacionales.

El primer precedente relevante en este sentido fue el caso *Girolodi*.<sup>53</sup> Luego de la condena en primera instancia, la defensa de Girolodi interpuso recurso de casación con fundamento en

---

<sup>51</sup> La ley 23.774 aumentó a nueve el número de miembros del Alto Tribunal (1990) que bajo la presidencia de Menem se integró con Eduardo Moliné O'Connor, Julio C. Oyhanarte, Julio Nazareno; Mariano Cavagna Martínez, Rodolfo Barra y Ricardo Levene, más los jueces que ya estaban en función: Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi y Augusto C. Belluscio. Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/listado-historico-de-ministros>

<sup>52</sup> Mónica Pinto, "El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, comps. Víctor Abramovich, Christian Courtis y Alberto Bovino (Buenos Aires: Ed. Del Puerto), p. 123.

<sup>53</sup> CSJN, *Girolodi, Horacio D. y otro. Sobre Recurso de hecho*, 07/04/1995, Fallos 318:514.

la inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2 del Código Procesal Penal,<sup>54</sup> por contrariar el derecho a la doble instancia consagrado por el art. 8.2 de la CADH. Rechazado el recurso por la Cámara de Casación, llegó en queja al Tribunal Supremo. Allí la CSJN<sup>55</sup> revirtió la doctrina mantenida desde 1988 con el fallo *Jáuregui*,<sup>56</sup> en el cual había sostenido que el requisito de la doble instancia se encontraba satisfecho con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario. En concreto, en *Giroldi*, el Tribunal cuestionó esta vía como garantía suficiente para satisfacer el requisito previsto por la CADH del derecho a revisión de un fallo condenatorio penal.

La Corte Suprema realizó un control de convencionalidad respecto de la CADH y sostuvo que la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” se refiere al modo en que los tratados rigen en el orden internacional. Una interpretación de este estilo implica considerar particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por la Corte IDH, que es el órgano competente para su interpretación y aplicación. Dicha jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (cons. 11).

Así las cosas, a la Corte, como órgano supremo de uno de los poderes de gobierno federal, le corresponde aplicar, en el ámbito de su jurisdicción, los tratados internacionales a los que el país está vinculado. En caso de no hacerlo, podría incurrir en responsabilidad internacional del Estado frente a la comunidad internacional (cons. 12).

La CSJN determinó así la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, el alcance de sus normas y los tribunales competentes para su aplicación e interpretación. Además, mencionó que la aceptación de la jurisdicción de la Corte IDH por parte del Estado argentino conlleva el riesgo de responsabilidad internacional en caso de no haber una adecuación de la conducta del Estado con respecto a las normas convencionales.<sup>57</sup>

En los casos *Monges*<sup>58</sup> y *Chocobar*,<sup>59</sup> la Corte analizó el alcance de la frase “[los tratados] no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben

---

<sup>54</sup> Art. 459 CPP: “El imputado o su defensor podrán recurrir: ... 2º) De la sentencia del tribunal en lo criminal que lo condene a más de tres (3) años de prisión, doscientos mil australes (A200.000) de multa o cinco (5) años de inhabilitación...”.

<sup>55</sup> Conformada por los jueces: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt, Augusto C. Belluscio, Enrique S. Petracchi y Antonio Boggiano.

<sup>56</sup> CSJN, *Jáuregui, Luciano Adolfo s/ plantea excepciones previas*, J. 60. XXI. 15/03/1988, Fallos: 311:274.

<sup>57</sup> Mónica Pinto, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control...”, p. 130.

<sup>58</sup> CSJN, *Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires / resol. 2314/95 s/ Recurso de hecho*, 26/12/1996, Fallos: 319:3148.

<sup>59</sup> CSJN, *Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajustes por movilidad*, 27/12/1996, Fallos: 319:3241.

*entenderse complementarios de los derechos por ella reconocidos”* contenida en el art. 75 inc. 22 de la CN.<sup>60</sup>

El Tribunal adopta como doctrina la tesis de la complementariedad al sostener que dicha afirmación indica el juicio de comprobación que han efectuado los constituyentes, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna. Para la Corte Suprema, reconocer un potencial conflicto entre normas de igual rango sería un contrasentido, debiendo interpretarse que las cláusulas constitucionales y convencionales son complementarias y no pueden desplazarse ni destruirse recíprocamente.<sup>61</sup>

El valor de estos pronunciamientos está dado porque no derivan de una condena que recibiera el Estado argentino, sino que suponen una apertura de nuestro Máximo Tribunal al sistema regional de protección de derechos humanos y, en consecuencia, al control de convencionalidad. En otras palabras, la CSJN interpretó que las decisiones de la Corte IDH deben ser consideradas y ponderadas por ser este el órgano competente para interpretar y aplicar la CADH, pero no constituyen reglas absolutas, sino guías de interpretación.

Esta posición constituyó un avance con respecto al control de convencionalidad al establecer pautas sobre la obligación de aplicar no solo las convenciones de las que el Estado es parte, sino también las interpretaciones de sus normas que llevan a cabo los órganos interamericanos.

## **B. Vinculatoriedad de las recomendaciones de la CIDH**

Tiene dicho la Corte IDH que un Estado, si suscribió y ratificó un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como la CADH, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la CIDH, que es, además, uno de los órganos principales de la OEA.<sup>62</sup>

No obstante, la jurisprudencia de la CSJN no ha sido pacífica en relación a la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH. En el precedente *Bramajo*, la Corte federal debió resolver si el plazo de prisión preventiva establecido en el art. 1 de la Ley N°

---

<sup>60</sup> Conformada por los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Carlos S. Fayt (en disidencia), Augusto C. Belluscio (en disidencia), Enrique S. Petracchi (en disidencia), Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo Bossert (en disidencia) y Adolfo Vázquez.

<sup>61</sup> Fallos: 319:3148 (cons. 20-22) y Fallos: 319:3241 (cons. 12-13).

<sup>62</sup> Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia, 17/9/1997, serie C, n° 33, cons. 80.



24.390 era un plazo razonable en los términos del art. 7.5 CADH.<sup>63</sup> El Tribunal reiteró el criterio sentado en *Giroldi*, en cuanto a que la jerarquía constitucional de la CADH fue establecida “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°).<sup>64</sup> Es decir, tal como rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes. Por consiguiente, dicha interpretación se extiende a la opinión de la CIDH. Esta debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH (cons. 8).

Sin embargo, en 1998 la Corte se aparta de esta postura en el precedente *Acosta*.<sup>65</sup> El caso se inicia en virtud del ataque perpetrado en 1989 en los cuarteles de La Tablada. Después de que la condena quedó firme, dos de los condenados presentaron una petición ante la CIDH. Esta instancia internacional consideró al Estado argentino responsable por las violaciones a los derechos a la vida, integridad personal, posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior y derecho a un recurso sencillo y efectivo. Por esas razones, recomendó al Estado argentino que adopte las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o sus familiares por el daño sufrido. A pesar de ello, vencido el plazo, el Estado argentino no dio respuesta.

Ya una vez sometido el caso a la CSJN, esta sostuvo que, si bien el Estado argentino debe realizar sus mejores esfuerzos para el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial (cons. 13).

El Máximo Tribunal falló en igual sentido en el precedente *Felicetti*,<sup>66</sup> en el que analizó el alcance de la recomendación de la CIDH, relacionada con la petición de los condenados en el ataque al Regimiento La Tablada. El voto de la ajustada mayoría señaló que las “recomendaciones” que emite la CIDH son dirigidas a los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes

---

<sup>63</sup>CSJN, *Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación – causa n° 44.891*, 12/09/1996, Fallos: 319:1840, cons. 8.

<sup>64</sup> El Máximo Tribunal estaba integrado en ese momento por los jueces Julio S. Nazareno; Eduardo Moliné O'Connor; Carlos S. Fayt (en disidencia); Augusto C. Belluscio (en disidencia); Antonio Boggiano; Guillermo A. F. López; Gustavo A. Bossert (en disidencia) y Adolfo R. Vázquez.

<sup>65</sup>CSJN, *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus*, 22/12/1998, Fallos: 321:3555.

<sup>66</sup> CSJN, *Felicetti, Roberto y otros*, 21/12/2000.

internas y de sus preceptos constitucionales (cons. 14). Los magistrados resaltaron que el texto de la recomendación formulada por la CIDH al Estado argentino solo tendría efecto en lo “sucesivo”, por lo que no podría aplicarse retroactivamente a un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada (cons. 7).

En 2013, con una nueva composición,<sup>67</sup> la Corte revirtió el criterio de los precedentes antes mencionados. En el caso *Carranza Latrubesse*,<sup>68</sup> resolvió que las recomendaciones emitidas en los términos del art. 51 CADH tienen carácter vinculante y obligatorio. Allí, se discutió la responsabilidad civil del Estado Nacional ante el incumplimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH.

En 1976, mediante un decreto del Poder Ejecutivo de facto de la provincia de Chubut, se había removido Gustavo Carranza Latrubesse de su cargo de juez. En 1984, el magistrado instó una acción ante el Superior Tribunal provincial y reclamó la nulidad de la medida y la reparación de los daños y perjuicios materiales y morales. El mencionado órgano declaró la cuestión “no justiciable”. Agotados los recursos internos, el actor presentó una petición ante la CIDH contra el Estado argentino en la que invocaba la vulneración de los arts. 8 y 25, en relación con el art. 1.1. de la CADH.

Con respecto al fallo de la CSJN, el voto de la mayoría –compuesto por Fayt, Zaffaroni, Petracchi y Maqueda– señaló que debía conferirse valor vinculante a las mentadas recomendaciones. En cambio, fallaron en disidencia los magistrados Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. Los dos primeros sostuvieron que de acuerdo con las disposiciones de convenciones internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, el término “recomendaciones” usado por la CADH debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en la CVDT. En virtud de ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Por su parte, la jueza Argibay sostuvo que el carácter ejecutivo y jurisdiccional de la recomendación emitida por la CIDH, pretendido por la parte

---

<sup>67</sup> Esta nueva Corte fue conformada durante el gobierno de Néstor Kirchner, quien designó a Ricardo Luis Lorenzetti; Eugenio R. Zaffaroni; Elena I. Highton de Nolasco; y Carmen Argibay. Juan Carlos Maqueda fue designado en 2002, durante la presidencia de Eduardo L. Duhalde. Los jueces Enrique S. Petracchi y Carlos S. Fayt ya integraban la Corte desde 1983.

<sup>68</sup> CSJN, *Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia de Chubut y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV*”, 6/8/2013.

actora, se apartaba del sistema de resolución de controversias creado por la CADH (cons. 15).

De lo expuesto se advierte que la cuestión de la naturaleza de las recomendaciones que formula la CIDH, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 51.2 CADH, ha suscitado interpretaciones disímiles en las decisiones de la CSJN. Así las cosas, si bien en el precedente más reciente la mayoría convalidó su obligatoriedad, no existe una línea jurisprudencial uniforme en la materia.

En este sentido, autores como Hitters,<sup>69</sup> Albanese y Bidart Campos<sup>70</sup> sostienen que las opiniones y decisiones de los órganos interamericanos tienen efecto vinculante para los jueces del derecho interno. Arriban a esta conclusión con fundamento en que la reserva de un Estado de interpretar las recomendaciones de la CIDH para aplicarlas a su ámbito doméstico desvirtuaría el sistema internacional de derechos humanos al que se ha afiliado. En otros términos, el acatamiento de la Argentina a la jurisdicción de la CIDH y la Corte IDH perdería el sentido que asigna la buena fe en las relaciones internacionales si los informes de la Comisión, en vez de resultar obligatorios, quedarán librados a merced y discreción de las autoridades.

En *Carranza Latrubesse*, con una ajustada mayoría, la CSJN hace un efectivo control de convencionalidad desde la orientación destacada por la Corte IDH en *Almonacid Arellano y Trabajadores Cesados del Congreso*.<sup>71</sup> En ese marco, sostuvo que el término “debe” al que alude el art. 51 CADH confiere a las recomendaciones un inequívoco significado obligacional puesto en cabeza del Estado. Asimismo, destacó que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos es la protección de los derechos fundamentales, por lo que el principio *pro personae*, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos reconozca al ser humano, representa un plano interpretativo esencial en el derecho

---

<sup>69</sup>Juan C. Hitters, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, p. 147.

<sup>70</sup> Germán Bidart Campos y Susana Albanese, *El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42332-valor-recomendaciones-comision-interamericana-derechos-humanos>

<sup>71</sup> Susana Albanese. “La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana. 1994-2014”, *Pensar en Derecho*, no. 5, año 3 (2014): p. 121

internacional de los derechos humanos.<sup>72</sup> Este criterio resulta valioso pues coadyuva a brindar efecto útil al sistema de protección internacional.

### **C. El acatamiento de las decisiones de la Corte IDH por la Corte Suprema en los casos en que se declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino**

En 1972, en el marco de una serie de allanamientos en las oficinas del grupo empresarial de José María Cantos por una presunta infracción a la ley de sellos, al allanado le secuestraron documentación contable, títulos y valores que le ocasionan un grave perjuicio económico. Ante tales sucesos, Cantos emprendió distintas acciones judiciales.

Finalmente, en 1996, la CSJN resuelve rechazar su demanda y le ordena pagar las costas del proceso. En 2002, la Corte IDH declara la responsabilidad del Estado argentino por vulnerar el derecho al acceso a la justicia de Cantos, en virtud de la imposición de montos excesivos y desproporcionados en concepto de tasa de justicia y honorarios. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo rechazó la reparación ordenada por la Corte IDH.<sup>73</sup> En este sentido, entendió que, de ejecutar la decisión del órgano supranacional, se vulneraría el derecho a la propiedad de los profesionales beneficiarios de esos créditos que no habían intervenido en el litigio internacional (cons. 4). Asimismo, interpretó que revisar su propia sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada implicaría una abdicación al rol de intérprete final de la Constitución que tiene la Corte Suprema.<sup>74</sup>

Este criterio restrictivo fue dejado de lado por la CSJN en 2004, cuando trató, en el caso *Espósito*, el alcance del deber de sancionar y castigar penalmente violaciones a delitos graves comunes.<sup>75</sup> En abril de 1991, la Policía Federal Argentina practicó una detención masiva en el estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, donde se realizaba un concierto. Walter Bulacio, de diecisiete años, fue detenido y trasladado junto con otras setenta personas a la Comisaría 35 a cargo del Comisario Espósito. No se labraron actuaciones ni se promovió la

---

<sup>72</sup> Susana Albanese, “La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana. 1994-2014”, p. 127.

<sup>73</sup> Corte IDH, *Cantos Vs. Argentina*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 28/11/2002, Serie C, No. 97.

<sup>74</sup> CSJN, *Procurador del Tesoro de la Nación s/ presentación*, Resolución 1404/2003, Expte. 1307/2003-Adm. Gral., 21/08/2003.

<sup>75</sup> CSJN, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David*, 23/12/2004, Fallos: 327:5668.

consulta a ningún tribunal. Posteriormente, la mayoría de los detenidos fueron liberados sin apertura de causa penal en su contra y desconociendo los motivos de su detención, pero Walter Bulacio no recuperó su libertad. A la mañana siguiente salió de la comisaría en ambulancia con lesiones graves en su cabeza y a la semana falleció. Los médicos efectuaron la denuncia penal y, de esta manera, comenzó el proceso para esclarecer su muerte.

Luego de un extenso derrotero judicial, en 1997 los familiares de Bulacio interpusieron una denuncia ante la CIDH por la demora en el proceso judicial y privación de justicia. En octubre del 2000, la CIDH aprobó el Informe de Fondo N° 72/00,<sup>76</sup> en el que concluyó que el Estado argentino había violado el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a las garantías judiciales, a la protección del niño y a la protección judicial de Bulacio y, por consiguiente, encomendó que el Estado adoptara las medidas necesarias para que su muerte no quedara impune. A pesar de esto, el Estado no dio respuesta a las recomendaciones, por lo que la Comisión llevó el caso a la Corte IDH en enero de 2001.

En el ámbito nacional, tras el planteo de la defensa en junio de 2001, se declaró la prescripción de la acción penal y la Cámara confirmó esa resolución en noviembre de 2002 sobreseyendo a Espósito. La cuestión se llevó a la CSJN invocando la existencia de actos interruptivos posteriores a la acusación que convertían en arbitraria dicha sentencia. Tras un acuerdo amistoso en febrero de 2003, el Estado argentino reconoció su responsabilidad por la violación de los derechos fundamentales de Bulacio. La Corte IDH, en su sentencia *Bulacio vs. Argentina*, ordenó al Estado a enjuiciar y sancionar a los responsables.<sup>77</sup> Remarcó, con aplicación de la doctrina sentada en *Barrios Altos*,<sup>78</sup> que era inadmisibles que mediante la figura de la prescripción se impidiera la sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, ya que de lo contrario los derechos reconocidos en la CADH carecerían de efectividad (párr. 116 y 117).

Ante tal pronunciamiento, la CSJN sostuvo que la decisión de la Corte IDH resultaba de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual el Tribunal Supremo también debía, en principio, subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana

<sup>76</sup> CIDH, *Informe N° 72/00*, caso *Walter Bulacio c/Argentina*, causa 11.752, 3/10/2000.

<sup>77</sup> Corte IDH, *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18/09/2003. Serie C No. 100.

<sup>78</sup> Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia, 14/03/2001, serie C, No. 75.

de Derechos Humanos (cons. 6).<sup>79</sup> Sin embargo, aclaró que no compartía el criterio restrictivo del tribunal internacional, pues se configuraba una paradójica situación en la que sólo era posible cumplir con la decisión restringiendo fuertemente el derecho de defensa del acusado (cons. 16). Asimismo, Belluscio y Maqueda agregaron en su voto que la CADH (art. 68.1) establece el compromiso de los Estados de cumplir con las decisiones de la Corte IDH en todo caso en que sean parte. Es por todo esto que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida en que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia del tribunal internacional (cons. 9).

Mismos argumentos utilizó en el año 2011, al convalidar esta postura en el fallo *Derecho*.<sup>80</sup> En dicha oportunidad, se afirmó que las sentencias de la Corte IDH contra el Estado argentino son obligatorias para la Corte Suprema.

En el último precedente mencionado, el Tribunal dejó sin efecto el pronunciamiento que confirmó la declaración de extinción de la acción penal por prescripción y sobreseyó al imputado con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH en la sentencia *Bueno Alves vs. Argentina*.<sup>81</sup> En consecuencia, ordenó devolver las actuaciones a la instancia anterior para que se diera cumplimiento a las pautas fijadas en dicho fallo.

En su voto, Maqueda sostuvo que, como uno de los poderes del Estado argentino, la Corte Suprema debe cumplir la sentencia del tribunal internacional que impone, como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas. Obligación que, si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, y cuya exégesis debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la CADH, que posee jerarquía constitucional (cons. 3).

Sin perjuicio de ello, dejaron sentado en su disidencia Fayt y Argibay que, si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino, ello no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente dicha Corte en su sentencia *Bueno Alves vs. Argentina*) que la Corte Suprema deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Más aun cuando, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de

---

<sup>79</sup> Compuesta por Enrique Petracchi, Raúl Zaffaroni, Augusto Belluscio (según su voto), Carlos Fayt (según su voto), Antonio Boggiano (según su voto) Juan Carlos Maqueda (según su voto) y Elena Highton de Nolasco.

<sup>80</sup> CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal - causa n. 24.079*, 29/11/2011, Fallos: 334:1504.

<sup>81</sup> Corte IDH, *Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia, 11/05/2017, Serie C, No. 164.

aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto a un delito común que, de otro modo, se tornaría imprescriptible, creándose así judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistentes tanto en el orden interno como el internacional (cons. 7).

En este marco, en los casos *Espósito y Derecho* se advierte una apertura de la CSJN para acatar las decisiones del tribunal interamericano. En los mentados precedentes, la CSJN debió revisar la declaración de prescripción de la acción penal cuando el propio Estado argentino ya había admitido su responsabilidad por violaciones a derechos humanos ante la Corte IDH. Además, en ambos casos existía una sentencia del tribunal interamericano que exigía proseguir y concluir las investigaciones y sancionar a los responsables. En este sentido, si bien los jueces Zaffaroni y Maqueda plantearon que solo era posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino restringiendo fuertemente las garantías y el derecho de defensa del imputado, la CSJN entendió que era su deber cumplir con la sentencia de la Corte IDH.

Este es el criterio consolidado en el caso *Mohamed*.<sup>82</sup> En virtud de lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Mohamed vs. Argentina*, en el que se consideró responsable a la República Argentina por violación del derecho de Oscar Alberto Mohamed a recurrir el fallo condenatorio emitido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, la CSJN remarcó que las sentencias del tribunal internacional son obligatorias para los poderes constituidos.<sup>83</sup> En efecto, remarcó que ello es así particularmente desde la reforma constitucional de 1994, conforme lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN (cons. VI). Criterio que, en la actualidad dada la composición de la Corte, no es el que prevalece.

#### **D. La supremacía del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la recepción del control de convencionalidad**

La jurisprudencia de la CSJN entre los años 2004 a 2007 adoptó una línea protectora de los derechos humanos de las víctimas de delitos de lesa humanidad. Los casos que tuvo que examinar el Máximo Tribunal plantearon diversas tensiones entre las garantías y derechos constitucionales frente a las normas convencionales y consuetudinarias de fuente internacional. Entre ellas, la prescripción de la acción penal, el principio de legalidad, la cosa

---

<sup>82</sup> CSJN, Resolución N°477/15, Expte. 4499/13, 25/3/2015.

<sup>83</sup> Integrada por Juan Carlos Maqueda, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti.

juzgada, la validez constitucional de las leyes de Punto Final (1986)<sup>84</sup> y Obediencia Debida (1987)<sup>85</sup> y de los indultos dictados por Carlos Saúl Menem (1989-1990).<sup>86</sup>

Cabe desacatar que en la jurisprudencia de la Corte IDH, la doctrina consolidada establecía el deber de investigar dichos crímenes, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas por los daños causados por los hechos cometidos durante la década del 70.<sup>87</sup> En el caso *Barrios Altos*,<sup>88</sup> el Tribunal interamericano declaró que las leyes de amnistía dictadas por el gobierno de Perú (leyes Nros. 26.479 y 26.492) resultaban incompatibles con la CADH.

Entre los precedentes más relevantes se encuentra *Arancibia Clavel*.<sup>89</sup> En este caso, la CSJN debió resolver la aplicación del principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad, sin importar la fecha en que fueron cometidos. Arancibia Clavel fue condenado a la pena de reclusión perpetua por los delitos de homicidio agravado por el uso de explosivos y asociación ilícita. La Cámara de Casación Penal revisó la sentencia y resolvió que el delito de asociación ilícita se encontraba prescripto. Recurrida esa decisión por el gobierno de Chile, la CSJN dejó sin efecto la absolución. El voto mayoritario sostuvo que integrar una asociación ilícita destinada a cometer delitos de lesa humanidad constituye un crimen de lesa humanidad (cons. 17).<sup>90</sup> El Tribunal aplicó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad –que no estaba vigente al momento de los hechos– (véase Ley N° 24.584 y decreto 579/2003) con jerarquía constitucional por Ley N° 25.778 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). En tal sentido, entendieron que esa Convención solo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario (cons. 28). De lo expuesto, se advierte que la Corte armoniza las garantías constitucionales y las responsabilidades del Estado argentino frente a los ciudadanos y a la comunidad internacional.

<sup>84</sup> Ley N° 23.492, Congreso de la Nación Argentina, publicada en el Boletín Oficial el 24/12/1986.

<sup>85</sup> Ley N° 23.521, Congreso de la Nación Argentina, publicada en el Boletín Oficial el 08/06/1987.

<sup>86</sup> Ricardo L. Lorenzetti y Alfredo J. Kraut, *Derechos Humanos: justicia y reparación*, 2ª ed. (Buenos Aires: Sudamericana, 2011), p.130.

<sup>87</sup> Ver Corte IDH, *Velázquez Rodríguez*, sentencia, 29/07/1988, serie C, No. 4, cons. 172.

<sup>88</sup> Ver Corte IDH, *Barrios Altos*, sentencia, 14/03/2001, serie C, No. 75.

<sup>89</sup> CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio y asociación ilícita -causa n° 259-*, 08/03/2005, Fallos: 328:341.

<sup>90</sup> Enrique S. Petracchi (según su voto), Augusto C. Belluscio (en disidencia), Carlos S. Fayt (en disidencia), Antonio Boggiano (según su voto), Adolfo R. Vazquez (en disidencia), Juan C. Maqueda (según su voto), E. Raul Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco.



El juez Belluscio señaló, en su voto en disidencia, que los tratados internacionales con jerarquía constitucional son normas constitucionales de segundo rango. Por lo tanto, prevalecen por sobre las leyes ordinarias, pero son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional. De esta manera, en modo alguno resultaría justificado pretender corregir una aberración de hecho (la de los delitos imputados) mediante una aberración jurídica (la aplicación retroactiva de la ley penal o la restauración de una acción penal extinguida) (cons. 15). Por su parte, el juez Fayt, también en disidencia, sostuvo que la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, toda vez que entre los principios de derecho público establecidos en la Constitución se encuentra el principio de legalidad (art. 18 CN) (cons. 19).

Tres meses después llegó a la CSJN el caso *Simón*,<sup>91</sup> en el que se tuvo que examinar la validez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida.

Julio Simón fue procesado por crímenes de lesa humanidad contra la familia Poblete-Hlaczik. El juez que investigó los hechos y la Cámara que revisó su decisión declararon la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida. Recurrida dicha decisión, la Corte resolvió que las mencionadas leyes resultan contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos y no resultan aplicables en los casos donde se juzgan delitos de lesa humanidad. El voto mayoritario señaló que las leyes de amnistía que se orientan al olvido de graves violaciones de derechos humanos se oponen a las disposiciones de la CADH y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que resultan constitucionalmente intolerables (art. 75 inc. 22, CN) (cons. 16).

En su voto en disidencia, Fayt sostuvo que no puede afirmarse que a partir del caso *Barrios Altos* las leyes de Punto Final y Obediencia Debida resultan contrarias a la CADH, pues este de ningún modo se pronunció sobre leyes que establecieron un plazo o que dejaron intacta la responsabilidad de los militares. En consecuencia, no puede concluirse que, con el dictado de dichas leyes, el Estado argentino se haya apartado del compromiso asumido en los instrumentos internacionales citados.

---

<sup>91</sup>CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768*, 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

En 2007, la Corte analizó la validez de los indultos decretados por Carlos S. Menem durante su presidencia.<sup>92</sup> En el caso *Mazzeo*,<sup>93</sup> el Máximo Tribunal ratificó los argumentos de los precedentes *Arancibia Clavel* y *Simón* y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de los indultos. De esta manera, sostuvo que ningún tipo de medida de perdón puede oponerse para dejar sin efecto la persecución y condena de crímenes de lesa humanidad.

En este caso, mientras se sustanciaba la investigación contra varios agentes de las Fuerzas Armadas por graves delitos (homicidio, privación ilegal de la libertad, torturas, apremios, etc.), el entonces presidente de la nación, Carlos S. Menem, otorgó al imputado un indulto mediante decreto 1002/1989 y, como consecuencia, se dictó su sobreseimiento y liberación. Esta decisión fue confirmada por la CSJN en diciembre de 1990 (Fallos: 313:1392). En 2004, en virtud de la presentación realizada por la Liga Argentina por los Derechos Humanos, la Corte volvió a tratar el caso y, finalmente, en 2007 declaró la inconstitucionalidad de ese indulto.

En el voto mayoritario, conformado por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, los magistrados entendieron que dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad, vulnerando los derechos consagrados en la Constitución (arts. 18, 31, 75.22, 99.5 y 118), la CADH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cons. 29). El Tribunal fundó su pronunciamiento en la doctrina sentada por la Corte IDH en *Almonacid Arellano*<sup>94</sup>, que estableció la obligación del Poder Judicial de efectuar el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta el tratado y la interpretación que ha hecho de este la Corte IDH (cons. 20).

En disidencia votaron los jueces Fayt y Argibay (disidencia parcial), quienes ratificaron lo expuesto en sus votos en *Arancibia Clavel* y *Simón*. El juez Fayt sostuvo que declarar la

---

<sup>92</sup> Durante su presidencia, Carlos Menem firmó diez decretos (entre 1989 y 1990), por medio de los cuales indultó a civiles y militares que cometieron delitos durante la dictadura militar denominada “Proceso de Reorganización Nacional”. Mediante estos decretos fueron indultadas más de doscientas personas. Junto con las leyes de Punto Final y Obediencia Debida conforman las “leyes de la impunidad” (Ricardo L. Lorenzetti y Alfredo J. Kraut, *Derechos Humanos: justicia y reparación*, p. 159).

<sup>93</sup> CSJN, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad*, 13/07/2007, Fallos: 330:3248, cons. 15 y 16.

<sup>94</sup> Ver Corte IDH, *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia, 26/09/2006, Serie C, No. 154, párr. 124.

inconstitucionalidad de un indulto convalidado por la Corte implica violar la garantía de cosa juzgada y, por ende, la prohibición de la persecución penal múltiple, prevista como derecho implícito en el art. 33 de la CN y en forma explícita en el art. 8.4 CADH y art. 14.7 PIDCP (cons. 39). Por su parte, la jueza Argibay sostuvo que la reapertura de una discusión que había quedado cerrada diecisiete años atrás afectaba la garantía de la cosa juzgada.

Un punto para destacar es la influencia de la doctrina fijada por Corte IDH en el precedente *Barrios Altos*, que surge en los fundamentos de la CSJN en los casos *Simón y Mazzeo*, sin perjuicio de que no se trata de un caso en que la Argentina haya sido condenada en la instancia interamericana. Tal como se mencionó anteriormente, ninguna regla de la CADH establece la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte IDH respecto de los Estados que no fueron parte del proceso. Sin embargo, uno de los rasgos del control de convencionalidad implica determinar la compatibilidad no solo con el texto de la CADH, sino con la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados que integran el *corpus iuris*.

De lo expuesto, se advierte que la CSJN fue consolidando en su jurisprudencia la aplicación y supremacía de los instrumentos de derechos humanos, la vinculatoriedad de las sentencias condenatorias de la Corte IDH y el deber de realizar el control de convencionalidad. También, es importante resaltar que, en los votos disidentes, se otorga preminencia a los principios y garantías del derecho interno por sobre el derecho internacional. Postura que, con el tiempo, se transformó en la posición mayoritaria de la CSJN en su actual composición.

### **E. El giro hacia la doctrina del margen de apreciación nacional**

Explica Manili que el denominado margen de apreciación nacional es una suerte de contracara del control de convencionalidad.<sup>95</sup> Así como las cortes internacionales de derechos humanos obligan a los funcionarios de los Estados a interpretar las normas internas de acuerdo con las internacionales, los Estados se reservan cierto margen al momento de hacerlo.

Se trata de un “espacio de valoración” que concierne a los Estados como manifestación de su soberanía. Los límites a esta potestad se encuentran en el respeto de la vigencia de los

---

<sup>95</sup>Pablo L. Manili, *Manual de Derechos Humanos*, p. 326

principios y valores fundantes de la Constitución Nacional, que deben ser interpretados en consonancia con el orden público internacional.<sup>96</sup>

Esta doctrina surgió como criterio hermenéutico, adoptado por primera vez por la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>97</sup> y, con posterioridad, por la Corte Europea de Derechos Humanos.<sup>98</sup> Al respecto, señala López Alfonsín<sup>99</sup> que el fundamento de dicha doctrina no se encuentra en el texto del Convenio Europeo. En cambio, se trata de un criterio interpretativo según el que “un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales y económicos que lo circundan”.

En el ámbito interamericano, la Corte IDH alude al margen de apreciación reservado al Estado en la OC-4/84, en la que se trató el derecho a la naturalización, pero aclara que este no puede ser un vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios que den como resultado políticas de discriminación negativa.<sup>100</sup> A su vez, en la OC-24/17,<sup>101</sup> en la que se analizó el reconocimiento del cambio de nombre de acuerdo con la identidad de género y de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo, el juez de la Corte IDH, Eduardo Vio Grossi, en su voto en disidencia, resaltó la existencia de una jurisdicción interna, doméstica, exclusiva, conocida como margen de apreciación de los Estados. Indicó que está contemplada en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2.7), en la Carta de la OEA (art. 1.2) y de manera indirecta en la CADH (Preámbulo, 2º párr.) (cons. 5 y 6). En el caso en concreto, ante la inexistencia de una fuente autónoma del Derecho Internacional que regule la unión de las personas del mismo sexo, el jurista entendió que dicha circunstancia quedaba en la esfera de la regulación interna de cada Estado (cons. 70-72).

---

<sup>96</sup> Horacio Rosatti, “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local. Teoría y praxis judicial”, *Revista de Derecho Público 2018-2: Derechos Humanos y nuevas tecnologías II* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2018): p. 657.

<sup>97</sup> Ver CEDH, *Grecia c/Reino Unido*, 26/9/58; CEDH, *Lawless c/Irlanda*, 19/12/59; y CEDH, *Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos c/Grecia*, 5/11/69.

<sup>98</sup> Ver TEDH, *De Wilde, Ooms y Versyp c/Bélgica*, 18/6/1971.

<sup>99</sup> Marcelo A. López Alfonsín, “La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista de Derecho Público 2017-1: Los derechos económicos, sociales y culturales -I* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2017): p. 127.

<sup>100</sup> Ver Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84, 19/01/1984, Serie A, No. 4, párrs. 62 y 63.

<sup>101</sup> Ver Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH)*, Opinión Consultiva OC-24/17, 24/11/2017. Serie A, No. 24.

Por su parte, la CIDH también se ha referido al margen de apreciación nacional en algunos informes de admisibilidad, restringiéndolo y remarcando que dicha doctrina es de aplicación restrictiva y excepcional.<sup>102</sup>

En la jurisprudencia argentina, el doctor Fayt convalidó esta teoría y subrayó que,

en absoluta concordancia con el art. 27 CN existe un margen de apreciación nacional, cuya esencia es garantizar 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.<sup>103</sup>

Recientemente, en febrero de 2017, la Corte en su actual composición,<sup>104</sup> apeló a dicha doctrina para resolver el caso *Fontevicchia*.<sup>105</sup> Este caso se inició en virtud de una demanda de daños y perjuicios promovida por Carlos Saúl Menem contra Editorial Perfil S.A. por la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido, lo cual afectaría su derecho a la intimidad. En septiembre de 2001, la CSJN entendió que en el caso se había efectivamente lesionado el derecho mencionado (arts. 19, CN; art. 17, PIDCP; y art. 11, CADH) y confirmó la condena pecuniaria. En noviembre de 2001, cumplida la reparación económica, Jorge Fontevicchia, Héctor D'Amico y Horacio Verbitsky, sometieron el caso ante el SIDH e invocaron la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 13, CADH).

En noviembre de 2011, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado argentino y le ordenó: (i) dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias; (ii) publicar un resumen oficial de su sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte IDH en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y (iii) entregar las sumas reconocidas en dicho fallo,

---

<sup>102</sup> Ver CIDH, “Informe N° 30/93”, caso *José Efraín Montt vs. Guatemala*, N° 10.804, 12-10-93; CIDH, “Informe N° 71/99”, *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*, N° 11.656,4/5/99; CIDH, “Informe N° 25/04”, *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*, petición N° 12.361, Admisibilidad, 11/03/2004; CIDH, “Informe N° 50/05”, *Jorge Luis Cháves Cambroneró vs. Costa Rica*, petición N° 369-04, Admisibilidad, 12-10-2005: citados en Marcelo A. López Alfonsín, “La doctrina del margen de apreciación nacional...”, p. 131.

<sup>103</sup> CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa N° 259-*, disidencia de Fayt, cons. 18 y 19.

<sup>104</sup> En 2006, la ley 26.183 redujo a cinco el número de jueces de la Corte Suprema. Actualmente la Corte se integra con los jueces Juan Carlos Maqueda, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, y los magistrados designados en 2016 por el presidente Mauricio Macri: Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz.

<sup>105</sup> CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14/02/2017, Fallos: 340:47.

comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la CSJN, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno y del procedimiento internacional).<sup>106</sup>

El fallo bajo análisis se dicta en relación con la solicitud realizada a la CSJN para que cumpla con el primer punto de esa sentencia. En su voto mayoritario, la Corte señaló que las sentencias de la Corte IDH, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino, son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH). Asimismo, resaltó que dicha obligatoriedad alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales (cons. 6). Por otra parte, indicó que el SIDH es subsidiario (arts. 46.1.a y 61.2 CADH), y que, por ello, la Corte IDH no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales.

En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal señaló que la Corte IDH, al ordenar dejar sin efecto la sentencia del supremo tribunal argentino, pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional (cons. 12). Añadió, a mayor abundamiento, que la CADH (art. 63.1) no contempla la posibilidad de que la Corte IDH disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional (cons. 13), y que ello resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino (art. 27, CN) (cons. 16). Entre dichos principios, se encuentra el carácter de la Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial (arts. 27 y 108, CN) (cons. 17).

En su voto en disidencia, el juez Maqueda concluyó que, a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22, CN), las sentencias de la Corte IDH pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la CSJN (cons. 3). Siguiendo con esta línea argumentativa, entiende que la Corte, como uno de los poderes del Estado, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano. Consecuentemente, el magistrado mantuvo la postura fijada en sus votos en los casos, ya citados: *Cantos* (Fallos: 326: 2968), *Espósito* (327:5668), *Derecho* (334: 1504), *Carranza Latrubesse* (336:1024) y *Mohamed*.

---

<sup>106</sup> Corte IDH, *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, Serie C, No. 238, 29/11/2011.

El fallo *in commento* ha sido materia de debate y análisis por gran parte de la doctrina.<sup>107</sup> Abramovich, actual Procurador Fiscal de la Nación, señala que su punto más conflictivo es el argumento sobre la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino.<sup>108</sup> Según el jurista, estos funcionarían como “valladar” infranqueable de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales, incluso de aquellos que han sido constitucionalizados. A partir de esta decisión, la CSJN retomó la tesis disidente de Fayt en *Simón, Espósito y Derecho*, lo cual puede implicar un cambio importante en la interpretación del art. 75 inc. 22 de la CN. De ser así, ello resultaría en un cambio regresivo en materia de derechos humanos, debido a que se volvería a una visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno.

Por su parte, Arballo centra su crítica en que la Corte deriva del principio de subsidiariedad del SIDH la “fórmula de la cuarta instancia”, pero lo hace en sentido inverso, para que la esfera doméstica reevalúe las condiciones de ejecutoriedad de una decisión restitutiva.<sup>109</sup> Asimismo, critica la referencia de la Corte al “margen de apreciación”, siendo que en el Sistema Interamericano no existen precedentes de la adscripción a esa doctrina.

Otro precedente relevante, vinculado con la temática, es el caso *Castillo*.<sup>110</sup> En la causa se discutió si la incorporación de la enseñanza religiosa optativa en las escuelas primarias de la provincia de Salta expresaba una competencia local propia (art. 5 y cc., CN) o si, por el contrario, vulneraba el principio de igualdad (art. 16, CN). En dicha oportunidad, el juez Rosatti, en su voto en disidencia parcial, invocó el “margen de apreciación provincial”, al que identificó como connatural al sistema federal establecido en el art. 1° de la CN. De esta manera, expresó que este no confronta el art. de la 5 CN, sino que expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, conforme la ponderación de sus propios constituyentes (cons. 18).

---

<sup>107</sup> Algunos de los doctrinarios que comentaron el fallo de manera crítica son Andrés Gil Domínguez, Roberto Gargarella, Raúl Zaffaroni. Por su parte, quienes han leído este fallo como un acierto de la CSJN fueron: Alberto F. Garay, María Angélica Gelli, Alfonso Santiago, Lorena González Tocci y Pedro A. Caminos, entre otros. Ver Edición Especial LL, suplemento jueves 23 de febrero de 2017.

<sup>108</sup> Víctor Abramovich, “Comentarios sobre ‘Fontevicchia’, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, *Pensar en derecho*, no. 10 (2017): p. 17.

<sup>109</sup> Gustavo Arballo, “Los tratados de derechos humanos frente a la Constitución Nacional en una nueva (y problemática) jurisprudencia de la Corte argentina”, *Revista de Derecho Público 2017-1: los derechos económicos, sociales y culturales* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2017): p. 548.

<sup>110</sup> CSJN, *Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta. Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/Amparo*, 12/12/2017.

En esta oportunidad, el magistrado indicó que el “margen de apreciación local” es una potestad de los Estados locales que deriva del reconocimiento constitucional del atributo de autonomía. Su límite está fijado por la vigencia de los valores fundantes de la CN, y puede ser controlado por la autoridad judicial local o por la CSJN.<sup>111</sup> Cabe señalar que en el caso bajo análisis, el voto mayoritario declaró la inconstitucionalidad de las normas salteñas referidas a la enseñanza religiosa (art. 27 inc. ñ de la Ley N° 7.546 y disposición 45/09 de la Dirección General de Educación primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta) y, en consecuencia, de las prácticas religiosas tal como se venían desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia.

De lo expuesto, se pueden extraer algunas conclusiones. Hasta el caso *Fontevicchia*, la teoría del “margen de apreciación nacional” nunca fue aplicada en la jurisprudencia interna. A su vez, el Estado argentino nunca invocó esa teoría ante los órganos interamericanos en los casos en los que fue demandado. Se advierte así un cambio de postura, mediante el que la CSJN desobedeció una sentencia de la Corte IDH, a la que el Estado argentino reconoció competencia contenciosa y consultiva sin ningún reparo. De esta manera, se vulneró el principio por el que los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y no pueden alegar disposiciones de derecho interno para incumplirlas (art. 27 de la CVDT), bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Así, esta sentencia debilita el sistema de protección de los derechos humanos y sienta un preocupante precedente, toda vez que la Corte se atribuyó la facultad de controlar las competencias de la Corte IDH.

## VII. Reflexiones finales

En el presente trabajo se intentó realizar un recorrido por los precedentes más relevantes de la CSJN, en relación con la interpretación del art. 75 inc. 22 de la CN.

La premisa inicial es que la reforma constitucional de 1994 puso definitivamente en una posición predominante los instrumentos de derechos humanos, lo cual hizo más accesible un abanico ampliado de tales derechos. Esto implicó la obligación del Estado para que cada uno de los poderes que lo integran asuma el compromiso de actuar, en el marco de sus competencias, de manera tal que esos derechos sean garantizados y efectivos.

---

<sup>111</sup>Horacio Rosatti, “El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local...”, p. 667.



A su vez, la eficacia del SIDH –ahora jerarquizado– está supeditada a la fidelidad con que las autoridades administrativas, legislativas y judiciales atiendan las normas internacionales y les confieran efecto.<sup>112</sup> En el sistema interno, la CSJN es el órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, y en esa función verifica la adecuación de la normativa interna a los estándares de derechos humanos fijados por los órganos internacionales.

Del análisis realizado, se puede advertir que la CSJN fue construyendo un criterio de interpretación, por momentos vacilante, pero que avanzó en la protección de los derechos humanos. De esta manera, en los casos donde surgía una fuerte tensión entre las normas y principios del derecho interno y las normas convencionales, la CSJN resolvió por la primacía de los estándares internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, de la jurisprudencia examinada se advierte que la efectividad de aplicación del derecho derivado del SIDH es mayor cuando se trata de interpretar normas invocadas ante la CSJN. Empero, esa efectividad se reduce cuando se le requiere al Superior Tribunal la ejecución de una decisión emanada de un caso contra la Argentina.

El fallo *Fontevicchia* alerta sobre el criterio que podría tener de ahora en adelante el Máximo Tribunal con respecto a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, sugiriendo que sus decisiones firmes y definitivas no pueden ser objeto de revisión.

En este punto, es fundamental la aplicación que hace la CSJN del derecho interno, ya que puede lesionar derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, por lo tanto, habilitar la instancia internacional. De esta manera, el Poder Judicial, como uno de los tres poderes del Estado, puede comprometer la responsabilidad internacional a través de su accionar, exteriorizado por medio de las sentencias.

La doctrina de la subsidiariedad del derecho internacional se manifiesta, entre otras cosas, por la exigencia del agotamiento de los recursos internos (cfr. arts. 46.1.a y 61.2, CADH) y el principio de que la Corte IDH no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales, por lo que no constituye una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Víctor Bazán, “La Corte Interamericana frente a algunos desafíos singulares y cuestiones complejas”, *Revista de Derecho Procesal 2015-1: Jurisdicción y competencia-II* (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2015): pp. 377-424.

<sup>113</sup> CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14/02/2017, Fallos: 340:47, cons. 8.

En este sentido, Manili acuerda que las decisiones de la CSJN no pueden ser revisadas por los órganos internacionales de derechos humanos, pero sí pueden ser “*juzgadas*”.<sup>114</sup> En otras palabras, su intervención tiene por fin juzgar si esa decisión adoptada por el Tribunal Supremo comprometió la responsabilidad internacional del Estado por ser violatoria de lo establecido en una norma internacional. Según esta postura, la sentencia nacional será juzgada en cuanto a si comprometió o no el orden jurídico internacional, ordenándole al Estado el cese de la conducta lesiva y la reparación del derecho conculcado. Por lo tanto, no declara expresamente su nulidad o revocación, sino que es el Estado el que deberá hacer cesar esa decisión judicial firme para cumplir con sus obligaciones internacionales. Así, sostiene Manili, es el Estado y no el órgano internacional el que rehace su conducta adecuándola a los estándares internacionales de derechos humanos.

Sin perjuicio de los interrogantes que se abren a partir de este estudio, existe la certeza de que el progresivo desarrollo de los derechos humanos, a través de la adopción de nuevos instrumentos internacionales, de las opiniones y jurisprudencia de los órganos del SIDH, exige un mayor esfuerzo para armonizar y complementar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos.

La cuestión no podrá ser resuelta invocando únicamente los principios del derecho público argentino (art. 27, CN), o apoyándose exclusivamente en los principios básicos del derecho internacional. Para esclarecer esta discusión, es necesario recurrir a argumentos valorativos que permitan aplicar esos estándares de derechos humanos de manera progresiva y extensiva.

Solo así será posible sostener y garantizar el orden legal implementado en la Constitución de 1994, cuyo fin es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de los seres humanos.

---

<sup>114</sup> Pablo L. Manili, “Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo 'Fontevicchia'” disponible en <http://www.pablomanili.com.ar/las-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-ante-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion-a-proposito-del-fallo-fontevicchia/>

**Marcelo Trucco y Franco Gatti (Coord.). *Los casos argentinos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Historias, estándares jurídicos e impacto en el derecho interno*. Rosario: Editorial Juris, 2019**

Agustina N. Vázquez\*

Reflexionar acerca de la relación de la República Argentina con el sistema interamericano de protección de derechos humanos constituye en sí un ejercicio de parte de nuestra historia reciente. Desde la última dictadura militar, el sistema interamericano fue un actor de cambio para la realidad nacional.

El retorno de la democracia y la vigencia institucional construida desde 1983 hasta la fecha han permitido forjar una relación sinérgica de influencias positivas entre los órganos del sistema y el país. Especialmente, entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Argentina, encontramos una rica vinculación que ha contribuido a la defensa de la democracia y fortalecimiento del Estado de Derecho, La reforma constitucional de 1994 constituye un hito en el planteamiento normativo enunciador de la relación.

Por supuesto, el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte por parte del Estado nacional no ha estado exento de tensiones. Si bien resulta subsidiaria a la jurisdicción interna, es más que un mero órgano de atribución, de modo que su relevancia institucional ha permitido entenderla hoy en día como un mecanismo de alerta, un indicador de problemas cuya resolución tiende a ser postergada por el Estado y de derechos que no se están ejerciendo en plenitud.

---

\*Abogada (Universidad de Buenos Aires) y Master of Law (University of London UCL-LSE). Investigadora (UBA y UFLO). Docente (UBA, UP y UFLO). Miembro Asociado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Visiting scholar en Florida International University (2019) Fellow RCIL Latin America and the Caribbean de las Naciones Unidas (2019).

Marcelo Trucco y Federico Gatti coordinan una obra que recorre diecisiete casos emblemáticos resueltos por la Corte, en los que se ha condenado a la República Argentina.

Franco Gatti analiza *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, pertinente a la desaparición forzada de dos ciudadanos argentinos en la provincia de Mendoza en 1990, en manos de la policía provincial. Este primer caso contra el país continúa bajo seguimiento desde 1996, ya que no se han dado a conocer resultados favorables sobre la desaparición de las víctimas. Ello pese incluso a que el Estado cumplió con todas las medidas reparatorias indicadas por la Corte.

El segundo capítulo, de idéntica autoría, trata lo acontecido en *Cantos vs. Argentina*, quizá el caso que grafica con mayor claridad la violación de derechos humanos por una lenta e ineficaz administración de justicia. Resumiendo los hechos, se trata de un reclamo indemnizatorio iniciado en la década del 70 que no encontró correcto tratamiento por parte de los órganos judiciales internos. En 1986 el señor Cantos demanda a la provincia de Santiago del Estero ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Exigiéndose el pago de cuantiosas sumas de dinero, y estando en juego la regulación de significativos honorarios, resultó llamativo que la máxima instancia nacional no permitiese tratar por vía de incidente cuestiones atinentes a la tasa de justicia y de la regulación de honorarios. En suma, como consecuencia del proceso ante la Corte Suprema y como producto de la falta de pago de los rubros mencionados -los que no habían podido discutirse- el señor Cantos se vio impedido de continuar su actividad profesional. El caso fue analizado por la Comisión Interamericana, que coincidió con el peticionario en las violaciones de derecho alegadas. La poca respuesta del Estado produjo un rápido tratamiento por parte de la Corte IDH, que entendió estar ante una flagrante violación al derecho de acceso a la justicia. Fue uno de los primeros casos en los que el sistema interamericano analiza los derechos de una persona de existencia ideal y concluye que las barreras institucionales, económicas y jurídicas subordinan la efectividad del acceso a la justicia a la satisfacción de obligaciones pecuniarias. Acceso a la justicia, sí. ¿Pero a qué costo?

El tercer capítulo, a cargo de Marcelo Trucco, desarrolla uno de los casos emblemáticos de violencia institucional en el país: *Bulacio vs. Argentina*. Sus hechos involucran a un chico

menor de edad que había asistido a un concierto de música rock, fue apresado por la policía, recibió tratos crueles por parte del personal de la Comisaría 35 de la Ciudad de Buenos Aires, fue hospitalizado y murió a raíz de los golpes recibidos. El derrotero legal al que se vio sometida la familia de la víctima serviría de base a la Corte Interamericana para la severa condena propinada. Luego de este caso, la Argentina debió rever sus estándares de cuidado ante la detención de un menor de edad, así como su legislación interna, dado que, hasta el momento, se había permitido la detención de menores y el no ponerlos a inmediata disposición del juez de menores en materia penal. A partir del año 2004, en pleno seguimiento de la sentencia, el Estado dio cumplimiento a la quizá más importante disposición de la sentencia: dejó sin efecto la prescripción de la acción penal decretada por la justicia nacional y permitió la reapertura de la investigación de los hechos atinentes a la muerte de Walter Bulacio.

El cuarto capítulo, de igual autoría, trata *Bueno Alves vs. Argentina*, otro conocido caso de violencia institucional acontecido en el país. La víctima fue detenida, torturada y luego sobreseída de los delitos que le imputaban en 1988. Sin embargo, su búsqueda de justicia dentro de los procedimientos nacionales, delataron un sistema de complicidad y protección a sus atacantes. Dieciocho años después de los hechos iniciales, el caso alcanzó la jurisdicción interamericana y se condenó al Estado por la violación del derecho a la integridad personal, garantías y protección judiciales. Tal vez el aporte doctrinario más importante que trajo la sentencia de *Bueno Alves* fue la discusión de la prohibición de la tortura como contenido de una norma de *ius cogens*, pero que esto *per se*, no implicaba un delito de lesa humanidad.

El quinto capítulo, también de Marcelo Trucco, se refiere a *Kimel vs. Argentina* y su título podría resultar descriptivo de los hechos del caso: “No hablen mal del juez: relatos de impunidad”.

Eduardo Kimel había publicado *La Masacre de San Patricio* luego del retorno de la democracia. En dicho libro, exploró las complicidades judiciales con figuras de la última dictadura militar que encubrieron la matanza de eclesiásticos en 1976, en los hechos conocidos como “la masacre de San Patricio”. El juez mencionado por Kimel se sintió

molesto y agraviado por las expresiones vertidas e inició una acción penal por calumnias e injurias en 1991. Se condenó finalmente al escritor al pago de una cuantiosa indemnización debido al delito de injurias. Agotada la vía recursiva, el caso fue analizado por la Comisión Interamericana y, luego, fue sometido a jurisdicción de la Corte IDH. En el marco de la audiencia pública del 18 de octubre del 2007, los representantes de la Comisión y del Estado presentaron “un acta acuerdo” por medio de la que el Estado ratificó su reconocimiento de responsabilidad internacional y los representantes ratificaron el retiro de parte de sus alegaciones. De esta forma, *Kimel* resultó un caso paradigmático donde la Corte IDH analizó los alcances de la libertad de expresión y dictó uno de sus veredictos más cristalinos: “la opinión no puede ser objeto de sanción”.

Los capítulos sexto y séptimo, *Bayarris vs. Argentina* y *Torres Millacura vs. Argentina*, surgen de la reseña completa realizada por Franco Gatti con respecto a dos casos en los que el Estado fue condenado por la actuación de sus fuerzas de seguridad (tortura de una persona inocente detenida injustamente, en el caso de *Bayarris*, y desaparición forzada, en el caso de *Torres Millacura*) y por la eterna prosecución judicial de los respectivos procesos. En ambos casos, la Argentina fue reconocida como violadora de la Convención Americana por la actuación deficiente de su Poder Judicial. Sin embargo, *Torres Millacura* es uno de los casos paradigmáticos de desaparición forzada ocurrido en plena vigencia democrática argentina y el seguimiento de su sentencia continúa hasta el día de hoy, a la par que los esfuerzos del Estado para dar con la víctima.

El octavo capítulo, de María Belén Redondo, refiere a uno de los casos más interesantes en lo que refiere al uso procesal de la Convención Americana y del reglamento del tribunal internacional. *Grande vs. Argentina* constituye una de las contadas ocasiones en la historia de la Corte IDH en la que los Estados demandados han ganado completamente un caso y logrado que el Tribunal archive el expediente al encontrarse privado de competencia *ratione temporis* para entender los hechos del caso. Además, aquí sí se vio vulnerado el derecho de defensa en juicio del Estado nacional ante la jurisdicción internacional, debido a que se pretendió continuar con un procedimiento sin reparo del cambio de objeto de la petición en el informe de admisibilidad. Asimismo, la otra violación se concretó con la posterior

aplicación por parte de la comisión de la preclusión procesal de los alegatos del Estado frente a requisitos de admisibilidad en su informe de fondo. Allí, la Comisión omitió verificar el requisito de admisibilidad conforme al artículo 46.1 de la Convención.

En el noveno capítulo, Marcelo Trucco explica con maestría el complejo venir y devenir de *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, centrándose en el resonante caso de la Corte IDH que permitió abrir estándares precisos en relación con el acceso a la información pública. Por su parte, la Corte Suprema dispuso dejar sin efecto la sentencia del Tribunal Nacional que había dejado firme la condena contra los periodistas. La decisión abrió un peligroso interrogante sobre la obligación de cumplir de forma íntegra las sentencias emanadas del tribunal regional.

El décimo capítulo desarrolla *Forneron e hija vs. Argentina*, que refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las violaciones al debido proceso en el caso de tenencia de Leonardo Fornerón con respecto a su hija biológica. La causa resulta interesante en dos aspectos. El primero, relativo al derecho a la identidad, ya que es un caso ajeno a los populares procesos judiciales enmarcados en la última dictadura militar. El segundo, en función de cómo expone las consecuencias sobre el goce efectivo de derechos que conlleva la responsabilidad del Estado por acción y omisión. Por más de 15 años se negó el contacto entre padre e hija, pero, fundamentalmente, se privó a una niña a su derecho a la identidad.

María Belén Redondo ilustra el siguiente capítulo con el caso *Furlan vs. Argentina*, el que involucra un terrible accidente sufrido por un niño en el barrio de Fuerte Apache. Dicho suceso le ocasionó severo daño cerebral y devino en un interminable derrotero judicial (con una duración de más de una década) que la familia debió transitar, en búsqueda de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de la víctima.

*Furlan* resulta un caso resonante y de permanente citación en la jurisprudencia más reciente de la Corte IDH contra Argentina, ya que se condenó al Estado argentino por la violación flagrante al debido proceso, causada por la demora. Adicionalmente, la necesidad de obtener respuestas en plazos razonables es una de las formas que adopta la garantía del

acceso a la justicia. Empero, la demora continúa siendo uno de los mayores desafíos en la administración de justicia en el país.

El duodécimo trabajo que forma parte de este exquisito libro fue realizado por Marianela Merli, quien analizó *Mohamed vs. Argentina*. Caso trascendente en el estudio procesal penal argentino ya que la Corte IDH precisó los alcances de los estándares jurídicos de las garantías judiciales, del derecho a recurrir el fallo condenatorio, del *ne bis in idem* y del principio de legalidad. *Mohamed* se ha traducido en la práctica procesal como sinónimo de la garantía del doble conforme que revisten las sentencias emitidas por un órgano judicial de alzada cuando pudieren implicar un agravamiento de la resolución de grado.

Continúa Marianela Merli en el capítulo 13 desarrollando *Mendoza vs. Argentina*, icónica jurisprudencia que declara inconvencional la prisión perpetua de menores, a la par que condena al Estado por los apremios ilegales sufridos por las víctimas durante su encierro en la provincia de Mendoza. El presente caso continúa abierto ante la Corte puesto que sólo se consideró cumplida la integración del Fondo de Asistencia a la Víctima. El Estado argentino se encuentra comprometido a la presentación de informes periódicos a requerimiento de la instancia internacional.

Por su parte, los capítulos 14, 15 y 16 tratan los casos *Mémoli vs. Argentina*, *Gutiérrez y familiares vs. Argentina* y *Arguelles y otros vs. Argentina*, de autoría de Marianela Merli y María Belén Arredondo, respectivamente. Si bien las temáticas de fondo resultan diversas (corrupción, procedimiento penal militar y libertad de expresión), los tres casos comparten la preocupación del tribunal regional con respecto a la demora injustificada para una administración de justicia, que se muestra ineficiente y no resolutive de los problemas.

Marcelo Trucco y Franco Gatti han demostrado saber dirigir una obra jurídica en profundidad, que realiza un recorte epistémico antojadizo sobre la jurisprudencia argentina ante el tribunal regional especializado. Quizá su mayor aporte radica en su propia subjetividad para la elección de los casos: son en su mayoría sentencias conocidas para quienes somos afines al sistema interamericano, pero no las más famosas. Sin embargo, la riqueza del estudio que nos presentan los autores radica en un minucioso análisis acerca del



impacto que el Sistema Interamericano -particularmente las sentencias de la Corte IDH- ha tenido en la vida institucional de la República Argentina.

El lenguaje es claro, directo, no deja aspecto dudoso sin someterlo a análisis. Se buscó contribuir (lo que fue logrado exitosamente) con aportes duraderos, confiables y bien sustentados, al conocimiento de la jurisprudencia argentina ante el sistema interamericano y, también, el impacto de este órgano internacional, cuestión que se ha presentado hasta ahora escasamente iluminada.

## **Martín Böhmer: “Uno puede cambiar la letra, pero lo que tiene que cambiar son las prácticas”**

Martín Böhmer es abogado por la Universidad de Buenos Aires, Master en Derecho (L.L.M.) en la Universidad de Yale y Doctor en Derecho (J.S.D.) en esa misma institución. También es profesor del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente, ejerce el cargo de Director Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

A lo largo de cincuenta minutos, tuvimos la posibilidad de dialogar con Martín acerca de sus perspectivas de la reforma constitucional de 1994 y el impacto que esta sigue generando en el derecho argentino. Especialmente, pudimos charlar sobre la disociación que se manifiesta entre los ideales que impulsaron la creación de ciertas instituciones y la manera en que estas se desarrollan actualmente. Asimismo, entre citas de Alberdi y de forma distendida, analizamos la crisis de legitimidad de las instituciones, las nuevas exigencias del derecho, la formación de abogados en nuestro país y la necesidad de implementar un lenguaje jurídico más llano para con los ciudadanos.

**Revista Jurídica:** Martín, para comenzar, la idea es que nos pongas en contexto sobre el lugar desde el que te tocó estar al momento de la última reforma constitucional.

**Martín Böhmer:** Mi vinculación con la idea de reforma constitucional es cercana a mi trabajo con Carlos Nino, A penas terminé la facultad de derecho, Nino me invitó a formar parte del Consejo de Consolidación para la Democracia en el 88, ya hacia el final.

Yo no soy parte, digamos, del primer grupo de asesores de Nino, llamados “Nino boys” [risas], pero sí pude trabajar con ellos hacia el final, en cuestiones de reforma judicial y reforma del Ministerio Público. Por eso, estaba cercano a la idea de Nino, y en última instancia de Alfonsín, respecto de la crítica al hiperpresidencialismo, sus falencias democráticas y federales, y la forma en que impedía tener una democracia deliberativa

robusta. Todo eso generaba poca legitimidad en las instituciones y poca flexibilidad en la política. Entonces, parte de nuestros golpes de Estado y de nuestra inestabilidad política está vinculada con nuestro diseño institucional. La propuesta “nineana” era un sistema más semi-parlamentario; yo entré en las cuestiones de la reforma constitucional por ese lado.

La otra cosa es que yo en el 89, también de la mano de Nino, me fui a Yale a hacer la maestría en derecho, volví en el 90 ya con Menem como presidente, y seguí trabajando con él en un Centro de Estudios Institucionales, desde donde seguíamos trabajando con el tema de la reforma constitucional. Sin embargo, ya en ese momento mi vinculación con esos temas era más cercana a la cuestión de la enseñanza del derecho y la formación de los abogados y abogadas, y a la creación de una maestría en derecho. Entonces yo estaba más vinculado con el proyecto de maestría que con cuestiones más institucionales. Además, trabajaba en el estudio de mi padre y no había encontrado la forma de convertirme en un profesor-investigador *full time*, cosa que no había en la Argentina. En el 93 muere Nino y el proyecto, por lo tanto, requiere de una atención más cercana, entonces con algunos colegas y el apoyo de Yale, seguimos tratando de armar ese proyecto que eventualmente va a terminar en la maestría de derecho en la Universidad de Palermo.

En el 94 surge la posibilidad de la reforma constitucional, sin Nino. Sin embargo, el Centro de Estudios Institucionales seguía trabajando en el tema y, por supuesto, Alfonsín conocía el proyecto de Constitución; y muchos de nosotros, aunque yo no, trabajaron con él en la comisión constituyente (Marcelo Alegre, Marcela Rodríguez, Gabriel Bouzat, entre otros). Esa es mi cercanía relativa con la reforma constitucional.

**RJ: Si tuvieses que sintetizar las causas que impulsaron este proceso, ¿cuáles nombrarías?**

**MB:** La reforma, como saben, tiene un lado de *realpolitik* y un lado ideal o crítico. El lado de *realpolitik* es que Menem quería la reelección y que Alfonsín negocia en una situación de debilidad –porque todos los argentinos seguramente iban a votar por Menem para la elección y para la reforma constitucional. Por ello, para por lo menos tomar esa

crisis y convertirla en una oportunidad, Alfonsín negocia el “pacto de olivos”: reelección por disminución del hiperpresidencialismo, por decirlo en términos generales.

Los ideales de la reforma constitucional eran muy cercanos a la idea “niniana” de la reforma: tratar de disminuir el juego “de suma cero” al que nos obligaba el hiperpresidencialismo (en el que el que ganaba la presidencia ganaba todo), multiplicar los espacios de poder, multiplicar los frenos y contrapesos del sistema, aumentar la participación de la gente en la política y aumentar la deliberación pública en muchos lugares. Eso es lo que se intentó en la reforma constitucional, desde el punto de vista de la organización del poder.

Después está la cuestión de derechos, que solo se explica por el éxito impresionante de los organismos de derechos humanos en la transición de la dictadura a la democracia; en particular las madres de plaza de mayo. Estos logran –desde luego, con Alfonsín y los juicios a los comandantes- poner a los derechos humanos en el centro de nuestro sistema político como nunca antes habían estado.

Los derechos humanos eran, hasta ese entonces, en nuestro sistema judicial y régimen jurídico, una cuestión marginal, no se estudiaban en la facultad, no eran parte de ninguna de las materias troncales del derecho, las materias de civil y comerciales ignoraban la Constitución, y lo propio sucedía con el derecho administrativo y penal. La Constitución Nacional no era una fuente de derecho tan fuerte como los códigos. De hecho, nuestra lucha fue que las universidades no enseñaran solamente el derecho positivo (las normas de memoria), sino que creíamos que era necesario basarse en otra concepción de la democracia constitucional. Creíamos que el derecho no era simplemente saber aplicar la ley, sino que la Constitución es un freno o, al menos, un lugar de discusión a las decisiones parlamentarias. Esa herencia de las Madres [de Plaza de Mayo] de decir que el problema de nuestra dictadura fue la violación masiva y sistemática de derechos humanos, es lo que explica la firma de todos los tratados internacionales de derechos humanos de la mano de Alfonsín y luego la incorporación de los tratados en la constitución. Este es un gesto hiperbólico, exagerado en algún sentido, que nadie más hizo en el planeta, solo nosotros. Solo se entiende porque los argentinos pensamos que, si el mundo nos deja solos y librados a lo que nosotros hacemos, desaparecemos y matamos a miles de personas.

Entonces los tratados son una forma de obligarnos internacionalmente y atarnos al mástil de los derechos humanos para que nunca más suceda algo así.

**RJ: Esto es lo que podríamos llamar como “constitucionalización del derecho internacional”.**

**MB:** Del derecho en general.

La nueva Corte constitucionaliza los códigos y piensen en casos como *Bazterrica* (Código Penal) o *Sejean* (Ley de Matrimonio, el Código Civil). La primera Corte de la democracia dice, sin ningún lugar a dudas, que no hay nada en el derecho que no sea jurisdicción constitucional, derribando ciertas doctrinas *de facto* y de cuestiones políticas no justiciables exageradas.

Entonces tenemos dos explicaciones fuertes: un diagnóstico respecto de los problemas institucionales de la Argentina basado en los problemas del hiperpresidencialismo, por un lado, y la lucha por la defensa de los derechos humanos y los derechos constitucionales en nuestro país, por el otro.

Hay una tercera cuestión muy importante, en la que ya hay una cuestión autobiográfica, y es que, a partir de esta invitación que hace la Corte de Alfonsín, de Carrió, de Bacqué, Petracchi, a constitucionalizar diferentes temas de nuestra vida institucional, la sociedad civil, también con el esquema de derechos humanos, empieza a crear ONGs como nunca antes habían sido creadas en la Argentina. ONGs que defienden los derechos más amplios y diversos (género, feminismo, consumidores, usuarios, medioambiente, salud, discriminación de todo tipo) y que de a poco empiezan a ver en el derecho una herramienta política para hacer valer sus intereses. Y, también de a poco, la jurisprudencia empieza a crear canales por los cuales algunos de estos derechos colectivos (antes llamados derechos difusos) pueden ser judicializados como nunca antes.

Entonces vamos a ver en la Constitución Nacional del 94 la inclusión del amparo individual (que ya era una creación jurisprudencial de los 50), pero también del amparo colectivo y, además del colectivo, la legitimación para interponer amparos del Defensor

del Pueblo, los afectados y las organizaciones que hayan sido creadas para defender esos derechos.

Con todo ello en mente, podemos ver la multiplicación de los espacios de poder, la Jefatura de Gabinete, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, la institucionalización a los Decretos de Necesidad y Urgencia y, por otro lado, la irrupción de los derechos y la constitucionalización del derecho y los procedimientos para hacerlos efectivos. Allí tenemos las tres cosas que hace el derecho: organiza el poder, reconoce derechos y diseña procedimientos para hacerlos efectivos y controlar las instituciones que distribuyen el poder democráticamente. Estos fueron logros de la Constitución del 94.

**RJ: Vayamos a la estructuración del poder a partir de la reforma. Hay una clara idea de descentralización del poder en la Constitución, pero vos en trabajos previos introdujiste una idea que va un poco más allá: la idea de co-gobierno ¿Cómo veríamos esto reflejado en el texto constitucional? Porque la descentralización del poder no necesariamente requiere cogobernar.**

**MB:** Lo que yo decía en algún momento complicado de la Argentina era que la Constitución Nacional le da una oportunidad a la política para evitar colapsos como los del 2001. Cuando se produce que un presidente queda débil en una elección de medio término, o que llega débil a la presidencia, perfectamente podría ofrecer a la oposición alguna minoría, ofrecer espacios en el gobierno. Por supuesto lo más dramático es entregar la Jefatura del Gabinete de Ministros, en la medida en que esta jefatura tenga poder -porque se lo puede diluir, como hemos visto que jefes de gabinete que no cortan ni pinchan y que el presidente sigue siendo el de siempre-.

Pero un presidente que se auto limite, porque no tiene poder suficiente y tiene miedo de los quiebres brutales a los que acostumbramos, puede perfectamente entregar, tal vez, la jefatura de gabinete o, menos tremendo, a lo mejor, proponer que alguno de los espacios que su partido tiene asignado sea entregado a la oposición. Me parece que son cosas que esta Constitución brinda que la del 53 no, porque fue armada para, como decía Alberdi,

una monarquía unitaria disfrazada de república federal, y en ese esquema no había lugar para la oposición, como sí lo hay ahora.

**RJ: ¿Por qué crees que varios de estos puestos de poder que creó la Constitución, como el Defensor del Pueblo, no han sido utilizados, al menos en los últimos años? ¿Qué incentivos se deberían generar para que funcionen apropiadamente?**

**MB:** Yo creo que una parte importante de la política y del pueblo argentino no cree en una cuestión muy básica de la democracia constitucional que propone nuestra constitución: la obligación de convivir con gente diferente. La idea de convivir con gente que piensa diferente en forma razonable no nos queda claro aún. Hay una famosa frase de un juez norteamericano, Learned Hand, que dice que una de las cuestiones básicas para vivir en un sistema como este es no estar seguro de que uno tiene razón. Si es así, no se entiende por qué uno debería prestarle atención a los otros. Me parece que hay mucha idea de que cuando hablamos no entendemos cómo puede ser que alguien piense distinto a nosotros. Entonces entregarle a una persona, que uno no puede entender cómo piensa así, el poder, es como perder una batalla. No existe la idea de “qué maravilla tener un Defensor del Pueblo que me marque cosas que no vi, perspectivas que no imaginé y genere información que yo no tengo porque mi visión está sesgada”. Debemos celebrar la diversidad que pide la constitución, en lugar de tenerle miedo.

A lo anterior se suma la política brutal hiperpresidencial que no cambia porque cambia una norma, sino que debe cambiar porque cambia una cultura política entera, cosa que sí pasó con el derecho judicial. Ustedes están viviendo y van a vivir una práctica judicial muy diferente a la anterior porque hubo una transformación muy exitosa: la judicialización de la política en el mejor término posible, la idea de que uno puede defender sus intereses a través del derecho en el poder judicial y que el poder judicial es un poder político que tiene un rol en la política. Creo que en la práctica de los jueces y abogados hubo un cambio que en la política no. De hecho, la política se volvió más facciosa y, en ese sentido, el presidencialismo es perfecto porque ¿qué mejor que tener de dueño de todo el poder a una persona que comparte mis ideas? Esa es la ridícula ilusión

de los que creen que pueden convivir con gente que piensa igual, es decir, con ellos mismos.

**RJ: Pero vemos que no se trata solo de una postura adoptada por el gobierno de turno o incluso los políticos, sino que somos también los ciudadanos los que fallamos en exigir que ciertas instituciones funcionen adecuadamente. Siendo que hablamos de que la nueva Constitución se propuso fomentar la participación ciudadana, ¿por qué crees que se manifiesta esta pasividad?**

**MB:** Porque yo creo que una de las consecuencias del hiperpresidencialismo, de la concentración de poder y de la corrupción que esto produce ha deslegitimado la autoridad en la Argentina. Y la prueba de la deslegitimación o la contracara de la falta de legitimidad es la falta de confianza. No hay legitimidad cuando la autoridad emite normas que no son cumplidas por la comunidad. Ahí está toda nuestra historia de anomia e incumplimiento de la ley. Pero también hay desconfianza en la política: ¿por qué la gente no pide Defensor del Pueblo? Si el defensor va a ser un muñeco de un ventrílocuo (que es el presidente), si nadie controla nada y lo único que hacen es cobrar un sueldo ridículo, la gente no va a luchar por algo que cree que no va a producir ningún tipo de efecto. Entonces, me parece que las instituciones se deben ganar su legitimidad, merecer que la gente las respete y cumpla con la ley.

Si bien estamos en una situación radicalmente diferente a la de la dictadura, una democracia constitucional necesita instituciones muy creíbles. Por eso, se habla de ética pública, judicial y profesional. Pero la gente sabe que no cumplimos con esa ética, que ni siquiera nos la enseñan en la facultad de derecho. Estamos en una situación en la que los que estamos del lado de la autoridad deberíamos decir algo sobre por qué la gente no confía en nosotros.

**RJ: Entonces, ¿trazarías una distinción o una clara línea entre la idoneidad de las instituciones introducidas en la Constitución Nacional y los problemas que presentaron en la práctica los operadores?**



**MB:** Sí, totalmente. Creo que el cambio de instituciones es una invitación de la política a adaptarse. Una cosa muy importante para mí es que en el derecho hay una confusión, dado que por mucho tiempo pensamos que el derecho eran las normas, pensamos que cambiando las normas cambiamos el derecho. El derecho no son las normas. El derecho es una práctica social muy compleja que, por supuesto, incluye a las normas y al lenguaje, la lectura y forma en que las interpretamos.

Pero, por supuesto, una cosa es la letra y otra es la práctica de la Constitución Nacional. Y para vivir la Constitución Nacional hay que ahondarse en la idea, que parece muy trillada, del cambio cultural, que es una cuestión profunda, un cambio de rutinas. Hay gente que ha nacido a la política viviéndola como un intercambio de favores, hay gente que ha nacido a la política viviéndola como beneficencia social, gente que ha nacido a la política viviéndola como una forma de clientelismo, la gente que entiende la legitimidad muchas veces basándose en cuántos “fierros” el presidente tiene (eso quiere decir cuántos gobernadores, cuánto dinero, cuánta capacidad de disciplinamiento tiene con el dinero y los cargos).

Entonces, por supuesto, uno puede cambiar la letra, pero lo que tiene que cambiar son las prácticas. La letra nos ofrece una práctica muy bonita, muy legítima y muy enraizada en lo mejor de la transición constitucional: el “nunca más”.

**RJ: Imagino que piensas en un rol muy importante de la academia en este proceso...**

**MB:** Bueno ahí no es que pienso que debe tener un rol muy importante; pienso que deberíamos tener una academia jurídica que no tenemos. No tenemos profesores *full time*, no tenemos investigación. En el Conicet somos solo un 0.4% de todos los investigadores del país, porque los jueces y los abogados son los que dan clase. No digo que tengan que ser solo profesores *full time*, pero por lo menos debe haber una masa crítica de gente que investigue, que forme y que critique, con independencia de la profesión y de la judicatura, a los poderes públicos y a la profesión. Si uno es abogado no va a criticar a los jueces y si uno es juez no va a criticar a sus pares. Entonces, se genera una cantidad de conflictos de interés muy brutal en la academia jurídica porque los abogados y los jueces están juntos; y en las facultades de derecho, sobre todo en las nacionales, los jueces y abogados

son los que administran la facultad, entonces no tienen ningún incentivo para crear una academia jurídica independiente. Además, los alumnos, que solo quieren recibirse lo antes posible, tampoco quieren que sus profesores y profesoras investiguen más, critiquen más, les enseñen mejor.

Con todo esto en mente, hay una alianza complicada, difícil de mover para que, por lo menos, se genere una academia jurídica. La academia es un lugar donde se proveen pensamientos, se generan ideas para las políticas públicas y críticas a estas cuestiones. En el caso de la docencia, tiene que, nada más y nada menos, formar a los futuros y futuras líderes de nuestro país, porque los egresados de la facultad de derecho ocupan monopólicamente uno de los tres poderes. Los que discuten con ellos son egresados de la facultad de derecho monopólicamente. Casi todos los presidentes elegidos democráticamente han sido abogados (salvo Macri e Illia), y también gran parte del poder legislativo es ocupado por abogados. Entonces, yo creo que, efectivamente, la facultad de derecho tiene algo que explicar, porque le cabe una enorme responsabilidad en esta situación.

**RJ: Ahora vamos a cambiar de tema. Desde diferentes lugares, en los últimos años estuviste trabajando en la idea de bajar al derecho un poco más a tierra, en la idea de darle accesibilidad al derecho y en la utilización de un lenguaje más llano. ¿Crees que en el texto constitucional esto se ve logrado? ¿La Constitución Nacional entabla un diálogo con los ciudadanos?**

**MB:** Me parece que sí. No es el lenguaje jurídico más abstruso que uno puede encontrar. Cuando intentamos leer una sentencia o un escrito de un abogado o abogada promedio son más ininteligibles que la Constitución. Pero por supuesto la Constitución tiene sus tecnicismos complicados.

El lenguaje claro es un estilo de escritura y estamos tratando de formar gente en él para cambiar el lenguaje del derecho. Creo que es parte de un problema más general, el problema de la enseñanza del derecho. La enseñanza era la instrucción de textos (códigos, leyes y doctrina de memoria, en general). El cambio que queremos hacer es mostrar que el derecho no es eso y que, a pesar de que debemos incorporar ese conocimiento, también

debemos incorporar actitudes y aptitudes para hacer cosas, tales como leer, escribir, hablar, mediar, arbitrar, interrogar, entrevistar, persuadir, argumentar, negociar, sentenciar y gestionar, todo hecho éticamente. Estos verbos, y el último adverbio, no están en las carreras de derecho, o no lo estaban.

Entonces, el lenguaje como un estilo de hacer todas esas cosas no era parte de nuestra práctica. Yo creo que, a diferencia de la Constitución del 53, la del 94 pide lenguaje claro. La del 53 era una constitución para la construcción del Estado Nacional, Alberdi dijo que nos iba a servir para la transición y que iba a servirnos no más de veinte o treinta años. La usamos ciento cincuenta; y así nos fue. La del 94 es la de la verdadera transición y, con el amparo, la incorporación de tratados, la multiplicación de espacios del poder, con los medios de democracia directa o indirecta, me parece que dice que dejamos atrás la monarquía unitaria, el presidencialismo brutal que teníamos, y lo que queremos es que todo el mundo se haga responsable.

Acabamos de terminar con una dictadura y no queremos que suceda nunca más. Para eso debemos votar. Para votar hay que informarse. Para informarse hay que educarse. Para educarse hay que tener escuelas. Para tener escuelas hay que tener hospitales para que los chicos vayan saludables. Para todo eso hay que tener libertad de expresión, medios de comunicación. Es un proceso impresionantemente exigente. Para eso, el derecho debe ser de todos. Es absolutamente indispensable que la gente entienda por qué va presa, por qué pierde a sus hijos, por qué quiebra su empresa, por qué tiene que pagar lo que tiene que pagar. Y no puede estar a la merced de un abogado o abogada que le mienta o que le diga lo que quiere.

Me parece que este sistema de democracia constitucional es una forma de resolver conflictos charlando -la promesa de la modernidad-. Si el derecho es una forma para resolver conflictos cuando la ley del Congreso, los reglamentos del Ejecutivo o la gente por sí sola (charlando educadamente) no pueden hacerlo, entonces debe resolver conflictos. No puede terminar en una sentencia y la gente incendiar Tribunales porque no la entendió, porque le pareció injusta o ilegítima. Es una buena pregunta. Creo que efectivamente los propósitos de la reforma del 94 piden acceso a la justicia y al lenguaje del derecho.

**RJ: La Constitución Nacional de Alberdi la usamos durante ciento cincuenta años y, en algún sentido, la del 94 fue la primera vez en que se modificó el texto constitucional siguiendo estrictamente todos los procedimientos legales ¿Crees que esto es sano para una democracia constitucional o te parece que no deberíamos atarnos cientos de años a una ley del pasado que fue elegida muchas generaciones antes que nosotros?**

**MB:** Yo creo que hay algo muy bueno en tener anclas constitucionales, acuerdos generales. Uno de los problemas de Latinoamérica es que las constituciones nacionales se cambiaron con la velocidad en que se cambia una ley. La Constitución del 53, como dice inmortalmente Alperín Donghi, fue una constitución para el desierto argentino. Era una constitución para terminar con el desierto. Lo dice Alberdi con todas las letras: “¿cuál es la mejor constitución para un desierto? La que termine con él”. Y nosotros en algún sentido acabamos con el desierto entre 1880 y 1890. Terminó el desierto, tal como se entendía, con la llegada de las oleadas inmigratorias. Entonces, cuando el radicalismo nace entre 1900/1905, nace porque las grandes mayorías piden entrar en la política. Pedían una reforma constitucional. Lo único que lograron, sin embargo, fue el cambio de sistema electoral, pero no cambiaron el hiperpresidencialismo ni la lógica de concentración de poder, porque a las elites les gustaba la concentración, tener más poder. Y el radicalismo, en sus tres periodos, el último trunco, ejerció poder como se hizo toda la vida: con un presidente y una liga de gobernadores que más o menos lo bancaba.

Eso fue en el momento de reforma constitucional. Después pasaron los golpes. Cuando teníamos Constitución, teníamos esa misma Constitución, porque la Constitución del 49, por lo menos en el ámbito del poder no cambiaba nada (sí en el de los derechos). A su vez, cada dictadura hacía peor el hiperpresidencialismo, ya que cerraba el Congreso. Lo único que quedaba como piso de estado de derecho eran los códigos. El poder judicial no se modificaba, así que, increíblemente, el piso mínimo que teníamos de estado de derecho, con o sin dictadura, eran los códigos (civil, comercial y penal).

Esto explotó con la dictadura, cuando la gente iba con el código penal a pedir *habeas corpus* y los jueces iban a preguntarle a Videla dónde estaban los desaparecidos. Al no

recibir respuestas, el juez no ofrecía remedio alguno a las familias. Ese fue el final de la “traición” de nuestros colegas del poder judicial y abogados a la democracia del estado de derecho en la Argentina. Cada vez que una dictadura nos pedía que con el Código resolvamos los problemas de conflictividad en el país no tuvimos problemas, siempre seguimos siendo parte de todos los golpes de estado. Finalmente, todo se termina con la dictadura del 76, y empieza en el 83 otra historia.

Entonces, ¿esta constitución debería durar mucho? Me gustaría que dure lo suficiente como para que se “haga carne”. Para que siga tensionando a presidentes, políticos, legisladores y jueces que no quieren honrar la Constitución del 94. Ojalá que la gente siga interponiendo amparos y pidiendo por defensores del pueblo que sean objetivamente críticos de las políticas públicas que violan derechos. Ojalá que haya una jefatura de gabinete con más poder y que en un momento de crisis sea el jefe de gabinete o la jefa de gabinete la que tome el poder. Ojalá que el Consejo de la Magistratura estuviera a la altura de las circunstancias y no sea simplemente un espacio para politizar a los colegios de abogados, a las asociaciones de magistrados y a las universidades. Pero ese “ojalá” solo es posible porque está la Constitución del 94. Si no estuviera, no podríamos criticarlos a todos ellos por no estar haciendo política a la altura de los ideales de nuestra Constitución.

## **Federico Rossi Rodriguez: “La autoridad de competencia no puede proceder en base a conjeturas o hipótesis”**

Graduado de abogado en la Universidad Austral (2009) y Máster en Derecho por King’s College London (2017), Federico Rossi Rodriguez se especializa en derecho de la competencia. Actualmente, se desempeña como Asociado Senior en la firma Allende & Brea. Asimismo, combina su actividad profesional con el dictado de clases en diversas universidades argentinas y dirige el Suplemento de Derecho de la Competencia en El Dial.

A partir de sus conocimientos, responde diversas preguntas relacionadas al desarrollo de la defensa de la competencia en la actualidad, especialmente en el marco de las grandes corporaciones tecnológicas. Además, nos instruye acerca de los peligros institucionales en los que puede desembocar la existencia de estos grandes conglomerados y la respuesta esperable por parte del ordenamiento jurídico. Por último, nos habla sobre el funcionamiento del régimen legal argentino, a la luz de la reforma constitucional de 1994.

**Revista Jurídica: BigTech es un término que une Big y Technology para agrupar a las empresas tecnológicas más grandes del mundo. Aunque dentro de las BigTech hay muchas otras, a las más relevantes las han catalogado con el “mote” de GAFAs (Google, Amazon, Facebook y Apple).**

**Estas empresas han sido el centro de grandes discusiones en los últimos años. En especial, se ha planteado la necesidad de disminuir el poder de mercado de dichas compañías y de regular la utilización de datos. A modo de ejemplo, en Estados Unidos, el Departamento de Justicia (DOJ) y otros organismos han concluido que se han vuelto demasiado grandes y poderosas ¿Consideras necesario generar nuevos mecanismos de control de conductas anticompetitivas para las BigTech?**

**Federico Rossi Rodriguez:** La herramienta de escindir las BigTech debe ser un recurso de *última ratio* (así lo ha sugerido recientemente la Comisaria de la Competencia de la Unión Europea, Margarete Vestager), por los efectos nocivos que podría tener su aplicación en los incentivos para invertir y en los derechos de propiedad. Si un emprendedor lanza una aplicación que resulta ser muy exitosa y, al final del camino, la autoridad de competencia lo obliga a vender o le regula el negocio, la próxima vez, el emprendedor pensará dos veces antes de invertir o innovar.

Por lo tanto, para adoptar una medida que afecte el legítimo derecho de propiedad de una empresa, se deben explorar con antelación todas aquellas medidas de mitigación que sean razonablemente eficaces para remediar el problema de competencia sin afectar el derecho de propiedad. Por ejemplo: imponiendo multas, adoptando remedios de conducta (como garantizar el ingreso no discriminatorio a facilidades esenciales, órdenes de cese) o ciertos cambios regulatorios (relacionados con potenciales barreras de entrada que faciliten el ingreso de nuevos competidores).

Para ordenar una medida drástica como una desinversión, primero habría que identificar si las BigTech restringen la competencia mediante la exclusión de competidores actuales o potenciales o impactan negativamente en los consumidores o si, por el contrario, aumentan la competencia y los consumidores hemos incrementado nuestro bienestar a causa de los nuevos productos y servicios que las BigTech ofrecen.

Mientras que la respuesta a esta pregunta no esté clara, las autoridades de competencia han adoptado una actitud, conservadora pero razonable, de “*wait and see*”. Una multiplicidad de países ha lanzado distintos tipos de iniciativas para intentar comprender las consecuencias generadas por las BigTech, principalmente, en EE.UU., la Unión Europea, Australia, Canadá, Reino Unido, entre otras. En relación con las autoridades de competencia con menores recursos, se espera que sigan los *findings* de las jurisdicciones que mayor experiencia y *know-how* tienen en materia de defensa de la competencia.

---

**RJ: Pensando en un plano más abstracto, ¿cuáles podrían ser los peligros de que existan estas grandes corporaciones?**

**FRR:** Más allá de la cuestión estrictamente *antitrust* (esto es, el impacto de las BigTech en el bienestar de los consumidores), la irrupción de las BigTech ha reanimado antiguos debates políticos y filosóficos. Se argumenta que las BigTech son tan grandes y poderosas, que pueden socavar los fundamentos de la propia democracia. Prueba de ello sería la supuesta intervención de Cambridge Analítica en las últimas elecciones presidenciales en EE.UU. y en el Brexit en el Reino Unido. Esto nos remite a las discusiones en los EE. UU. de los años 40s a 60s, donde existía una corriente que consideraba a los *trusts* (o grandes conglomerados empresariales) como potencialmente en oposición a la democracia. Asimismo, esto reabre el debate sobre los objetivos del derecho *antitrust*, esto es, si su finalidad es proteger el excedente del consumidor (como parecería ser el *mainstream* en *antitrust* desde Robert Bork, Richard Posner y la Escuela de Chicago a finales de los 70s hasta la actualidad) o si tiene otras finalidades adicionales como la preservación de mercados desconcentrados, protección de las pequeñas y medianas empresas, el nivel de empleo, el medio ambiente, etc.

El debate es divertido porque, por un lado, algunos se quejan de que las autoridades de competencia deben ser más laxas en su aplicación de la ley y permitir la creación de “campeones nacionales” que puedan competir en los mercados internacionales contra China y sus empresas estatales (al respecto, ver el rechazo de la Comisión Europea a la fusión Siemens-Alstom y la crítica ulterior por parte de los gobiernos de Francia y Alemania). Por otro lado, otros se quejan de que las autoridades de competencia no han hecho suficiente en el último tiempo y han permitido concentraciones tales como la compra de Whatsapp e Instagram por Facebook o Youtube y Waze por Google.

La discusión está lejos de quedar zanjada. En el supuesto de que se determine la existencia de problemas y se comprenda su naturaleza y extensión, recién ahí corresponde evaluar si el *antitrust* dispone de las herramientas necesarias para resolverlos o si, caso contrario, se requiere una intervención regulatoria (por ejemplo, ordenando la portabilidad de datos de los usuarios para paliar las barreras de entradas a los mercados tecnológicos).



**RJ:** En los últimos años, las BigTech han recibido fuertes sanciones por la Comisión Europea por conductas anticompetitivas. Muchas de estas sanciones han sido fuertemente criticadas. En especial, el caso de Google Shopping ha generado mucha polémica. En este caso, la Comisión concluyó que los servicios de comparación de precios constituyen un mercado relevante que no incluye las plataformas comerciales. ¿Qué implicancias tiene la definición del mercado relevante en los mercados tecnológicos?

**FRR:** La mayoría de los casos de competencia, principalmente aquellos de fusiones y de abusos de posición dominante, se ganan o se pierden en función de la definición del mercado relevante que sea adoptada. Hay una natural tensión entre las autoridades de competencia, que desean que el mercado relevante sea definido de la manera más restringida posible y las empresas investigadas que, por el contrario, desean que la definición sea lo más amplia posible para que su poder de mercado se diluya.

Los mercados tecnológicos presentan múltiples complejidades y desafíos a la forma tradicional en que se define el mercado relevante, de las cuales, menciono algunos.

Muchos de los mercados digitales constituyen *two-sided markets/platforms* (por ejemplo, Uber que vincula conductores y pasajeros) o *multi-sided markets/platforms* (por ejemplo, una red de medios de pagos abierta, donde conviven marcas, adquirentes, emisores, tarjeta-habientes y comerciantes), donde participan distintos tipos de usuarios que consumen productos o utilizan servicios distintos que son proporcionados dentro la red o plataforma en cuestión. En algunas situaciones y dependiendo de las particularidades del caso, la autoridad de competencia podrá definir todos los lados como integrantes del mismo mercado relevante y, en otros casos, uno de los lados podrá ser considerado como un mercado relevante en sí mismo dado que dicho servicio no será sustituto desde el punto de vista de la demanda con los servicios ofrecidos en los restantes lados de la red.

Este tema fue analizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Ohio v. American Express* (2018), que, en una ajustada decisión de cinco contra cuatro, determinó que la autoridad de competencia (o el demandante, en su caso) debe realizar un análisis integral de los efectos en todos los lados de la plataforma. Ello pues puede darse el supuesto de que una restricción de la competencia en uno de los lados del mercado, permita generar un aumento de la competencia (y, en consecuencia, una mejora para los consumidores) en los otros lados.

Por otro lado, en muchos casos, el producto ofrecido en uno de los lados del mercado puede ser un *zero-priced good* (por ejemplo, el motor de búsqueda de Google es “gratuito” para los usuarios, o mejor dicho, los usuarios pagamos suministrando nuestros datos y atención), por lo cual, la aplicación del tradicional SSNIP test (o test del hipotético monopolista, por el que se simula la rentabilidad de un pequeño pero significativo aumento no transitorio en los precios) para definir el mercado relevante no siempre será de utilidad.

**RJ: En 2019 la agencia de competencia de Alemania (Bundeskartellamt) sancionó por abuso explotativo a Facebook, y le ordenó que en el período de doce meses proporcione una solución técnica que permita a los usuarios optar por no participar en el seguimiento de datos fuera de la cuenta de Facebook ¿Qué es una práctica explotativa y cómo se determina? ¿Cuál es el test estándar que se suele aplicar? ¿Consideras que el caso presenta conflictos de defensa de la competencia?**

**FRR:** Los abusos de posición dominante pueden ser exclusorios o explotativos. Los abusos exclusorios son aquellos que tienen el efecto, actual o potencial, de excluir del mercado a competidores de la firma dominante. Un ejemplo de abuso de posición dominante exclusorio son los precios predatorios que consisten en vender un producto o servicio por debajo del costo por un período sostenido de tiempo con el efecto de excluir la competencia y, una vez logrado ello, elevar nuevamente los precios a un nivel supra-competitivo en perjuicio de los consumidores. En cambio, los abusos explotativos son aquellos que tienen el efecto directo de apropiarse del excedente del consumidor, por ejemplo, a través de precios excesivamente

altos o discriminación de precios. Obviamente, existen situaciones en las cuales una determinada práctica puede ser tanto explotativa como exclusoria, por lo cual, no siempre existe una clara línea divisoria entre los efectos explotativos y exclusorios. Son más bien dos categorizaciones de los efectos del abuso de la posición dominante.

En mayo de 2019 la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha publicado unas Guías sobre abuso de posición dominante de tipo exclusorio, cuya lectura recomiendo, ya que son las primeras de su tipo emitidas en Argentina.

En el caso de Facebook, lo primero que hay que mencionar es que la decisión de la autoridad de competencia alemana fue revocada por la cámara de apelaciones dado que entendió que no era una infracción de defensa de la competencia, sino a todo evento, una potencial infracción a la normativa de datos personales. Asimismo, la cámara de apelaciones entendió que no existía un nexo de causalidad entre la posición de dominio de Facebook y la potencial infracción a la normativa de datos. Es cierto que la infracción del marco de datos por parte de una empresa con posición de dominio podría tener el efecto de reforzar esa posición y de excluir competidores, pero la cámara consideró que la conducta investigada era, en el peor de los casos, una infracción del régimen de datos y la privacidad de los usuarios, pero no un tema de defensa de la competencia, por lo cual revocó la decisión.

**RJ: En Argentina hay empresas innovadoras que, en los últimos años, han crecido estrepitosamente y que están en continuo crecimiento. Tal es el caso, por ejemplo, de MercadoLibre. Muchas veces se ha dicho que estas empresas innovadoras suelen avanzar mucho más rápido que lo que el derecho logra regular. ¿Considerás necesario algún tipo de mecanismo de control para dichos tipos de empresa?**

FRR: Mi recomendación sería esperar, analizar los hechos y sus efectos con detenimiento y no adoptar medidas apresuradas que puedan desincentivar la innovación. Para que la autoridad de competencia intervenga, debe existir prueba positiva y concreta sobre la existencia de un perjuicio, actual o potencial, a la competencia. La autoridad de competencia

no puede proceder en base a conjeturas o hipótesis, máxime cuando sus decisiones luego deben pasar el tamiz de la revisión judicial.

A nivel internacional, las autoridades de competencia han adoptado algunas nuevas medidas concretas en relación a mercados tecnológicos. Por ejemplo, por primera vez en dieciocho años, la Comisión Europea ha dictado una medida preventiva en un caso de abuso de posición dominante contra la Broadcom para que durante la investigación la empresa cese la conducta presuntamente ilegal. En el caso en cuestión, Broadcom fue acusada de abusar de su posición de dominio en el mercado de semiconductores mediante la firma de contratos de exclusividad y cuasi-exclusividad con sus clientes. Se espera que la Comisión Europea recurra a esta herramienta con mayor asiduidad en casos relativos a mercados tecnológicos que se caracterizan por tener condiciones rápidamente cambiantes, siempre que exista un perjuicio verosímil a la competencia y peligro en la demora.

Por otro lado, algunos académicos han propuesto la adopción de medidas como, entre otras, la posibilidad de revisar transacciones que no generan la obligación de notificar pero que pueden afectar la competencia. Asimismo, se ha propuesto la modificación de los umbrales de notificación para evitar que las adquisiciones de *start-ups* o empresas nacientes con nula o baja facturación, pero con un importante potencial de desarrollo, sean notificables a las autoridades, en particular, si el comprador es una empresa con posición dominante. O se podría crear la obligación de portabilidad de los datos (de manera similar a la portabilidad en telefonía) para reducir los *switching costs* de los usuarios entre las distintas plataformas o redes.

**RJ: Por último, considerando que este año se cumplen 25 años de la reforma de la Constitución Nacional (1994), ¿cómo ha evolucionado el derecho *antitrust* a partir de la incorporación, en el artículo 42, de la protección a la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados?**

**FRR:** Desde la reforma constitucional del año 1994 se han sancionado dos leyes de competencia. La primera en el año 1999 (ley 25.156, hoy derogada). La segunda fue dictada en 2018 y es la actualmente vigente ley N° 27.442. Más allá de los avances legislativos, en los hechos los avances han sido lentos.

La ley 25.156 preveía la constitución de un tribunal independiente, lo cual en casi veinte años de vigencia nunca sucedió, desdibujando y tiñendo de incertidumbre el marco institucional. La ley actual también prevé la creación de una autoridad independiente, la cual está en proceso avanzado de constitución.

El verdadero avance en materia de defensa de la competencia se producirá cuando se logre constituir la nueva autoridad y esta sea realmente independiente del Poder Ejecutivo. Asimismo, para que la autoridad genere resultados positivos, deberá ser dotada de los recursos económicos y del capital humano necesario para llevar adelante la difícil tarea que le fue encomendada. Actualmente, Argentina destina muy pocos recursos a sus políticas de defensa de la competencia. Comparativamente en términos porcentuales en función del PBI, Chile destina 18 veces más mientras que Brasil destina 4 veces más que la Argentina a políticas *antitrust*. Para que Argentina equipare el promedio regional, debería aumentar el presupuesto actual de su autoridad en aproximadamente diez veces.

Por último, es necesario crear conciencia y educar tanto a los empresarios como a los consumidores de los beneficios de la libre competencia. Hoy en día existe un consenso internacional indiscutible acerca de la importancia de las políticas de libre competencia que va más allá de la ideología político-económica de los gobiernos. Tal es así que incluso países antiguamente socialistas como China y Rusia tienen agencias muy activas en temas *antitrust*.